

Klauzulę wykonalności nadano  
w dniu 10.12.2018 r. pkt I ppkt a i b  
na wniosek pełn. wierz. /K. 372/  
r.pr. B. J..  
Na zarządzenie Sędziego  
z up. Kierownika Sekretariatu  
Starszy Sekretarz Sądowy  
J.Guzowska-Dereń  
Sygn. akt I AGa 205/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2018 roku

**Sąd Apelacyjny w Szczecinie** I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Iwankiewicz
Sędziowie:	SSA Halina Zarzeczna SSA Krzysztof Górski (sprawozdawca)
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Marta Osińska

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2018 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości w K.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 26 czerwca 2018 roku, sygn. akt VIII GC 121/18

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a. w punkcie I. zasądza od pozwanego „(...)” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz powoda syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości w K. kwotę 114.254,70 zł

(stu czternastu tysięcy dwustu pięćdziesięciu czterech złotych, siedemdziesięciu groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 25 października 2015;

b. w punkcie II zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.681,62 zł (jedenastu tysięcy sześciuset osiemdziesięciu jeden złotych sześćdziesięciu dwóch groszy) tytułem kosztów procesu;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 9.763 zł (dziewięciu tysięcy siedmuset sześćdziesięciu trzech złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Halina Zarzeczna Ryszard Iwankiewicz Krzysztof Górski

I AGa 205/18

## UZASADNIENIE

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

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

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2018 roku Sąd Okręgowy oddalił powództwo i orzekł o kosztach procesu.

Sąd oparł takie rozstrzygnięcie sporu o następujące ( uznane za udowodnione lub bezsporne) okoliczności faktyczne.

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

Do obowiązków upadłej należało m.in. przeprowadzenie prób, pomiarów i sprawdzeń przewidzianych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robot budowlano-montażowych na własny koszt, zapewnienie obsługi geodezyjnej budowy, dostarczenie dokumentacji powykonawczej w formie papierowej i elektronicznej, wykonanie na własnych koszty odkrywki elementów robót budzących wątpliwości, po zakończeniu robót – uporządkowanie terenu budowy i przekazanie go w terminie ustalonym na odbiór robót (§ 4 umowy). W SIWZ wskazano, że upadła ma wykonać m.in. następujące roboty w zakresie sieci wodociągowej – „roboty naprawcze, porządkowe, odtworzeniowe”, „inne roboty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, które wg Wykonawcy należy wykonać np.: oznakowanie, zabezpieczenie placu budowy pozwolenia decyzje itp.” (k. 31).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Podczas czynności odbiorowych 24 sierpnia 2015 r. inspektor nadzoru stwierdził, że nie potwierdza gotowości upadłej do odbioru końcowego. W trakcie czynności odbiorowych zwrócono uwagę na braki w dokumentacji i występujące usterki. Pozwana wstrzymała czynności odbiorowe do czasu przedłożenia protokołu skuteczności

przewodu sygnałowego wodociągu, potwierdzenia zgodności inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej z projektem wykonawczym, wykonania oznakowania armatury w terenie, wykonania ponownego przeglądu technicznego sieci. Upadła zobowiązała się do usunięcia tych braków do 3 września 2015 r. Ponadto wobec stwierdzenia, że należy zamulić odcinki chodnika przy ul. (...) i uzupełnić humusem trawnik w pasie drogi, zabezpieczyć uszkodzone krawężniki przy ul. (...) i uzupełnić mapę geodezyjną o domiary do zasuw oraz dostarczyć mapkę na CD, pozwana przerwała czynności odbiorowe do czasu potwierdzenia w dzienniku budowy przez inspektora nadzoru, że roboty zostały wykonane prawidłowo, zgodnie z dokumentacją i nadają się do odbioru końcowego.

Protokół został podpisany przez kierownika budowy bez zastrzeżeń.

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

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

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

***W oparciu o przedstawioną podstawę faktyczną Sąd Okręgowy uznał, że*** powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

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

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

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

Zdaniem powoda przedmiot umowy został wykonany w dniu 14 sierpnia 2015 r., o czym miała świadczyć zamieszczona w tej dacie, w dzienniku budowy, adnotacja uczyniona przez kierownika budowy o zgłoszeniu do odbioru końcowego sieci wodociągowej, z jednoczesnym wskazaniem, że wodociąg eksploatowany jest „od dnia dzisiejszego”. O gotowości do odbioru końcowego i dokonaniem wpisu do dziennika budowy upadła poinformowała pozwaną pismem z 14 sierpnia 2015 r.

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

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

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

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

Sąd stwierdził w konsekwencji, że sam fakt uruchomienia dystrybucji wody siecią wodociągową nie może być uznany za wykonanie umowy zgodnie z jej postanowieniami.

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

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

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

Sąd wziął pod uwagę wpis dokonany w dzienniku budowy z dnia 13 sierpnia 2015 r. o uszkodzeniu asfaltu, co miało nastąpić podczas wykonywania wykopów w celu połączenia sieci wodociągowej. Odnotowano, że zerwał się asfalt na długości ok. 5m i szerokości 1,5m. Jednocześnie brak informacji o usunięciu tego uszkodzenia do dnia 14 sierpnia

2015 r. Sąd dostrzega relację świadka R. P. (2) dotyczącą genezy wpisu do dziennika budowy ww. okoliczności tym nie mniej jednak wyprowadzić należy wnioszek, że prowadzone w opisanym miejscu prace ingerowały w strukturę gruntu i wymagały jej odtworzenia do stanu pierwotnego. Zresztą o konieczności prowadzenia dalszych prac wypowiedział się świadek ww. świadek. Z jego zeznań wynika, że rano 14 sierpnia 2015 r. stan robót nie pozwalał na uznanie ich za zakończone. Wytyczne, których świadek udzielił kierownikowi budowy, co do dalszych czynności wymagały prowadzenia robót przez kolejne dwa tygodnie.

