

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym 30 października 2017 r. (k. 2 i nast.) powód Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) LTD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w K. domagał się zasądzenia od pozwanej Miejskie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwoty 114.254,70 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 25 października 2015 r. oraz kosztami procesu. Wyjaśnił, że pozwaną łączyła z upadłą (...) LTD spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w K. umowa z dnia 27 kwietnia 2015 r., na podstawie której pozwana miała zapłacić upadłym wynagrodzenie 571.273,50 zł za przebudowę sieci wodociągowej DN 400 w S. w Gminie U. w terminie do 16 lipca 2015 r. Umowa została przez upadłą wykonana, w związku z czym upadła 24 września 2015 r. wystawiła pozwanej fakturę VAT na kwotę równą należnemu wynagrodzeniu; termin płatności określiła na 24 października 2015 r. Pozwana zapłaciła jedynie 374.183,97 zł. Pozwana 1 października 2015 r. doręczyła upadłej notę księgową na kwotę 197.089,53 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wymiarze 69 dni. Na tej podstawie pozwana nie zapłaciła upadłej dochodzonej pozwem części wynagrodzenia. Upadła odesłała pozwanej notę, uznając ją za bezpodstawną, bowiem umowę wykonała 14 sierpnia 2015 r., a nie – jak uznaje pozwana – 24 września 2015 r. Stąd przedmiotem procesu jest kara umowna za 40 dni opóźnienia (od 15 sierpnia do 24 września 2015 r.) w kwocie 114.254,70 zł; kara umowna za pozostałe 29 dni (od 17 lipca do 14 sierpnia 2015 r.) nie stanowi przedmiotu sprawy. Powód wskazał, że 14 sierpnia 2015 r. został dokonany wpis do dziennika budowy o gotowości przeprowadzenia czynności odbioru końcowego, a w umówionym 7-dniowym terminie inspektor tego wpisu nie zakwestionował, więc naliczanie kary umownej po tej dacie jest niezasadne. Z ostrożności procesowej wniósł o miarkowanie kary umownej, powołując się na rażące wygórowanie kary umownej, a nadto na wykonanie w terminie przeważającej części prac i jedynie formalny charakter zastrzeżeń inspektora nadzoru. Podniósł, że pozwana nie poniosła szkody. Upadła wniosła o zawezwanie pozwanej do próby ugodowej, lecz pozwana nie stawiała się na wyznaczonym posiedzeniu.

W odpowiedzi na pozew (k. 80 i nast.) pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie zwrotu kosztów procesu. Zarzuciła, że dochodzona kwota została potrącona z przysługującej jej kary umowną za opóźnienie. Podniosła, że upadła do 14 sierpnia 2015 r. nie wykonała umowy, przy czym błędne jest twierdzenie powoda, że przedmiotem umowy było wykonanie samych robot budowlanych. Zgodnie z umową upadła była zobowiązana również do dostarczenia dokumentacji powykonawczej. Odnośnie wpisu w dzienniku budowy z 14 sierpnia 2015 r. wyjaśniła, że wpis nie świadczy o wykonaniu przez upadłą umowy i nie niweczy uprawnienia pozwanej do naliczenia kar umownych. Odbiór robót nastąpił dopiero 24 września 2015 r., gdy podpisano protokół odbioru końcowego. Pozwana, mimo tego, że wpis do dziennika budowy został dokonany celowo, w okresie urlopu wypoczynkowego inspektora, przystąpiła do czynności odbiorowych w terminie ustalonym umową. W toku tych czynności stwierdzono nieprawidłowości uniemożliwiające dokonanie odbioru końcowego: brak inwentaryzacji powykonawczej, nieprzedłożenie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, braki w rozmieszczeniu przewodu lokalizacyjnego, brak oznakowania armatury w terenie etc. Z uwagi na nieprawidłowości i uzupełnianie braków przez upadłą odbiór został dokonany dopiero 24 września 2015 r. W tych okolicznościach obciążenie upadłej karą umowną za sporny okres 40 dni było zasadne, przy czym nie zachodzą podstawy do miarkowania kary umownej.

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:***

Dnia 27 kwietnia 2015 r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwana zawarła z upadłą umowę nr (...), na podstawie której upadła miała zrealizować inwestycję „Przebudowa sieci wodociągowej DN 400 w m. S., gm. U.” zgodnie z dokumentacją projektową, szczegółowym opisem zamówienia oraz złożoną ofertą, w zgodzie z zasadami współczesnej wiedzy technicznej, obowiązującymi normami branżowymi i przepisami prawa, z zachowaniem należytej staranności i wysokiej jakości materiałów (§ 1 umowy), uznając za podstawę do realizacji umowy dokumentację projektową oraz SIWZ (§ 3 umowy).

