

Klauzulę wykonalności nadano
w dniu 13.11.2019 r. pkt I 1.
na wniosek pełn. wierz. /k. 1498/
r.pr. D. G.
Na zarządzenie Sędziego
z up. Kierownika Sekretariatu
Starszy Sekretarz Sądowy
Marta Osińska
Sygn. akt I AGa 144/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 października 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Dariusz Rystał (spr.)
Sędziowie:	SA Agnieszka Bednarek-Moraś SA Ryszard Iwankiewicz
Protokolant:	St. sekr. sąd. Beata Węgrowska-Plaza

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2019 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlano- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w S.

przeciwko Gminie P.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 12 stycznia 2018 r. sygn. akt VIII GC 520/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla w całości nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 stycznia 2018r., sygn. akt VIII GNc 445/15 i zasądza od pozwanej Gminy P. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlano- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w S. kwotę 202 601,10 (dwieście dwa tysiące sześćset jeden złotych i dziesięć groszy) z odsetkami w wysokości odsetek za zwłokę, określanej na podstawie art. 56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku- Ordynacja podatkowa poczynając od dnia 22 lutego 2014 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych poczynając od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

2.pozostawia referendarzowi sądowemu w sądzie pierwszej instancji szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania przyjmując, że powód wygrał postępowanie w 50 procentach,

II. oddala apelację w pozostałej części,

III. pozostawia referendarzowi sądowemu w sądzie pierwszej instancji szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania apelacyjnego przyjmując, że powód wygrał postępowanie apelacyjne w 50 procentach.

Ryszard Iwankiewicz Dariusz Ryszał Agnieszka Bednarek-Moraś

Sygn. akt I AGa 144/18

UZASADNIENIE

Powód Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa Budowlano- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S. domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy P. kwoty 405.202,20 zł wraz z odsetkami za zwłokę na podstawie art. 56 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa od 22 lutego 2013 r., a nadto o zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Okręgowy w Szczecinie nakazem zapłaty z 27 października 2015 r. wydanym w postępowaniu nakazowym (sygn. akt VIII GNc 445/15) przyznał powodowi koszty procesu w kwocie 12.283 zł.

Pozwana Gmina P. wniosła zarzuty, zaskarżając nakaz zapłaty w całości oraz wnosząc o jego uchylenie, oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu.

W piśmie procesowym z 22 grudnia 2015 r. powód wniósł o utrzymanie nakazu zapłaty w mocy oraz zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania zabezpieczającego (sygn. akt KM 1528/15) w kwocie 14.618,85 zł, prowadzonego przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym Szczecin-Centrum w Szczecinie Ł. P..

Na wniosek powoda, na podstawie wydanego w niniejszej sprawie nakazu zapłaty, Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym Szczecin-Centrum w Szczecinie Ł. P. dokonał, w postępowaniu zabezpieczającym (sygn. akt KM 1528), zajął środki pieniężne na rachunku bankowym pozwanej. Postanowieniem z 24 listopada 2015 r., które stało się prawomocne 10 grudnia 2015 r., komornik sądowy przyznał powodowi koszty zastępstwa procesowego 1.800 zł oraz ustalił koszty postępowania na kwotę 12.818,85 zł.

Postanowieniem z 8 stycznia 2016 r. uchylono zabezpieczenie wynikające z wydanego w sprawie nakazu zapłaty. Sąd Apelacyjny w Szczecinie postanowieniem z 16 listopada 2016 r. (sygn. akt I Acz 565/16) oddalił zażalenie wniesione przez powódkę na powyższe postanowienie.

W toku procesu strony podtrzymały swoje stanowiska. Ponadto przed zamknięciem rozprawy (powód pismem procesowym z 3 stycznia 2018 r., a pozwana pismem procesowym z 4 stycznia 2018 r.) strony zaprezentowały swoje stanowiska, odwołując się do wyników przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z 12 stycznia 2018 r. uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym wydany w dniu 27 października 2015 roku przez Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy sygnatura akt VIII GNc 445/15 i oddalił powództwo (pkt I); ustalił, że pozwany wygrał niniejsze postępowanie w 100 %, przy czym szczegółowe rozliczenie kosztów procesu pozostawia referendarzowi sądowemu (pkt II).

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji poprzedził ustaleniami faktycznymi z których wynikało, że dnia 12 października 2010 r. pozwana uzyskała pozwolenie na budowę dla zadania inwestycyjnego „Rozbudowa, przebudowa i remont systemów wodno-kanalizacyjnych w Gminie P. obejmująca budowę obiektu liniowego – odcinka kanalizacji sanitarnej, przepompowni ścieków wraz z rurociągami tłoczonymi oraz instalację elektryczną, na terenie działek nr ewid. (...) w obrębie geodezyjnym K. oraz nr ewid.(...) w obrębie geodezyjnym K., gm. P.”.

Na podstawie uzyskanego pozwolenia na budowę pozwana przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Rozbudowa, przebudowa i remont systemów wodno-kanalizacyjnych w Gminie P. – Etap II”, dzieląc zamówienie na 3 części.

W wyniku przeprowadzonego postępowania 23 kwietnia 2013 r. pozwana zawarła z upadłą umowę nr (...), na podstawie której udzieliła upadłej zamówienia publicznego – w zakresie części drugiej – „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w miejscowości K. i O. wraz z przesyłem do K.”.

Na podstawie zawartej umowy upadła miała wykonać roboty budowlane i inne prace, których zakres został wyszczególniony w dokumentacji technicznej (załącznik do SIWZ), stanowiącej integralną część umowy. Między innymi upadła miała wykonać montaż sieci kanalizacji sanitarnej, sieć grawitacyjną, pięć przepompowni ((...)) oraz przepompownię PL 1.

Przedmiot umowy miał zostać wykonany zgodnie z dokumentacją, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami oraz polskimi normami (§ 1 umowy). Termin przekazania placu budowy został ustalony na 5 dni od dnia podpisania umowy, termin rozpoczęcia robót do 10 dni od przekazania placu budowy, a termin zakończenia robót do 15 listopada 2013 r. (§ 3 umowy). Za wykonanie robót upadła miała otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe 1.267.048,32 zł netto (1.558.469,43 zł brutto), obejmujące wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną, w tym ryzyko upadłej z oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mógł być podstawą żądania zmiany wynagrodzenia (§ 4 umowy). Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić w terminie 14 dni od doręczenia faktury wraz z protokołem odbioru wykonanych robót, w tym częściowych (§ 5 umowy). W umowie określono obowiązki stron, w tym obowiązek upadłej zgłoszenia robót do odbioru końcowego, które miało nastąpić nie później niż 7 dni przed rozpoczęciem odbioru; podstawą zgłoszenia miało być faktyczne wykonanie robót potwierdzone wpisem inspektora nadzoru (M. S. (1)) w dzienniku budowy. Za datę wykonania umowy należało uważać datę stwierdzoną w protokole odbioru; odbiór miała przeprowadzać komisja odbiorowa powołana przez pozwaną w terminie nieprzekraczającym 7 dni roboczych od rozpoczęcia odbioru (§ 6-8 umowy). W umowie przewidziano kary umowne, w tym karę należną pozwanej od upadłej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień - § 10 ust. 2 lit. a. Kara umowna za odstąpienie od umowy wynosiła 5% wynagrodzenia umownego za całość robót albo odpowiednio 5% za część robót, od których odstąpiono (§ 10 umowy). Wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 16 umowy).

Upadła przedstawiła pozwanej harmonogram rzeczowo-finansowy robót, w którym przedstawiła wykonanie robót o konkretnej wartości w poszczególnych miesiącach od maja do listopada 2013 r. Roboty o największej wartości (405.000 zł brutto) miały zostać wykonane we wrześniu.

Umowa została zmieniona dwukrotnie poprzez podpisanie aneksów. Aneks nr (...) pozwana i upadła sporządziły 23 kwietnia 2013 r., wskazując numer rachunku bankowego do zapłaty wynagrodzenia należnego upadłej. Z kolei aneks nr (...) został sporządzony 14 listopada 2013 r. i przedłużał termin zakończenia robót do 15 grudnia 2013 r., wskazując

że zmiana ta wynika z braku wykonania przyłącza energii elektrycznej ze strony przedsiębiorstwa energetycznego oraz zmiany lokalizacji przyłączy kanalizacyjnych.

W załączeniu do projektu wykonawczego (k. 107) znajdowały się umowy zawarte przez pozwaną z (...) sp. z o.o. 4 sierpnia 2010 r. o przyłączenie przepompowni (...) do sieci energetycznej. (...) sp. z o.o. była zobowiązana do zrealizowania przyłącza „w terminie 4 miesiące od dnia uprawomocnienia się decyzji administracyjnych [...], pod warunkiem przygotowania instalacji odbiorczej przez klienta” (§ 4 ust. 5 każdej z umów).

Przekazanie upadłej placu budowy nastąpiło 26 kwietnia 2013 r. W protokole odnotowano, że przewidywany termin rozpoczęcia robót to 2 maja 2013 r. Dnia 2 maja 2013 r. dokonano do dziennika budowy wpisu kierownika budowy (R. K.) oraz inspektora nadzoru inwestorskiego (M. S. (1)).

Do 25 czerwca 2013 r. (przez 36 dni od 2 maja 2013 r.) upadła nie wykonywała żadnych prac – brak jest wpisów do dziennika budowy. Od 25 czerwca 2013 r. upadła przystąpiła do wykonywania robót objętych umową – kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej. W toku prac upadła i pozwana prowadziły korespondencję, w tym dotyczącą zaobserwowanych nieprawidłowości w wykonywaniu robót. Również organizowane były „rady budowy”, na których omawiano bieżące kwestie związane z wykonywanymi robotami. Na jednym z tych spotkań, 3 lipca 2013 r., upadła zgłosiła konieczność zapewnienia przyłączy i doprowadzenia energii elektrycznej do budowanych przepompowni (k. 215v). O konieczności zapewnienia energii elektrycznej informowała pozwaną również w późniejszym okresie.

Wykonywanie przez upadłą robót było nierównomierne. Do lipca 2013 r. tempo prac nie było dla pozwanej zadowalające, wobec czego monitorowała upadłą co do zachowania terminu zakończenia robót. Między innymi podczas rady budowy 3 września 2013 r. pozwana prosiła o informację o zakończeniu robót w terminie, na co upadła wskazała, że nie widzi zagrożenia zachowania umówionego terminu zakończenia robót, ponieważ zwiększyła liczbę pracowników (k. 285).

Wykonanie przepompowni upadła powierzyła (...) sp. z o.o. na podstawie umowy zawartej 16 września 2013 r. (na podstawie oferty z 5 września 2013 r.), pomimo zgłoszenia przez pozwaną sprzeciwu na podwykonawstwo (pismem z 19 września 2013 r.), z uwagi na brak zgody pozwanej na solidarną odpowiedzialność pozwanej z upadłą za wynagrodzenie podwykonawcy. Budowę przepompowni upadła rozpoczęła 17 października 2013 r. (wpis do dziennika budowy dot. budowy przepompowni Ps1). Dnia 26 listopada 2013 r. do dziennika budowy dokonano wpis o konieczności zapewnienia przyłączy dla budowanych przepompowni.

Pismem z 17 grudnia 2013 r. upadła informowała o wstrzymaniu wykonywania robót od 18 grudnia 2013 r. do czasu doprowadzenia energii elektrycznej, w tym zamontowania szaf ZK. Wstrzymanie robót nie zostało odnotowane w dzienniku budowy, a upadła w rzeczywistości wykonywała nadal prace na terenie budowy. Dnia 2 stycznia 2014 r. inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdził, że na placu budowy nie ma dziennika budowy. Sporządził w związku z tym sprawozdanie z wykonania robót za okres 16 grudnia 2013 r. – 2 stycznia 2014 r.

Inspektor nadzoru inwestorskiego (M. S. (1)) zgłaszał upadłej, aby przeprowadziła rozruch i sprawdzenie przepompowni przy ocenie agregatów prądotwórczych. Upadła nie skorzystała z agregatów prądotwórczych, oczekiwała na zasilanie docelowe.

Upadła dokonała odbioru przepompowni wykonanych przez (...) sp. z o.o. dnia 10 stycznia 2014 r. – w protokołach odnotowano, że przepompownie są gotowe do rozruchu, lecz brak jest zasilania docelowego (w protokole odbioru przepompowni Ps2 odnotowano, że przeprowadzono sprawdzenie kierunku pomp z wykorzystaniem energii z agregatu).

Dnia 24 stycznia 2014 r. upadła zgłosiła pozwanej gotowość do przeprowadzenia odbioru robót objętych umową. Tego dnia dokonano wpisu do dziennika budowy

Odbiory poszczególnych prac trwały jeszcze nawet do 30 stycznia 2014 r. czy nawet 3 lutego 2014 r. (daty sporządzenia protokołów odbioru pasów drogowych po zakończonych robotach).

Dnia 28 stycznia 2014 r. pozwana wyznaczyła skład komisji odbiorowej i wskazała, że czynności odbiorowe rozpoczną się 30 stycznia 2014 r. Od 30 stycznia do 6 lutego 2014 r. komisja odbiorowa przeprowadziła czynności związane z odbiorem robót wykonanych przez upadłą. W toku tych czynności stwierdziła nieprawidłowości w zakresie wykonanych robot, w tym braki w robotach, które miały zostać wykonane.

Dnia 6 lutego 2014 r. sporządzono protokół odbioru, zgodnie z którym postanowiono odebrać wykonane roboty i przekazać je do eksploatacji. Tego samego dnia sporządzono również protokół rozbieżności.

Upadła wykonywała prace związane z usunięciem nieprawidłowości wskazanych w protokole rozbieżności. Strony prowadziły w tym zakresie dalszą korespondencję.

Dnia 14 lutego 2014 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w P. wydał pozwanej decyzję – pozwolenie na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wraz z urządzeniami przepompowni, rurociągami kanalizacji tłocznej oraz instalacją elektryczną, przy czym zobowiązał pozwaną do wykonania pozostałych robót, w tym przyłączy kanalizacyjnych.

W okolicznościach sprawy nie było przeszkód, aby upadła zakończyła roboty do 15 grudnia 2013 r.

Na dzień 15 grudnia 2013 r. upadła nie wykonała części robót, w tym m.in. 0,75% kanałów grawitacyjnych, 100% przykanalików, 42,70% rurociągów tłoczonych, 100% przyłączy wodociągowych, 100% przepompowni (w zakresie technologii i instalacji elektrycznych), 100% zagospodarowania terenów wokół przepompowni, 100% ogrodzenia wokół przepompowni, 100% podjazdów, dróg dojazdowych, 100% odtworzenia nawierzchni dróg lokalnych i doprowadzenia poboczy do stanu pierwotnego, 100% zgodnego z projektem posadowienia przepompowni Ps1-Ps3 wraz z grodziami i betonowymi płytami fundamentowymi.