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

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

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

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

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

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

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

wniosku, że przedmiot umowy został wykonany w sposób należyty w terminie zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru.

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

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

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Jednocześnie przepisy art. 484 § 1 i 2 k.c. przewidują m.in., że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

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

W okolicznościach niniejszej sprawy powódka skupiła zarzuty na rażącym wygórowaniu kary, konfrontując go z argumentem o braku szkody po stronie pozwanej. W tym zakresie stwierdzić należy, że nawet w przypadku braku szkody po stronie wierzyciela należy brać pod uwagę pozostałe (poza kompensacyjną) funkcje kary umownej i na tej podstawie, po indywidualnej ocenie celu zastrzeżonej kary, w układzie okoliczności faktycznych składających się na kontekst ukształtowanego przez strony stosunku cywilnoprawnego, orzekać o jej rażącym wygórowaniu.

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

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



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

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

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

Kierując się wyrażoną w Kodeksie postępowania cywilnego, w zakresie kosztów procesu, zasadą odpowiedzialności za jego wynik oraz mając na uwadze, że powód w całości uległ ze swoim żądaniem, na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. obciążono go kosztami poniesionymi przez przeciwnika procesowego. Na koszty te składały się: opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 5.400 zł, co odpowiada stawce minimalnej przewidzianej przepisem § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę i uwzględnienie powództwa. Swoje żądania powód oparł o następujące zarzuty:

1. naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 483 kc oraz art. 498 § 1 i 2 kc poprzez niewłaściwe przyjęcie, iż pozwanemu przysługiwało względem powoda wierzytelności wzajemna w postaci kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania robót budowlanych za okres od 15.08.2015r. do 24.09.2015r., a co za tym idzie doszło do skutecznego oświadczenia o potraceniu i umorzenia przysługującego powodowi wynagrodzenia w kwocie 114254,70 zł,

2. naruszenia przepisów prawa procesowego w postaci art. 233 § I Kpc, art. 316 § I Kpc i art. 231 Kpc polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranych w sprawie dowodów poprzez przyjęcie, iż:

a) umowa łącząca strony ustalała jako termin zakończenia realizacji prac dzień podpisania protokołu odbioru końcowego w sytuacji, gdy § 2 ust. 4 umowy wskazuje, iż terminem, od którego strony liczą zakończenie realizacji umowy jest potwierdzony przez inspektora nadzoru wpis, dokonany przez kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu realizacji zadania,

b) brak ustosunkowania się inspektora nadzoru do wpisu kierownika budowy o zakończeniu prac w terminie 7 dni oznacza akceptację tego zapisu i uznanie gotowości do odbioru, a z drugiej strony uznał, iż jedynym potwierdzeniem wpisu kierownika budowy o zakończeniu prac jest potwierdzenia tej okoliczności przez inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy,

c) umowa jako jedyną formę potwierdzenia przez inspektora nadzoru wpisu kierownika budowy o zakończeniu prac przewiduje wpis potwierdzenia tej okoliczności przez inspektora nadzoru do dziennika budowy w sytuacji, gdy umowa przewiduje dwie formy potwierdzenia przedmiotowego wpisu, tj. czynną polegającą na faktycznym potwierdzeniu gotowości wpisem inspektora i bierną polegającą na braku zastrzeżeń w terminie 7 dni od dokonania wpisu przez kierownika budowy;

3/ naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci art. 484 § I kc poprzez błędne przyjęcie, iż w sytuacji, gdyby uznać naliczenie kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania robót budowlanych za okres od 15.08.2015r. do 24.09.2015r. za zasadne (z czym powód się nie zgadza), to brak jest podstaw do miarkowania naliczonej kary umownej do co najmniej 10 % jej matematycznie obliczonej wysokości,

4. naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 233 § I Kpc, art. 316 §1 Kpc i art. 231 Kpc polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treściami zebranych w sprawie dowodów poprzez:

a/ pominięcie przy ocenie zarzutu miarkowania kary argumentów powoda dotyczących wykonania umowy praktycznie w całości, tj. zarzutu pozwanego co do faktu, a zarzuty pozwanego dotyczyły prac o wartości 0,5 % wynagrodzenia oraz zarzutu rozpoczęcia normalnego korzystania z wykonanej instalacji przez cały okres objęty kwestionowaną karą przez co należy uznać, iż zobowiązanie zostało wykonane,

b/ przyjęcie za nie rażąco wysoką i nie prowadzącą do bezpodstawnego wzbogacenia kary umownej w wysokości 33 % wartości wynagrodzenia przy jednoczesnym braku szkody po stronie pozwanej oraz jej porównania do kary z tytułu odstąpienia

W uzasadnieniu przedstawiono rozwinięcie zarzutów.

W odpowiedzi na apelację wniesiono o jej oddalenie przedstawiając wywód afirmujący zaskarżone orzeczenie i jego uzasadnienie .

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje**

Po dokonaniu własnej oceny materiału procesowego w ramach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności stwierdził, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy czyni te ustalenia częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania.

Trafnie też Sąd Okręgowy zakwalifikował poddany pod jego osąd stosunek prawny między stronami, a objęte pozwem roszczenia poddał ocenie w płaszczyźnie normy art. 647 k.c.. W warstwie prawnej dotyczącej podstaw dochodzonego roszczenia wywód Sądu Okręgowego także nie wymaga korekt lub uzupełnienia, toteż podobnie jak w przypadku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, Sąd Apelacyjny przyjmuje argumentację Sądu Okręgowego jako własną ocenę prawną bez zbędnego ponawiania wywodu.