Do obowiązków upadłej należało m.in. przeprowadzenie prób, pomiarów i sprawdzeń przewidzianych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robot budowlano-montażowych na własny koszt, zapewnienie obsługi geodezyjnej

budowy, dostarczenie dokumentacji powykonawczej w formie papierowej i elektronicznej, wykonanie na własnych koszty odkrywki elementów robót budzących wątpliwości, po zakończeniu robót – uporządkowanie terenu budowy i przekazanie go w terminie ustalonym na odbiór robót (§ 4 umowy). W SIWZ wskazano, że upadła ma wykonać m.in. następujące roboty w zakresie sieci wodociągowej – „roboty naprawcze, porządkowe, odtworzeniowe”, „inne roboty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, które wg Wykonawcy należy wykonać np.: oznakowanie, zabezpieczenie placu budowy pozwolenia decyzje itp.” (k. 31).

Termin „zakończenia przedmiotu umowy” ustalono od dnia podpisania umowy do 16 lipca 2015 r. jako termin zakończenia umowy. Podstawę wykonania przedmiotu umowy w tym terminie należało uznać potwierdzony przez inspektora nadzoru wpis do dziennika budowy dokonany przez kierownika budowy o zakończeniu realizacji zadania (§ 2 umowy).

Przedmiot umowy miał zostać odebrany w odbiorze końcowym. Upadła miała zgłosić gotowość do odbioru końcowego wpisem do dziennika budowy; potwierdzenie wpisu albo nieustosunkowanie się do wpisu przez inspektora nadzoru w 7 dni od dokonania wpisu miało oznaczać osiągnięcie gotowości do dokonania odbioru w dacie dokonania wpisu. Rozpoczęcie odbioru końcowego miało nastąpić w terminie 14 dni od zawiadomienia o gotowości do odbioru robót. W trakcie odbioru upadła miała przekazać oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania robót z dokumentacją projektową itd., kompletną dokumentacją powykonawczą oraz inne dokumenty, takie jak atesty, deklaracje zgodności, badania mikrobiologiczne wody etc. W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad, pozwana mogła m.in. odmówić dokonania odbioru do czasu ich usunięcia (wady nadające się do usunięcia). Ponadto pozwana mogła przerwać czynności odbioru w razie stwierdzenia wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem – do czasu usunięcia tych wad. Z odbioru końcowego miał zostać sporządzony protokół (§ 11 umowy).

Za wykonanie umowy upadła miała otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 571.273,50 zł brutto (§ 9 umowy), płatne w terminie 30 dni od wpływu prawidłowo wystawionej faktury z protokołem odbioru robót podpisanym przez inspektora nadzoru (§ 14 umowy).

W umowie strony zastrzegły kary umowne, w tym m.in. karę umowną należną pozwanej od upadłej za nieterminowe wykonanie robót budowlanych w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdą rozpoczętą dobę opóźnienia, licząc od terminu zakończenia przedmiotu umowy, tj. 16 lipca 2015 r. (§ 10 ust. 2 pkt 1 lit. a umowy). Pozwana zastrzegła sobie możliwość potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem upadłej (§ 10 ust. 4 umowy).

Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 15 umowy).

Inwestycja, której dotyczyła umowa, była realizowana z udziałem środków unijnych uzyskanych przez pozwaną.

W dokumentacji projektowej wskazano uwagę, że „dokładne rzędne włączeń oraz istniejącego uzbrojenia ustalić po odkopaniu i ewentualnie przeprowadzić korektę pod nadzorem projektanta” (k. 129).

### ***Niesporne, a nadto dowody:***

- umowa nr (...) z 27 kwietnia 2015 r. z załącznikami (k. 27-34);
- warunki techniczne (k. 106-113);
- projekt sieci wodociągowej (k. 115-124, 126-143);
- zeznania świadka J. K. (k. 165-167, 170);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

Upadła przystąpiła do wykonywania umowy. Przebieg prac był odnotowywany w dzienniku budowy. Upadła prowadziła dokumentację wykorzystywanego sprzętu, pojazdów, a także ewidencję czasu pracy pracowników wykonujących prace na rzecz pozwanej.

***Niesporne, a nadto dowód:***

- dziennik budowy (k. 42-56);
- decyzja z 22 maja 2015 r. (k. 183);
- zestawienie maszyn i urządzeń wraz z kartami drogowymi (k. 184-200, 201-209, 239-241);
- raporty dzienne (k. 210-221);
- wykaz sprzętu wraz z załącznikami (k. 222-227);
- zestawienie pracy sprzętu wraz z załącznikami (k. 228-233);
- wykaz przepracowanych godzin wraz z załącznikami (k. 234-238, 242-249);
- zeznania świadka J. K. (k. 165-167, 170);
- zeznania świadka K. B. (1) (k. 167-168v, 170);
- zeznania świadka R. P. (1) (k. 253,254, 255).

