

UZASADNIENIE

W pozwie z 16 listopada 2016 r. powodowie Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka akcyjna w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. wnieśli o zasądzenie od pozwanych (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. solidarnie kwoty 2.029.733,69 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia wniesienia pozwu oraz kosztami procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazali, że dochodzą wynagrodzenia za wykonane i odebrane roboty budowlane polegające na wykonaniu infrastruktury drogowej, elektroenergetycznej oraz telekomunikacyjnej oraz fundamentów pod dwie turbiny wiatrowe. Powódka wskazała, że na kwotę dochodzoną pozwem składa się 1.718.935,09 zł tytułem niezapłaconego wynagrodzenia, kwota 179.036,49 zł tytułem robót dodatkowych, które nie były objęte umową łączącą strony a zostały przez powodów wykonane na polecenie pozwanego ad.1 ewentualnie inwestora zastępczego, gdyż – jak twierdzą powódki – były one niezbędne do realizacji całości inwestycji oraz łącznie kwota 131.762,11 zł tytułem skapitalizowanych odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych naliczonych od należności wynikających z faktur VAT nr (...). Powodowie wyjaśnili, że sama dostawa i montaż turbin należała do firmy (...), z którą powodowie nie pozostawali w stosunkach zobowiązaniowych. Pozwana ad. 1 odmówiła zapłaty za powyższe roboty powołując się na naliczone kary umowne za opóźnienie w wykonaniu prac. Powodowie twierdzili jednak, że nie ponoszą odpowiedzialności za opóźnienie gdyż postęp w realizacji prac zależał głównie od koordynacji robót z dostawcą turbiny wiatrowej na co powodowie nie mieli wpływu. Nie znali oni harmonogramu przebiegu dostawy turbin wiatrowych poza tym terminy montażu turbin przez dostawcę uległy przedłużeniu. W tej sytuacji działanie pozwanego ad. 1 w postaci naliczenia kar umownych i usiłowania potrącenia ich z należnością przypadającą powodom i w konsekwencji odmowa zapłaty znacznej części wynagrodzenia uznać należy za bezpodstawne. Ewentualnie powodowie wnieśli o miarkowanie kary umownej.

Nakazem zapłaty wydanym w dniu 19 grudnia 2016 r. w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Szczecinie orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

W sprzecznie od nakazu zapłaty pozwani wnieśli o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powodów solidarnie kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu potwierdzili, że strony łączyła umowa o roboty budowlane z 31 marca 2015 r., która miała zostać wykonana przez konsorcjum powodów do 30 listopada 2015 r. Pozwani wskazali jednak, że wbrew twierdzeniom powodów, wykonanie praktycznie całości prac określonych w załączniku nr 2 do umowy mogło być zrealizowane w określonych tam terminach bez konieczności odwoływania się do harmonogramu dostawy turbin. Potwierdzili, że faktycznie doszło do zmiany terminów montażu turbin co skutkowało zawarciem aneksu nr (...) do umowy i wydłużeniem terminu wykonania umowy do 30 listopada 2015 r. Podobnie pozwani podnieśli, że wbrew twierdzeniom powodów posiadali oni odpowiednie pozwolenie na budowę w ramach linii kablowej zlokalizowanej na działce należącej do (...), które zostało przekazane im 14 kwietnia 2015 r. Zatem za zwłokę w wykonaniu inwentaryzacji powykonawczej na terenie (...) odpowiada wykonawca. Pozwani zakwestionowali także roszczenie co do robót dodatkowych wskazując, że powodowie nie zgłosili konieczności wykonania takich robót a dokumentacja z przebiegu inwestycji świadczy o tym, że wskazane przez powodów prace dodatkowe nie wystąpiły. Podkreślili, że strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe a zatem wyłącza to możliwość podwyższenia wynagrodzenia za realizację robót będących przedmiotem umowy. Zdaniem pozwanych roszczenie powodów wygasło na skutek potrącenia przed procesem wynagrodzenia powodów z należnościami z tytułu kar umownych naliczonych powodom z tytułu 74 dni zwłoki w realizacji umowy w kwocie 1.747.584,00 zł, z tytułu braku należytego zabezpieczenia umowy, o którym mowa w art. 17 ust. 2 pkt 6 umowy za okres od 15 grudnia 2015 r. do 23 lutego 2016 r. w kwocie 335.347,20 zł oraz z tytułu niezgodnej z umową zmiany kierownika budowy kwocie 236.160,00 zł.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 29 stycznia 2015 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka akcyjna w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. zawarły umowę konsorcjum w celu współdziałania przy realizacji inwestycji pod nazwą: „Wykonanie infrastruktury drogowej, elektroenergetycznej oraz telekomunikacyjnej dla zespołu elektrowni wiatrowych a także wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych – II Etap w ramach projektu: Budowa dwóch turbin wiatrowych, o łącznej mocy 4 MW w gminie N.” w ramach postępowania organizowanego przez (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (...) spółkę komandytową w B..

Przedmiotem działania partnerów konsorcjum było wspólne przygotowanie i złożenie wspólnej oferty na inwestycję, o której mowa wyżej. Funkcję lidera konsorcjum pełniła Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka akcyjna w G., która upoważniona była do zawarcia umowy w przypadku wygrania przetargu.

Dowód: umowa konsorcjum (k. 74 – 76), pełnomocnictwo (k. 426)

W dniu 31 marca 2015 r. w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółki akcyjnej w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. zwanych dalej wykonawcą zawarło z (...) sp. z o.o., J. 4 sp. k. umowę nr (...), zwaną dalej zamawiającym, przy czym 16 marca 2015 r. doszło do zmiany współników po stronie zamawiającego, w wyniku czego w miejsce zamawiającego wstąpiła (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w S..

Zgodnie z § 2 ust. 1 umowy przedmiotem umowy było wykonanie robót w zakresie infrastruktury drogowej, elektroenergetycznej oraz telekomunikacyjnej dla zespołu elektrowni wiatrowych, a także wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych w ramach projektu „Wykonanie infrastruktury drogowej, elektroenergetycznej oraz telekomunikacyjnej dla zespołu elektrowni wiatrowych a także wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych – II Etap w ramach projektu: Budowa dwóch turbin wiatrowych, o łącznej mocy 4 MW w gminie N.”.

Przedmiot umowy miał zostać wykonany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy (§ 2 ust. 2).

W § 3 ust. 1 pkt 1 umowy strony ustaliły, że przekazanie terenu budowy wraz z dziennikiem budowy, pozwoleniem na budowę i dokumentacją projektową nastąpi nie później niż 14 dni od podpisania umowy. Termin na rozpoczęcie prac ustalono na 7 dni licząc od dnia przekazania terenu budowy § 3 ust. 1 pkt 2).

W § 3 ust. 1 pkt 3 umowy strony ustaliły termin wykonania umowy na 15 września 2015 roku, przy czym przez wykonanie przedmiotu umowy należało rozumieć podpisanie przez strony protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, a jeżeli protokół został podpisany z zastrzeżeniami dotyczącymi jakichkolwiek nieprawidłowości stwierdzonymi w trakcie odbioru końcowego – podpisanie protokołu potwierdzenia usunięcia nieprawidłowości. Szczegółowe terminy wykonania robót określono w kolumnie E załącznika nr 6 do SIWZ Tabeli (...) Skończonych, stanowiącej załącznik nr 2 do umowy, z zastrzeżeniem wynikającym z § 3 ust. 2 pkt 1 – 3 umowy, zgodnie z którym:

1. Gotowość fundamentów turbin do obciążenia – po 6 tygodniach od dostawy na teren budowy wkładów fundamentowych przez dostawcę turbin,
2. Wykonanie przyłączenia turbin wiatrowych do sieci energetycznej i światłowodowej – do 7 dni od zakończenia montażu turbin wiatrowych przez dostawcę turbin,
3. Roboty obejmujące rozebranie tymczasowych nawierzchni drogowych – do 14 dni od zakończenia testów rozruchowych turbin wiatrowych.