Prawidłowa jest też dokonana przez sąd kwalifikacja prawna stanowiska pozwanego opartego o twierdzenie, że przed wniesieniem pozwu doszło do potrącenia roszczenia z tytułu kary umownej. W tej warstwie jednak Sąd odwoławczy dokonując własnej oceny prawnej powództwa stwierdza, że oświadczenie o potrąceniu nie mogło wywołać skutku ze względu na nieistnienie wierzytelności przedstawionej przez pozwanego do potrącenia z roszczeniem dochodzonym w niniejszej sprawie przez powoda. Konstatacja taka wynika z następujących względów.

Po pierwsze nie budzi wątpliwości że w sprawie doszło do aktualizacji roszczenia powoda o zapłatę wynagrodzenia dochodzonego pozwem nie jest też kwestionowana treść umowy między stronami oraz chronologia zdarzeń związanych ze zgłoszeniem do odbioru robót w dniu 14 sierpnia 2015 i dalszymi czynnościami odbiorowymi. W istocie spór sprowadza się do kwalifikacji prawnej tych zdarzeń zwłaszcza z perspektywy treści stosunku prawnego jaki łączył upadłego z pozwanym i wynikał z umowy z dnia 27 kwietnia 2015.

Spór między stronami dotyczy bowiem w swej istocie ustalenia momentu, w którym ustalił stan zwłoki poprzednika prawnego powoda w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, wynikającego z umowy o roboty budowlane. Zdaniem powoda stan ten ustalił już w dniu 14 sierpnia 2015 (w momencie ujawnienia w sposób określony umową gotowości powoda do przystąpienia do czynności odbiorowych). Natomiast pozwany twierdzi, że dopiero zakończenie czynności odbiorowych świadczyć może o wydaniu przedmiotu robót i ustaniu stanu zwłoki uzasadniającego roszczenie o zapłatę kary umownej.

Za punkt wyjścia dla oceny momentu spełnienia świadczenia niepieniężnego, wynikającego z umowy o roboty budowlane, uczynić należy normę art. 647 k.c. określającą przedmiot świadczenia stron tej umowy. Zgodnie z tym przepisem przez umowę o roboty budowlane 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 świetle tego przepisu istotą (przedmiotem) świadczenia wykonawcy jest „oddanie obiektu” spełniającego cechę zgodności z projektem oraz zasadami wiedzy technicznej.

Regulacja kodeksowa odnosząca się do tej umowy uzupełnienia jest o regulację zawartą w ustawie prawo budowlane, zawierającą unormowanie obowiązków publicznoprawnych związanych z procesem inwestycyjnym i wpływających na sposób wykonania świadczenia przez wykonawcę, a zarazem na obowiązki współdziałania przez inwestora (choćby np. przez określenie obowiązku przyjmowania częściowych świadczeń - art. 654 k.c., współpracy na etapie usuwania przeszkód w spełnieniu świadczenia – art. 651 k.c. czy też przyjęcie ustawowej, solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie należne podwykonawcom i przyznanie inwestorowi prawa wyrażenia zgody na zawarcie umów podwykonawczych – art. 647<sup>1</sup> k.c.).

Dodatkowo obowiązek współdziałania między stronami wynika z regulacji ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 roku, poz. 1202) i jest związany z dokonaną w tej ustawie formalizacją funkcji kierownika budowy, inspektora nadzoru czy też projektanta sprawującego nadzór autorski i nadaniem tym podmiotom określonych kompetencji co do władczego (decyzyjnego) wpływu na przebieg procesu inwestycyjnego czy też określenie publicznoprawnych obowiązków inwestora związanych z procesem inwestycyjnym). Niewątpliwie w związku z opisaną złożonością procesu budowlanego i związanym z tym tworzeniem „branżowych” praktyk i rozumienia obowiązków poszczególnych podmiotów niezbędne jest przy ocenie treści stosunku prawnego również ustalonych zwyczajów (art. 56 k.c.) wynikających z utrwalonej praktyki gospodarczej .

W tym też kontekście zwrócić należy uwagę i dokonywać wykładni postanowień umownych zwłaszcza zawieranych między podmiotowymi zawodowo uczestniczącymi w obrocie gospodarczym (w tym zwłaszcza umów o roboty budowlane zawieranych w ramach procedury zamówienia publicznego). Zgodnie z art. 65 §2 k.c. dokonując wykładni umowy należy brać pod uwagę przede wszystkim zgodny zamiar stron i cel umowy (a nie jej dosłowne brzmienie). Jednocześnie według art. 65 §1 k.c. (mającego także zastosowanie w odniesieniu do umów) przesłanki te należy oceniać w kontekście stworzonym przez okoliczności zawarcia umowy oraz zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.

W tym kontekście zwrócić należy uwagę na swoistą „autonomizację” pojęć (branżowego) języka używanego w ramach umownych regulacji umów o roboty budowlane zawieranych między profesjonalistami i w tym kontekście dokonywać oceny znaczenia określonych zwrotów i konstrukcji umownych.

Zarazem dostrzec należy, że kodeks nie przewiduje szczegółowej regulacji sposobu oddania przedmiotu umowy w rozumieniu art. 647 k.c. (wykonania obowiązku dłużnika). Niewątpliwie zaś z momentem tym wiązać należy ustanie stanu opóźnienia (zwłoki) wykonawcy, co jak wskazano wyżej stanowi istotę rozstrzygnięcia sporu poddanego pod osąd w niniejszej sprawie.