Pismem z 14 lipca 2015 r. upadła wystąpiła do pozwanej o przedłużenie terminu zakończenia robót objętych umową do 8 sierpnia 2015 r. W odpowiedzi z 15 lipca 2015 r. pozwana poinformowała, że nie może zgodzić się na zmianę terminu zakończenia ze względu na możliwość utraty dofinansowania inwestycji ze środków unijnych. Nadto poinformowała, że w przypadku przekroczenia terminu wykonania umowy obciąży upadłą karą umowną. Upadła, mimo odmownej odpowiedzi, ponawiała wnioski o zmianę terminu wykonania umowy. Pismami z 6 i 12 sierpnia 2015 r. upadła zwracała się ponadto o dostarczenie rozwiązania projektowego włączenia wodociągu w punkcie 1, a także wskazywała na utrudnienia w realizacji umowy, takie jak ruch turystyczny, kolizja z istniejącą siecią wodociągową. Przedtem upadła nie wskazywała na żadne problemy w wykonaniu umowy w terminie, nie zwracała się o przesunięcie terminu zakończenia robót.

***Dowody:***

- korespondencja (k. 35-41);
- zeznania świadka R. P. (1) (k. 253,254, 255);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

Dla realizowanej inwestycji prowadzono dziennik budowy. W dzienniku budowy kierownik budowy (K. B. (1)) dokonał m.in. następujących wpisów:

- 11 sierpnia 2015 r. – „Po odkopaniu istn. wodociągu o  $\varnothing 400$  w pkt 1, okazało się, że jest on posadowiony niżej 1,5m niżej w stosunku do projektowanego. W związku z tym należy zamontować igłofiltry, i wykonać połączenie. Pompowanie wody będzie działało do 13.08.5 do czasu połączenia sieci”,
- 13 sierpnia 2015 r. – „Podczas wykonywania wykopów w pkt 1 w celu połączenia sieci wodociągowej zerwał się asfalt na długości ok. 5m i szerokości 1,5m”.

Dnia 13 sierpnia 2015 r. inspektor nadzoru (R. P. (1)) przebywał na terenie realizacji inwestycji i nie była mu komunikowana gotowość do odbioru ani zamiar zgłoszenia tej gotowości. Tego samego dnia upadła wykonała podłączenie sieci wodociągowej. W okresie od 14 do 24 sierpnia 2015 r. inspektor nadzoru przebywał na urlopie wypoczynkowym. Dziennik budowy znajdował się w tym czasie u kierownika budowy.

Dnia 14 sierpnia 2015 r. kierownik budowy dokonał wpisu do dziennika budowy – „Zgłaszam do odbioru końcowego sieć wodociągową. (...) eksploatowany jest od dnia dzisiejszego”. O gotowości do odbioru końcowego i dokonany stosownym wpisem do dziennika budowy upadła poinformowała pozwaną pismem z 14 sierpnia 2015 r.

#### **Dowody:**

- dziennik budowy (k. 42-56);
- wydruk ze strony internetowej (k. 57);
- pismo z 14 sierpnia 2015 r. (k. 58)
- zeznania świadka J. K. (k. 165-167, 170);
- zeznania świadka K. B. (1) (k. 167-168v, 170);
- zeznania świadka P. M. (k. 252-252v, 255);
- zeznania świadka R. P. (1) (k. 253,254, 255);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

Po dokonaniu zgłoszenia gotowości do odbioru upadła wykonywała dalsze prace na terenie inwestycji. W dokumentacji prowadzonej przez upadłą – wykazach przeprowadzonego czasu przez pracowników – odnotowano, że przy wykonywaniu umowy zawartej z pozwaną w sierpniu 2015 r. pracowali następujący pracownicy w dniach 19 i 20 sierpnia 2015 r. – w wymiarze po 8 godzin każdego dnia – A. D., D. F. oraz M. S. (**k. 248**). Dokumentacja ta została potwierdzona podpisem kierownika budowy.

#### **Dowody:**

- wykaz przepracowanych godzin wraz z załącznikami (k. 234-238, 242-249);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

W związku ze zgłoszoną przez upadłą gotowością do odbioru końcowego pozwana wyznaczyła termin odbioru końcowego na 24 sierpnia 2015 r., o czym poinformowała upadłą pismem z 16 sierpnia 2015 r., wzywając do przedłożenia w tym terminie dokumentacji, w tym m.in. mapy geodezyjne, dokumentacji kierownika budowy do zawiadomienia o zakończeniu robót.