Wartość tych niewykonanych robót – zgodnie z wynagrodzeniem umownym – wynosiła 813.645 zł brutto.

Niewykonanie przez upadłą robót w terminie do 15 grudnia 2013 r. wynikało z bezczynności upadłej w okresie od 29 kwietnia do 25 czerwca 2013 r. (40 dni). Nie był przeszkodą brak zapewnienia zasilania docelowego przepompowni – sprawdzenie i rozruch był możliwy z wykorzystaniem agregatów lub tymczasowych podłączeń z pobliskich domostw. Brak podłączenia zasilania docelowego wynikał z przyczyn leżących po stronie upadłej, która nie przygotowała instalacji odbiorowych. Pozwana nie przyczyniła się do niewykonania umowy w terminie do 15 grudnia 2013 r.

Według stanu na dzień 24 stycznia 2014 r. upadła nie wykonała niektórych robót, a niektóre wykonała w sposób nieprawidłowy. Upadła nie wykonała zgodnego z projektem budowlanym i wykonawczym posadowienia przepompowni Ps1-Ps3, nie zakończyła robot przy przepompowni PL 1, nie wykonała przykanalików, wadliwie przywróciła nawierzchnie dróg asfaltowych i brukowych, nie przywrócono ich do stanu pierwotnego, wadliwie wykonała podsypki i obsypki rurociągów kanalizacyjnych, przepompowni, studni, nie wykonała systemu napowietrzania rurociągów tłoczonych, nie zakończyła zagospodarowania terenów przepompowni Ps1, P_s2, Ps4, Ps5, a także nie dostarczyła pozwanej dokumentów takich jak m.in. protokół uzupełnienia zagęszczenia gruntu i stopnia zagęszczenia kanalizacji sanitarnej, protokołów badania stopnia zagęszczenia gruntu na trasie przebiegów rurociągów tłoczonych, protokołów pomiarów instalacji elektrycznych przepompowni. Prace miały wady o różnorodnym charakterze. Do istotnych wad należały m.in. zmiana sposobu posadowienia przepompowni, brak wykonania przykanalików, brak wykonania napowietrzania rurociągu tłoczzonego, braki w podsypkach i obsypkach, zapadliska w nawierzchniach dróg.

Do 6 września 2017 r. upadła nie wykonała części robót objętych umową, a mianowicie m.in. grodzi i posadowienia przepompowni Ps1-Ps3, zagospodarowania i uporządkowania terenu, przykanalików.

Dnia 7 lutego 2014 r. upadła wystawiła i doręczyła pozwanej fakturę VAT nr (...), na podstawie której obciążyła pozwaną kwotą 343.548,32 zł netto (422.564,43 zł brutto) tytułem wykonania ostatniej części robót odebranych 6 lutego 2014 r. Wartość robót została potwierdzona w protokole odbioru wykonanych robót z 6 lutego 2014 r., określającego wartość robót w kwocie odpowiadającej ujętej w ww. fakturze. Termin płatności faktury upadła wyznaczyła na 21 lutego 2014 r.

Pozwana do 27 lutego 2014 r. nie uiściła na rzecz upadłej kwoty wynikającej z ww. faktury, w związku z czym upadła 4 marca 2014 r. doręczyła pozwanej wezwanie do zapłaty 422.564,43 zł brutto w terminie 3 dni.

Pozwana informowała upadłą o Dnia 18 marca 2014 r. upadła i pozwana podpisały porozumienie do umowy nr (...) z 23 kwietnia 2013 r., na podstawie którego strony miały kontynuować rozmowy dotycząc ich stanowiska w przedmiocie wykonania umowy. W porozumieniu zapisano, że upadła nie uznaje roszczeń pozwanej z tytułu kar umownych, a pozwana nie uznaje roszczeń upadłej wynikających z faktury VAT nr (...) z 7 lutego 2014 r.

Upadła i pozwana prowadziły dalszą korespondencję, w którym prezentowały swoje stanowisko.

Dnia 24 marca 2014 r. upadła i pozwana podpisały aneks nr (...) do ww. porozumienia, którym pozwana zobowiązywała się do zajęcia stanowiska do 21 kwietnia 2013 r. (po uzyskaniu opinii technicznej od inż. B. B.). W tym czasie upadła miała nie obciążać pozwanej odsetkami od faktury (...) z 7 lutego 2014 r. a pozwana miała nie występować do upadłej z roszczeniem o zapłatę kar umownych ewentualnie wynikających z umowy.

Pozwana zleciła inż. B. B. opracowanie opinii w celu ustalenia przyczyny wykonania przez upadłą robót objętych umową do 6 lutego 2014 r. zamiast umówionego terminu 15 grudnia 2013 r. W sporządzonej opinii wskazano, że opóźnienie wynika z przyczyn leżących po stronie upadłej.

Pismem z 25 kwietnia 2014 r. pozwana poinformowała upadłą, że dokonuje potrącenia przysługującej upadłej wierzytelności 422.564,43 zł brutto (faktura VAT nr (...)) z wierzytelnością w kwocie 405.202,20 zł przysługującą pozwanej tytułem kary umownej na podstawie § 10 ust. 2 lit. a umowy nr (...) z 23 kwietnia 2013 r. Wyjaśniła, że ww. kwota kary umownej wynika z obliczenia kary umownej za 52 dni (1.558.469,48 zł x 0,5% dziennie x 52 dni). Podała, że po potrąceniu upadłej przysługuje 17.362,23 zł brutto.

Dnia 22 kwietnia 2015 r. Naczelnik Urzędu Skarbowego w S. zawiadomił pozwaną o zajęciu wierzytelności upadłej do kwoty 200.838,31 zł.

Pismem z 25 kwietnia 2014 r. pozwana odpowiedziała, że dokonała potrącenia wierzytelności upadłej z wierzytelnością przysługującą jej tytułem kar umownych, wobec czego wierzytelność upadłej wobec pozwanej wynosi 17.362,23 zł i tę kwotę przekaże na podany w zawiadomieniu rachunek bankowy.

Pozwana przekazała organowi podatkowemu 17.362,23 zł.

Pozwana zapłaciła upadłej wynagrodzenie z tytułu umowy (oprócz spornej kwoty wynikającej z faktury VAT nr (...)).

Postanowieniem z 30 września 2014 r. (sygn. akt XII GU 80/14) Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie m.in. ogłosił wobec upadłej upadłość obejmującą likwidację jej majątku, wezwał wierzycieli upadłej do zgłoszenia w terminie miesiąca ich wierzytelności wobec upadłej, a także wyznaczył dla upadłej syndyka masy upadłości (powoda).

Postanowienie stało się prawomocne 16 października 2014 r.

Dnia 22 stycznia 2016 r. pozwana złożyła zgłoszenie wierzytelności z tytułu kary umownej (należność główna 405.202,20 zł oraz odsetki od 26 marca do 29 września 2014 r.), zawierając w nim oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnością upadłej 405.202,20 zł brutto (faktura VAT nr (...)).

Pismem z 9 grudnia 2014 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty w terminie 7 dni od doręczenia pisma kwoty 422.564,43 zł brutto wynikającej z faktury VAT nr (...) z 7 lutego 2014 r.

Wykonanie zadania inwestycyjnego „Rozbudowa, przebudowa i remont systemów wodno-kanalizacyjnych w Gminie P. obejmująca budowę obiektu liniowego – odcinka kanalizacji sanitarnej, przepompowni ścieków wraz z rurociągami tłoczonymi oraz instalację elektryczną, na terenie działek nr ewid. (...)w obrębie geodezyjnym K. oraz nr ewid. (...) w obrębie geodezyjnym K., gm. P.” pozwana realizowała z udziałem dofinansowania z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007-2013 na podstawie umowy zawartej 10 lutego 2011 r. z Samorządem Województwa (...). Z uwagi na złożenie oświadczenia o potrąceniu z 25 kwietnia 2014 r. kwota podana jako kwota potrącenia została zakwalifikowana jako wydatek niekwalifikowany, w związku z czym w tej części pozwana nie uzyskiwała dofinansowania.

Dnia 22 grudnia 2015 r. Rada Gminy P. podjęła uchwałę w sprawie uchwalenia budżetu na 2016 r.

W ocenie Sądu powództwo okazało się nieuzasadnione.

Sąd wskazał, że powód, będący syndykiem masy upadłości, dochodził od pozwanej zapłaty części wynagrodzenia należnego upadłej na podstawie zawartej z pozwaną umowy o udzielenie zamówienia publicznego (robót budowlanych). Sąd zważył, że dla oceny tego roszczenia znaczenie miały zarówno postanowienia zawartej umowy, jak i przepisy art. 647 i nast. k.c. (w tym również – na podstawie art. 656 § 1 k.c. – odpowiednio stosowane przepisy o umowie o dzieło, tj. art. 627 i nast. k.c.) oraz przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.; dalej: p.z.p.).

Sąd wskazał, że większość okoliczności faktycznych nie była między stronami sporna. Zaznaczył, że strony były zgodne co do tego, iż upadła i pozwany 23 kwietnia 2013 r. zawarły umowę nr (...) w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą dwukrotnie aneksowano, w wyniku czego termin zakończenia robót został ustalony na 15 grudnia 2013 r. Również brzmienie postanowień umowy nie było kwestionowane przez strony. Sporne nie były także takie okoliczności, jak termin zgłoszenia przez upadłą do odbioru (24 stycznia 2014 r.) oraz data odbioru końcowego – data sporządzenia protokołu odbioru końcowego (6 lutego 2014 r.). Strony pozostawały w zgodzie również co do tego, że 18 marca 2014 r. zawarły porozumienie w przedmiocie zawartej wcześniej umowy. Powód nie negował tego, że pozwana złożyła upadłej oświadczenie z 25 kwietnia 2014 r. o potrąceniu, ani tego, że pozwana uregulowała wystawioną przez upadłą fakturę VAT nr (...) z 7 lutego 2014 r. w części 17.362,23 zł (pozwana nie kwestionowała zaś, że taka faktura została jej doręczona). Przedmiotem sporu stron był przebieg wykonywania przez upadłą robót oraz ich prawidłowość, a także okres, w którym pozwana konkretyzowała roszczenie wobec upadłej z tytułu kary umownej. Ponadto strony w okolicznościach sprawy upatrywały odmiennych skutków prawnych.

Sąd wskazał, że postępowanie dowodowe opierało się na rzeczowych i osobowych środkach dowodowych. Na poczet materiału dowodowego uwzględniono złożone przez strony dokumenty i inne środki dowodowe (mapy, dokumentację fotograficzną etc.), których autentyczność nie była przez strony podana w wątpliwość, a co do których wiarygodności nie zachodziła wątpliwość. Oprócz tego stan faktyczny sprawy został ustalony na podstawie zeznań świadków R. J., G. J., L. J., J. W. (1), J. K., M. S. (1), M. S. (2), E. N., a także M. Ł.. W ocenie Sądu zeznania świadków były wiarygodne i pozostawały zgodne w znacznym wymiarze. Na ich podstawie Sąd ustalił, że do 15 grudnia 2013 r. upadła nie wykonała robót objętych umową oraz że przy dostarczeniu do przepompowni prądu docelowego istniały pewne perturbacje. Sąd zaznaczył, że świadkowie potwierdzili, iż sprawdzenie i rozruch przepompowni mogły się odbyć przy pomocy agregatów prądotwórczych, co pozwana zalecała – przez inspektora nadzoru inwestorskiego M. S. (1) – w ustnych rozmowach (świadkowie G. J., J. W. (1), J. K., M. S. (1), M. S. (2), E. N.). Świadek R. J. wskazywał natomiast, że upadła nie wykorzystwała agregatów z obawy o nieotrzymanie gwarancji i brak pisemnego zalecenia. Sąd zaznaczył, że zeznania te pozostawały w sprzeczności z zeznaniami świadka M. Ł. (przedstawiciela podwykonawcy (...) sp. z o.o.), który zeznał, iż (...) sp. z o.o. nie ma narzuconego trybu sprawdzenia i rozruchu przepompowni, to zależy od inwestora, a spółka nie odmówiłaby gwarancji, gdyby te czynności przeprowadzono z wykorzystaniem agregatów prądotwórczych. Świadkowie zeznawali również, że tempo prowadzonych przez upadłą prac było niedostateczne i istniały obawy co do dotrzymania terminu (świadkowie J. W. (1), J. K., M. S. (1)). Powyższe Sąd uznał za wiarygodne – na radzie budowy

3 września 2013 r. upadła informowała, że zwiększa liczbę pracowników na terenie budowy i nie widzi przeszkód w zachowaniu terminu, który wówczas – przed aneksem nr (...) z 14 listopada 2013 r. – był określony na 15 listopada 2013 r. Co do terminu informowania upadłej o karze umownej, Sąd uznał, że pozwana informowała upadłą o tym roszczeniu jeszcze przed złożeniem oświadczenia z 25 kwietnia 2014 r. O powyższy zdaniem Sądu świadczyły zarówno zeznania świadków (J. W. (1), J. K., E. N.), jak i treść porozumienia z 18 marca 2014 r., w którym upadła oświadczyła, że nie uznaje roszczenia pozwanej z tytułu kar umownych.

Oprócz dowodu z dokumentów (i innych środków dowodowych) oraz zeznań świadków postępowanie dowodowe uwzględniło opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa – inż. J. W. (2) oraz następnie przedstawioną na rozprawie 8 listopada 2017 r. ustną opinię uzupełniającą. Za pomocą opinii biegłego Sąd ustalił zakres niewykonanych robót na dzień 15 grudnia 2013 r., przyczyny ich niewykonania oraz wartość tych robót, stan robót na dzień 24 stycznia 2014 r. Sąd wskazał, że obowiązkiem biegłego było również ustalenie, czy w świetle umowy łączącej strony (w tym dokumentacji technicznej) możliwe było przeprowadzenie rozruchu przepompowni przy wykorzystaniu agregatów prądotwórczych oraz czy brak przyłączy i zasilania docelowego uniemożliwił wykonanie umowy do 15 grudnia 2013 r.