Wobec braku regulacji w judykaturze odpowiednio stosuje się zasady wynikające z regulacji umowy o dzieło. Regulacja ta posługuje się pojęciem „wydania: dzieła i jego „odebrania”. Zgodnie z art. 643 k.c. zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło który przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Na tle tej regulacji wyraża się pogląd, że zamawiający (inwestor) może odmówić odebrania dzieła jeśli ma ono wadu istotne - uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie (np. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2015 III CZP 8/15).

Jednocześnie wskazuje się, że przedstawienie do odbioru nie może być utożsamiane z oddaniem dzieła w rozumieniu art. 642 k.c., lecz za wydanie dzieła skutkujące nabyciem przez przyjmującego zamówienie uprawnienia do żądania wynagrodzenia uważane jest wydanie całego dzieła zgodnego z treścią zobowiązania a więc odpowiadającego przedmiotowemu zakresowi zobowiązania, aktualizujące obowiązek odbioru (por. np. wyrok SN z dnia 7 grudnia 2017 II CSK 77/17 wyrok z dnia 12 października 2016 II CSK 15/16).

Zarazem wskazuje się, że odróżniać należy pojęcie (akt) wydania dzieła i jego odbioru. Pierwsze pojęcie odnosi się do czynności dłużnika deklarującego w istocie wobec wierzyciela spełnienie świadczenia zgodnie z jego treścią i domagającego się od wierzyciela jego przyjęcia. Odebranie (odbior) z kolei to akt wierzyciela zawierający w sobie element woli (przyjęcia świadczenia), stanowiący zarazem skwitowanie dłużnika (stwierdzenie, że świadczenie zostało spełnione) wywołujący skutki istotne dla stosunku prawnego między stronami (np. dla aktualizacji prawa do wynagrodzenia czy też aktualizacji uprawnień z tytułu rękojmi, przejścia ryzyka związanego z utratą lub uszkodzeniem przedmiotu umowy itp.).

W tym świetle zatem jeśli wykonawca robót, który popadnie w opóźnienie (zwłokę) w spełnieniu świadczenia, przedstawia przedmiot świadczenia do odbioru (wyraża wolę oddania świadczenia) to stan opóźnienia ustaje z chwilą wyrażenia tego oświadczenia i udostępnienia wierzycielowi możliwości odebrania tego przedmiotu, o ile przedmiot umowy posiada cechy, o których mowa w art. 647 k.c. i pozostanie zgodny z umową.

Zgodnie z art. 643 k.c. zamawiający ma bowiem obowiązek odebrania dzieła, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Przepis ten stosowany odpowiednio do stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane nakazuje więc przyjąć, że stan opóźnienia wykonawcy (a więc także stan zwłoki) ustaje już w momencie, w którym wykonawca przedstawia wobec zamawiającego (inwestora) oświadczenie o gotowości do wydania dzieła. Czynności inwestora polegające na weryfikacji świadczenia i składające się na proces tzw. odbioru robót w istocie nie będą wpływać na ustalenie daty ustania stanu opóźnienia wykonawcy, o ile przedstawi on zgodny z umową przedmiot świadczenia. Jeśli w takiej sytuacji inwestor odmówi odebrania to popadnie w zwłokę wierzyciela (art. 486 k.c.). Jedynie więc gdy odmowa odebrania przedmiotu nastąpi z przyczyn uzasadnionych w świetle treści stosunku prawnego między stronami, moment zaoferowania przez dłużnika wydania świadczenia nie będzie mógł być uznany za moment spełnienia świadczenia.

Zatem odróżniać należy moment wykonania dzieła (przedmiotu robót budowlanych), za który uważać należy chwilę wyrażenia gotowości do wydania tego przedmiotu zgodnie z treścią umowy, od momentu dokonania odbioru. Odbiór bowiem jako czynność zawierająca w sobie element woli stanowi wyraz potwierdzenia uznania jego świadczenia za spełnione. W przypadku gdy czynności składające się na odbiór są rozciągnięte w czasie i złożone (np. w przypadku czynności związanych z odbiorem złożonych obiektów budowlanych wymagającym szczegółowej weryfikacji jakości robót) moment dokonania odbioru nie zawsze będzie tożsamy czasów z datą ustania opóźnienia.

Obrazuje to przykład, w którym wykonawca ma zakończyć roboty do konkretnej daty, zaś następnie zamawiający posiada określony czas na przeprowadzenie czynności odbiorowych. Niewątpliwie w takiej sytuacji ocenę wykonania

przez dłużnika czynności w terminie dokonywać należy w doniesieniu do daty przedstawienia robót do odbioru, a nie zakończenia czynności odbiorowych.

Zwrócić też należy uwagę na to, że przepisy dotyczące wydania i odbioru (art. 643 k.c.) są przepisami o charakterze względnie obowiązującym. Strony mogą zatem w umowie wskazać szczegółowo podstawy upoważniające do odmowy odbioru robót (por. np. wywoływanie w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 IV CSK 286/17 w którym wyraźnie wskazano na dopuszczalność określenia w umowie podstaw odmowy odbioru, np. poprzez ich zawężenie do stwierdzenia wad istotnych).