Dnia 24 sierpnia 2015 r. inspektor nadzoru dokonał do dziennika budowy wpisu „Nie potwierdzam gotowości Wykonawcy robót do dokonania odbioru końcowego: wykonawca nie potwierdził zgodności inwentaryzacji powykonawczej z projektem wykonawczym, wykonawca nie potwierdził prawidłowości wykonania przewodu lokalizacyjnego”.

Podczas czynności odbiorowych 24 sierpnia 2015 r. inspektor nadzoru stwierdził, że nie potwierdza gotowości upadłej do odbioru końcowego. W trakcie czynności odbiorowych zwrócono uwagę na braki w dokumentacji i występujące usterki. Pozwana wstrzymała czynności odbiorowe do czasu przedłożenia protokołu skuteczności przewodu sygnałowego wodociągu, potwierdzenia zgodności inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej z projektem wykonawczym, wykonania oznakowania armatury w terenie, wykonania ponownego przeglądu technicznego sieci.

Upadła zobowiązała się do usunięcia tych braków do 3 września 2015 r. Ponadto wobec stwierdzenia, że należy zamulić odcinki chodnika przy ul. (...) i uzupełnić humusem trawnik w pasie drogi, zabezpieczyć uszkodzone krawężniki przy ul. (...) i uzupełnić mapę geodezyjną o domiary do zasuw oraz dostarczyć mapkę na CD, pozwana przerwała czynności odbiorowe do czasu potwierdzenia w dzienniku budowy przez inspektora nadzoru, że roboty zostały wykonane prawidłowo, zgodnie z dokumentacją i nadają się do odbioru końcowego.

Protokół został podpisany przez kierownika budowy bez zastrzeżeń.

***Niesporne, a nadto dowody:***

- dziennik budowy (k. 42-56);
- pismo z 16 sierpnia 2015 r. (k. 59, 175);
- protokół z 24 sierpnia 2015 r. (k. 60-61);
- zeznania świadka J. K. (k. 165-167, 170);
- zeznania świadka K. B. (1) (k. 167-168v, 170);
- zeznania świadka R. W. (k. 168v-170);
- zeznania świadka P. M. (k. 252-252v, 255);
- zeznania świadka R. P. (1) (k. 253,254, 255);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

Pismem z 2 września 2015 r. pozwana przypomniała upadłej o nadchodzącym terminie na uzupełnienie dokumentacji. Upadła usunęła wskazane jej w protokole z 24 sierpnia 2015 r. usterki i uzupełniła braki w dokumentacji, w związku z czym 24 września 2015 r. inspektor nadzoru dokonał do dziennika budowy wpisu „Potwierdzam zakończenie robót. Wykonawca dostarczył wymagane dokumenty do odbioru końcowego”. Tego samego dnia ponownie przystąpiono do czynności odbioru końcowego. W protokole odnotowano, że upadła usunęła wady i usterki stwierdzone w protokole z 24 sierpnia 2015 r., w związku z czym przyjmuje się przedmiot robót i uznaje, że obiekt odpowiada przeznaczeniu i jest gotowy do eksploatacji.

***Niesporne, a nadto dowody:***

- dziennik budowy (k. 42-56);
- pismo z 2 września 2015 r. (k. 62);
- inwentaryzacja powykonawcza (k. 63, 114, 125);
- projekt sieci wodociągowej (k. 115-124, 126-143);
- protokół odbioru końcowego z 24 września 2015 r. (k. 64-65);
- mapy (k. 70-71);
- zeznania świadka J. K. (k. 165-167, 170);
- zeznania świadka K. B. (1) (k. 167-168v, 170);
- zeznania świadka R. W. (k. 168v-170);

- zeznania świadka P. M. (k. 252-252v, 255);
- zeznania świadka R. P. (1) (k. 253,254, 255);
- zeznania P. H. za stronę pozwaną (k. 254-255).

Dnia 24 września 2015 r. upadła wystawiła fakturę VAT nr (...), obciążając pozwaną kwotą 571.273,50 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonanie umowy. Termin płatności oznaczyła jako 30 dni – do 24 października 2015 r. Pozwana w związku z powyższą fakturą zapłaciła upadłej 374.183,97 zł, natomiast 29 września 2015 r. wystawiła upadłej notę księgową nr (...), obciążając upadłą karą umowną w kwocie 197.089,53 zł tytułem „kara umowna za zwłokę w ilości 69 dni w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% na mocy umowy, & 10 pkt 2 ppkt.1)a)”. Jednocześnie pozwana wskazała jako formę płatności § 10 ust. 4 umowy, odnoszący się do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia upadłej.

Upadła nie uznała naliczonej kary i zwróciła się do pozwanej o przeanalizowanie prawidłowości ich naliczenia. Pozwana potwierdziła, że karę umowną ustaliła zgodnie z umową.