Sąd uznał, że opinia biegłego była szczegółowa, wyczerpująca, uwzględniająca w sposób szczegółowy okoliczności sprawy. Sąd nie podzielił jedynie tego, że od 11 grudnia 2013 r. do 17 stycznia 2014 r. upadła nie prowadziła prac wskazując, że z notatki sporządzonej przez M. S. (1) 2 stycznia 2014 r. (k. 334) wynika, że upadła nadal prowadziła prace, lecz nie mógł on ustalić miejsca przechowywania dziennika budowy. Biegły sądowy ustalił zakres robót niewykonanych na dzień 15 grudnia 2013 r., przyczyny ich niewykonania i wpływ perturbacji związanych z przyłączami i dostawą energii elektrycznej na niewykonanie robót. Ponadto wypowiedział się do pozostałych kwestii zleconych mu do zaopiniowania. Na podstawie opinii Sąd ustalił, że upadła miała możliwość wykonać przedmiot umowy do 15 grudnia 2013 r. i to niezależnie od tego, iż wystąpiły perturbacje związane z rozruchem przepompowni (co do których notabene upadła mogła z powodzeniem wykorzystać agregaty prądotwórcze). Sąd wskazał, że niedotrzymania terminu 15 grudnia 2013 r. upatrywał w opóźnieniu (bezczywności) na początkowym etapie robót – do 25 czerwca 2013 r. Ponadto biegły zwrócił uwagę, że jeszcze 24 stycznia 2014 r. część robót nie została wykonana, a niektóre z wykonanych posiadały istotne wady, choć upadła zgłosiła roboty do odbioru. Ponadto wskazał, że nawet w dniu oględzin (2017 r.) niektóre z robót nie były wykonane, choć ich wykonanie było objęte umową.

Sąd wyjaśnił, że pomimo, iż strona powodowa opinię biegłego sądowego kwestionowała, to jednak w ustnej opinii uzupełniającej biegły odniósł się do sformułowanych przez powoda zastrzeżeń.

Przechodząc do oceny prawnej zgłoszonego przez powoda żądania przez pryzmat prawa materialnego, Sąd wskazał, że znajdowało ono uzasadnienie zarówno w postanowieniach zawartej umowy, jak i w art. 647 k.c., zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z 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 do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W ocenie Sądu roszczenie w kwocie zgłoszonej pozwem uznać należało jako w sposób dorozumiany uznane przez stronę pozwaną. Sąd wskazał, że stanowisko pozwanej reprezentowane w procesie opierało się na zarzucie potrącenia dokonanego przed procesem.

Sąd wyjaśnił, że podniesienie przez pozwaną zarzutu potrącenia i przedstawienie oświadczenia o potrąceniu z 25 kwietnia 2014 r. skutkuje oceną, że pozwana w sposób niewłaściwy uznała swój dług względem upadłej (obecnie reprezentowanej przez powoda). Sąd zaznaczył, że pozwana – co było bezsporne – spełniła część wierzytelności wynikającej z faktury, na podstawie której powód opierał dochodzone roszczenie. Przytaczając orzecznictwo Sąd wskazał, że panuje pogląd, który należy zaaprobować, iż powołanie się na potrącenie dochodzonej należności pociąga za sobą skutek uznania wierzytelności adresata oświadczenia o potrąceniu zarówno co do zasady, jak i wysokości. Wobec powyższego zdaniem Sądu pozwana uznała dochodzone przez powoda roszczenie, co jednak nie

jest równoznaczne z uznaniem powództwa. Pozwana bowiem stała na stanowisku, że złożone przez nią oświadczenie spowodowało umorzenie długu co do kwoty dochodzonej przez powoda, wobec czego powództwo było bezzasadne.

Sąd zaznaczył, że dla wywołania skutku w postaci oddalenia powództwa pozwana, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 k.c., powinna wykazać skuteczność potrącenia, w tym wykazać wierzytelność przedstawioną do potrącenia. Źródła przedstawione do potrącenia wierzytelności pozwana upatrywała w karze umownej należnej od upadłej w związku z zakończeniem robót objętych umową po terminie ustalonym na 15 grudnia 2013 r., tj. za okres od 15 grudnia 2013 r. do 6 lutego 2014 r. (52 dni), gdy podpisano końcowy protokół odbioru.

Sąd wyjaśnił, że stosownie do art. 483 § 1 i 2 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej. O wysokości kary umownej traktuje art. 484 § 1 i 2 k.c., wedle których 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. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Kara umowna jest cywilnoprawną sankcją za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Pełni funkcję zarówno represyjną, jak i kompensacyjną, stanowiąc surogat odszkodowania. 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.). Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych. Pierwszą z nich jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą – niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Sąd zaznaczył, że w niniejszej sprawie niespornym było, że w § 10 ust. 2 lit. a umowy pozwana i upadła zastrzegły karę umowną należną pozwaną za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto – za każdy dzień zwłoki. Sąd zaznaczył, że do ustalenia czy w okolicznościach sprawy istniały podstawy ku obciążeniu upadłej karą umowną należało rozważyć zarzut powoda co do rażącego wygórowania powyższej kary. Sąd wskazał, że zgodnie z art. 484 § 2 k.c., dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy jest rażąco wygórowana.

Po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy Sąd uznał, że ustalona przez pozwaną kara umowna cechuje się pewnym wygórowaniem, niemniej nie w stopniu pozwalającym na ocenę, że jest to wygórowanie rażące.

Sąd wskazał, że upadłej plac robót przekazano 26 kwietnia 2013 r., a początkowo – przed aneksem z 14 listopada 2013 r. – termin zakończenia robót był ustalony na 15 listopada 2013 r. Pomiędzy tymi datami występował okres 203 dni. Z kolei po przedłużeniu terminu zakończenia robót do 15 grudnia 2013 r. okres ten wynosił 233 dni. Opóźnienie przyjęte przez pozwaną wyniosło natomiast 52 dni, od 15 grudnia 2013 r. do 6 lutego 2014 r. Było to ok. 20-25% okresu obowiązywania umowy, natomiast kara umowna za ten okres zawierała się w kwocie odpowiadającej 26% wynagrodzenia umownego brutto (52 dni x 0,5% wynagrodzenia dziennie). Sporządzona przez biegłego sądowego opinia wykazała zaś, że pomimo odbioru robót 6 lutego 2014 r. prace nadal nie zostały wykonane w całości – nawet do 2017 r., gdy biegły sądowy dokonywał oględzin przedmiotu umowy. Zdaniem Sądu należało również uwzględnić, że pozwana – jednostka sektora finansów publicznych – realizowała inwestycje w oparciu o przyznane dofinansowanie ze środków publicznych, w oparciu o stosowną umowę. Była zobligowana do odbioru robót w terminie, zaś samo obciążenie upadłej karą umowną pociągnęło za sobą skutek w postaci utraty w tej części dofinansowania, co było w zasadzie bezsporne i zostało przez pozwaną wykazane za pomocą dokumentów. Zdaniem Sądu nie można czynić pozwaną zarzutu, że mogła nie obciążać upadłej karą umowną i przez to uniknąć utraty dofinansowania. Nieustalenie i niedochodzone należności z tytułu kary umownej mogło pociągać za sobą naruszenie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w szczególności art. 5 ust. 1 tej

ustawy. Sąd wskazał, że w świetle wysokości kary umownej zastrzeżonej w razie odstąpienia przez pozwaną od umowy z przyczyn leżących po stronie upadłej (5% wynagrodzenia umownego – w całości lub od części robót) wysokość kary umownej za zwłokę (0,5% wynagrodzenia umownego dziennie) wydaje się zawyżona, ale nie w sposób ewidentny. Sąd zaznaczył, że w przypadku kary umownej za odstąpienie pozwana nie musiałaby płacić upadłej wynagrodzenia w części, w jakiej doszłoby do odstąpienia od umowy. W przypadku zwłoki – obowiązek zapłaty wynagrodzenia pozostaje. Ponadto podwyższona kara umowna za zwłokę ma szczególnego rodzaju funkcję motywującą wykonawcę do zachowania terminu zakończenia robót. W przypadku pozwanej termin zakończenia robót miał znaczenie szczególne, bowiem inwestycję wykonywała ze środków pochodzących z dotacji.

Powyższe okoliczności zdaniem Sądu prowadziły do oceny, że kara umowna nie była rażąco wygórowana, a tym samym nie zachodziła podstawa do jej miarkowania w oparciu o art. 484 § 2 k.c.

Rozważając zasadność i skuteczność obciążenia upadłej przez pozwaną karą umowną Sąd zauważył, że była ona zastrzeżona na wypadek „zwłoki” w wykonaniu robót. Tak sformułowane postanowienie dawało podstawę do jego interpretacji przez pryzmat art. 476 k.c., zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, chyba że opóźnienie jest następstwem okoliczności za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Tym samym pozwana winna jedynie wykazać opóźnienie w wykonaniu zobowiązania (wykonaniu robót), a powód – broniąc się przed obciążeniem karą umowną – wykazać, że opóźnienie wynikało z okoliczności, za które upadła nie ponosi odpowiedzialności.

Sąd zaznaczył, że bezspornym było to, iż ostateczny termin wykonania robót został ustalony przez pozwaną i upadłą na 15 grudnia 2013 r., a odbiór nastąpił 6 lutego 2014 r. Sąd zaznaczył, że z postanowień umowy wynika, iż za datę wykonania przedmiotu umowy należało uważać datę stwierdzoną w protokole odbioru (§8 ust. 10 umowy). Na podstawie innych postanowień, w tym § 8 ust. 4 umowy, zgodnie z którym gotowość do przeprowadzenia odbioru upadła miała zgłosić z wyprzedzeniem 7 dni od planowanego odbioru, Sąd ustalił, że upadła miała zorganizować wykonywanie robót tak, aby były one wykonane najpóźniej 14 dni przed umówionym zakończeniem, bowiem pozwana była zobowiązana do przeprowadzenia odbioru końcowego w terminie 7 dni od rozpoczęcia odbioru (§ 8 ust. 6 umowy). Sąd zaznaczył, że w okresie pomiędzy 15 grudnia 2013 r. a 6 lutego 2014 r. występują 52 dni, które stanowią zwłokę w wykonaniu umowy. Przyjmując wysokość zastrzeżonej kary umownej pozwana miała podstawę do obciążenia upadłej kwotą 405.202,20 zł brutto (0,5% dziennie x 1.558.469,48 zł x 52 dni).

Sąd wskazał, że powód usiłował wykazać w niniejszym procesie, iż do niezachowania terminu 15 grudnia 2013 r. doszło z przyczyn, za które upadła odpowiedzialności nie ponosi. Wskazywał w tym zakresie na perturbacje związane z doprowadzeniem do przepompowni zasilania sieciowego, co uniemożliwiało upadłej wykonanie rozruchu oraz sprawdzenia przepompowni. W ocenie Sądu przeprowadzone postępowanie dowodowe jednak dowiodło, że do niewykonania umowy w terminie nie doszło z tej przyczyny. Sąd zwrócił uwagę, że upadła w początkowym okresie obowiązywania umowy (do 25 czerwca 2013 r.) nie prowadziła robót. Jak wskazał biegły sądowy, powodowało to okres beczynności w wymiarze 40 dni. Samodzielnie ta okoliczność pozwala na ocenę, że zwłoka w wymiarze 52 dni pozwala na domniemanie, że początkowa beczynność wpłynęła na niedochowanie terminu zakończenia robót (pomiędzy tymi wartościami występuje różnica jedynie 12 dni). O tym, że upadła miała świadomość zbyt małego zaangażowania w wykonywanie robót świadczą zeznania świadków, a także protokół rady budowy z 3 września 2013 r., w którym upadła zapewniała o zwiększeniu liczby pracowników oraz nie zgłaszała wątpliwości co do zachowania terminu zakończenia robót.

Zdaniem Sądu powyższy zarzut okazał się niezasadny zarzut również z tego względu, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wykazał, że według stanu na 15 grudnia 2013 r. upadła nie wykonała nie tylko robót związanych z przepompowniami, ale także szeregu innych prac (opisanych szczegółowo w opinii biegłego sądowego, a które były wskazywane także w dokumentach i zeznaniach świadków), które nie wymagały doprowadzenia zasilania. Część z tych robót upadła wykonywała po 15 grudnia 2013 r., a części nie wykonała w ogóle. Ponadto, jak wynika z opinii biegłego sądowego, a także zeznań świadków (o czym była mowa we wcześniejszej części uzasadnienia) do rozruchu przepompowni upadła mogła wykorzystać agregaty prądotwórcze. Ich niezastosowanie wynikało wyłącznie z postawy

upadłej. Inspektor nadzoru inwestorskiego M. S. (1) polecał taką metodę przeprowadzenia rozruchu, jednak upadła się do tego polecenia nie zastosowała. Zdaniem Sądu argument upadłej, przywołany przez świadka R. J., o braku zgody takiego rozruchu ze strony podwykonawcy (... sp. z o.o.) okazał się chybiony, bowiem świadek M. Ł. zaprzeczył, aby podwykonawca odmówił gwarancji przy zastosowaniu tej metody. Sąd zaznaczył również, że upadła miała dostęp do agregatora – z protokołu z 10 stycznia 2014 r. (k. 771) wynika, że przy przepompowni Ps2 sprawdzono kierunki pomp z wykorzystaniem właśnie energii pochodzącej z agregatu.

W ocenie Sądu istotnym jest również, że upadła i pozwana w związku z zaistniałymi perturbacjami związanymi z doprowadzeniem energii elektrycznej przedłużyły pierwotny termin wykonania robót z 15 listopada 2013 r. na 15 grudnia 2013 r. (o miesiąc), wyraźnie wskazując tę przyczynę zawarcia aneksu z 14 listopada 2013 r. Sąd zaznaczył, że umowy zawarte przez pozwaną z (...) sp. z o.o. (dotyczące przyłączy i doprowadzenia energii elektrycznej) stanowiły element dokumentacji technicznej – integralnej części umowy, więc upadła powinna była uwzględnić jej postanowienia, w tym terminy i warunki w nich zawarte.

Za przyczynę opóźnienia w ocenie Sądu nie może być uznany również sprzeciw pozwanej co do zaangażowania podwykonawcy. Zdaniem Sądu zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że dotyczył on jedynie temu, aby pozwana nie ponosiła szczególnej odpowiedzialności za wynagrodzenie należne podwykonawcy. Ponadto upadła umowę z podwykonawcą zawarła dopiero 16 września 2013 r., czyli niespełna 2 miesiące przed pierwotnym terminem zakończenia robót, na podstawie oferty z 5 września 2013 r. Sąd uznał, że zachowanie upadłej pozwala na wniosek, iż wykonywała ona umowę w sposób niezorganizowany, podejmując określone decyzje i działania z opóźnieniem, bez zachowania należytej staranności. Dopiero we wrześniu 2013 r. upadła poszukiwała podmiotu, który będzie w stanie wykonać roboty objętej zakresem umowy zawartej z pozwaną.

W konstatacji Sąd uznał, że obciążenie upadłej karą umowną we wskazanej przez pozwaną wysokości było zasadne.

Sąd zaznaczył, że strona powodowa wywodziła, iż potrącenie kary umownej na podstawie oświadczenia z 25 kwietnia 2014 r. było niemożliwe, ponieważ wierzytelność wynikająca z faktury VAT nr (...) z 7 lutego 2014 r. została zajęta przez organ podatkowy. W tym kontekście powołała się na art. 504 k.c., zgodnie z którym zajęcie wierzytelności przez osobę trzecią wyłącza umorzenie tej wierzytelności przez potrącenie tylko wtedy, gdy dłużnik stał się wierzycielem swego wierzyciela dopiero po dokonaniu zajęcia albo gdy jego wierzytelność stała się wymagalna po tej chwili, a przy tym dopiero później aniżeli wierzytelność zajęta. Powód podniósł, że dla skuteczności potrącenia wymagana jest wymagalność, a w przypadku kary umownej – wezwanie do zapłaty w trybie art. 455 k.c.; powołał się przy tym na uchwałę Sądu Najwyższego z 5 listopada 2014 r., sygn. akt III CZP 76/14 (L.). Replikując stanowisko powoda pozwana podniosła, że roszczenie o zapłatę kary umownej ma charakter bezterminowy, przedstawiła argumentację odmienną o zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy.