Zgodnie z Tabelą (...) Skończonych terminy są następujące:

- wykonanie wewnętrznych dróg i placów montażowych oraz zjazdów do elektrowni wiatrowych na dz. nr (...) - roboty branży drogowej objęte pozwoleniem na budowę nr (...) z 26 września 2012 r. - do 15 maja 2015 r.,

- wykonanie przebudowy gminnych dróg dojazdowych do zespołu elektrowni wiatrowych - roboty branży drogowej objęte zgłoszeniem robót budowlanych oraz projektami wykonawczymi z dnia 10 grudnia 2013 r. oraz 20 września 2014 r. – do 15 maja 2015 r.,

- wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych - pozwolenie zamienne na budowę nr (...) z 10 października 2014 r. – do 5 czerwca 2015 r.,

- wykonanie linii kablowej średniego napięcia oraz stacji rozdzielczej SN wraz układem automatyki i zabezpieczeń oraz linii światłowodowej – do 28 lipca 2015 r.,

- demontaż tymczasowych nawierzchni drogowych – do 15 września 2015 r..

Za wykonanie umowy strony ustaliły cenę ryczałtową w wysokości 4.723.200,00 zł brutto (§ 4 ust. 1). Strony postanowiły, że wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem stałym i obejmuje wszelkie zobowiązania wykonawcy zgodnie z postanowieniami umowy oraz inne obowiązki, do wykonania których wykonawca jest zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów lub zwyczaju oraz wszelkie koszty niezbędne do poniesienia przez wykonawcę dla kompletnego i kompleksowego wykonania umowy. Jeżeli faktyczny zakres prac będzie mniejszy od przewidzianego w SIWZ, wynagrodzenie miało ulec zmniejszeniu proporcjonalnie do zmniejszenia zakresu prac (§ 4 ust. 2).

Zgodnie z § 5 ust. 5 umowy płatności miały być dokonywane w terminie 21 dni od dnia doręczenia zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT na numer rachunku bankowego wskazany w tej fakturze. Podstawą wystawienia faktury jest podpisanie protokołu wykonania robót dla kompletnego elementu bez zastrzeżeń lub podpisanie protokołu potwierdzenia usunięcia nieprawidłowości.

Przedmiotowe zamówienie objęte jest finansowaniem na podstawie umowy o dofinansowanie w formie pożyczki z (...) w wysokości 75 % wartości inwestycji, pozostały kapitał pochodził ze środków własnych (§ 6 ust. 1 umowy).

Zgodnie z § 10 ust. 2 umowy wykonawca zobowiązał się skierować do kierowania budową i do kierowania robotami osoby wskazane w ofercie wykonawcy, która stanowi załącznik nr 3 do umowy. Wszelkie zmiany w zakresie osób, o których mowa w ust. 2 musiały być uzasadnione na piśmie przez wykonawcę i zaakceptowane przez zamawiającego. Zamawiający akceptuje jedynie zmiany osób, które będą legitymowały się co najmniej takim samym doświadczeniem oraz kwalifikacjami zawodowymi, jak osoby wskazane w ofercie, których zmiana dotyczy. O ewentualnej zmianie osób wykonawca miał poinformować zamawiającego na co najmniej 5 dni przed planowaną zmianą. Jakakolwiek przerwa w wykonywaniu umowy wynikała z dokonywane zmiany obciążać miała wykonawcę i może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy (§ 10 ust. 4).

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowiło 10 % wynagrodzenia brutto czyli sumę 472 320,00 zł i zostało wniesione przez wykonawcę w formie ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z 25 marca 2015 r. (§ 14 ust. 1).

W § 17 ust. 2 umowy strony postanowiły, że zamawiający może żądać od wykonawcy zapłaty kary umownej m.in.: z tytułu zwłoki w stosunku do terminu wykonania umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od dnia, w którym upłynął termin wykonania umowy (pkt 1); w przypadku zmiany przez wykonawcę personelu w sposób naruszający postanowienia § 10 umowy w wysokości 5 % wynagrodzenia (pkt 4); w przypadku braku przedstawienia zamawiającemu stosownego aneksu lub nowej gwarancji/poręczenia lub wniesienia zabezpieczenia w gotówce zgodnie z § 14 ust. 6 – 0,1 % wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia (pkt 6).

Inwestorem zastępczym, który w imieniu zamawiającego prowadził inwestycję była (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B..

Dowód: umowa nr (...) z załącznikami (k.87 – 98, 404 - 425), SIWZ z załącznikami (k. 77 – 78 – 86), gwarancja z (k. 151), akt notarialny (k. 427 – 440),

Dostawa i montaż turbin do elektrowni wiatrowych należała do podmiotu trzeciego - firmy (...), przy czym montaż miał być dokonany na fundamentach przygotowanych przez wykonawcę, czyli powodów z wykorzystaniem dróg będących przedmiotem umowy. Po zakończeniu montażu przez firmę (...) wykonawca miał wykonać roboty wykończeniowe oraz drogowe.

Bezsporne.

W dniu 14 kwietnia 2015 r. przekazano wykonawcy (powódce ad. 1) teren budowy oraz dokumentację budowlaną, w tym decyzję Starosty (...) nr 407 o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę linii kablowej oraz dokumentację firmy (...) dotyczącą wkładu fundamentowego. Nie przekazano wykonawcy decyzji Starosty (...) z dnia 18 listopada 2011 r. o wyłączeniu z produkcji rolniczej terenów pod budowę elektrowni wiatrowych jak również pozwolenia na prowadzenie prac na terenie (...).

Wykonawca zobowiązany był do dostosowania drogowych powierzchni czasowych do wymagań firmy (...).

Dowód: decyzja z 18 listopada 2011 r. (k. 165- 166, 169 - 170), protokół przekazania (k. 441 – 442), mapa (k. 505), decyzja (k. 506 – 509), pismo z 12 kwietnia 2013 r. (k. 510 – 511), notatka z rady budowy nr 1 (k. 512 – 513) przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

Według harmonogramu prac w zakresie montażu turbin z 27 marca 2015 r. sporządzonego i obowiązującego między pozwaną ad. 1 a firmą (...) prace polegające na montażu i instalacji turbin miały się odbywać w okresie od 5 października do 10 listopada 2015 r., uruchomienie turbin 1 grudnia 2015 r., rozruch przekładni od 24 listopada do 5 grudnia 2015 r., ruch próbny od 28 listopada do 20 grudnia 2015 r. zaś odbiór końcowy i podpisanie protokołu odbioru końcowego miało nastąpić 12 stycznia 2016 r.

W dniu 14 lipca 2015 r. opracowano harmonogram rzeczowy między wykonawcą a zamawiającym, który został zaakceptowany 22 lipca 2015 r., według którego dostawa i montaż turbin miała nastąpić w okresie od 1 do 19 października 2015 r.

Dowód: harmonogram (k. 105, 503 – 504, 818 - 819), harmonogram rzeczowy (k. 155, 815), notatka z rady budowy (k. 156 – 157).

W dniu 6 sierpnia 2015 r. pozwana ad. 1 złożyła w Urzędzie Wojewódzkim w B. wniosek o pozwolenie na budowę linii kablowej SN dla przesyłania energii w zakresie przebiegu projektowanej linii przez działkę w K.. Pozwolenie na budowę wydane zostało 21 września 2015 r.

W piśmie z 9 sierpnia 2015 r. zostały złożone w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wnioski o zezwolenie na wielokrotny przejazd pojazdu nienormatywnego zawierającego elementy turbin wiatrowych w okresie od 19 września 2015 r. do 30 października 2015 r.

W piśmie z 7 sierpnia 2015 r. powódka ad. 1 poinformowała zamawiającego, że z dniem 10 sierpnia 2015 r. B. W. przestaje pełnić obowiązki kierownika budowy. Dotychczasowy kierownik budowy zrezygnował z pracy ze względów osobistych dlatego też powódka ad. 1 została zmuszona do powołania nowego kierownika budowy.

Z dniem 10 sierpnia 2015 r. obowiązki kierownika budowy przejął W. S. (1). Jednocześnie przekazano zamawiającemu wymagane dokumenty. W. S. (1) posiada uprawnienia konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń.

W tym czasie zamawiający nie zgłosił sprzeciwu co do osoby nowego kierownika, w szczególności nie sprzeciwiał się jego obecności na budowie oraz podczas narad ani też wpisom w dzienniku budowy przez niego dokonywanym.