***Niesporne, a nadto dowody:***

- faktura VAT nr (...) z 24 września 2015 r. (k. 66);
- nota księgową nr (...) z 29 września 2015 r. (k. 67);
- pismo z 13 października 2015 r. (k. 68);
- pismo z 9 listopada 2015 r. (k. 69).

***Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Podstawę prawną żądania stanowił przepis art. 647 k.c., z którego treści wynika, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Treść zawartej umowy, w szczególności opisany w niej jej przedmiot, występowanie podmiotów i dokumentacji charakterystycznych dla robót budowlanych uzasadniały przyjęcie wyżej wskazanej podstawy prawnej oceny żądania. Zresztą co do charakteru łączącej strony umowy pozostawały one zgodne.

Powód także nie negował uprawnienia pozwanej do obciążenia go karami umownymi, jednakże uważał, że została ona bezpodstawnie naliczona za okres 40 dni i w związku z tym nie było podstawy do potrącenia wynikającej z tego tytułu kary umownej z należnym mu wynagrodzeniem za wykonane prace.

Powód wprost wskazywał, że dochodzona kwota stanowi część wynagrodzenia upadłej wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 24 września 2015 r., którą pozwana uregulowała jedynie w części. Brak zapłaty dochodzonej kwoty wynikał z obciążenia upadłej przez pozwaną karą umowną za okres 69 dni, przy czym w niniejszym procesie powód domagał się zapłaty należnego wynagrodzenia odpowiadającemu karze umownej naliczonej za okres od 15 sierpnia do 24 września 2015 r. (40 dni).

Inicjujący postępowanie podniósł, że przedmiot umowy został wykonany w dniu 14 sierpnia 2015 r., o czym miała świadczyć zamieszczona w tej dacie, w dzienniku budowy, adnotacja uczyniona przez kierownika budowy o zgłoszeniu do odbioru końcowego sieci wodociągowej, z jednoczesnym wskazaniem, że wodociąg eksploatowany jest „od dnia

dzisiejszego”. O gotowości do odbioru końcowego i dokonaniem wpisu do dziennika budowy upadła poinformowała pozwaną pismem z 14 sierpnia 2015 r.

Wypada zaznaczyć, że w istocie powód stał na stanowisku, że przewidziane umowa kary umowne dotyczyły nieterminowego wykonania nie tyle przedmiotu umowy, lecz samych robót budowlanych sensu stricte, a zwłaszcza obejmowały ułożenie rurociągu i rozpoczęcie przez niego dystrybucji wody. W szczególności powód bagatelizował w tym kontekście obowiązek przedstawienia dokumentacji geodezyjnej powykonawczej.

Niezależnie jednak od przyjętej perspektywy powód nie wykazał nawet, aby zakończył w dniu 14 sierpnia 2015 r. roboty (czynności techniczne) opisane w łączącej strony umowie.

Zdaniem Sądu o wykonaniu przedmiotu umowy nie przesądza treść dokonanego w dzienniku budowy wpisu, o ile nie odpowiadał on faktycznemu zakończeniu prac przewidzianych umową. Nie można również na gruncie postanowień umowy przyjąć za jej wykonanie zdarzenia polegającego na uruchomieniu dostaw wody wybudowanym wodociągiem.

Dostrzec należy przede wszystkim, że z umowy wynika, że poza ułożeniem sieci wodociągowej przedmiot robót miał obejmować „roboty naprawcze, porządkowe, odtworzeniowe”, a także „inne roboty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, które wg Wykonawcy należy wykonać np.: oznakowanie, zabezpieczenie placu budowy, pozwolenia, decyzje itp.”. Ze szczegółowego opisu zamówienia (patrz k. 31) - stanowiącego załącznik nr 1 do umowy - wynika, że w ramach zamówienia należy wykonać roboty przygotowawcze obejmujące obsługę geodezyjną, roboty ziemne oraz dostarczyć na odbiór końcowy mapy z inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą sieci w ilości 3 kompletów oraz w formie cyfrowej zapisanej na nośniku CD.

Zatem sam fakt uruchomienia dystrybucji wody siecią wodociągową nie może być uznany za wykonanie umowy zgodnie z jej postanowieniami.

W opozycji do stanowiska powódki o wykonaniu prac 14 sierpnia 2015 r. stoją adnotacje zawarte w protokole z dnia 24 sierpnia 2015 r. (k. 60-61), z których wynika m.in., że należy zamulić odcinki chodnika przy ul. (...) i uzupełnić humusem trawnik w pasie drogi, a nadto wymagane jest zabezpieczenie uszkodzonych krawężników przy ul. (...). Niewątpliwie tak zidentyfikowane czynności wykonawcze mieszczą się w pojęciu robót budowlanych sensu stricte stanowiących przedmiot umowy. Skoro w dacie sporządzania ww. protokołu istniały niezrealizowane prace, których wykonanie przewidywała umowa, to stanu tego nie można pogodzić z twierdzeniem o zrealizowaniu tej umowy w dniu 14 sierpnia 2015r.