Zdaniem Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwalał na ocenę, iż sporne między stronami zagadnienie prawne nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd wyjaśnił, że pozwana kierowała wobec upadłej roszczenie z tytułu kar umownych za opóźnienie jeszcze przed złożeniem oświadczenia z 25 kwietnia 2014 r. i przed dokonaniem przez organ podatkowy zajęcia wierzytelności na podstawie pisma z 16 kwietnia 2014 r. (fakt dokonania tego zajęcia był bezsporny). W treści porozumienia z 18 marca 2014 r. upadła oświadczyła, że „nie uznaje roszczeń Gminy związanych z karami umownymi” (k. 391). W ocenie Sądu kształt słowny tego wyrażenia pozwala wnioskować, że skoro upadła takich roszczeń nie uznała, to pozwana zgłosiła jej uprzednio właśnie takie roszczenie. Ponadto z zeznań świadków również wynika, że pozwana roszczenie o zapłatę kary umownej za opóźnienie zgłaszała i to w wysokości wskazanej w oświadczeniu z 25 kwietnia 2014 r. (świadkowie E. N., J. W. (1), J. K.). W tym kontekście zeznania te Sąd uznał za wiarygodne. Sąd zaznaczył, że termin wykonania umowy (15 grudnia 2013 r.) był stronom znany, tak samo, jak i termin odbioru (6 lutego 2014 r.), czyli w konsekwencji okres pomiędzy tymi datami (52 dni). Wysokość kary umownej za każdy dzień zwłoki również wynikał z umowy. Brak skonkretyzowania wysokości kary umownej w terminie sporządzenia porozumienia z 18 marca 2014 r. w ocenie Sądu nie wydawał się wiarygodny i zgodny z doświadczeniem życiowym. W tym kontekście Sąd uwzględnił zeznania świadków E. N. i J. K., że w celu weryfikacji, czy rzeczywiście istnieją podstawy do obciążenia upadłej karą umowną pozwana zwróciła się do inż. B. B. o sporządzenie

opinii. Powyższe zdaniem Sądu oznacza, że upadła najpóźniej w dniu 18 marca 2018 r. miała świadomość, iż pozwana rości sobie wobec niej karę umowną za zwłokę w wymiarze 52 dni w określonej kwocie, której obliczenie nadto było możliwe bez trudności w oparciu o postanowienia umowy. Z powyższego Sąd wywiódł, że upadła stała się dłużnikiem pozwanej z tytułu kary umownej (podlegającej potrąceniu) przed zajęciem z 16 kwietnia 2014 r., a tym samym art. 504 k.c. nie mógł znaleźć w sprawie zastosowania.

Niezależnie od powyższego Sąd zgodził się ze stanowiskiem pozwanej, że roszczenie z tytułu kary umownej jest roszczeniem bezterminowym. Jego wymagalność, stosownie do art. 455 k.c., wymaga wezwania dłużnika do zapłaty. Tym samym zdaniem Sądu oświadczenie pozwanej z 25 kwietnia 2014 r. o potrąceniu było skuteczne i pociągało za sobą skutek umorzenia wierzytelności dochodzonej przez powoda pozwem, co prowadziło do oddalenia powództwa w całości.

Mając powyższe na względzie wydany w sprawie nakaz zapłaty Sąd uchylił, a powództwo oddalił w całości.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach stanowił przepis art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód, jednocześnie zarzucając rozstrzygnięciu

1. naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 233 § 1 k.p.c

a. przez wyprowadzenie z materiału dowodowego tj. treści umowy nr (...), aneksu do tej umowy z dnia 14.11.2013r, notatki inspektora nadzoru budowlanego -M. S. (1) (załącznik do zarzutów od nakazu zapłaty), zawierającej opis stanu wykonania robót na dzień 16.12.2015r. tj. w dniu następnym po umownej dacie wykonania robót - oraz z innych dokumentów wskazanych w uzasadnieniu apelacji wniosków z tym materiałem całkowicie sprzecznych, a mianowicie, że 52 dniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie upadłej podczas gdy ze wskazanej dokumentacji wynikało, że rozruch przepompowni, który mieścił się w przedmiocie umowy miał być wykonany po zapewnieniu przez pozwaną zasilania elektrycznego z sieci publicznej, tzw. prądu docelowego, niezbędnego do dokonania rozruchu instalacji przepompowni zgodnie z wymogami umowy z dnia 23.04.2013r. którego to obowiązku pozwana nie wykonała. Sąd tymczasem w sposób bezpodstawny pominął znaczenie postanowień umowy w tym zakresie przedkładając nad nie znaczenie okoliczności faktycznej podnoszonej przez pozwaną, iż rozruch przepompowni mógł być dokonany za pomocą prądu zastępczego tj. doprowadzonego za pomocą agregatów prądotwórczych a skoro powód rozruchu za pomocą agregatu prądotwórczego nie dokonał popadł w zawinione przez siebie opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy,

b. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i w rezultacie pominięcia w uzasadnieniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu tj. decyzji nr (...) z dnia 14.02.2014r. wydanej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o udzieleniu pozwanej pozwolenia na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wraz z urządzeniami przepompowni i rurociągami kanalizacji tłocznej oraz instalacji elektrycznej. Z treści wymienionej decyzji wynika jednoznacznie, że inwestycja została zrealizowana zgodnie z pozwoleniem na budowę Nr (...), znak: (...) z dnia 12.10.2010r., na podstawie której m.in. powódka wykonywała roboty budowlane a tymczasem Sąd w sposób bezkrytyczny dał wiarę twierdzeniom biegłego sądowego jakoby powódka nie wykonała szeregu robót budowlanych, np. przyka na lików, rurociągu tłoczego, czy też przepompowni PL 1. Konstatacja Sądu oparta na twierdzeniu biegłego pozostaje w sprzeczności z treścią wskazanego dokumentu mającego w dodatku walor dokumentu urzędowego i w sposób bezpośredni przyczynia się do błędnego ustalenia stanu faktycznego polegającego na przyjęciu, iż powód nie wykonał przedmiotu umowy również do daty zakończenia czynności odbiorowych,

c. przez wyprowadzenie z materiału dowodowego, w szczególności treści zawartego przez upadłą z pozwanym Porozumienia z dnia 18.03.2014r aneksowanego w dniu 25.03.2014r. wniosku całkowicie z tym materiałem sprzecznego i nie dającego przy tym pogodzić się z zasadami wykładni tekstu normatywnego inkorporowanego w treści tych aktów umownych a mianowicie, że pozwana wzywała upadłą do zapłaty roszczenia stanowiącego karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy przed dniem 25.04.2014r., kiedy to złożyła oświadczenie o potrąceniu tejże kary umownej z wzajemną wierzytelnością upadłej z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane. W rzeczywistości

bowiem nigdy przed datą złożenia oświadczenia o potrąceniu (25.04.2014r.) pozwana nie występowała względem upadłej z żądaniem zapłaty kary umownej co wynika niemal wprost z przywoływanego przez Sąd Porozumienia z dnia 18.03.2014r aneksowanego w dniu 25.03.2014r.;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 455 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że roszczenie o zapłatę kary umownej jako roszczenie bezterminowe staje się wymagalne już w dacie powstania sytuacji potencjalnego ziszczenia się przesłanek naliczenia kary umownej (wystąpienie okresu opóźnienia w stosunku do uzgodnionego terminu ukończenia robót) a nie w dacie wezwania do zapłaty kary umownej. Sąd postawił taki wniosek tuż obok innej, z gruntu prawidłowej tezy, że wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej wymaga wezwania do zapłaty (str. 27) jednak tezie tej nie nadał należytego znaczenia, co przyczyniło się do naruszenia przez Sąd innych przepisów prawa materialnego tj. art. 498 § 1 k.c. oraz art. 504 k.c.;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wynikające z wadliwego przyjęcia przez Sąd, że wierzytelność pozwanej o zapłatę kary umownej w kwocie 405 202,20zł w dniu 25.04.2014r. tj. dacie przedstawienia jej do potrącenia z wierzytelnością upadłej była wymagalna podczas gdy w istniejącym stanie faktycznym przymiotu wymagalności wierzytelność pozwanej nie posiadała;

4. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 504 k.c. przez jego niezastosowanie podczas gdy w dniu 22.04.2014r. tj. dacie powiadomienia pozwaną przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w S. o zajęciu wierzytelności upadłej do kwoty 200 838,31zł, wierzytelność pozwanej o zapłatę kary umownej w kwocie 405 202,20zł nie była wymagalna co stosownie do treści art. 504 k.c. wyłączyło umorzenie tych wierzytelności przez potrącenie zgodnie z oświadczeniem pozwanej z dnia 25.04.2014r.

5. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 484 § 2 przez jego niezastosowanie.

Powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej kwoty 405.202,20 zł wraz z odsetkami w wysokości odsetek za opóźnienie określanej na podstawie art. 56 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa - od dnia 22 lutego 2013 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanej kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie, a nadto o zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wywiedziona przez powoda częściowa okazała się zasadna, choć należy przyznać, że zdecydowana większość argumentów skarżącego okazała się nietrafiona – w istocie na uwzględnienie zasługiwał tylko zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 484 § 2 kc przez jego niezastosowanie - co skutkowało wydaniem wyroku reformatoryjnego.

Według funkcjonującego modelu postępowania apelacyjnego opartego na apelacji pełnej cum beneficie novorum, sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę ponownie, jeszcze raz bada sprawę rozstrzygniętą przez sąd pierwszej instancji. Dlatego słusznie podkreśla się w judykaturze, że sąd drugiej instancji ma nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek rozważenia na nowo całego materiału dowodowego oraz dokonania jego własnej, samodzielnej oceny, w tym oceny dowodów zgromadzonych w postępowaniu przed sądami obu instancji (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2011 r., II CSK 474/10).

Jeszcze w czasie obowiązywania przepisów o kasacji, Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999 r. (sygn. akt III CZP 59/98, OSNC 1999/7-8/124) stanowiącej zasadę prawną, stwierdził dopuszczalność zmiany ustaleń faktycznych stanowiących podstawę orzeczenia sądu pierwszej instancji bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. Wobec tego, że w tej sytuacji ustalenia sądu odwoławczego są dokonywane bez zachowania bezpośredniości, Sąd Najwyższy podkreślił jednocześnie konieczność zachowania szczególnej ostrożności w sferze dokonywania przez sąd drugiej instancji oceny tych dowodów, jeżeli zostały one przeprowadzone tylko przez sąd pierwszej instancji. Realizując powyższe obowiązki Sąd odwoławczy musi zgodnie z treścią art. 382 k.p.c. swoje

rozstrzygnięcie opierać na podstawie całego materiału dowodowego zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Sąd odwoławczy, wydając reformatoryjny wyrok na podstawie własnych ustaleń, na podstawie materiału zebranego tylko w postępowaniu w pierwszej instancji, powinien wskazać w uzasadnieniu swego orzeczenia, na podstawie jakich dowodów ustalił odmienną - w stosunku do dotychczas przyjętej - podstawę faktyczną a także jakim dowodom odmówił wiarygodności.

Do naruszenia prawa materialnego może dojść przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Błędna wykładnia polega na mylnym rozumieniu określonej normy prawnej zaś niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego polega na błędnym przyjęciu, czy zaprzeczeniu związku zachodzącego między faktem ustalonym w procesie a normą prawną

Dokonanie wykładni prawa materialnego może być właściwie ocenione jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia - prawidłowe zastosowanie prawa materialnego jest uzależnione od dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych, obejmujących okoliczności niezbędne dla możliwości zastosowania określonych jego przepisów. Natomiast dla oceny trafności zarzutu naruszenia prawa materialnego miarodajny jest stan faktyczny sprawy, będący podstawą wydania zaskarżonego wyroku. Wadliwość podstawy faktycznej jest wynikiem uchybienia procesowego.

Skarżący zarzucił sądowi I instancji naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 233 § 1 k.p.c. przez wyprowadzenie z materiału dowodowego tj. treści umowy nr (...), aneksu do tej umowy z dnia 14.11.2013 r., notatki inspektora nadzoru budowlanego - M. S. (1) (załącznik do zarzutów od nakazu zapłaty), zawierającej opis stanu wykonania robót na dzień 16.12.2015 r. tj. w dniu następnym po umownej dacie wykonania robót - oraz z innych dokumentów wskazanych w uzasadnieniu apelacji wniosków z tym materiałem całkowicie sprzecznych, a mianowicie, że 52 dniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie upadłej podczas gdy z niezbędnego do dokonania rozruchu instalacji przepompowni zgodnie z wymogami umowy z dnia 23.04.2013 r. którego to obowiązku pozwana nie wykonała. Sąd tymczasem w sposób bezpodstawny pominął znaczenie postanowień umowy w tym zakresie przedkładając nad nie znaczenie okoliczności faktycznej podnoszonej przez pozwaną, iż rozruch przepompowni mógł być dokonany za pomocą prądu zastępczego tj. doprowadzonego za pomocą agregatów prądotwórczych a skoro powód rozruchu za pomocą agregatu prądotwórczego nie dokonał popadł w zawinione przez siebie opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w odniesieniu do powyższego zarzutu w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy, a następnie w sposób niewadliwy dokonał jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny, odpowiadający treści tych dowodów. Tym samym Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne. Jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza co do zasady związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie.

W ocenie Sądu Odwoławczego zarzut naruszenia prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. okazał się niezasadny.

Wskazać należy, że stosownie do treści przepisu art. 233 k.p.c. przepisu sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. jest naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

W tym świetle uwypuklić również należy, że nie można Sądowi dokonującemu oceny materiału procesowego postawić skutecznie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jeśli z tego samego materiału procesowego można równolegle wyprowadzić odmienne wnioski, co do przebiegu okoliczności istotnych dla sprawy, o ile ocena sądowa nie narusza wzorca określonego art. 233 § 1 k.p.c.

Zwalczanie ustaleń faktycznych Sądu i związanej z tym oceny materiału dowodowego może następować tylko poprzez argumenty natury jurydycznej, wykazanie jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności lub mocy dowodowej lub niesłusznie im ją przyznając, a takowych apelacja nie zawiera.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omawiany zarzut nie podważa skutecznie ustalonych przez Sąd Okręgowy faktów, w rzeczywistości jest on w stosunku do nich wyłącznie polemiczny, będący wyrazem bardzo subiektywnej oceny skarżącego toku postępowania przed sądem I instancji, która w jego założeniu miała wykazać zasadność podniesionej w apelacji argumentacji.