Dowód: pismo z 7 sierpnia 2015 r. (k. 143), życiorys (k. 697 – 699, 1317 - 1319), zaświadczenia (k. 700 - 701), referencje (k. 702), pismo z 25 października 2016 r. (k. 181), kopia wniosku (k. 182), dziennik budowy (k.183 – 185, 454 – 459, 460 - 470), pismo z 15 listopada 2016 r. (k. 689), wnioski (k. 690 – 694), notatka (k. 695), pismo z 9 września 2015 r. (k. 696), wniosek (k. 1320), pismo (k. 1321), zeznania świadka L. P. (k. transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1059 - 1120), zeznania świadka W. S. (1) (transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1121-1140), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W piśmie z 28 sierpnia 2015 r. powódka ad. 1 zwróciła się do pozwanej ad. 1) o zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy z uwagi na niezależną od wykonawcy a także zamawiającego zmianę terminu dostawy i montażu konstrukcji turbin, wnioskując o zawarcie aneksu do umowy w tym zakresie.

W odpowiedzi w piśmie z 3 września 2015 r. pozwana ad. 1 poinformowała powodów, że w związku z wydłużeniem się terminów dostaw turbin wiatrowych wydłużyła termin na wykonanie umowy do 30 listopada 2015 r. zgodnie z Tabelą (...) Scalonych wskazując nowe terminy:

- wykonanie wewnętrznych dróg i placów montażowych oraz zjazdów do elektrowni wiatrowych na dz. nr (...) - roboty branży drogowej objęte pozwoleniem na budowę nr (...) z 26 września 2012 r. - do 7 września 2015 r.,

- wykonanie przebudowy gminnych dróg dojazdowych do zespołu elektrowni wiatrowych - roboty branży drogowej objęte zgłoszeniem robót budowlanych oraz projektami wykonawczymi z dnia 10 grudnia 2013 r. oraz 20 września 2014 r. – do 7 września 2015 r.,

- wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych - pozwolenie zamienne na budowę nr (...) z 10 października 2014 r. – do 7 września 2015 r.,

- wykonanie linii kablowej średniego napięcia oraz stacji rozdzielczej SN wraz układem automatyki i zabezpieczeń oraz linii światłowodowej – do 30 października 2015 r.,

- demontaż tymczasowych nawierzchni drogowych – do 30 października 2015 r.

Dowód: pismo z 28 sierpnia 2015 r. (k. 99, 443), e- mail (k. 100), pismo z 3 września 2015 r. (k. 101 – 101v, 444 - 445),

W dniu 7 września 2015 r. (...) sp. z o.o. sp. k. (wcześniej (...) sp. z o.o., (...) sp. k.) wypowiedziała umowę z 18 marca 2014 r. o dofinansowanie nr (...) -mw-ku/P zawartą z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Jednakże wcześniej 11 sierpnia 2015 r. zawarła Z Bankiem (...) w W. umowę kredytu inwestycyjnego z przeznaczeniem na budowę elektrowni wiatrowej w K..

Dowód: e-mail z 17 marca 2016 r. (k. 104), umowa kredytu (k. 569 – 588), sprawozdanie finansowe (k. 589 – 596), umowa (k. 823 – 878), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W piśmie z 7 września 2015 r. powódka ad. 1 poinformowała pozwaną ad. 2 o wykonaniu elementu pn. Linia kablowa średniego napięcia oraz stacja SN wraz układem automatyki i zabezpieczeń oraz linią światłowodową. Wykonawca nie przedstawił dokumentów pomiarowych kabli, z uwagi na to, że wszelkie pomiary końcowe mogły być wykonane dopiero po montażu turbin. Dlatego też wykonawca wniósł o odbiór 80 % tego elementu.

W kolejnym piśmie z tego samego dnia powódka ad. 1 poinformowała pozwaną o wykonaniu przebudowy gminnych dróg dojazdowych proponując jednocześnie realizację uwagi z przeglądu dróg z 20 sierpnia 2015 r.

W pismach z 9 września 2015 r. powódka ad. 1 zgłosiła do odbioru wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych, dróg dojazdowych i placów montażowych oraz drogi gminnej.

W piśmie z 9 września 2015 r. M. K. (1) powiadomił inwestora o zniszczeniach dokonanych na jego działce podczas prac związanych z budową elektrowni wiatrowych.

Dowód: pismo z 7 września 2015 r. (k. 106), pismo z 7 września 2015 r. (k. 107), protokół z 20 sierpnia 2015 r. (k. 108), pismo z 9 września 2015 r. (k. 109), pismo z 9 września 2015 r. (k. 110), e-mail (k. 820), pismo z 9 września 2015 r. (k. 821 – 822), zeznania świadka M. K. (2) k. 1030 – 1032), zeznania świadka L. P. (k. transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1059 - 1120), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W dniu 15 września 2015 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy z 31 marca 2015 r., zgodnie z którym przedłużyły termin wykonania przedmiotu umowy do 30 listopada 2015 r. z uwagi na wydłużenie dostaw turbin wiatrowych, wydłużając terminy do wykonania poszczególnych elementów jak w załączniku do pisma z 3 września 2015 r., z tymże termin na wykonanie przebudowy gminnych dróg dojazdowych wydłużono do 30 października 2015 r.

Dowód: okoliczność niesporna, a nadto aneks nr (...) wraz z załącznikiem (k. 102 – 103, 446 - 448).

W dniu 18 września 2015 r. sporządzono protokół z częściowego wykonania robót (roboty branży drogowej i elektrycznej) – wykonania przebudowy gminnych dróg dojazdowych do zespołu elektrowni wiatrowych (wykonano zakres prac w 60 %) oraz linii kablowej średniego napięcia (wykonano zakres 80 %). Nie stwierdzono uwag w tym zakresie. Protokół ten stanowił podstawę do wystawienia faktury VAT nr (...) na kwotę 2.210.773,71 zł brutto. Faktura ta została przez pozwaną ad. 1 zapłacona.

W dniu 30 września 2015 r. przeprowadzono czynności odbiorowe dla wykonania fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych podczas, których stwierdzono usterki wyznaczając termin na ich usunięcie 7 października 2015 r.

W tym samym dniu sporządzono też protokół z częściowego wykonania robót wewnętrznych i placów montażowych oraz zjazdów do elektrowni wiatrowych. Na podstawie tego protokołu powódka ad. 1 wystawiła fakturę VAT nr (...), a pozwana ad. 1 dokonała płatności.

W e-mailu z 1 października 2015 r. przedstawiciel pozwanej ad. 1 nakazał kategoryczne wstrzymanie prac przy izolacji fundamentu.

W dniu 1 października 2015 r. rozpoczął się montaż turbin.

W e-mailu z 16 października 2015 r. przedstawiciel pozwanej ad. 1 wskazał powódce ad. 1, że jej prace należy skorelować z obowiązującym harmonogramem firmy (...) oraz aneksem nr (...) do umowy.

W dniu 20 października 2015 r. firma (...) zakończyła montaż turbin.

Po zakończeniu montażu turbin firma (...) w okresie od 20 października do 15 listopada 2015 r. prowadziła montaż instalacji wewnętrznej i osprzętu turbin. Dopiero po zakończeniu czynności można było podać napięcie.

W dniu 18 listopada 2015 r. powódka ad. 1 zakończyła częściowy demontaż dróg tymczasowych.

W dniu 20 listopada 2015 r. dokonano częściowego odbioru linii kablowej przez spółkę (...).

Komisja odbiorowa zezwoliła na podanie napięcia w celu prac regulacyjnych i rozruchowych elektrowni.

W piśmie z 28 listopada 2015 r. powódka ad. 1 zgłosiła do odbioru usunięcie usterek wskazanych w protokole z 30 września 2015 r. oraz wykonanie demontażu tymczasowych dróg dojazdowych, przebudowy gminnych dróg dojazdowych do zespołu elektrowni, linii kablowej średniego napięcia oraz stacji rozdzielczej SN wraz z układem automatyki i zabezpieczeń oraz linii światłowodowej.

W dniu 30 listopada 2015 r. sporządzono protokół z częściowego wykonania robót. Stwierdzono w nim wykonanie linii kablowej średniego napięcia oraz stacji rozdzielczej wraz z układem automatyki i zabezpieczeń oraz linii światłowodowej bez usterek. Wraz z protokołem przedłożono dokumentację powykonawczą w tym protokoły z badań i pomiarów dla wykonanego zakresu robót elektrycznych.

Protokół ten stanowił podstawę do wystawienia faktury VAT nr (...), a pozwana ad. 1 dokonała płatności z tego tytułu.