Niezależnie od powyższego w protokole z 24 sierpnia 2015 r. zgłoszono zasadnicze zastrzeżenia do kompletności dokumentacji inwentaryzacyjnej (część IV), a powódka zobowiązała się do usunięcia ww. wad w terminie do 3 września 2015 r. nie podejmując w tym zakresie żadnej polemiki z zarzutami pozwanej pomimo obecności przy czynnościach odbiorowych kierownika budowy.

Przyjęciu zakończenia prac w dniu 14 sierpnia 2015 r. stoją na przeszkodzie również dane zamieszczone przez powódkę w prowadzonym przez nią wykazie przepracowanego czasu i rozliczenia zarobku robotników (**patrz k. 248**), z którego jednoznacznie wynika, że w dniach 19 i 20 sierpnia 2015 r. – w wymiarze po 8 godzin każdego dnia – prace przy (...), według rozliczenia akordowego, wykonywali pracownicy powódki: A. D., D. F. oraz M. S.. Dokumentacja ta została potwierdzana podpisem kierownika budowy. Nie da się pogodzić twierdzenia o zakończeniu prac przy wodociągu w dniu 14 sierpnia 2015 r. z faktem prowadzenia robót po tej dacie.

Nie sposób także utracić z pola widzenia wpisu dokonanego w dzienniku budowy z dnia 13 sierpnia 2015 r. o uszkodzeniu asfaltu, co miało nastąpić podczas wykonywania wykopów w celu połączenia sieci wodociągowej. Odnotowano, że zerwał się asfalt na długości ok. 5m i szerokości 1,5m. Jednocześnie brak informacji o usunięciu tego uszkodzenia do dnia 14 sierpnia 2015 r. Sąd dostrzega relację świadka R. P. (2) dotyczącą genezy wpisu do dziennika budowy ww. okoliczności tym nie mniej jednak wyprowadzić należy wniosek, że prowadzone w opisanym miejscu prace ingerowały w strukturę gruntu i wymagały jej odtworzenia do stanu pierwotnego. Zresztą o konieczności

prowadzenia dalszych prac wypowiedział się świadek ww. świadek. Z jego zeznań wynika, że rano 14 sierpnia 2015 r. stan robót nie pozwalał na uznanie ich za zakończone. Wytyczne, których świadek udzielił kierownikowi budowy, co do dalszych czynności wymagały prowadzenia robót przez kolejne dwa tygodnie.

Dane dokumentacyjne skonfrontowano z zeznaniami świadków, co w ocenie Sądu prowadzi do wniosku o prawdziwości relacji świadka R. P. (1), który pełnił funkcję inspektora nadzoru i który przestawił stan zaawansowania robót w dniu 13 sierpnia 2015 r. (stan na ostatni dzień przed rozpoczęciem przez świadka urlopu). Świadek wskazał jakie wydał dyspozycje co do dalszych czynności umożliwiających dokonanie odbioru robót. Jego zeznania pozostają nie tylko zbieżne z ww. dowodami z dokumentów, ale są logiczne i wewnętrznie spójne, co czyni je przydatnymi dla czynienia ustaleń faktycznych w sprawie.

Z zeznaniami świadka R. P. (2) korespondują mające nieco bardziej ogólny charakter zeznania reprezentanta pozwanej P. H..

Przekonującego charakteru nie miały natomiast zeznania J. K. i K. B. (2) w zakresie w jakim wskazywali oni na zakończenie robót 14 sierpnia 2015 r. Nie tylko przeczą im dowody z dokumentów omówionych powyżej, ale przede wszystkim z ich relacji wynika niewłaściwa perspektywa uznania prac za wykonane z chwilą rozpoczęcia dystrybucji wody ułożonymi przez upadłą spółkę rurami. J. K. bagatelizował wadliwości ujawnione w protokole odbioru z dnia 24 sierpnia 2015 r., jednakże utracił z pola widzenia, że dla ich usunięcia przewidziano ponad tygodniowy termin i przed jego upływem wykonawca nie zgłaszał zamawiającemu gotowości odbioru. Wręcz przeciwnie to zamawiający monitował wykonawcę pismem z dnia 2 września 2015 r. (k. 62), że w dniu następnym upływa termin na wykonanie zaleceń przewidzianych protokołem z dnia 24 sierpnia 2015 r.