W świetle powyższych rozważań, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przedstawione przez Sąd I instancji wnioski prawne w omawianym zakresie zostały wywiedzione przy zastosowaniu właściwej podstawy prawnej w oparciu o należycie ustalony stan faktyczny sprawy, a Sąd Okręgowy prawidłowo przeprowadził też postępowanie dowodowe, w żaden sposób nie uchybiając przepisom prawa procesowego.

Ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego w kontekście uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie budzi zastrzeżeń sądu drugiej instancji, nie narusza ani reguł logicznego myślenia, ani zasad doświadczenia życiowego, czy właściwego kojarzenia faktów - Sąd Okręgowy zebrał i rozważył dowody oraz ocenił je w sposób nie naruszający swobodnej oceny dowodów, uwzględniając w ramach tejże oceny zasady logiki i wskazania doświadczenia życiowego. Nie ma podstaw by w tym zakresie podważać adekwatność dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń do treści przeprowadzonych dowodów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem skarżącego, że z treści umowy nr (...), aneksu do tej umowy z dnia 14.11.2013r, notatki inspektora nadzoru budowlanego M. S. (1) wynikało, że rozruch przepompowni, który mieścił się w przedmiocie umowy miał być wykonany po zapewnieniu przez pozwaną zasilania elektrycznego z sieci publicznej, tzw. prądu docelowego.

Z analizy dokumentów na które powołuje się sam skarżący, przytaczając z nich poszczególne zapisy w sposób jasny i nie budzący wątpliwości wynika, że po wykonaniu wszystkich prac instalacyjnych, należy dokonać odbioru końcowego pompowni, zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami oraz dokonać rozruchu pompowni, a rozruch należy powierzyć serwisowi producenta pompowni.

Jedynie gołosłownymi (i to już od samego momentu powołania się na nie przez powoda w toku postępowania przed Sądem Okręgowym) okazały się jego twierdzenia, że to na pozwanej ciążył obowiązek zapewnienia mu dostępu do tzw. prądu docelowego, który był niezbędny do prawidłowego rozruchu pompowni.

Taki też charakter ma twierdzenie powoda, że formułowana przez pozwaną, a usankcjonowana przez Sąd I instancji hipoteza, że uruchomienia można było dokonać w oparciu o zasilanie tymczasowe (mobilne agregaty prądotwórcze), bądź też że możliwe było oddanie jej obiektu bez rozruchu, pozostają w sprzeczności zarówno z treścią umowy łączącej

strony i stanowiącej jej integralną część dokumentacją techniczną, jak i eksponowanym przez pozwaną stanowiskiem w trakcie realizacji robót.

To powód na swój własny, procesowy użytek wyinterpretował z powyższych dokumentów istnienie pojęcia „prądu docelowego”.

Istotne, a zarazem wymowne jest to, że skarżący w żaden merytoryczny sposób nie nawiązał do tego, że zeznający w sprawie świadkowie G. J., J. W. (1), J. K., M. S. (1), M. S. (2), E. N. również potwierdzali, że sprawdzenie i rozruch przepompowni mógł się odbyć przy pomocy agregatów prądotwórczych, co pozwana zalecała przez inspektora nadzoru inwestorskiego M. S. (1) w ustnych rozmowach.

Choć świadek R. J. wskazywał, że upadła nie wykorzystwała agregatów z obawy o nieotrzymanie gwarancji i brak pisemnego zalecenia – jednak zeznania te pozostawały w sprzeczności z zeznaniami świadka M. Ł. (przedstawiciela podwykonawcy (...) sp. z o.o.), który zeznał, że ze strony (...) sp. z o.o. nie ma narzuconego trybu sprawdzenia i rozruchu przepompowni, to zależy od inwestora, a spółka nie odmówiłaby gwarancji, gdyby te czynności przeprowadzono z wykorzystaniem agregatów prądotwórczych.

Powyższą techniczną możliwość potwierdził również biegły sądowy J. W. (2) - uznał, że w świetle umowy łączącej strony (w tym dokumentacji technicznej) możliwe było przeprowadzenie rozruchu przepompowni przy wykorzystaniu agregatów prądotwórczych.

W tym zakresie Sąd Apelacyjny nie znalazł jakichkolwiek podstaw do kwestionowania wiarygodności świadków jak i prawidłowości i zasadności opinii biegłego sądowego.

Zresztą ostatecznie sam skarżący podał w apelacji, że nie zaprzeczał i nie zaprzecza tej okoliczności, że przepompownie są technicznie dostosowane do zasilania przy użyciu agregatów przenośnych.

Ponadto najwyraźniej uwadze skarżącego uszło to, że w protokole odbioru przepompowni Ps2 odnotowano, że jednak przeprowadzono sprawdzenie kierunku pomp z wykorzystaniem energii z agregatu.

Podobną uwagę należy odnieść też do tego, że powód dopiero przy swoim piśmie z dnia 13.12.2013r. przekazał pozwanej wypełnione wnioski o przyłączenie instalacji odbiorczej do sieci – bez których nie było możliwości zawarcia umowy o przyłączenie, a następnie sprzedaży energii elektrycznej.

Z niekwestionowanej przez powoda notatka służbowej dotyczącej realizacji zadania pn. Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w m. K.- O. z przesyłem do K. – stan realizacji (zakres wykonanych robót) na dzień 16.12.2013 r. wynikało, że:

1) przepompownia: Droga + Zieleń:

a) nie wykonano w całości ogrodzenia, drogi dojazdowej i zieleni przepompowni Psi, Ps2, Ps3, Ps4, Ps5 - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni;

2) przepompownie -Wodociąg:

a) nie zamontowano armatury wewnętrznej w studniach wodomierzowych przepompowni - czynność można wykonać przed dostawą, energii elektrycznych do przepompowni,

b) przyłączy wodociągowe do przepompowni Psi, Ps2, Ps3, Ps4 nie zostało zgłoszone do odbioru, nie wykonano prób ciśnieniowych - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni;

3) przepompownie- część elektryczna:

nie zamontowano instalacji elektrycznej na terenie wszystkich przepompowni -czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni;

4) przepompownie - część technologiczna:

a) brak kompletnego wyposażenia technologicznego przepompowni Ps3, Ps5 - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

b) brak rozruchu, technologicznego przepompowni – czynność możliwa do wykonania po dostarczeniu energii przez (...),

c) brak wybudowanej przepompowni PL1 oraz jej wyposażenia - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni;

5) kanalizacja tłoczna:

a) nie wykonano badania próby ciśnieniowej na odcinkach na całości sieci tłocznej-czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

b) nie przekazano wyników badań z zagęszczenia gruntu, wykonanych według zaleceń określonych w specyfikacji technicznej - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

c) nie doprowadzono do stanu sprzed budowy terenu poboczy dróg, w miejscach prowadzenia robót, nie uzyskano odbiorów pasów drogowych od zarządców dróg -czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

d) nie zgłoszono do odbioru wykonania rury osłonowej rurociągu na odcinku T54-T55 -czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

e) nie zamontowano włączników szczelnych na studni odpowietrzającej, odwadniającej, rewizyjnej - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni;

6) kanalizacja grawitacyjna:

a) nie doprowadzono do stanu sprzed budowy terenu poboczy dróg, w miejscach prowadzenia robót, nie uzyskano odbiorów pasów drogowych od zarządców dróg -czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

b) nie przekazano wyników z badania zagęszczenia gruntu według zasad opisanych w specyfikacji - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

c) brak prawidłowego odtworzenia poboczy i nawierzchni dróg - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

d) nie wykonano całości prób szczelności - czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni,

e) nie właściwie wykonany odcinek sieci S30-S31 (niewłaściwy spadek), Wykonawca musi dokonać zmiany spadku zgodnie z dokumentacją techniczną- czynność można wykonać przed dostawą energii elektrycznych do przepompowni.

W świetle powyższych rozważań całkowicie gołosłownym było też twierdzenie skarżącego, że bez względu na to czy wykonałaby on wszystkie roboty objęte umową do dnia 15.12.2013 r. czy nie, to i tak obiekt nie osiągnąłby gotowości do odbioru, na warunkach określonych przez samą pozwaną w umowie z dnia 23.04.2013 r. z uwagi na brak możliwości

wykonania przez powódkę rozruchu technologicznego wszystkich pompowni z wykorzystaniem przewidzianego w umowie prądu docelowego.

Skarżąca podniosła też, że do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. doszło przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i w rezultacie pominięcia w uzasadnieniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu tj. decyzji nr (...) z dnia 14.02.2014r. wydanej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o udzieleniu pozwanej pozwolenia na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wraz z urządzeniami przepompowni i rurociągami kanalizacji tłocznej oraz instalacji elektrycznej.

Skarżąca wskazywała, że z treści wymienionej decyzji wynika jednoznacznie, że inwestycja została zrealizowana zgodnie z pozwoleniem na budowę Nr (...), znak: (...) z dnia 12.10.2010 r., na podstawie której m.in. powódka wykonywała roboty budowlane, tymczasem Sąd w sposób bezkrytyczny dał wiarę twierdzeniom biegłego sądowego jakoby powódka nie wykonała szeregu robót budowlanych, np. przykanalików, rurociągu tłoczego, czy też przepompowni PL 1 - konstatacja Sądu oparta na twierdzeniu biegłego pozostaje w sprzeczności z treścią wskazanego dokumentu mającego w dodatku walor dokumentu urzędowego i w sposób bezpośredni przyczynia się do błędnego ustalenia stanu faktycznego polegającego na przyjęciu, iż powód nie wykonał przedmiotu umowy również do daty zakończenia czynności odbiorowych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w podanym zakresie nie sposób było się pogodzić ze stanowiskiem sądu I instancji i dokonaną przez niego w tej części oceną przydatności opinii biegłego sądowego - chociaż powyższe nie miało wpływu na prawidłowe ustalenie przez ten sąd daty zakończenia czynności odbiorowych tj. na dzień 6 lutego 2014 r. i naliczania właśnie do tego dnia kary umownej – sąd ten w tym zakresie nie wyciągnął z powyższego twierdzenia żadnych negatywnych dla powoda konsekwencji.

Jednakże prawidłowe ustalenie zakresu niewykonanych prac na dzień 15 grudnia 2013 tj. ostateczny termin zakończenia robót miało istotny wpływ na kwestie związane z miarkowaniem kary umownej.

Sąd I instancji wskazał, że oprócz dowodu z dokumentów (i innych środków dowodowych) oraz zeznań świadków postępowanie dowodowe uwzględniało opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa – inż. J. W. (2) oraz następnie przedstawioną na rozprawie 8 listopada 2017 r. ustną opinię uzupełniającą. Za jej pomocą sąd ten ustalił zakres niewykonanych robót na dzień 15 grudnia 2013 r., przyczyny ich niewykonania oraz wartość tych robót. Ponadto ustaleniu podlegał stan robót na dzień 24 stycznia 2014 r. (zgłoszenie robót do odbioru).

Wg oceny Sądu Okręgowego biegły sądowy przedstawił obszerną i szczegółową opinię, w której poddał analizie zgromadzony materiał dowodowy - ustalił zakres robót objętych umową, przeanalizował przebieg procesu inwestycyjnego zarówno przez pryzmat wpisów do dziennika budowy, jak i innych dowodów, zwrócił uwagę na istotne okoliczności sprawy i w konsekwencji w sposób rozbudowany przedstawił wnioski stanowiące odpowiedź na zadanie mu pytania (wskazane cele opinii) - opinię biegłego uznał za sporządzoną w sposób prawidłowy i była ona szczegółowa, wyczerpująca, uwzględniająca w sposób szczegółowy okoliczności sprawy.

Niestety, w powyższym zakresie Sąd I instancji nie sporządził swojego uzasadnienia w sposób odpowiadający wymogom art.328 § 2 kpc – ograniczył się jedynie do powierzchownej, szablonowej, z użyciem bardzo ogólnych sformułowań oceny (ustalenia) zakresu niewykonanych robót na dzień 15 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w żaden sposób nie podważa sporządzonych przez biegłego opinii (podstawowej i uzupełniającej) w jej aspekcie wiedzy specjalistycznej, technicznej, uznając ją za właściwą i zgodną ze sztuką – ma jedynie zastrzeżenia w zakresie poczynionej przez tego biegłego analizy akt sprawy, zwłaszcza w zakresie zbieżnego stanowiska stron, co zostało wykonane do 15.12. 2013 r., a co do sporządzenia protokołu odbioru robót tj. 6.02.2014 r.

Przede wszystkim należy podnieść, że pozwana w niniejszej sprawie nie czyniła powodowi merytorycznego zarzutu, że po dniu odbioru robót tj. 6.02.2014 r. zostały jeszcze jakieś nie zrealizowane prace, nie dochodziła od niego innych roszczeń niż wynikających z kary umownej (przynajmniej nie wykazała, aby było odmiennie).

W przedmiotowym protokole wyraźnie stwierdzono, że po dokonaniu wizji lokalnej w terenie budowy i zapoznaniu się z przedłożonymi dokumentami budowy oraz jakością i zakresem wykonanych robót, stwierdzono, że roboty zostały wykonane w zakresie umożliwiającym prawidłowe funkcjonowanie przedmiotu zamówienia.

Dodano też, że na podstawie dokonanych oględzin i sprawdzenia przedłożonych dokumentów Komisja postanowiła odebrać przedmiotowy system i przekazać do eksploatacji.

Dodatkowo potwierdza to, że dnia 14 lutego 2014 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w P. wydał pozwanej decyzję – pozwolenie na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wraz z urządzeniami przepompowni, rurociągami kanalizacji tłocznej oraz instalacją elektryczną.

Ponadto należy mieć na uwadze też i to, że pozwana wykonanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego „realizowała z udziałem dofinansowania z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007-2013 na podstawie umowy zawartej 10 lutego 2011 r. z Samorządem Województwa (...) i podała, że je zrealizowała, uzyskując dzięki temu zwrot części środków.

Z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. W. (2) wynika, że na dzień 15 grudnia 2013 r. upadła nie wykonała części robót, w tym m.in. 0,75% kanałów grawitacyjnych, 100% przykanalików, 42,70% rurociągów tłoczonych, 100% przyłączy wodociągowych, 100% przepompowni (w zakresie technologii i instalacji elektrycznych), 100% zagospodarowania terenów wokół przepompowni, 100% ogrodzenia wokół przepompowni, 100% podjazdów, dróg dojazdowych, 100% odtworzenia nawierzchni dróg lokalnych i doprowadzenia poboczy do stanu pierwotnego, 100% zgodnego z projektem posadowienia przepompowni Ps1-Ps3 wraz z grodziami i betonowymi płytami fundamentowymi.