W dniu 30 listopada 2015 r. kierownik budowy W. S. (1) zgłosił zakończenie prac do odbioru końcowego.

Dowód: pismo z 28 listopada 2015 r. (k. 111), protokół z 18 września 2015 r. (k. 112 – 112v), faktura VAT (k. 113), potwierdzenie przelewu (k. 114), protokoły z 30 września 2015 roku (k. 115 – 116v), faktura VAT (k. 117), potwierdzenia przelewu (k. 118 – 118v), korespondencja e-mail (k. 119 - 120), protokół z 30 listopada 2015 r. (k. 121-121v), wykaz dokumentacji (k. 122, 126), faktura VAT (k. 123), potwierdzenie przelewu (k. 124 – 124v), korespondencja e-mail (k. 158 – 162), dziennik budowy (k.183 – 187, 449 – 453, 471 – 480, 483 – 491, 492 – 502, 816 - 817), pismo z 17 grudnia 2015 r. (k. 559), podsumowanie (k. 685 – 687), protokół z 20 listopada 2015 r. (k. 1200 – 1203), zeznania świadka W. S. (1) (transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1121-1140), zeznania świadka P. G. (k. 1306 – 1307), zeznania świadka L. P. (k. transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1059 – 1120), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W dniu 4 grudnia 2015 r. sporządzono protokół z czynności odbiorowych, w którym stwierdzono usterki w zakresie fundamentów, wykonania demontażu tymczasowych dróg dojazdowych (odtworzenie kamieniu granicznych), wykonania gminnych dróg dojazdowych oraz braki w przekazanej dokumentacji powykonawczej, które należało usunąć w możliwie najszyszym terminie. W zakresie braków w dokumentacji pozwana ad. 1 wskazała m.in. na brak aktualnej mapy załączonej do dokumentacji odbiorowej obejmującej pozwolenie na budowę, czy też brak inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej.

W dniu 5 grudnia 2015 r. firma (...) usunęła sprzęt i zaplecze z budowy tj. usunęła płyty stalowe i agregaty prądotwórcze.

Na dzień 28 grudnia 2015 r. nadal trwały testy i próby elektrowni wiatrowych.

W dniu 14 grudnia 2015 r. przekazano pozwanej ad. 1 dokumentację powykonawczą następujących elementów: fundamentów EW1 i EW2, drogi gminnej, dwóch zjazdów z drogi gminnej, raport geotechniczny, oświadczenia właścicieli przyległych gruntów, mapę inwentaryzacji powykonawczej geodezyjnej z 4 grudnia 2015 r.

W dniu 18 grudnia 2018 r. pozwana ad. 1 sporządziła notatkę zawierającą uwagi do tej dokumentacji wskazującą m.in., że mapy z inwentaryzacją powykonawczą nadal nie oddają powykonawczego aktualnego stanu po zakończeniu prac.

W piśmie z 17 grudnia 2015 r. powódka ad. 1 zgłosiła do odbioru usterki stwierdzone w protokole z 4 grudnia 2015 r.

W piśmie z 21 grudnia 2015 r. w odpowiedzi na uwagi do przekazanej informacji przedstawiciel firmy projektowej wyjaśnił, że rozbieżności w dokumentacji powykonawczej dotyczą jedynie w otoczenia elektrowni wiatrowych co ma związek z tym, że inwentaryzacja powykonawcza została przekazana w postaci prze zleconymi pracami dodatkowymi.

W dniu 28 grudnia 2015 r. miał miejsce rozruch turbin przez firmę (...).

Dowód: protokół z 4 grudnia 2015 r. (k. 125 – 125v, 560 - 561), pismo z 17 grudnia 2015 r. (k. 127), notatka z 18 grudnia 2018 r. (k. 128), opinia (k. 163 – 164), dziennik budowy (k. 492 - 502), podsumowanie (k. 685 – 688), zeznania świadka W. S. (1) (transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1121-1140), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W dniu 5 stycznia 2016 r. sporządzono protokół z częściowego wykonania robót po usunięciu usterek, w którym stwierdzono wykonanie fundamentów pod maszty elektrowni wiatrowych – pozwolenie zamienne na budowę nr 609 oraz 910. Nie stwierdzono usterek. Protokół ten stanowił podstawę do wystawienia faktury VAT nr (...) na kwotę 1.367.409,45 złotych brutto z terminem płatności 26 stycznia 2016 r.

Rozruch turbin zakończył się 14 stycznia 2016 r. W tym dniu spółka (...) dokonała odbioru końcowego elektrowni wiatrowych. Odbiór odbył się bez uwag.

W piśmie z 18 stycznia 2018 r. powódka ad. 1, po usunięciu usterek, zgłosiła gotowość do odbioru końcowego robót. Wykonawca złożył mapy inwentaryzacyjne z naniesieniem zmian gruntowych ale bez uwzględnienia treści decyzji wdanych 18 listopada 2011 r. przez Starostę (...).

Z powyższych względów w dniu 20 stycznia 2016 r. reprezentant powódki ad. 1 A. M. wycofał to zgłoszenie.

Na zlecenie powódki ad. 1 geodeta M. B. wykonał obmiary, które ujawniły rozbieżności pomiędzy powierzchnią odrolnioną z mocy decyzji Starosty (...) a faktyczną powierzchnią wykorzystaną pod budowę turbin. W tym celu powódka podejmowała próby rozwiązania tak aby satysfakcjonowało ono pozwaną ad. 1.

Natomiast w dniu 28 stycznia 2016 r. przekazała, zgodnie z ustaleniami (...), mapę geodezyjną (...) z naniesioną inwentaryzacją powykonawczą.

W dniu 28 stycznia 2016 r. zakończono wpisy do dziennika budowy.

W piśmie z 8 lutego 2016 r. powódka ad. 1 zgłosiła gotowość do odbioru następujących skończonych elementów: wykonanie przebudowy gminnych dróg dojazdowych i demontaż tymczasowych nawierzchni drogowych.

W piśmie z tego samego dnia powódka ad. 1 przekazała prawidłowe dokumenty inwentaryzacyjne potwierdzające powierzchnię odrolnioną oraz oświadczenie Gminnej Spółki (...) w N.. Jednocześnie zgłosiła gotowość do odbioru końcowego.

Dowód: protokół z 5 stycznia 2016 r. (k. 129), faktura VAT (k. 130), pismo z 18 stycznia 2016 r. (k. 131, 565), pismo z 28 stycznia 2016 r. (k. 132), pismo z 28 stycznia 2016 r. (k. 132), pismo z 8 lutego 2016 r. (k. 133), pismo z 8 lutego 2016 r. (k. 134, 566), decyzja (k. 165- 166, 169 - 170), obliczenie powierzchni (k. 167 – 168, 171 - 172), e- mail (k. 173 – 177), pismo z 17 grudnia 2015 r. (k. 178), oświadczenie (k. 179), oświadczenie (k. 180), dziennik budowy (k. 471 – 482, 483 – 491, 492 - 502), korespondencja e – mail wraz z rysunkami (k. 562 – 564), zeznania świadka M. K. (3) (k. 1030 – 1033), zeznania świadka W. S. (1) (transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1121-1140), zeznania świadka L. P. (k. transkrypcja protokołu rozprawy z 29 stycznia 2018 r. k. 1059 – 1120), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej K. K. (k. 1410 – 1412), przesłuchanie reprezentanta strony powodowej A. M. (k. 1412 – 1413).

W dniu 12 lutego 2016 r. sporządzono trzy protokoły:

1. protokół częściowego wykonania robót z branży drogowej (przebudowa gminnych dróg dojazdowych) stanowiący podstawę do wystawienia faktury VAT nr (...) na kwotę 304.785,64 zł z terminem płatności 7 marca 2016 r.,
2. protokół częściowego wykonania robót z branży drogowej (demontaż nawierzchni) stanowiący podstawę do wystawienia faktury VAT nr (...) na kwotę 46.740,00 złotych z terminem płatności 7 marca 2016 r.,

3. protokół odbioru końcowego, w którym stwierdzono wykonanie wszystkich prac przez wykonawcę w terminie od 17 kwietnia 2015 r. do 19 stycznia 2016 r. Dodatkowo inwestor zastępczy stwierdził opóźnienie w realizacji robót w ilości 80 dni (od 30 października 2015 r. do 19 stycznia 2016 r.) wskazując, że powstało ono z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Powódka ad. 1 nie zgodziła się z tym stwierdzeniem.