Jeśli idzie o zeznania świadka R. W. to nie wniosły one do sprawy nic istotnego. Świadek nie uczestniczył w procesie realizacji robót, nie był na miejscu ich prowadzenia. Wyjaśnił jedynie, że zmiany, które nanosił na dokumentację geodezyjną nie miały wpływu na funkcjonowanie sieci wodociągowej.

Reasumując wskazać należy, że powódka nie wykazała, aby do zakończenia robót przewidzianych umową z dnia 27 kwietnia 2015 r. doszło w dniu 14 sierpnia 2015 r. Brak także dostatecznych podstaw do przyjęcia, że przedmiot umowy został wykonany przed 24 września 2015 r. (data podpisania protokołu odbioru). W tym zaś zakresie ciężar dowodzenia spoczywał na stronie powodowej (art. 6 k.c.).

Zwraca także uwagę, że językowe brzmienie § 10 ust. 2 pkt 2 lit a) wskazuje na obowiązek zapłaty przez powódkę, jako wykonawcę robót budowlanych, kary umownej za nieterminowe ich wykonanie za każdą „rozpoczętą dobę opóźnienia”. Stąd można wywieść, że kara umowna należna jest za uchybienie terminowi wykonania umowy niezależnie o jego przyczyn. Niemniej jednak mając na uwadze stanowiska procesowe stron, które w zasadzie zgodnie rozumiały, że kara umowna obciąża wykonawcę w przypadku uchybienia terminowi z przyczyn leżących po jego stronie, Sąd badał wystąpienie tych przyczyn i w możliwych do rozpoznania okolicznościach nie dostrzegł przyczyn niezależnych od wykonawcy. Dość wskazać, że pierwsze pismo dotyczące przesunięcia terminu wykonania umowy pochodzi z dnia 14 lipca 2015 r. (k. 35), a zatem zostało sporządzone na dwa dni przed upływem przewidzianego umową terminu realizacji robót.

Wreszcie powódka mylnie przyjmuje, że przewidziane umową zgłoszenie gotowości do odbioru jest tożsame z wykonaniem umowy. Brak ustosunkowania się przez inspektora nadzoru, w terminie 7 dni, do adnotacji o zgłoszeniu gotowości do odbioru oznacza osiągnięcie tej gotowości z dniem dokonania wpisu w tym przedmiocie do dziennika budowy. Prowadzi to do rozpoczęcia biegu terminu dla wyznaczenia terminu i rozpoczęcia odbioru komisyjnego, co w przypadku uchybienia temu terminowi rodzi obowiązek zapłaty kary umownej przez zamawiającego, przewidzianej w § 10 ust. 2 pkt 2 lit. a) umowy. Natomiast powyższe postanowienia umowne w żaden sposób nie prowadzą do wniosku, że przedmiot umowy został wykonany w sposób należyty w terminie zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru.

Jak wynika z umowy za podstawę wykonania przedmiotu umowy w terminie należało uznać potwierdzony przez inspektora nadzoru wpis do dziennika budowy dokonany przez kierownika budowy o zakończeniu realizacji zadania (§ 2 umowy). Tymczasem inspektor nadzoru nie potwierdził wpisem w dzienniku budowy, aby prace objęte umową zostały wykonane do 14 sierpnia 2015 r.

Nie przekonał Sądu zarzut miarkowania kary umownej. Dostrzec bowiem należy, że przewidziane umowa kary umowne zostały ustalone w takiej samej wysokości zarówno za nieterminowe wykonanie robót budowlanych (obciążają wykonawcę), jak i za nieuzasadnione przekroczenie terminu w przeprowadzeniu odbioru końcowego (obciążają zamawiającego). Niezależnie jednak od tego obciążająca powoda kara umowna wyniosła faktycznie 2.856,37 zł za każdą dobę opóźnienia za nieterminowe wykonanie robót. Nie powinno ująć uwagi, że ustalone umową wynagrodzenie, przewidziane za wykonanie prac w terminie, wynosiło 571.273,50 zł (od daty podpisania umowy do 16 lipca 2015 r., co daje 65 dni, w tym 14 dni na tzw. przekazanie zastrzeżone), co oznacza, że dzienne wynagrodzenie wynosiło 8.788,82 zł. W takim ujęciu obciążająca powódkę kara umowna (2.856,37 zł za dzień opóźnienia) w stosunku do dziennego wynagrodzenia przewidzianego za terminowe wykonanie umowy (8.788,82 zł) nie jawi się jako świadczenie niewspółmiernie wysokie (rażąco nieadekwatne). Nie jest to zatem kara rażąco wygórowana. Z tej przyczyny Sąd nie znalazł podstaw do jej miarkowania.