Zatem strony mogą w umowie określić umowny tryb dokonywania oceny gotowości przedmiotu robót do odbioru oraz znaczenia stwierdzanych wad dla przebiegu odbioru i możliwości odmowy jego dokonania. Umowa taka, jeśli nie narusza granic zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), uznana być musi za dopuszczalną i wywołującą skutki prawne między stronami. Strony mogą zatem określić także sposób oceny znaczenia dla treści łączącego je stosunku prawnego i aktualizacji wzajemnych praw i obowiązków, poszczególnych oświadczeń (np. mających wskazywać na zakończenie robót i przedstawienie oraz wskazać jakie znaczenie dla ustalenia daty zakończenia robót przypisać należy stwierdzonym przez zamawiającego w toku czynności odbiorowych wadom robót (podniesieniu przez inwestora uzasadnionych zarzutów co do jakości robót)).

W realiach niniejszej sprawy strony sformalizowały w umowie procedurę związaną ze zgłoszeniem robót do odbioru i potwierdzeniem ich zakończenia, określając w §11 umowy szczegółowo sposób zgłoszenia przez wykonawcę gotowości odbioru, weryfikacji tego zgłoszenia i skutków braku uwag inwestora (inspektora nadzoru) do zgłoszenia, czy wreszcie przebiegu czynności odbiorowych i prawo oraz obowiązki stron w przypadku stwierdzenia wad.

Zatem istotne jest dla rozstrzygnięcia, że strony określiły w ramach procedury odbiorowej skutki ujawnienia wad robót (§11 ust. 6 umowy) i przewidując możliwość ich wystąpienia, upoważniły inwestora do odmowy dokonania odbioru do czasu ich usunięcia (jeśli chodzi o wady usuwalne) lub obniżenia wynagrodzenia (w przypadku wad nieusuwalnych nieistotnych) albo odstąpienia od umowy, względnie ponownego wykonania jej przedmiotu (w przypadku wad nieusuwalnych).

Z kolei w §11 ust. 9 przewidziano, że inwestor może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbioru, jeżeli w ich czasie stwierdzono istnienie wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem do czasu usunięcia wad.

Zatem wystąpienie wad usuwalnych upoważniało inwestora do oświadczenia o odmowie odbioru do czasu usunięcia wad lub (w przypadku wad istotnych) przerwania czynności odbiorowych do czasu usunięcia wad. Obie te sytuacje (odmowa i przerwanie odbioru) należy jednak oceniać jako odrębne codo skutków prawnych dla zwłoki dłużnika, co zostanie wyjaśnione niżej.

Z tymi postanowieniami wiązać należy bowiem postanowienia dotyczące kar umownych – w §10 wyraźnie odróżniono obowiązek zapłaty i wysokość kary umownej za nieterminowe wykonanie robót budowlanych (ustalając tą karę na 0,5% wynagrodzenia za każdą rozpoczętą dobę opóźnienia) i kary za przekroczenie terminu do usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi (0,2 % liczonego od dnia wyznaczonego na ich usunięcie. W umowie mylnie odwołano się w tym miejscu do §6 ust 3 umowy. Termin na usunięcie wad miał być bowiem określony w protokole zgodnie z §11 ust 7 umowy. Z kolei w myśl §11 ust 8 umowy do w przypadku stwierdzenia wad i wyznaczenia terminu ich usunięcia wykonawca miał po ich usunięciu wnioskować wyłącznie o wyznaczenie terminu do odbioru prac zakwestionowanych uprzednio jako wadliwych. Tryb ten obowiązywał więc w odniesieniu do sytuacji w których nastąpiła odmowa odbioru zgodnie z §11 ust. 6. Nie znajdował natomiast zastosowania do przypadku o którym mowa w §11 ust 9 umowy.

Postanowienia te należy też odczytywać w kontekście postanowień dotyczących trybu zgłoszenia gotowości robót do odbioru (§11 ust 2 umowy). Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca zgłaszał gotowość do odbioru końcowego przez

wpis do dziennika. Potwierdzenie tego wpisu lub brak ustosunkowania się przez inspektora nadzoru w terminie 7 dni od daty jego dokonania oznaczać miał osiągnięcie gotowości do odbioru w dacie wpisu do dziennika budowy.

Zarazem, co istotne dla interpretacji tego oświadczenia, w umowie wskazano, że inspektor nadzoru (osoba posiadająca uprawnienia budowlane) będzie przedstawicielem zamawiającego na placu budowy.

W świetle tego postanowienia stan robót podlegał kontroli przez zamawiającego i działający z jego ramienia inspektor nadzoru miał umowną powinność wstępnej oceny gotowości przedmiotu robót do odbioru po zgłoszeniu wykonawcy oraz wynikającą stąd możliwość stwierdzenia w ciągu tygodnia od daty zgłoszenia że stan robót nie upoważnia do przystąpienia do robót. Zaniechanie tego aktu powodowało ten skutek, iż strony uznawały, że w dniu zgłoszenia zaistniała gotowość robót do odbioru, a pozwany miał obowiązek przystąpienia do odbioru w umownym terminie.

W tej sytuacji, zgodnie z §11 jedynie stwierdzenie wad istotnych ale usuwalnych pozwalała na przerwanie czynności odbiorowych (§11 ust 9). Stwierdzenie w toku czynności odbiorowych innych wad (a więc nieusuwalnych lub nieistotnych usuwalnych) powodowało, że obowiązki stron kształtowały postanowienia §11 ust 6 – 8) umowy. Zatem w odniesieniu do wad usuwalnych inwestor miał możliwość odmowy odbioru (ograniczonej- jak wynika z porównania §11 ust 6 i §11 ust. 8 - do robót wadliwych) i wyznaczenia terminu na usunięcie wad. Przekroczenie tego terminu powodowało prawo do żądania zapłaty kar umownych stosownie do §10 ust 2 pkt 1) lit. b) umowy (a więc kar za nieterminowe usunięcie wady). Podstawą do sankcjonowania zwłoki dłużnika nie był już zatem w takiej sytuacji §10 ust 2 pkt. 1) lit a) umowy. Zaistnienie tego rodzaju wad nie wpływało na ustalenie daty osiągnięcia gotowości do odbioru robót zgodnie z §11 ust 2 a zatem nie wpływało na ocenę kiedy ustał stan zwłoki dłużnika w wykonaniu świadczenia określonego w art. 647 k.c.