Powyższe faktury VAT wystawione przez powódkę ad. 1 w związku z wykonaniem prac zostały odebrane przez pozwaną ad. 1 w dniu 15 lutego 2016 r.

W piśmie z 15 lutego 2016 r. powódka wniosła o sprostowanie protokołu odbioru końcowego poprzez wskazanie, że faktycznie prace zostały zakończone i zgłoszone 28 października 2015 r. a czynności odbiorowe zostały przeprowadzone 4 grudnia 2015 r. Inwestor zastępczy w odpowiedzi na powyższe pismo nie zgodził się ze stanowiskiem powódki ad. 1.

Dowód: okoliczność niesporna, a nadto protokoły z 12 lutego 2016 r. (k. 135 - 138), faktury VAT (k. 138 – 139), pismo z 15 lutego 2016 r. (k. 140), pismo z 19 lutego 2016 r. (k. 141),

W piśmie z 14 grudnia 2015 r. pozwana ad. 1 obciążyła wykonawcę (stronę powodową) kwotą 236.160,00 zł tytułem kary umownej za niezachowanie procedury związanej ze zmianą kierownika budowy (§ 17 ust. 2 pkt 4 umowy) jednocześnie wzywając do zapłaty.

W odpowiedzi na powyższe powódka ad. 1 podniosła, że kara jest niezasadna gdyż zamawiający mimo zawiadomienia nie sprzeciwił się obecności nowego kierownika na budowie zaś nowy kierownik posiadał takie same kwalifikacje co poprzedni.

W piśmie z 18 lutego 2016 r. pozwana ad. 1 obciążyła wykonawcę (stronę powodową) karą umowną w wysokości 1.747.584,00 zł tytułem opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy wynoszącego 74 dni (okres od 1 grudnia 2015 r. do 12 lutego 2016 r.) z winy wykonawcy.

W piśmie z 23 lutego 2016 r. pozwana ad. 1 obciążyła wykonawcę (stronę powodową) karą umowną w wysokości 335.347,20 zł tytułem braku gwarancji należytego wykonania kontraktu za okres od 15 grudnia 2015 r. do 23 lutego 2016 r.

W piśmie z 14 marca 2016 r. pozwana ad. 1 złożyła wykonawcy oświadczenie o kompensacie wzajemnych zobowiązań, tj. wierzytelności wykonawcy wynikających z faktur (...) na kwotę 1.718.935,09 zł z wierzytelnościami pozwanej. ad. 1 z tytułu naliczenia kar umownych w łącznej kwocie 1.983.774,00 zł żądając jednocześnie zapłaty kwoty 264.808,91 zł.

Wykonawca odesłał w dniu 18 marca 2016 r. powyższą kompensatę bez akceptacji.

Dowód: pismo z 14 grudnia 2015 r. (k. 142), pisma z 18 stycznia 2016 r. (k. 144, 145, 567 - 568), pismo z 18 lutego 2016 r. (k. 147), pismo z 23 lutego 2016 r. (k. 148 – 149), kompensata (k. 150);

Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania umowy jaką uzyskał wykonawca opiewała na kwotę 472.320,00 zł w okresie od 30 marca 2015 r. do 15 października 2015 r. zaś w okresie 16 września 2015 r. do 30 września 2018 r. na kwotę 141.696,00 zł.

W związku z zawarciem w dniu 15 września 2015 r. aneksu nr (...) do umowy, w dniu 18 września 2015 r. wykonawca uzyskał aneks nr (...) do umowy gwarancji, w którym przedłużono okres zabezpieczenia do 30 grudnia 2015 r. odnośnie kwoty 472.320,00 zł oraz od 1 grudnia 2015 r. do 15 grudnia 2015 r. co do kwoty 141.696,00 zł.

W dniu 15 lutego 2016 r. uzyskano kolejną zmianę postanowień gwarancji, na mocy której zabezpieczenie co do kwoty 141.696,00 zł obowiązywało w okresie od 12 do 26 lutego 2016 r.

W piśmie z 3 października 2016 r. ubezpieczyciel poinformował powódkę ad. 1 o tym, że do uzyskania przedłużenia gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad niezbędny jest aneks do umowy, na mocy którego przedłużeniu ulega okres na wykonanie kontraktu.

Dowód: gwarancja wraz aneksami (k. 151 – 153), pismo z 3 października 2016 r. (k. 154).

Powódka ad. 1 wykonała także następujące prace twierdząc, że są to prace dodatkowe nie objęte umową: stabilizacja drogi gminnej o powierzchni 7546 m²; dodatkowa droga wraz z poszerzeniem; zwężenie drogi na odcinku 167 mb wraz z zahumusowaniem i wywozem materiału na platformy; montaż i demontaż dodatkowego placu pod dźwig przy fundamencie EW1, wykonanie zmiany spadku, wykonanie robót budowlanych izolacji z żywic.

W związku z powyższym powódka ad. 1 w piśmie z 2 sierpnia 2016 r. wezwała pozwaną ad. 1 do zapłaty 216.22,49 zł tytułem należności za roboty dodatkowe, w terminie 7 dni.

Wykonawca nie zgłosił zamawiającemu robót dodatkowych.

Dowód: zestawienie robót dodatkowych (k. 186 – 188), faktura VAT (k. 188 – 189), dowody WZ (k. 190 – 197), potwierdzenie przelewu (k. 198), faktura (k. 199), potwierdzenie przelewu (k. 200), faktura (k. 201), karta postoju (k. 203), dowód WZ (k. 203), karta postoju (k. 204), dowód WZ (k. 205), faktura (k. 206), potwierdzenie (k. 207), faktura (k. 208), karta postoju (k. 209), dowód WZ (k. 210), potwierdzenie (k. 211), faktura (k. 212), protokół (k. 213), zamówienie (k. 214), potwierdzenie (k. 215), faktura (k. 216), potwierdzenie (k. 217), faktura (k. 218), przelew (k. 219), karty pracy (k. 220-224), faktura (k. 225), protokół zaawansowania (k. 226), formularz zamówienia (k. 227), potwierdzenie (k. 228), faktura (k. 229), protokół zaawansowania (k. 230), zamówienie (k. 231), potwierdzenie (k. 232), faktura (k. 233), protokół zaawansowania (k. 234), zamówienie (k. 235), potwierdzenie (k. 236), faktura (k. 237), protokół zaawansowania (k. 238), zamówienie (k. 239), potwierdzenie (k. 240), kopia dziennika budowy (k. 241-243), pismo (k.244-245), wezwanie z dowodem nadania (k. 247 – 250), notatka rady budowy (k. 251-253), e-mail (k. 254 – 256), notatki z rady budowy (k. 512 – 537), wydruki zdjęć (k. 538 – 558)

W piśmie z 22 marca 2016 r. wykonawca wezwał pozwaną ad. 1 do zapłaty 1.718.935,09 zł z odsetkami, na którą składa się kwota 1.367.409,45 wynikająca z faktury nr (...), kwota 304.785,64 zł wynikająca z faktury nr (...) oraz kwota 46.740,00 złotych wynikająca z faktury nr (...), w terminie 3 dni od doręczenia wezwania.

Dowód: wezwanie do zapłaty (k. 246).

Decyzjami z 17 lutego 2016 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił pozwanej ad. 1 pozwolenia na użytkowanie elektrowni wiatrowych zrealizowanych w K..

Pozwana ad. 1 uzyskał także koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej na okres od 14 marca 2016 r. do 31 grudnia 2030 r.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością realizowała również inwestycję polegającą na budowie farmy wiatrowej w Gniewnie w okresie od czerwca 2004 do lipca 2005 r.

Dowód: decyzje nr (...) (k. (...)), koncesja (k. (...)), dziennik budowy (k. 1388 – 1393, 1419 - 1424), oświadczenie (k. 1394 – 1395, 1417 – 1418).

Sąd zważył co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie w przeważającej części.