Wartość tych niewykonanych robót – zgodnie z wynagrodzeniem umownym – wynosiła 813.645 zł brutto.

Z powyższym zakresem Sąd Apelacyjny nie zgadza się z uwagi na zbyt duże oderwanie od materiału dowodowego zebranego i przeprowadzonego w sprawie.

Z protokołu Rady Budowy z dnia 5.12.2013 r. sporządzonego przez strony wynika, że powód sam wskazał jaki zakres prac nie został jeszcze przez niego wykonany tj. przyłączy do dwóch posesji, usytuowanie przepompowni PL1, wyregulowanie przepompowni PS5, połączenie rurociągu tłoczego, nie odtworzono części drogi gminnej, przy przepompowniach nie został zagospodarowany teren, brak dojazdów, ogrodzenia.

Przede wszystkim z powoływanej już powyżej (a niekwestionowanej przez powoda) notatki służbowej sporządzonej w imieniu pozwanej dotyczącej realizacji zadania pn. Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w m. K.- O. z przesyłem do K. – stan realizacji na dzień 16.12.2013r. wynika zakres wykonanych robót, a bardziej precyzyjnie zakres jeszcze niewykonanych prac. Uszczegóławia go sprawozdanie z realizacji zadania pn. Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w m. K.- O. z przesyłem do K. - stan realizacji na dzień 16.12.2013 r. , z którego wynika, że:

Zakres wykonanych robót:

1) przepompownia: Droga + Zieleń:

a) Nie wykonano ogrodzenia, drogi dojazdowej i zieleni przepompowni Psi, Ps2, Ps3, Ps4, Ps5. Koszt robót niewykonanych netto: 66 832,65 zł + 21 351,50 zł;

2) przepompownie -Wodociąg:

a) wykonano studnie wodomierzowe na przepompowni Psi, Ps2, Ps3, Ps4, nie zamontowano armatury wewnętrznej,

b) przyłączy wodociągowe do przepompowni Psi, Ps2, Ps3, Ps4 nie zostało zgłoszone do odbioru, nie wykonano prób ciśnieniowych,

c) koszt robót niewykonanych netto: 16 021, 76 zł;

3) przepompownie- część elektryczna:

a) nie wykonano robót elektrycznych na przepompowniach,

b) koszt robót nie wykonanych netto: 14 156,30 zł;

4) przepompownie - część technologiczna:

a) wykonano wykopy, ustawiono komorę pomp i zasuw oraz częściowo je zasypano,

b) posadowienie komór pomp i zasuw przepompowni Ps1, Ps2, Ps3 wykonano niezgodnie z dokumentacją techniczną, tj. nie wykonano ścianek szczelnych, płyty betonowej pod komorę przepompowni,

c) rozpoczęto wyposażanie w armaturę wewnętrzną przepompownie Ps1, Ps2, Ps5. Brak wyposażenia w przepompowni Ps3, Ps4,

d) połączenie komory pomp z komorą zasuw wykonano niezgodnie z dokumentacją techniczną, tj. nie wykonano złączki zabezpieczającej przed przesunięciem, zmieniono materiał połączenia z: żeliwo sferoidalne na stal nierdzewną. Na powyższą zmianę nie wyraził zgody projektant, co zanotowano w protokole z rady budowy w dniu 03.07.2013 r. Wykonawca nie dostarczył wyników z badań z zagęszczenia gruntu w .dnie posadowienia komór i terenu przy komorach. W związku, z czym nie jest możliwe stwierdzenie, czy zastosowane posadowienie będzie spełniało wytyczne dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznej. W przypadku niewłaściwego wykonania podłoża i zagęszczenia wystąpi osiadanie przepompowni i komory zasuw, może nastąpić uszkodzenie połączeń szczelnych, co spowoduje niekontrolowany napływ wód gruntowych do przepompowni ścieków, co zwiększy ilość tłoczonych ścieków do oczyszczalni w m. P., a tym samym zostanie obciążony ponad normę istniejący rurociąg między K., a P.. W przypadku wystąpienia ww. uszkodzeń nastąpi konieczność zatrzymania pracy technologicznej przepompowni,

e) odległości między przepompownią, a komorą zasuw jest niezgodna z dokumentacją techniczną tj. mniejsza niż przyjęta w dokumentacji technicznej, powoduje to brak możliwości zamontowania połączenia między komorami, według typu przyjętego w dokumentacji technicznej,

f) na terenie przepompowni zamontowano tylko komorę przepompowni i zasuw , brak studni S52, S54, S53, S55,

g) przepompownia Ps2 została posadowiona na rzędnych niższych niż założono w dokumentacji technicznej, co będzie utrudniało wykonanie drogi dojazdowej,

h) nie wykonano przepompowni PL1,

i) koszt robót niewykonanych i niemożliwych do oceny z powodu braku pomiarów i badań stanowi kwotę netto: 220 000 zł,

5) kanalizacja tłoczna:

a) ułożono. rurociąg tłoczny wraz. ze studniami, nie zamontowano zaworów odpowietrzająco-napowietrzających i armatury odwadniającej,

b) nie wykonano badania próby ciśnieniowej na odcinkach: przepompownia Ps2 -studnia S8A, przepompownia Ps3 - studnia S26A, przepompownia Ps4 - studnia

S39A, przepompownia Ps1- punkt T5. W związku z tym brak możliwości oceny prawidłowości wykonanych rurociągów,

c) nie przekazano wyników badań z zagęszczenia gruntu, wykonanych według zaleceń określonych w specyfikacji technicznej, Brak możliwości oceny poprawności wykonanego zagęszczenia,

d) nie doprowadzono do stanu sprzed budowy terenu poboczy, dróg, w miejscach prowadzenia robót, nie uzyskano odbiorów pasów drogowych od zarządców dróg. Brak możliwości oceny poprawności wykonanych robót,

e) nie zgłoszono do odbioru wykonania rury osłonowej rurociągu na odcinku T54-T55,

f) na odcinku Ps3-S26A nie dostarczono wydruków z wykonanego przycisku sterowanego, określających rzędne posadowienia. Brak możliwości oceny poprawności wykonanych robót;

6) kanalizacja grawitacyjna:

a) ułożono rurociągi i studnie, wykonano przyłącza do granicy posesji, poza posesją (...), (...),

b) na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę szkiców z pomiarów geodezyjnych wynika, że wykonano posadowienia studni niezgodnie z dokumentacją techniczną,

c) nie doprowadzono do stanu sprzed budowy terenu poboczy dróg, w miejscach prowadzenia robót, nie uzyskano odbiorów pasów drogowych od zarządców dróg. Brak możliwości oceny poprawności wykonanych robót

d) nie przekazano, wyników z badania zagęszczenia gruntu według zasad opisanych w specyfikacji, brak możliwości oceny poprawności wykonanych robót. Stwierdza się wady w nawierzchniach drogowych, utrudniające i stwarzające niebezpieczeństwo w ruchu drogowym Na odcinku S19-Ps1, Ps1-S3 występują zapadnięcia odtworzonej nawierzchni z brukowca. Pod wpływem ruchu pojazdów zagłębienia powiększają się. Na odcinku S46-S44, S39A-Ps3 występują zapadnięcia w nowoodtworzonej nawierzchni asfaltowej. Pod wpływem ruchu pojazdów pogłębiają się. W związku z powyższym wątpliwe jest wykonanie zagęszczenia gruntu zgodnie z dokumentacją i specyfikacją techniczną. Odcinek S25-S23 nie odtworzono nawierzchni drogowej. Nie odtworzono nawierzchni asfaltowej przy posesji (...). Proponuje się obniżenie wynagrodzenia 50% wartości robót, określonych w pozycji „Kanalizacja grawitacyjna, roboty drogowe” (wadliwe odtworzenie na odcinku długości 574 m) oraz 100 % wynagrodzenia za odcinek długości 67,4 na łączną kwotę netto 20 711, 99 zł,

e) nie wykonano prób szczelności na odcinkach S8A-Ps1, Ps1-S19, S41-Ps4, S31-Ps3, S20-Ps2, S2-Ps1. Brak możliwości oceny poprawności wykonanych robót,

f) z wyników kamerowania rurociągu wynika, że na odcinkach S23-S24, S49-S50, S56 S57, S14-S15, S2-S3, S41-S47, S9-S8, S7-S6, S5-S4, S17-S16 spadki rurociągu odbiegają od rzędnych zawartych w dokumentacji technicznej, stanowi to niezgodność z dokumentacją. Brak poprawnych spadków jest wadą utrudniającą spływ ścieków. W miejscach występowania zerowych spadków może wystąpić tzw. korek. Określa się obniżenie wynagrodzenia za wadliwie ułożone rurociągi w wysokości 50% wartości robót, określonych w pozycji „Kanalizacja grawitacyjna, roboty montażowe”, poz. 2.1 w kwocie netto 7 178,17 zł (tj. kwota za wadliwe 457, 37 mb z.2144 mb).

Kolejnym dokumentem jest sporządzone przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego sprawozdanie z realizacji zadania pn. Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w m. K.- O. z przesylem do K. - stan realizacji w dniach 16.12.2013 - 02.01.2014 r., z którego wynika, że zakres robót wykonanych w tym czasie przedstawia się następująco:

1. ustawiono jedną studnię na terenie przepompowni Ps5;
2. dokonano wyposażenia przepompowni Ps1, Ps2, Ps4, Ps5 bez montażu pomp;
3. przyłącze do posesji (...);
4. rozpoczęto montaż odwodnień i odpowietrzeń na rurociągu tłocznym;

5. rozpoczęto roboty związane z budową utwardzenia Psi, montaż ogrodzenia na Ps2;
6. brak dziennika na placu budowy, brak możliwości dokonania wpisów.

Następnie z notatki służbowej dotyczącej realizacji zadania pn. Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w m. K.O. z przesyłem do K. wynika, że w dniu 30.01.2014 r. rozpoczęto czynności odbiorowe, stwierdzono następujące nieprawidłowości:

- a) nie odtworzono zieleni wokół przepompowni - niesprzyjające warunki atmosferyczne;
- b) niepoprawne odtworzenie nawierzchni drogowych oraz poboczy dróg;
- c) niewłaściwe odtworzenie drenaży melioracyjnych;
- d) brak uporządkowania placu budowy na terenie przepompowni i w sąsiedztwie ich ogrodzenia;
- e) brak kompletnych pomiarów instalacji elektrycznej dla przepompowni,
- f) brak kompletnych badań ze wskaźników zagęszczenia gruntu,
- g) brak kompletnych badań prób szczelności i ciśnieniowych sieci;

2. w dniu 05.02.2014 r. dokonano rozruchu technologicznego przepompowni Ps3.

Natomiast dokumentem obrazującym umowny zakres robót, których wykonania podjął się powód jest Tabela Elementów Scalonych (k. 425), wskazująca jednocześnie ustalone przez strony ceny netto poszczególnych prac.

Szczególnie istotnym jest dokument zatytułowany zestawienie wartości wykonanych przez powoda prac pochodzący od pozwanej (na który nieprecyzyjnie w odniesieniu do jego daty powoływał się powód w swoich pismach procesowych np. k- 755) w postaci faksu z Urzędu Gminy P. z dnia 22.11.2013 r., w którym wskazano, że: roboty ziemne przy kanalizacji grawitacyjnej zostały wykonane w 90,4 %, roboty montażowe przy kanalizacji grawitacyjnej w 91,8 %, roboty drogowe przy kanalizacji grawitacyjnej w 82,3%, przy rurociągu tłocznym - roboty ziemne w 93,1 %, roboty montażowe w 91,6%, roboty drogowe w 89,9%, przepompowni, których część technologiczna była wykonana w 50%, zaś część elektryczna w 0%, odwodnienie w 75%, w żadnym stopniu nie zostały zrealizowane roboty ziemne i montażowe wodociągu oraz droga i zieleń w odniesieniu do przepompowni.

Powyższe dokumenty zostały przez Sąd Apelacyjny uznane za w pełni wiarygodne, tym bardziej, że nie zostały one merytorycznie kwestionowane przez powoda, a nawet on sam powoływał się na nie.

W oparciu o powyższe Sąd Apelacyjny uznał za częściowy zasadny zarzut do opinii biegłego co do zakresu i wartości robót wykonanych na dzień 15.12.2013r.

Prawidłowym jest twierdzenie, że biegły w wartości robót niewykonanych przez powódkę bezzasadnie ujmuje wartość tzw. przykanalików w kwocie 177.210,56 zł, które jak słusznie zauważa stanowić miały - zgodnie z projektem budowlanym załączonym do umowy łączącej strony - przewody kanalizacyjne biegnące od budynków mieszkalnych, czyli źródła ścieków do ogólnej instalacji kanalizacyjnej budowanej przez powódkę. Zgodnie z projektem określa też ich łączną długość na 722,10 m2.

Biegły pominął, iż przedmiotem umowy stron było wybudowanie przez powódkę przykanalików jedynie na odcinku biegnącym od ogólnej instalacji kanalizacyjnej do granic działek poszczególnych nieruchomości prywatnych, co wynika z treści wyjaśnień pozwanej do SWIZ na pytanie nr 13.

Nie jest przekonujące stwierdzenie biegłego, że skoro nie było wpisu przykanalików do Dziennika Budowy i nie zostały one zgłoszone do odbioru przez inspektora nadzoru inwestorskiego, to oznacza, że nie były one wykonane.

Dowodem na to, że owe przykanaliki faktycznie wykonano są protokoły z narad budowy i notatki sporządzone przez pracowników pozwanej np. uzgadniano wielokrotnie konieczność licznych zmian ich przebiegu celem dostosowania projektu do życzeń i oczekiwań mieszkańców, którzy mieli już na własny koszt wykonać podłączenia swoich budynków do budowanej przez powódkę sieci kanalizacyjnej.

Bezzasadnie biegły ujął również w zakresie robót niewykonanych w 100 % przez powoda przepompownie w zakresie technologii, skoro jak to wyżej wskazano sama pozwana twierdziła, że na dzień 22.11.2013r. zostało to zrealizowane w 50%.

Podobnie stwierdzenie biegłego, iż powód nie wykonał wodociągu o wartości 21.351,59 zł pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią pkt. 2 ww. sprawozdania z dnia 16.12.2013r., a także zapisem w dzienniku budowy na stronie 29 pkt 33, jak również, że powód nie wykonał zgodnego z projektem posadowienia przepompowni – pozwana w tym zakresie też nie wywodziła swoich roszczeń w stosunku do wykonawcy.

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny uznał opinie za prawidłową i stanowiącą podstawę do rozstrzygnięcia o zasadności żądania pozwu.

Należy mieć też na uwadze, że strona pozwana- jak zasadnie argumentował to sąd I instancji -uznała, co do zasady wysokość roszczenia dochodzonego przez powoda, nie kwestionowała przyjętej przez niego wartości robót – Sąd Apelacyjny dokonał w przedmiotowym zakresie obszernych i szczegółowych ustaleń nie w celu ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, lecz kierując się potrzebami orzeczenia w zakresie żądania powoda miarkowania wysokości kary umownej.