Jedynie w sytuacji, gdyby doszło do przerwania czynności odbiorowych na podstawie §11 ust 9 umowy, istniałyby podstawy do przyjęcia, że zgłoszenie robót do odbioru (mimo wyraźnej lub milczącej aprobaty inspektora odbioru) nie stanowiło daty uchylającej stan zwłoki dłużnika (wykonawcy). W istocie bowiem przerwanie czynności odbiorowych wskutek stwierdzenia wad istotnych, usuwalnych (w świetle logiki umowy i przyjętej chronologii) zwalniało inwestora od obowiązku wyznaczenia terminu do usuwania stwierdzonych wad i powstrzymanie się od sporządzania protokołu odbioru do czasu usunięcia wad. Nie wchodziły zatem w grę opisane wyżej postanowienia §11 ust 7 umowy.

W świetle umowy (a także wobec stanowiska pozwanego w niniejszej sprawie) dostrzec też należy, że wyraźnie odróżniały strony zakończenie wykonywania przedmiotu robót (gotowość do odbioru w rozumieniu §11 ust 2 umowy) od obowiązku przedstawienia dokumentów (powykonawczych). Zgodnie z umową bowiem dokumentację powykonawczą wykonawca miał obowiązek przedstawić dopiero w momencie przystąpienia do odbioru (a nie w momencie zgłoszenia gotowości robót do odbioru) o czym wprost świadczy treść §11 ust 5) umowy. Zatem kwestia posiadania kompletnej dokumentacji w chwili składania oświadczenia o którym mowa w §11 ust 2 umowy przez wykonawcę, nie ma znaczenia dla oceny w świetle umowy momentu ustania stanu zwłoki dłużnika.

Innymi słowy w momencie zgłoszenia robót dokumentacja ta nie musiała być przedkładana inspektorowi a jej brak (lub mankamenty) nie mógł stanowić podstawy do uznania przez inspektora że roboty nie zostały zakończone. To zaś świadczy o tym, że ewentualne braki lub mankamenty w dokumentacji (jako usuwalne i zasadniczo nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem) usuwane być mogły (powinny) zgodnie z opisanymi wyżej postanowieniami §11 ust 6 pkt. 2) lit. b) w zw. z §11 ust. 7). Skutkiem ewentualnego przekroczenia terminu usunięcia wad dokumentacji mogło być jedynie żądanie zapłaty kary umownej sankcjonującej to zaniechanie wykonawcy. Braki w dokumentacji nie mogły natomiast wpływać na zachowanie terminu wykonania przedmiotu umowy (a w konsekwencji wpływać na ocenę istnienia stanu zwłoki dłużnika w wykonaniu przedmiotu umowy (określonego jako wykonanie robót budowlanych) zgodnie z §10 ust. 2 pkt. 1) lit a) umowy.

Reasumując – w świetle treści umowy strony określiły procedurę ustalania daty w której przyjmowały że doszło do wykonania robót budowlanych (a więc spełnienia świadczenia wykonawcy). Świadczy o tym zastrzeżenie dotyczące skutków umownej oceny zgłoszenia gotowości robót do odbioru przez wpis do dziennika budowy (zaniechanie

negatywnej oceny tego zgłoszenia przez przedstawiciela inwestora – inspektora nadzoru - w terminie 7 dni od daty zgłoszenia, powodowało uznanie, że osiągnięcie gotowości do odbioru nastąpiło w dacie zgłoszenia.

Zatem jeśli data ta przypadała po upływie umownego terminu zakończenia robót, to z tą datą ustawał stan zwłoki (opóźnienia wykonawcy), a ewentualne wady robót (dokumentacji) o ile były usuwalne i nieistotne – nie uzasadniały twierdzenia o istnieniu stanu zwłoki dłużnika do czasu ich usunięcia, lecz podlegały usunięciu w trybie określonym w umowie. Inwestor określał termin do usunięcia wad, po bezskutecznym upływie tego terminu dłużnik popadał w zwłokę z usunięciem wad a inwestor miał prawo żądać zapłaty kary umownej (jednak nie kary za zwłokę w wykonaniu robót lecz obliczonej w innej wysokości i znajdującej inną podstawę umowną kary za zwłokę w usunięciu wad robót).

Inaczej rzecz miałyby się, gdyby doszło do zakwestionowania przez inspektora nadzoru stanu robót stosownie do treści §11 ust 2 umowy w tygodniowym terminie od daty zgłoszenia. W przypadku potwierdzenia zastrzeżeń inspektora zgłoszenie nie wywoływałoby skutku dla ustalenia daty „osiągnięcia gotowości do odbioru”.

Jeśli jednak do ustosunkowania się przez inspektora nadzoru by nie doszło, to skutki prawne (dla oceny stanu zwłoki dłużnika) niezakwestionowanego przez inspektora nadzoru zgłoszenia robót do odbioru należałoby oceniać inaczej jedynie w sytuacji określonej w §11 ust 9 umowy . W sytuacji przerwania odbioru po stwierdzeniu wad istotnych usuwalnych do czasu usunięcia tych wad inwestor miał prawo twierdzić, że świadczenie wykonawcy nie zostało spełnione i żądać zapłaty kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych.