Przedmiotowym pozwem strona powodowa dochodziła zapłaty wynagrodzenia za wykonane i odebrane przez pozwaną ad. 1. jako zamawiającą roboty w zakresie infrastruktury drogowej, elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej oraz polegające na wybudowaniu fundamentów w ramach zadania inwestycyjnego mającego na

celu budowę turbin wiatrowych w gminie N.. Powyższe roszczenie strony powodowej odzwierciedlone zostało w trzech fakturach VAT: nr (...) ze 5 stycznia 2016 r. na kwotę 1.367.409,45 zł, nr (...) z 12 lutego 2016 r. na kwotę 304.785,64 zł oraz nr (...) z 12 lutego 2016 r na kwotę 46.740,00 zł. Ponadto w ramach roszczenia głównego strona powodowa domagała się zasądzenia kwoty 179.036,49 zł tytułem wykonania robót dodatkowych, które w jej ocenie nie były objęte umową z 31 marca 2015 r., a które były konieczne.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych nie ulega wątpliwości, że łącząca strony umowa była umową o roboty budowlane stypizowaną w art. 647 i nast. k.c. Roszczenie odzwierciedlone we wskazanych wyżej fakturach VAT na łączną kwotę 1.718.935,09 zł nie było w sprawie sporne, strona pozwana w żaden sposób nie kwestionowała jego zasadności czy też wysokości. Pomiędzy stronami bezsporny był fakt, że strona powodowa jako wykonawca zlecone jej umową z 31 marca 2015 r. prace objęte fakturami VAT załączonymi do pozwu wykonała w sposób należyty a wynagrodzenie naliczone zostało w prawidłowej wysokości. Argumentując bezzasadność powództwa w zakresie wynikającym z faktur VAT strona pozwana wskazała, że świadczenie strony powodowej z tytułu należnego wynagrodzenia zostało rozliczone przed procesem poprzez dokonanie w oświadczeniu z 14 marca 2016 r. potrącenia z wierzytelnością strony pozwanej w łącznej kwocie 1.983.774,00 zł z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót oraz niezgodną z umową zmianę osoby kierownika budowy, na skutek czego roszczenie wygasło. W toku procesu na rozprawie w dniu 17 września 2018 r. pełnomocnik strony pozwanej ponownie złożył oświadczenie o potrąceniu z argumentacją jak dotychczas, które zostało doręczone reprezentantowi strony powodowej A. M.. Nie ulega wątpliwości, że takie oświadczenie stanowi zarzut potrącenia w znaczeniu materialno-prawnym i jako taki jest możliwy na każdym etapie postępowania.

Wobec powyższego, zadaniem Sądu było zbadanie czy zgłoszona przez stronę pozwaną do potrącenia wierzytelność z tytułu kary umownej faktycznie istniała (czy zaistniały przesłanki do jej naliczenia i obciążenia strony powodowej i czy mogła być skutecznie potrącona przed procesem powodując wygaśnięcie roszczenia bądź w toku procesu prowadząc do zniweczenia powództwa. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że o ile spór koncentrował się w istocie na trzech wierzytelnościach z tytułu kary umownej, a mianowicie za zwłokę w wykonaniu prac, za niezgodną z umową zmianą kierownika budowy oraz za brak gwarancji należytego wykonania umowy, o tyle do potrącenia strona pozwana przedstawiła tylko dwie z wyżej wymienionych wierzytelności tj. karę umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu prac oraz niezgodnej z umową zmiany kierownika budowy. Wobec tego kwestia istnienia wierzytelności z tytułu braku gwarancji pozostała poza sferą zainteresowania Sądu gdyż de facto nie miała ona znaczenia dla oceny roszczenia skoro strona pozwana, mimo naliczenia kary umownej w tym zakresie nie przedstawiła jej do potrącenia i nie wywodziła z tego faktu w procesie żadnych skutków prawnych.

W pierwszej kolejności Sąd odniósł się do wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji umowy.

Kwestię kary umownej reguluje przepis art. 484 k.c., zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (§ 1). Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (§ 2). Przepis ten określa szczególną postać odszkodowania, którego źródłem może być wyłącznie wola samych stron umowy. Jest to więc określona przez strony umowy sankcja cywilnoprawna na wypadek niewykonania, czy też nienależytego wykonania zobowiązania. Może ona dotyczyć niewykonania zobowiązania. Może też dotyczyć nienależytego wykonania zobowiązania, przy czym w tym przypadku może chodzić o nienależyte wykonanie zobowiązania w ogólności, jak i sankcja ta jako odszkodowanie, może obejmować zdarzenia dotyczące konkretnych uchybień w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (co do miejsca, co do jakości, co do czasu itp.). Warunkiem ważności zastrzeżenia kary umownej jest to, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 483 § 1 k.c. jej zastrzeżenie wyłącznie na wypadek niewykonania, czy też nienależytego zobowiązania o charakterze niepieniężnym. W razie zastrzeżenia kary umownej i wystąpienia okoliczności jej zapłaty obowiązek ten obciąża dłużnika niezależnie od niewykazania szkody wywołanej przyczynami uzasadniającymi jej naliczenie. Obowiązek zapłaty ma w tym wypadku charakter bezwzględny. Kara umowna ma rekompensować ogół skutków, jakie towarzyszą

niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela. W judykaturze i piśmiennictwie wskazuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Kara umowna stanowiąc surogat odszkodowania podlega jednak pewnym modyfikacjom i uproszczeniom wpływającym zarówno z charakteru samej kary umownej, jak i jej celu, którym z jednej strony jest dyscyplinowanie stron stosunku obligacyjnego do wypełnienia wzajemnych świadczeń zgodnie z jego treścią, a z drugiej ułatwienie sytuacji dowodowej strony, na rzecz której taka kara umowna została zastrzeżona, przyspieszenie procedury związanej z naliczaniem odszkodowania i jego wypłatą.

Przesłanką powstania zobowiązania do zapłaty kary umownej jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, czyli z winy dłużnika. Występuje tu konstrukcja winy domniemanej co oznacza, że wierzyciel obowiązany jest wykazać naruszenie umowy a dłużnik musi zaferować dowody potwierdzające, że naruszenie to wynika z przyczyn, za które on odpowiedzialności nie ponosi.

Zgodnie z § 17 ust. 2 pkt 1 umowy zamawiający (czyli pozwana ad. 1) mógł żądać od wykonawcy zapłaty kary umownej z tytułu zwłoki w stosunku do terminu wykonania umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od dnia, w którym upłynął termin wykonania umowy.

Poza sporem pozostaje fakt, że strona powodowa zrealizowała prace po terminie, który zgodnie z aneksem nr (...) do umowy wyznaczony został na 30 listopada 2015 r., gdyż zgłoszenia gotowości odbioru końcowego (po usunięciu usterek) dokonała 18 stycznia 2016 r. zaś protokół końcowy w tym zakresie został sporządzony 12 lutego 2016 r. Natomiast Sąd podziela stanowisko strony powodowej, że nie ma podstaw do przyjęcia, iż popadła ona w zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy ze swej winy. Argumentacja strony pozwanej, że terminy wyznaczone stronie powodowej na wykonanie poszczególnych prac wynikające z załącznika nr 2 do umowy pn. Tabela (...) Skończonych były niezależne od prac podmiotu trzeciego czyli spółki (...), a jedynie w niewielkiej części ich zakres się zajął uznać należy za nieuzasadniony. Wprawdzie roboty obu wykonawców nie były ze sobą ściśle skorelowane to jednak prace strony powodowej determinowane były w pewnym zakresie przez czynności wykonywane przez spółkę (...). O ile czynności strony powodowej przed przystąpieniem do robót spółki (...) musiały być wykonane w określonym czasie tak, aby ta spółka mogła wykonać swój zakres prac, o tyle czas podjęcia tych czynności, czyli przywiezienia elementów potem ich montażu na wybudowanych przez stronę powodową fundamentach a następnie rozruchu turbin, determinowały kolejne czynności strony powodowej obejmujące zagospodarowanie terenu, demontaż dróg dojazdowych, podłączenie napięcia do elektrowni, a w konsekwencji sporządzenie dokumentacji powykonawczej. Jak słusznie wskazały powódki prace przez nie realizowane zarówno w listopadzie 2015 r., grudniu 2015 r. jak i styczniu 2016 r. nie stanowiły prac stricte związanych z robotami budowlanymi, a były to prace porządkowe, wykończeniowe, odtworzeniowe, inwentaryzacyjne czy dokumentacyjne, które nie mogły być wykonane w pełnym oderwaniu od czynności realizowanych przez pozwaną ad. 1. Ten zakres prac powódek nie mógł być w całości wykonany zanim spółka (...) nie opuściła terenu budowy. Skoro zaś spółka ta opuściła plac budowy dopiero 5 grudnia 2015 r. usuwając całe swoje zaplecze w postaci płyt stalowych, kontenerów biurowych czy agregatów prądotwórczych, to dopiero wówczas strona powodowa mogła podjąć prace polegające na wyrównaniu placów przy elektrowniach, uporządkowaniu/skarpowaniu terenu wokół fundamentów, badaniu modułów na nawierzchni drogi gminnej czy wykonaniu inwentaryzacji powykonawczej. Należy zwrócić uwagę, że po zejściu spółki (...) z budowy trwały czynności związane z rozruchem turbin, które rozpoczęły się 28 grudnia 2015 r. a zakończyły 14 stycznia 2016 r. przy czym w tym czasie, jak zeznali świadkowie, gdyby doszło do awarii to spółka (...) ponownie musiałaby wejść na plac budowy. Jak zeznał świadek W. S. (1) dopiero po przeprowadzeniu prób, w szczególności zapewnieniu przez spółkę (...), że wszystko jest w porządku i po zejściu tej firmy z placu budowy, można demontować drogi tymczasowe gdyż nie ma już potrzeby dojazdu i wyjazdu ciężkiego sprzętu. Toteż te właśnie czynności z całą pewnością determinowały z kolei czynności strony powodowej, w tym czynności związane z demontażem dróg jak również odbiorowe ponieważ dokumentacja powykonawcza nie mogła być tymczasowa, musiała uwzględniać stan po zakończeniu wszystkich prac. Powódki miały zaś zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 pkt 3 umowy zakończyć prace w terminie 14 dni od dnia zakończenia rozruchu turbin, a zatem biorąc pod uwagę czas zakończenia tego rozruchu, termin zakończenia prac przypadał powódkom na 28 stycznia 2016 r. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego, w szczególności dziennika budowy, powodowie