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. Jednocześnie przepis art. 484 § 1 i 2 k.c. przewidują m.in., że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem, że w odniesieniu do zastrzeżenia kary umownej na wypadek opóźnienia w wykonaniu umowy, nie jest możliwe powoływanie się na wykonanie zobowiązania w całości lub w części. Kara umowna za opóźnienie ma bowiem pełnić przede wszystkim funkcję motywującą do wykonania umowy w terminie (patrz m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt VII AGa 847/18, LEX nr 2505757).

W okolicznościach niniejszej sprawy powódka skupiła zarzuty na rażącym wygórowaniu kary, konfrontując go z argumentem o braku szkody po stronie pozwanej. W tym zakresie stwierdzić należy, że nawet w przypadku braku szkody po stronie wierzyciela należy brać pod uwagę pozostałe (poza kompensacyjną) funkcje kary umownej i na tej podstawie, po indywidualnej ocenie celu zastrzeżonej kary, w układzie okoliczności faktycznych składających się na kontekst ukształtowanego przez strony stosunku cywilnoprawnego, orzekać o jej rażącym wygórowaniu. Szerszą argumentację w tym zakresie prezentuje Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. (patrz sprawa o sygn. akt I AGa 53/18), a wyłaniające się z niej wnioski są podzielane przez Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszą sprawę.

Brak jest ustawowo oznaczonych, a przy tym szczegółowych okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej. Ich ustalenie pozostawiono uznaniu sędziowskiemu, uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Odwołanie się do omawianej normy następuje wówczas, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawi się jako nieadekwatna. Tymczasem do takiej konstatacji Sąd Okręgowy nie doszedł. Powód bowiem nie wywołał jurydycznego przekonania naprowadzonymi w sprawie dowodami o takim ukształtowaniu ciężarów wynikających z zawartej przez strony umowy, które uzasadniałyby uznanie zastrzeżonej kary za wygórowaną w stopniu rażącym.

Stosując miarkowanie kary umownej, sąd powinien mieć na względzie podstawowe jej funkcje, jakimi są: funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości.

Sąd zwraca uwagę, że przedsięwzięcie realizowane przez powódkę było finansowane ze środków Funduszu Spójności UE, co nie tylko wprost wynika z treści pisma pozwanej z dnia 15 lipca 2015 r., ale także z symboliki (logotypy) zamieszczonej na samej umowie. W tym stanie rzeczy terminowe wykonanie umowy miało zapewnić prawidłowe rozliczenie zaangażowanych środków, a zatem wprowadzenie do umowy kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania prac miało istotną funkcję stymulacyjną. Nie można także zignorować funkcji represyjnej kary umownej, co wystąpiłoby przy realizacji wniosku powódki miarkowania kary do wartości przez nią postulowanej.

W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela dopuszczalne jest zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15). Ostatecznie obciążająca wykonawcę kara umowna zbliżona jest do 33% ustalonego wynagrodzenia, co nie wywołuje przekonania o jej rażącym wygórowaniu. Jakkolwiek zasadniczym kryterium oceny rażącego wygórowania jest stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13, z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07 i z dnia 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13), to jednak nie jest to kryterium ani wyłączne ani rozstrzygające, o czym była już mowa powyżej (patrz odwołanie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie). Prawdą jest, że względy aksjologiczne przemawiają za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, jednakże takiej konstatacji w okolicznościach niniejszej sprawy nie poczyniono.

Sąd oparł się na materiale dowodowym zaoferowanym przez strony, który w swej zasadniczej części stanowiły dokumenty, których treść nie była kwestionowana. W zakresie w jakim z dokumentami korespondowały zeznania świadków i reprezentanta pozwanej odwołano się do osobowych źródeł dowodowych, a we wcześniejszej części uzasadniania wskazano przyczyny dla których nieprzekonujące okazały się zeznania pracowników upadłej w zakresie dotyczącym ustalenia zakończenia robót na 14 sierpnia 2015 r.

Kierując się wyrażoną w Kodeksie postępowania cywilnego, w zakresie kosztów procesu, zasadą odpowiedzialności za jego wynik oraz mając na uwadze, że powód w całości uległ ze swoim żądaniem, na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. obciążono go kosztami poniesionymi przez przeciwnika procesowego. Na koszty te składały się: opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 5.400 zł, co odpowiada stawce minimalnej przewidzianej przepisem § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. W przekonaniu Sądu przyznana kwota odpowiada złożoności sprawy w ujęciu faktycznym oraz prawnym i w związku z tym uzasadnionemu nakładowi pracy pełnomocnika, w tym uwzględnia jego udział (aktywność) w wyznaczonych rozprawach i przyczynienie się do wyjaśnienia sprawy.

Sygn. akt VIII GC 121/18

## ZARZĄDZENIE

1. (...)
2. (...)
3. (...) R. W.;
4. (...)