W realiach sprawy więc stwierdzić należy, że skoro inspektor nadzoru nie zgłosił w umownym terminie 7 dni twierdzenia o niewykonaniu robót to stan zwłoki pozwanego ustal w dniu 14 sierpnia 2015 roku i jedynie do tej daty mogła być naliczana kara umowna. To już powoduje, że oświadczenie o potrąceniu, dokonane przez pozwanego jako oparte o twierdzenie, że posiada on roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót za okres od 15 sierpnia 2015 do 24 września 2015 musi być uznane za bezzasadne. Pozwany natomiast nie dochodził i nie składał oświadczenia o potrąceniu kary za zwłokę w usunięciu wad. Zatem kwestia terminowości usunięcia wad wskazanych w protokole z dnia 24 sierpnia 2015 pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przyjmując, jak czyni to Sąd Okręgowy, że oświadczenie (brak oświadczenia) inspektora nadzoru miało znaczenie wyłącznie dowodowe, stwierdzić należy, że ciężar dowodu, iż brak oświadczenia nie może oznaczać gotowości prac do odbioru spoczywał na pozwanym.

Dla uzyskania korzystnych z punktu widzenia przyjętej linii obrony skutków procesowych pozwany (w świetle wcześniejszych uwag) powinien co do zasady wykazać, że wady stwierdzone w protokole odbioru były wadami uniemożliwiającymi użytkowanie przedmiotu i uzasadniały przerwanie czynności odbiorowych do dnia usunięcia wad stosownie do §11 ust 9 umowy

Dowodów takich w ocenie Sądu odwoławczego nie przedstawiono. Przeczy stanowisku pozwanego zaś w realiach sprawy zwłaszcza to, że instalacja zgodnie z jej przeznaczeniem była już eksploatowana przez pozwanego począwszy od dnia 13 sierpnia 2015. Co więcej, nie zgłaszano wówczas żadnych zastrzeżeń co do pracy urządzeń i poprawności wykonania instalacji. Nie wykazano też żadnym dowodem, by wymagane roboty, stwierdzone w protokole odbioru z 24 sierpnia 2015 (wykonanie oznakowania armatury w terenie, czy też zamulenia odcinków chodnika i wypełnienia humusem trawnika na docinku wskazanym w protokole czy wreszcie „zabezpieczenia” uszkodzonych krawężników w miejscu wskazanym w tym dokumencie), mogły być uznane za zmierzające do usunięcia wad istotnych przedmiotu robót.

Biorąc pod uwagę przedmiot umowy (wykonanie przebudowy sieci wodociągowej) treść zeznań świadków i dokumentów złożonych do akt sprawy, z których wynika że przedmiotem umowy był wodociąg mający zastępować istniejącą infrastrukturę techniczną (sieć wodociągową) oraz opis wad w protokole, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego nie można przyjąć, by wskazane mankamenty prac uniemożliwiały korzystanie z przedmiotu umowy. Jako takie więc nie uzasadniały przerwania odbioru na podstawie §11 ust 9 lecz powinny być usuwane na podstawie §11 ust. 7 umowy. To samo dotyczy (jak wyżej wskazano stwierdzonych w momencie przeglądu braków

dokumentacji, które (jak wyżej wskazano) ze względu na treść umowy nie mogły w ogóle wpływać na ocenę momentu ustania stanu zwłoki wykonawcy w odniesieniu do przedmiotu umowy lecz mogły co najwyżej uzasadniać żądanie zapłaty kar umownych za nieusunięcie wad stwierdzonych w trakcie odbioru.

O trafności tej konkluzji świadczy zresztą treść protokołu odbioru z 24 sierpnia 2015 zgodnie z którą mimo twierdzenia o przerwaniu czynności z jednej strony nie zawarto stwierdzenia o występowaniu wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy a jednocześnie w odniesieniu do stwierdzonych wad wskazano termin ich usunięcia. Z tej przyczyny stanowisko pozwanego nie może być uznane za zasadne.

Odnosząc się do twierdzeń pozwanego wskazujących na (dokonane z nadużyciem zasad lojalności) wykorzystanie faktu przebywania przez inspektora nadzoru na urlopie od dnia 14 sierpnia 2015 i wywodzonego stąd argumentu podważającego skuteczność oświadczenia wykonawcy o gotowości robót do odbioru, stwierdzić należy, że pozwany nie przedstawił żadnego dowodu z którego wynikałoby, że stan robót w dniu 14 sierpnia 2015 nie uzasadniał dokonanego przez wykonawcę zgłoszenia.

W szczególności dowodu na stan zaawansowania robót w dniu 14 sierpnia 2015 nie stanowi zeznanie inspektora nadzoru. Po pierwsze nie wskazuje on bowiem w ogóle, jakie dokładnie roboty, które uniemożliwiły zgłoszenie robót do odbioru, miałyby pozostawać do wykonania po dniu 13 sierpnia 2015 (kiedy to świadek miał być po raz ostatni przed urlopem na budowie). Poza ogólnym twierdzeniem, że czas, jaki pozostał do wykonania całości prac, wynosił około dwóch tygodni, nie przedstawia bowiem świadek żadnych konkretnych, istotnych prac, koniecznych do oddania przedmiotu umowy. Skoro zaś roboty dotyczące budowy i rozruchu instalacji były już wówczas zakończone (instalacja już od tego momentu nieprzerwanie była eksploatowana zgodnie z jej przeznaczeniem) to przyjęć należy, że do wykonania po dniu 13 sierpnia 2015 mogły pozostawać ewentualnie zasadniczo prace porządkowe i czynności dokumentacyjne.