zakończyli wszelkie prace w tym czasie. W dniu 14 stycznia 2016 r. spółka (...) dokonała odbioru końcowego elektrowni wiatrowych bez uwag, zaś w dniu 28 stycznia 2016 r. zakończono wpisy w dzienniku budowy.

Nie ulega wątpliwości, że po tym terminie strona powodowa wykonywała jeszcze czynności, które związane były z gromadzeniem dokumentacji powykonawczej. Należy przy tym wskazać, że pierwotnie strona powodowa zgłosiła gotowość do odbioru 18 stycznia 2018 roku jednak z uwagi na nieaktualne mapy inwentaryzacyjne wycofała to zgłoszenie przy czym nie sposób obciążyć tym faktem stronę powodową. Z zebranego materiału dowodowego wynika bowiem, że po wykonaniu przez geodetę stosownego obmiaru, ujawniły się rozbieżności pomiędzy powierzchnią odrolnioną z mocy decyzji Starosty (...), a faktyczną powierzchnią wykorzystaną pod budowę turbin, na co strona powodowa nie miała wpływu. Nie można zatem czynić w tym zakresie zarzutu stronie powodowej, a raczej należy ocenić jako dbałość o stan dokumentacji aby uniknąć odmowy pozwolenia na użytkowanie. W tym celu podjęła czynności mające na celu rozwiązanie problemu i w dniu 8 lutego 2016 r. przekazała prawidłowe dokumenty inwentaryzacyjne potwierdzające powierzchnię odrolnioną oraz oświadczenie Gminnej Spółki (...) w N., zgłaszając jednocześnie gotowość do odbioru końcowego, który odbył się dopiero 12 lutego 2016 r. Nie zmienia to jednak faktu, że w terminie 14 dni, od kiedy faktycznie zakończyły się wszystkie czynności potwierdzające, że firma (...) już nie będzie wykonywała żadnych prac, strona powodowa przygotowała dokumenty niezbędne do przedstawienia inwestorowi celem złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Zapis § 3 ust 1 ust. 3 umowy, że przez wykonanie przedmiotu umowy uważa się podpisanie protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, w okolicznościach niniejszej sprawy jawi się jako pewnego rodzaju nadużycie. Skoro bowiem z końcem stycznia 2016 r. powódka była gotowa i taki odbiór zgłosiła, a z uwagi na inne okoliczności od niej niezależne odbiór może nastąpić dopiero po 14 dniach to nie może obciążać strony powodowej. Jest to o tyle istotne, że z protokołu odbioru końcowego nie wynika by ujawniły się jakieś usterki, co by wskazywało, że w dacie kiedy zgłoszono odbiór powinien on być dokonany, zwłaszcza że w dniu 28 stycznia 2016 r. strona powodowa przekazała, mapę geodezyjną (...) z naniesioną inwentaryzacją powykonawczą.

Jeśli chodzi o inwentaryzację powykonawczą to strona powodowa wykazała, treścią e-maila z 15 września 2015 r. skierowanego do W. S. (1), że wszelka inwentaryzacja mogła być przeprowadzona i zrealizowana dopiero po zakończeniu budowy i zamknięciu dziennika budowy, gdy zostaną zlikwidowane elementy tymczasowe. Trudno zatem oczekiwać by strona powodowa wykonała inwentaryzację powykonawczą przed 28 stycznia 2016 r. gdy nie został zamknięty dziennik budowy. W ocenie Sądu strona powodowa jasno wykazała materiałem dowodowym, że pewnych prac wykonać nie mogła, a chodzi tutaj o dokumentację powykonawczą na terenie (...). O ile strona powodowa fizycznie prace mogła wykonać i w istocie je wykonała, o tyle do skompletowania pełnej dokumentacji potrzebne były inne dokumenty, których uzyskanie leżało w gestii strony pozwanej. Nie ma podstaw by zarzucać stronie powodowej zwłokę w tym zakresie skoro to strona pozwana nie dołączyła w odpowiednim czasie (z chwilą przekazania placu budowy) dokumentu w postaci pozwolenia na budowę, które zostało wydane w dacie późniejszej tj. 21 września 2015 r., a teraz próbuje skutkami tego niewykonania obciążyć stronę przeciwną. Oczywiście jak zauważyła strona powodowa podczas procesu budowlanego może dojść do różnych problemów, czy to natury budowlanej czy formalnej, więc strona pozwana wiedząc kiedy faktycznie dostarczyła stronie powodowej dokument potrzebny do przygotowania dokumentacji powykonawczej, czyli decyzję pozwalającą na wykonanie prac, które faktycznie były już wykonane powinna ten fakt uwzględnić w okolicznościach sprawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że mimo wykonania prac strona powodowa nie mogła sporządzić dokumentacji powykonawczej nie posiadając stosownej decyzji.

Podkreślić należy, że skoro prace strony powodowej, które powyżej wskazano w części uzależnione były od prac podmiotu trzeciego czyli spółki (...), to niewątpliwie niekwestionowane opóźnienie tej spółki jako dostawcy turbin spowodowało przesunięcie terminów przewidzianych w umowie między stronami niniejszego sporu. Realizacja umowy była bowiem uzależniona od zakończenia prac przez dostawcę, dopiero to warunkowało możliwość demontażu dróg tymczasowych i ujęcia docelowego stanu na mapach powykonawczych. Skoro firma (...) zeszła z budowy 5 grudnia 2015 r., a pozostały do zrealizowania prace, które nie mogły być wykonane wcześniej to nie sposób przyjąć by strona powodowa mogła dotrzymać terminu wyznaczonego na 30 listopada 2015 r. Znamienny przy tym jest fakt, że w harmonogramie dostawy turbin obowiązującym między stroną pozwaną i firmą (...), a sporządzonym 27 marca 2015 r. (przed przekazaniem placu budowy stronie powodowej) obowiązują inne daty realizacji prac aniżeli harmonogram

przebiegu dostawy obowiązujący między stronami niniejszego procesu. W szczególności termin na zakończenie robót został wyznaczony na 12 stycznia 2016 r. podczas gdy między stronami niniejszego sporu termin ten, pierwotnie ustalony na 15 września 2015 r., wyznaczono na 30 listopada 2015 r. Zatem już w momencie zawierania umowy między stroną powodową, a pozwaną termin zakończenia prac wyznaczony w umowie (w tym także przedłużony) nie był dla strony powodowej realny do osiągnięcia zaś prace strony powodowej nie zostały skorelowane w stosownym harmonogramie z pracami dostawcy turbin czyli spółką (...). Niewątpliwie z dowodów zgromadzonych w sprawie, w szczególności harmonogramów dostaw, wynika że terminy jakie były uzgadniane przez stronę pozwaną ze spółką (...) nie pokrywały się z terminami narzuconymi stronie powodowej, a poszczególne zmiany tego harmonogramu nie zostały stronie pozwanej udostępnione.