Skarżąca podniosła też naruszenie prawa procesowego przez wyprowadzenie z materiału dowodowego, w szczególności treści zawartego przez upadłą z pozwaną porozumienia z dnia 18.03.2014 r., aneksowanego w dniu 25.03.2014 r. wniosku całkowicie z tym materiałem sprzecznego i nie dającego przy tym pogodzić się z zasadami wykładni tekstu normatywnego inkorporowanego w treści tych aktów umownych a mianowicie, że pozwana wzywała upadłą do zapłaty roszczenia stanowiącego karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy przed dniem 25.04.2014r., kiedy to złożyła oświadczenie o potrąceniu tejże kary umownej z wzajemną wierzycelnością upadłej z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane.

Powód dodał, że w rzeczywistości nigdy przed datą złożenia oświadczenia o potrąceniu (25.04.2014 r.) pozwana nie występowała względem upadłej z żądaniem zapłaty kary umownej co wynika niemal wprost z przywoływanego porozumienia.

Z powyższym stanowiskiem powoda należało się również zgodzić – chociaż powyższe pozostawało bez wpływu na ocenę momentu wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej.

Dnia 18 marca 2014 r. upadła i pozwana podpisały porozumienie do umowy nr (...) z 23 kwietnia 2013 r., na podstawie którego strony miały kontynuować rozmowy dotycząc ich stanowiska w przedmiocie wykonania umowy. W porozumieniu zapisano, że upadła nie uznaje roszczeń pozwanej z tytułu kar umownych, a pozwana nie uznaje roszczeń upadłej wynikających z faktury VAT nr (...) z 7 lutego 2014 r. Upadła i pozwana prowadziły dalszą korespondencję, w którym prezentowały swoje stanowisko.

Dnia 24 marca 2014 r. upadła i pozwana podpisały aneks nr (...) do ww. porozumienia, którym pozwana zobowiązywała się do zajęcia stanowiska do 21 kwietnia 2013 r. (po uzyskaniu opinii technicznej od inż. B. B.).

W tym czasie upadła miała nie obciążać pozwanej odsetkami od faktury (...) z 7 lutego 2014 r. a pozwana miała nie występować do upadłej z roszczeniem o zapłatę kar umownych ewentualnie wynikających z umowy.

Z analizy powyższych dokumentów w żaden sposób nie wynika, aby pozwana formułowała pod adresem powoda sprecyzowane żądanie o zapłatę konkretnej kwoty tytułem kary umownej.

Wynika z nich natomiast to, że pomiędzy stronami był spór o istnienie podstawy do obciążania wykonawcy karą umowną i że strony miały wolę wypracowania swojego ostatecznego stanowiska w przedmiocie oceny stopnia wykonania umowy.

W zakresie przepisów prawa materialnego skarżący wskazał naruszenie art. 455 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że roszczenie o zapłatę kary umownej jako roszczenie bezterminowe staje się wymagalne już w dacie powstania sytuacji potencjalnego ziszczenia się przesłanek naliczenia kary umownej (wystąpienie okresu opóźnienia w stosunku do uzgodnionego terminu ukończenia robót), nie zaś w dacie wezwania do zapłaty kary umownej.

Jednakże Sąd Apelacyjny nie podzielił zasadności naruszenia przepisu art. 455 k.c.

Zgodnie z art. 455 k.c., dłużnik zobowiązania bezterminowego powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Oznacza to, że po dojściu do wiadomości dłużnika wezwania wierzyciela o spełnienie świadczenia, ma on obowiązek spełnienia tego świadczenia i powinien to uczynić niezwłocznie, ale nie natychmiast. "Niezwłoczność" powinna być ustalana każdorazowo, w zależności od okoliczności sprawy; chodzi o taki czas, jaki jest niezbędny do spełnienia świadczenia, przy założeniu, że dłużnik działałby, uwzględniając całokształt okoliczności rzutujących na wykonanie zobowiązania, bez nieuzasadnionej zwłoki. Dopiero więc upływ okresu "niezwłoczności" powoduje, że roszczenie wynikające ze zobowiązania bezterminowego staje się wymagalne.

W orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania, z którego właściwości wynikałby określony termin spełnienia świadczenia, nie ma bowiem wystarczających podstaw do twierdzenia, iż świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych (art. 455 k.c.); przeciwnie, wskazuje się, że jeżeli w umowie strony nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy.

Zarówno wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jak i początek biegu przedawnienia tych roszczeń należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c. W związku z tym można przyjąć, że roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmującego zapłatę kary umownej, staje się wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie (art. 120 § 1 zd. 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.), a użyty w art. 455 k.c. termin "niezwłocznie" nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin "niezwłocznie" oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011 r., III CSK 282/10).

Wymagalność roszczeń należy łączyć z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania, w związku z czym dzień tak rozumianej wymagalności może zostać utożsamiony z terminem spełnienia świadczenia. W tym kontekście wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania bezterminowego należy potraktować, jako postawienie tego świadczenia w stan wymagalności. Oznacza to, że wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych określa się przy uwzględnieniu normy z art. 455 k.c. Trzeba przy tym koniecznie dodać, odwołując się do treści art. 120 zdanie drugie k.c., że nie chodzi tu o datę faktycznego wezwania do zapłaty, ale o datę, w której wierzyciel wezwałby dłużnika do spełnienia świadczenia w możliwie najwcześniejszym terminie, z uwzględnieniem niezbędnego czasu do wykonania zobowiązania (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 141/15).

W wyniku przeprowadzonego postępowania 23 kwietnia 2013 r. pozwana zawarła z upadłą umowę nr (...), na podstawie której udzieliła upadłej zamówienia publicznego – w zakresie części drugiej – „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w miejscowości K. i O. wraz z przesyłem do K.”.

Termin zakończenia robót wyznaczono do 15 listopada 2013 r. (§ 3 umowy). – z tym, że aneks nr (...) z 14 listopada 2013 r. przedłużył go do 15 grudnia 2013 r.

W umowie określono obowiązki stron, w tym obowiązek upadłej zgłoszenia robót do odbioru końcowego, które miało nastąpić nie później niż 7 dni przed rozpoczęciem odbioru; podstawą zgłoszenia miało być faktyczne wykonanie robót potwierdzone wpisem inspektora nadzoru (M. S. (1)) w dzienniku budowy. Za datę wykonania umowy należało uważać datę stwierdzoną w protokole odbioru; odbiór miała przeprowadzać komisja odbiorowa powołana przez pozwaną w terminie nieprzekraczającym 7 dni roboczych od rozpoczęcia odbioru (§ 6-8 umowy).

W umowie przewidziano kary umowne, w tym karę należną pozwanej od upadłej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień - § 10 ust. 2 lit. a.

Dnia 24 stycznia 2014 r. upadła zgłosiła pozwanej gotowość do przeprowadzenia odbioru robót objętych umową.

Od 30 stycznia do 6 lutego 2014 r. komisja odbiorowa przeprowadziła czynności związane z odbiorem robót wykonanych przez upadłą.

Dnia 6 lutego 2014 r. sporządzono protokół odbioru, zgodnie z którym postanowiono odebrać wykonane roboty i przekazać je do eksploatacji – ta data stanowiła termin wykonania umowy.

Instytucję potrącenia reguluje art. 498 i nast. k.c. Zgodnie z art. 498 § 1 i 2 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Potrącenia dokonywa się, wedle art. 499 k.c., przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

Wierzytelność jest wymagalna w rozumieniu art. 498 § 1 k.c. w terminie wynikającym z art. 455 k.c. - zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, którą rozpoznano zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku postanowieniem z dnia 27 maja 2014 r.: "Czy warunkiem koniecznym dla skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia nie został zastrzeżony (art. 498 § 1 k.c.) jest wcześniejsze wezwanie dłużnika do zapłaty tej kary (art. 455 k.c.).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 2019 r., II CSK 41/18 uznał, że przesłanką skutecznego potrącenia jest wymagalność tylko wierzytelności potrącającego, natomiast w odniesieniu do wierzytelności przeciwstawnej wystarczy możliwość jej zaspokojenia, wskazując przy tym, że w odniesieniu do roszczenia o zapłatę kar umownych należy wywieść, że skoro strony w umowie nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14).

Dodał też, że wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jak również początek biegu przedawnienia takich roszczeń należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c. - roszczenie takie staje się zatem wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie (art. 120 § 1 k.c. zd. 2 w zw. z art. 455 k.c.).

W oparciu o powyższe teoretyczne rozważania należało zdaniem Sądu Apelacyjnego uznać, że skoro - jak wynika z ustaleń - kara umowna została naliczona za okres od dnia 16.12.2013 r. do dnia 5.02.2014 r. to najszybszym możliwym terminem, w którym pozwana mogła wezwać stronę powodową do zapłaty były kolejno dni w okresie 16.12.2013 r. do dnia 5.02.2014 r. Wówczas pozwana mogła już wezwać skarżącego do jej zapłaty z określeniem 7 dniowego terminu do jej zapłaty, który uwzględniając specyfikę obrotu gospodarczego, profesjonalizm powoda jako przedsiębiorcy i jasne w tym zakresie umowne zapisy należy uznać za wystarczający (niezbędny) czas do wykonania zobowiązania.

Dlatego też należało uznać, że wymagalność roszczenia pozwanej o zapłatę kary umownej (uwzględniając obrót pocztowy w maksymalnym terminie 7 dni) z całą pewnością nastąpiła już pod koniec lutego 2014 r. – wówczas przedmiotowe świadczenie powinno być przez powoda spełnione.

Skoro tak to nie sposób przyjąć, że sąd I instancji naruszył przepis prawa materialnego tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wynikające z wadliwego przyjęcia przez Sąd, że wierzytelność pozwanej o zapłatę kary umownej w kwocie 405 202,20 zł w dniu 25.04.2014r. tj. dacie przedstawienia jej do potrącenia z wierzytelnością upadłej była wymagalna podczas, gdy w istniejącym stanie faktycznym przymiotu wymagalności wierzytelność pozwanej nie posiadała.

Powyższa argumentacja jednocześnie spowodowała, że nie mógł być uznany za zasadny kolejny zarzut powoda naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 504 k.c. stanowiącego, że zajęcie wierzytelności przez osobę trzecią wyłącza umorzenie tej wierzytelności przez potrącenie tylko wtedy, gdy dłużnik stał się wierzycielem swego wierzyciela dopiero po dokonaniu zajęcia albo gdy jego wierzytelność stała się wymagalna po tej chwili, a przy tym dopiero później aniżeli wierzytelność zajęta - przez jego niezastosowanie podczas, gdy w dniu 22.04.2014 r. tj. dacie powiadomienia pozwaną przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w S. o zajęciu wierzytelności upadłej do kwoty 200.838,31 zł, wierzytelność pozwanej o zapłatę kary umownej w kwocie 405.202,20 zł nie była wymagalna co stosownie do treści art. 504 k.c. wyłączyło umorzenie tych wierzytelności przez potrącenie zgodnie z oświadczeniem pozwanej z dnia 25.04.2014r.

Mając na uwadze całokształt poczynionych powyżej rozważań należało uznać, że pozwana zasadnie w piśmie z 25 kwietnia 2014 r. dokonała potrącenia przysługującej upadłej wierzytelności 422.564,43 zł brutto (faktura VAT nr (...)) z przysługującą jej wierzytelnością w kwocie 405.202,20 zł tytułem kary umownej na podstawie umowy nr (...) z 23 kwietnia 2013 r. - kwota kary umownej wynika z obliczenia jej za 52 dni (1.558.469,48 zł x 0,5% dziennie x 52 dni) - po potrąceniu upadłej przysługiwała kwota 17.362,23 zł, którą pozwana z uwagi na zajęcie egzekucyjne przekazała organowi podatkowemu.

Sąd Apelacyjny pragnie zaznaczyć, że działając z urzędu miał na uwadze też i to, że w postępowaniu nakazowym, zgodnie z art. 493 § 3 kpc do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 – jego redakcja wskazuje, że artykuł ten jest także, a nawet przede wszystkim przepisem materialnoprawnym, w którym należy dostrzegać negatywną przesłankę dopuszczalności potrącenia.

Okoliczność, że określona wierzytelność jest objęta postępowaniem sądowym, nie wyklucza - zasadniczo - jej skutecznego potrącenia w jakiegokolwiek fazie tego postępowania. Inaczej jest w odniesieniu do zarzutu potrącenia. Jako czynność procesowa, polegająca na powołaniu się na pewien fakt i wynikające z niego skutki prawne, podlega normom postępowania regulującym do kiedy dane fakty mogą być przytaczane (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1998 r., I CKN 522/97).

Jednakże zdaniem Sądu Apelacyjnego przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., III CZP 56/05, wyrok z dnia 16 kwietnia 2009 r., I CSK 487/08).

Zresztą nawet gdyby nie podzielić powyższego poglądu, to i tak brak jest przeszkód ażeby pozwana powołała się na dokonane wcześniej potrącenie - będące podniesieniem jedynie procesowego zarzutu potrącenia, któremu nie towarzyszy jednoczesne dokonanie potrącenia w rozumieniu art. 498 k.c. - czyli powołanie się na fakt wzajemnego umorzenia wierzytelności wskutek potrącenia, potraktować nie jako zarzut potrącenia, ale jako zarzut nieistnienia, umorzenia lub wygaśnięcia wierzytelności powoda, a nawet - skoro potrącenie stanowi formę wykonania zobowiązania - jako zarzut zapłaty lub spełnienia świadczenia.

Powód podniósł również zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie – zwrócił uwagę na sprzeczność z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania ustaleń Sądu odnośnie braku podstaw do miarkowania kary umowne.

Uzasadniając powyższy zarzut wskazał, że ograniczając się wyłącznie do katalogu kryteriów wskazanych przez Sąd, racjonalnie rzecz oceniając należy dojść do wniosku, iż kara umowna objęta oświadczeniem o potrąceniu pozwanej niewątpliwie była rażąco wygórowana i winna podlegać miarkowaniu. Po pierwsze i najważniejsze wskazać należy, że pozwana nie wykazała, iż poniosła jakąkolwiek szkodę z tytułu wykonania przez upadłą przedmiotu umowy po określonym w niej terminie. Z materiału dowodowego trudno również wywieść jaki był rozmiar uszczerbku majątkowego i niemajątkowego i czy w ogóle pozwana takiego uszczerbku doznała skoro niedługo po wykonaniu przedmiotu umowy przez upadłą tj. w dniu 15.02.2014r. uzyskała ona pozwolenie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego na użytkowanie sieci kanalizacyjnej wraz z urządzeniami przepompowni i rurociągami kanalizacji tłocznej oraz instalacji elektrycznej.