Reasumując, w świetle okoliczności sprawy nie ulega wątpliwości, że strona powodowa nie zrealizowała prawidłowo umowy z 31 marca 2015 r. niemniej dowiodła, że było to wynikiem okoliczności od niej niezależnych a zatem nie powstała przesłanka do naliczenia z tego tytułu kary umownej. Skoro więc wiarygodność strony pozwanej w tym zakresie nie powstała, to jako wiarygodność nieistniejąca nie mogła zostać przedstawiona do potrącenia, a zatem zarzut procesowy zgłoszony w tej materii nie odniósł skutku.

Jeśli chodzi o kwotę z tytułu kary umownej z powodu niezgodnej z umową zmiany kierownika budowy to również w ocenie Sądu brak było podstaw do jej naliczenia.

Zgodnie z § 17 ust. 2 pkt 4 umowy w przypadku zmiany przez wykonawcę personelu w sposób naruszający postanowienia § 10 umowy zamawiający (czyli pozwana ad. 1) może żądać od wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z § 10 ust. 3 i 4 umowy wszelkie zmiany w zakresie osoby do kierowania budową i kierowania robotami muszą być uzasadnione na piśmie przez wykonawcę i zaakceptowane przez zamawiającego, zaś o ewentualnej zmianie osób wykonawca poinformuje zamawiającego na co najmniej 5 dni przed planowaną zmianą.

Analiza zgromadzonego materiału dowodowego dowodzi, że wbrew zarzutom strony pozwanej, zmiana na stanowisku kierownika budowy została zgłoszona stronie pozwanej, o czym świadczy treść pisma z 7 sierpnia 2015 r. Zeznania świadków, w szczególności L. P. potwierdzają też, że strona pozwana miała wiedzę o tym, że dojdzie do zmiany na stanowisku kierownika budowy już w lipcu 2015 r. gdy został on przedstawiony jako koordynator, pomoc dotychczasowego kierownika budowy. Świadek wskazała też, że otrzymała e-mail z pożegnaniem od B. W.. Oceniając tę kwestię należy też mieć na uwadze, że strona powodowa została postawiona przed faktem dokonanym, gdyż to dotychczasowy kierownik budowy sam zrezygnował z pełnienia tej funkcji, nie była to decyzja powódki ad. 1 Z akt sprawy (k. 143), jak i zeznań nowego kierownika W. S. (2) wynika też, że stronie pozwanej wraz z pismem informującym o zmianie na stanowisku kierownika zostały przedstawione dokumenty poświadczające jego kwalifikacje. Jeśli były one dla strony pozwanej niewystarczające to należało w momencie kiedy pozyskała ona w tym zakresie wiedzę zakwestionować wybór - fakt zmiany był oczywisty w świetle rezygnacji dotychczasowego kierownika. Tymczasem w ocenie Sądu, w świetle art. 60 k.c., strona pozwana mimo braku wyrażenia zgody na piśmie, w pełni ten wybór zaakceptowała przynajmniej w sposób dorozumiany, zarówno poprzez fakt niewyrażenia sprzeciwu po uzyskaniu wiedzy o zmianie jak i udział w radach budowy, wzywaniu kierownika do wykonania pewnych czynności, czy współpraca z inspektorem nadzoru. Pozwana nie sprzeciwiała się także wpisom dokonywanym przez kierownika w dzienniku budowy. Dopiero w grudniu 2015 r., kiedy w zasadzie większość robót budowlanych została wykonana, pozwana postanowiła skorzystać z możliwości naliczenia kary umownej z tego tytułu nie dając jednak powódce możliwości do spełnienia wymogów jakich oczekiwałyby w tym zakresie. Natomiast z zeznań świadka L. P. wynika, że w istocie nie było woli naliczenia kary umownej z tego tytułu jednak potem relacja między inwestorem zastępczym upoważnionym przez stronę pozwaną do działania w jej imieniu a kierownikiem budowy stała się na tyle uciążliwa, że strona pozwana postanowiła jednak naliczyć karę umowną. Nie kwestionowała natomiast wyboru kierownika w czasie, kiedy to nastąpiło i kiedy otrzymała dokumenty potwierdzające jego kwalifikacje, w szczególności nie zgłosiła zastrzeżeń co do tych kwalifikacji, nie wносиła o przedłożenie ewentualnie innych dokumentów.

W tych okolicznościach obciążenie strony powodowej karą umowną było bezpodstawne, a zatem nie powstała wiarygodność po stronie pozwanej, którą mogłaby przedstawić do potrącenia. W konsekwencji również zarzut procesowy zgłoszony w tej materii nie odniósł skutku.

Mając na uwadze powyższe, w świetle zaoferowanego materiału dowodowego, przy uwzględnieniu twierdzeń stron i przytoczeń faktycznych, Sąd doszedł do przekonania, że strona pozwana nie wykazała istnienia wiarygodności przedstawionych do potrącenia, a tym samym nie zniweczyła roszczenia strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia z tytułu umowy łączącej strony.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd uznał, że roszczenie strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia w niekwestionowanej kwocie 1.846.270,34 zł zasługuje na uwzględnienie, o czym orzekł jak w pkt I sentencji wyroku. Z uwagi na to, że niesporny był fakt, iż umowa zawarta przez strony stanowi transakcję handlową w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2016.684 t.j.) stronie powodowej - zgodnie z jej żądaniem - należały się odsetki za opóźnienie według tej ustawy, od dnia 17 listopada 2016 r. jako dnia wniesienia pozwu.

W okolicznościach niniejszej sprawy roszczenie o zapłatę wynagrodzenia tytułem robót dodatkowych okazało się nieuzasadnione.

Strona powodowa nie zdołała wykazać, choć to na niej spoczywał w myśl art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. ciężar dowodzenia, czy prace dodatkowe, na które się powoływała wynikały z konieczności wykonania tych prac czy też z błędów projektowych. Na podstawie zaoferowanych przez stronę powodową dowodów nie istniała także możliwość weryfikacji zakresu robót dodatkowych. Zarówno dowody z dokumentów, choćby w postaci szeregu faktur, jak i świadków przedstawione przez stronę powodową nie dają możliwości, aby precyzyjnie określić jaki rzeczywiście zakres prac został przez nią wykonany. O ile bowiem Sąd przyjął, że te prace strona powodowa wykonała, o tyle dla oceny charakteru tych robót, tj. czy były to roboty dodatkowe czy zamiennie czy objęte były treścią umowy czy też nie – jak twierdzi strona powodowa – oraz jaka była wartość tych prac wymagana jest wiedza specjalna. Taki wniosek o dowód z opinii biegłego sądowego został złożony, jednak na rozprawie z 17 września 2018 roku został cofnięty przez stronę powodową. Z tych względów roszczenie jako niewykazane należało oddalić, o czym orzeczono w punkcie II sentencji wyroku.

Ustalając stan faktyczny Sąd oparł się na dowodach z dokumentów, jak i na dowodach z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków. Przedłożone dowody z dokumentów nie były kwestionowane przez strony dlatego Sąd ocenił je ocenić jako rzetelnie i wiarygodnie przedstawiające okoliczności sprawy.

Jeśli chodzi o zeznania świadków to Sąd czynił swe ustalenia przede wszystkim biorąc pod uwagę dowód z zeznań L. P. i W. S. (1), gdyż w kontekście zakresu i istoty orzekania (kwestia terminów realizacji prac oraz zmiany kierownika budowy) kluczowe znaczenie miały zeznania właśnie tych świadków. Pozostali świadkowie relacjonowali przebieg inwestycji jednak ich zeznania nie miały większego znaczenia dla elementów istotnych czy istnienia podstaw do naliczenia i potrącenia dwóch kar umownych (dotyczących terminów realizacji prac oraz zmiany kierownika budowy).

Na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. Sąd ustalił, że strona powodowa wygrała proces w 91% i stosownie do wyniku procesu szczegółowe wyliczenie kosztów procesu pozostawił referendarzowi sądowemu.

Sygn. akta VIII GC 26/17

ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)