Dodał też, że kierując się zaś pozostałymi dwoma wskazanymi przez Sąd kryteriami także stwierdzić należy, że dochodzona przez pozwaną kara umowna jest rażąco wygórowana – kara umowna wynosząca 422.564,43 zł, odnosząc ją do wartości całego kontraktu, tj. kwoty 1.558.469,43 zł, stanowi blisko 1/3 całości, co przy uwzględnieniu, iż pozwana nie poniosła szkody wskutek niewykonania przez powódkę całości robót do umówionego terminu prowadzi do wniosku, iż kara w takowej wysokości stanowi źródło nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanej.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się z twierdzeniem sądu I instancji, że po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy ocenić należało, iż wprawdzie ustalona przez pozwaną kara umowna cechuje się pewnym wygórowaniem, niemniej nie w stopniu pozwalającym na ocenę, że jest to wygórowanie rażące.

Zgodnie z art. 484 § 2 kc jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Przede wszystkim należy podkreślić, że, zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Jednakże kara umowna, choć należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody, przepisy, które ją normują, nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. 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. Przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (wyrok Sądu Najwyższego z : dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13 z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07 z dnia 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13).

Zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13).

Zgodzić się należy z poglądem, który wyłącza możliwość całkowitego uchylecia obowiązku zapłaty kary w wypadku, kiedy wystąpiły przesłanki jej naliczenia. Taki wniosek płynie z przyznania dłużnikowi w art. 484 § 2 k.c. jedynie prawa żądania zmniejszenia kary, a nie całkowitego uwolnienia od jej zapłaty. Ponieważ jednak kara umowna jest niewątpliwie instytucją blisko spokrewnioną z odszkodowaniem, kwestia rozmiaru szkody doznanej przez wierzyciela stanowi podstawowy czynnik oceny w wypadku rozpoznawania wniosku o jej miarkowanie. Celem jakiego służy

możliwość miarkowania kary umownej jest usunięcie rażącej nierównowagi pomiędzy wysokością obciążającej dłużnika kary, ustalonej zgodnie z postanowieniami umownymi, a zakresem i dolegliwością skutków, jakie zdarzenia uprawniające do naliczenia kary spowodowały dla wierzyciela, zaś konieczność zapłacenia kary - dla dłużnika. Artykuł 484 § 2 k.c. przyznaje tzw. prawo sędziowskie do odpowiedniego zredukowania kary ustalonej zgodnie z umową stron i wskazuje kryteria, które należy wziąć pod uwagę. Są nimi wykonanie zobowiązania w znacznej części lub rażące wygórowanie kary. W ramach tych przesłanek bada się istnienie szkody oraz jej rozmiar, oceniany przy założeniu, że uprawnienie do naliczenia kary nie stanowi wystarczającej aksjologicznie podstawy do wzbogacenia się wierzyciela. Z uwagi na "słusznościowy" aspekt miarkowania, ocena obydwu przesłanek miarkowania kary powinna następować z uwzględnieniem całokształtu stosunku umownego, w ramach którego została naliczona kara. Przyjmuje się więc, że rażące wygórowanie kary należy ważyć mając na uwadze stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością zobowiązania głównego, jak też długotrwałość, dolegliwość, istotność i konsekwencje naruszenia przez dłużnika obowiązków umownych. Nie bez znaczenia jest też to, czy intencją stron było wykorzystanie z uzasadnionych przyczyn represyjnego celu kary (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2018 r., IV CSK 491/17).

Katalog okoliczności istotny dla miarkowania ma charakter otwarty, co pozwala przypisać pewne znaczenie także korzyściom czerpanym przez dłużnika w wyniku niewykonania zobowiązania.

Wprawdzie w orzecznictwie wskazuje się zwykle, że instytucja miarkowania kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela czy też jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, nie publ. i z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2018 r., IV CSK 621/17, nie publ.), jednakże nie można zapominać, że w założeniu miała ona służyć ochronie dłużnika przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji kontraktowej, związanymi z błędną oceną przyjętego przezeń ryzyka. Jest zaś jasne, że korzyści uzyskane wskutek naruszenia zobowiązania mogą zmniejszać albo wręcz eliminować dolegliwość kary umownej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2019 r., II CSK 58/18).

Odnosząc powyższe teoretyczne rozważania do realiów niniejszej sprawy należało podzielić stanowisko skarżącego, że pozwana, wbrew stanowisku Sądu I instancji, nie poniosła jakiegokolwiek szkody wskutek niewykonania zobowiązania przez powódkę w terminie umownym.

Całkowicie nieprzekonujące jest stwierdzenie, iż samo obciążenie upadłej karą umowną pociągnęło za sobą skutek w postaci utraty w tej części dofinansowania przez pozwaną ze środków publicznych.

Jak sama bowiem przyznaje pozwana, odmowa uznania przez Instytucję Finansującą, tj. Samorząd Województwa (...) ostatniej płatności wynikającej z faktury powódki nr (...) i w konsekwencji brak jej refinansowania w ramach tzw. wydatków kwalifikowanych, nie nastąpiła wskutek tego, że niewykonanie robót przez powódkę w umówionym terminie uniemożliwiło pozwanej złożenie w terminie wniosku o refinansowanie w instytucji finansującej, ale z tego powodu, iż pozwana potrąciła należność powódki z naliczonymi przez siebie karami umownymi, co zostało uznane przez instytucję finansującą za wydatek niekwalifikowany, a więc nie podlegający refinansowaniu.

Pozwana miała pełną świadomość zarówno tego, iż takowy sposób rozliczenia z powódką nie zostanie jej zrefinansowany przez instytucję finansującą, jak i tego że powódka zaprzecza zasadności kar umownych, czego konsekwencją może być w przyszłości postępowanie sądowe o zapłatę.

Dlatego też podejmując decyzje o dochodzeniu kary umownej i to w całej wysokości pozwana działała jedynie na swoje, a nie powoda ryzyko.

Za gołosłowne, bo nie oparte na żadnej merytorycznej i jurydycznej argumentacji jest twierdzenie tego sądu, że nieustalenie i niedochodzone należności z tytułu kary umownej mogło pociągać za sobą naruszenie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w szczególności art. 5

ust. 1 tej ustawy – zwłaszcza, że pozwana nie wykazała, iż takie prawdopodobieństwo w niniejszej sprawie zachodziło lub, że miała ją na uwadze wnosząc o kary umowne.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że roboty zostały jakkolwiek ze znacznym spóźnieniem wykonane w całości, a przynajmniej - w świetle poczynionych powyżej rozważań- zostało przyjęte i uznane przez pozwaną.

Ponadto należało mieć na uwadze, że plac robót przekazano upadłej 26 kwietnia 2013 r., a początkowo – przed aneksem z 14 listopada 2013 r. – termin zakończenia robót był ustalony na 15 listopada 2013 r. Pomędzy tymi datami występował okres 203 dni. Z kolei po przedłużeniu terminu zakończenia robót do 15 grudnia 2013 r. okres ten wyniósł 233 dni. Opóźnienie przyjęte przez pozwaną wyniosło natomiast 52 dni, co stanowiło ok. 23% okresu obowiązywania umowy, natomiast kara umowna za ten okres zawierała się w kwocie odpowiadającej 26% wynagrodzenia umownego brutto – kara umowna w kwocie 405.202,20 zł (1.558.469,48 zł x 0,5% dziennie x 52 dni).

Dlatego też z powyższych względów należało obniżyć należną karę umowną o ok ¼ , czyli do ok. 300.000 zł.

Jednakże zdaniem Sądu Apelacyjnego kara umowna, po powyższym zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostawała rażąco wygórowana.

W związku z tym należało mieć też na uwadze stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością zobowiązania głównego - za wykonanie robót upadła miała otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe 1.267.048,32 zł netto , a 1.558.469,43 zł brutto.

W umowie przewidziano kary umowne, w tym karę należną pozwanej od upadłej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień, czyli aż ok. 7.800 zł.

Obliczona kara umowna w kwocie 405.202,20 zł w stosunku do wynagrodzenia - które fizycznie było dochodem powoda - wynoszącego 1.267.048,32 zł stanowiła aż jego 32%.

Sąd Apelacyjny podziela też pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.11.2013r., sygn. akt I CSK 124/13, że w sprawie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia, ocena, czy kara ta jest nadmiernie wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), powinna uwzględniać wysokość kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek odstąpienia od niej.

W umowie przewidziano kary umowne, w tym karę należną pozwanej od upadłej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień - § 10 ust. 2 lit. a.

Natomiast kara umowna za odstąpienie od umowy wynosiła 5% wynagrodzenia umownego za całość robót albo odpowiednio 5% za część robót, od których odstąpiono (§ 10 umowy – czyli wynosiła 77.923,47 zł (1.558.469,43 zł x 5%), a naliczona przez pozwaną wyniosła 405.202,20 zł.

W tej sytuacji żądanie zapłaty kary umownej za nienależyte wykonanie przez wykonawcę umowy w postaci uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego w wysokości znacznie przewyższającej wysokość kary zastrzeżonej za odstąpienie przez niego od umowy, musiała być potraktowana jako żądanie zapłaty kary umownej rażąco wygórowanej.

Ponadto Sąd Apelacyjny miał na uwadze długotrwałość, dolegliwość, istotność i konsekwencje naruszenia przez powoda obowiązków umownych.

Przekazanie upadłej placu budowy nastąpiło 26 kwietnia 2013 r. W protokole odnotowano, że przewidywany termin rozpoczęcia robót to 2 maja 2013 r. Do 25 czerwca 2013 r. (przez 36 dni od 2 maja 2013 r.) upadła nie wykonywała żadnych prac – brak jest wpisów do dziennika budowy. Od 25 czerwca 2013 r. upadła przystąpiła do wykonywania robót objętych umową – kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej.

Wykonywanie przez upadłą robót było nierównomierne. Do lipca 2013 r. tempo prac nie było dla pozwanej zadowalające, wobec czego monitowała upadłą co do zachowania terminu zakończenia robót (między innymi podczas

radę budowy 3 września 2013 r. pozwana prosiła o informację o zakończeniu robót w terminie, na co upadła wskazała, że nie widzi zagrożenia zachowania umówionego terminu zakończenia robót, ponieważ zwiększyła liczbę pracowników), co było dla niej bardzo istotne z uwagi na zawartą umowę o dofinansowanie, o której wcześniej była już mowa – niewątpliwie więc intencją stron (w tym zakresie zwłaszcza pozwanej) było wykorzystanie z uzasadnionych przyczyn represyjnego celu kary umownej.

Wykonanie przepompowni upadła powierzyła (...) sp. z o.o. na podstawie umowy zawartej 16 września 2013 r. (na podstawie oferty z 5 września 2013 r.), pomimo zgłoszenia przez pozwaną sprzeciwu na podwykonawstwo (pismem z 19 września 2013 r.), z uwagi na brak zgody pozwanej na solidarną odpowiedzialność pozwanej z upadłą za wynagrodzenie podwykonawcy. Budowę przepompowni upadła rozpoczęła 17 października 2013 r. (wpis do dziennika budowy dot. budowy przepompowni Ps1).

Wykonywane przez powódkę roboty posiadały liczne wady, które nie zostały wszystkie usunięte nawet na dzień odbioru prac.

W świetle powyższego należało przedmiotowy stosunek uznać za nadmiernie wygórowany.

Wprawdzie, jak na to powyżej wskazywano w orzecznictwie podaje się zwykle, że instytucja miarkowania kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela czy też jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu, jednakże nie można zapominać, że w założeniu miała ona służyć ochronie dłużnika przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji kontraktowej, związanymi z błędną oceną przyjętego przezeń ryzyka.

Jednakże Sąd Apelacyjny miał też na uwadze, że powód niewątpliwie uzyskał korzyści uzyskane wskutek przedmiotowego naruszenia zobowiązania, gdyż ograniczając na początku ilość pracowników na budowie mógł ich wykorzystać przy realizacji innych zleceń, co zmniejszyło dolegliwość kary umownej dochodzonej przez pozwaną.

W świetle całokształtu powyższych rozważań należało w dalszym ciągu dokonać miarkowania kary umownej o kolejne $\frac{1}{4}$ czyli ok 100.000 z.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego całościowe miarkowanie kary umownej powinno nastąpić o $\frac{1}{2}$ czyli o kwotę 202.601,10 zł. i taką też kwotę należało na podstawie art. 647 k.c. w związku z art. 471 k.c. zasądzić od pozwanej na rzecz powoda.

Zgodnie z art. 485 § 2a k.p.c. sąd wydaje nakaz zapłaty na podstawie dołączonej do pozwu umowy, dowodu spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego, dowodu doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, jeżeli powód dochodzi należności zapłaty świadczenia pieniężnego, odsetek w transakcjach handlowych określonych w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Natomiast w myśl art. 486 § 2 k.p.c. w sprawach, o których mowa w art. 485 § 2a k.p.c., sąd wydaje nakaz zapłaty, a w razie braku podstaw do jego wydania przewodniczący wyznacza rozprawę albo posiedzenie niejawnie nie później niż przed upływem 2 miesięcy od dnia wniesienia pozwu albo od dnia uzupełnienia braków pozwu.

W oparciu o powyższy przepis prawidłowo Sąd Okręgowy w dniu 27 października 2015 r. wydał w postępowaniu nakazowym nakaz zapłaty (sygn. akt VIII GNc 445/150 – pozwana nie kwestionowała prawidłowości rozstrzygnięcia w oparciu o cytowany przepis, lecz jedynie podnosiła, że powód zataił dokonane przez nią potrącenie, co miało jednak indyferentne znaczenie dla istnienia przedmiotowych podstaw do wydania nakazu zapłaty).

Dlatego też roszczenie powoda o odsetki ma swoją podstawę w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, który w swym pierwotnym brzmieniu stanowił, że w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki w wysokości odsetek za zwłokę określanej na podstawie art. 56 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty.

Natomiast poczynając od 1 stycznia 2016 roku brzmi on następująco: w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty.

Upadła wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 422.564,43 zł brutto z terminem płatności 21 lutego 2014 r., czyli odsetki należą się od dnia 22 lutego 2014 roku (a nie jak domagał się powód od 2013 r.).

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił w całości nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 stycznia 2018r., sygn. akt VIII GNc 445/15 i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 202 601,10 zł z odsetkami w wysokości odsetek za zwłokę, określanej na podstawie art. 56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa poczynając od dnia 22 lutego 2014 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych poczynając od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części.

W pozostałej części apelacja na podstawie art. 385 k.p.c. została oddalona.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.100 k.p.c. stanowiącego, że w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą stosunkowo rozdzielone, a na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. pozostawiano referendarzowi sądowemu w sądzie pierwszej instancji szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania zarówno I jak i II instancyjnego ustalając, że powód wygrał je w połowie.

Ryszard Iwankiewicz Dariusz Rystał Agnieszka Bednarek-Moraś