Brak jest jakichkolwiek dowodów z których wynikałoby że zakres tych prac był na tyle czasochłonny, iż wymagał 14 dni. Zeznaniami tym przeczy zresztą wpis inspektora nadzoru dokonany w dniu 24 sierpnia 2015, z którego wynika że jego zastrzeżenia dotyczyły wyłącznie braków w dokumentacji a zatem kwestii które zgodnie z umową miały być przedstawione dopiero w momencie przystąpienia przez inwestora do odbioru oraz braków w oznakowaniu armatury co także nie jawi się jako czynność nadmiernie złożona lub czasochłonna w świetle materiału procesowego.

Nadto, jak wskazano wyżej, zakres stwierdzonych mankamentów robót w protokole odbioru z dnia 24 sierpnia 2014 (poza brakami w dokumentacji) w istocie dotyczył kwestii porządkowych (uzupełnienia oznaczeń i poprawy nawierzchni nieruchomości, pod którą układane były elementy sieci wodociągowej). Nie dotyczył natomiast istoty przedmiotu umowy (wykonanej instalacji wodociągowej). Nie wykazał też pozwany żadnym dowodem by wady te były tego rodzaju, iż świadczyć mogły o braku gotowości robót w dniu 14 sierpnia 2015 do odbioru.

W tym kontekście twierdzenie o swoistym wykorzystaniu sytuacji przez wykonawcę wynikającej z korzystania przez inspektora nadzoru z urlopu, nie może być uznane za wpływające na ocenę materiału procesowego. Rolą inwestora jest bowiem organizacja nadzoru inwestorskiego zgodnie z umową. Trudno jest zaś oczekiwać w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, że wykonawca będący w zwłoce z zakończeniem robót będzie wstrzymywał zgłoszenie zakończenia robót do powrotu inspektora nadzoru z urlopu narażając się na obowiązek zapłaty dalszych kar za zwłokę.

Dodać należy, że kwestia urlopu wypoczynkowego inspektora nie była niewiadoma inwestorowi. Skoro zatem już 16 sierpnia 2015 inwestor pisemnie wyznaczył datę odbioru (wiedząc, że inspektor jest nieobecny i - jak wynika z zeznań świadka R. P. - konsultując zgłoszenie telefonicznie z inspektorem) to przyjmować należy, że nie miał wówczas wątpliwości co do możliwości przystąpienia do odbioru, co także przeczy stanowisku pozwanego zajmowanemu w sprawie.

Wreszcie zwrócić należy uwagę na rozbieżności w zeznaniach inspektora nadzoru przesłuchanego w charakterze świadka. Twierdzi on w jednym miejscu, że był nieobecny w pracy przez pięć dni roboczych (zeznanie świadka – protokół rozprawy z dnia 12 czerwca 2018 – 00:26:14.915) a więc urlop inspektora nadzoru wynosiłby tylko 5 dni (co



teoretycznie pozwalałoby jeszcze inspektorowi na ocenę stanu robót w umownym w terminie 7 od daty zgłoszenia, który to termin upływał w dniu 21 sierpnia 2015). Zarazem miał uzyskać informację telefoniczną (będąc na urlopie) o zgłoszeniu do odbioru i zanegować stan robót deklarowany przez wykonawcę a następnie stwierdzić, że dokonał wpisu w dzienniku budowy niezwłocznie po powrocie do pracy. Data wpisu w dzienniku zaś wskazuje na to, że został on dokonany dopiero w dniu 24 sierpnia 2015 roku a więc po kilku dniach (co najmniej pięciu kalendarzowych i trzech roboczych) od deklarowanej daty zakończenia urlopu. Zakres robót wymaganych wówczas zdaniem inspektora do zakończenia prac także nie uzasadniał jego zeznań co do stanu robót w dniu 13 sierpnia 2015.

Wreszcie zwrócić uwagę należy na tą część zeznań świadka w której twierdzi on stanowczo, że na odbiór w ogóle nie przedstawiono dokumentacji. Zeznania te pozostają w sprzeczności z treścią protokołu odbioru z dnia 24 sierpnia 2015 i wzmianki do dziennika budowy uczynionej przez świadka w tym dniu, z których to dokumentów wynika jednoznacznie, że dokumentacja została przedłożona lecz posiadała braki w postaci potwierdzenia zgodności inwentaryzacji powykonawczej z projektem wykonawczym oraz potwierdzenia prawidłowości wykonania przewodu lokalizacyjnego. Takie same zastrzeżenia co do dokumentacji sformułowano w protokole. Powód przedstawił też dowód z którego wynikało, że w dniu 13 sierpnia 2015 była przygotowana już i złożona staroście dokumentacja geodezyjna zawierająca inwentaryzację powykonawczą (k. 63). Oznacza to, że wbrew twierdzeniom świadka, zgodnie z twierdzeniami powoda w momencie odbioru przedstawiono dokumentację powykonawczą, lecz zdaniem zamawiającego posiadała ona braki. Ta rozbieżność także podważa rzetelność relacji świadka i nie pozwala w oparciu jego zeznania kwestionować skutków wzmianki o gotowości robót do odbioru uczynionej w dzienniku budowy zgodnie z umową.

Z kolei odwołanie się przez Sąd Okręgowy do ewidencji pracy upadłej spółki wskazuje jedynie na to, że kilku (trzech) pracowników powoda pracowało na budowie przez okres dwóch dni (19 i 20 sierpnia 2015). Zaangażowanie na budowie trzech pracowników przez okres dwóch dni całkowicie zaprzecza twierdzeniom świadka co do zakresu i czasochłonności robót pozostałych do zakończenia w dniu 13 sierpnia 2015. Skoro bowiem przez dwa dni pracowało na obiekcie trzech pracowników powoda to nie sposób przyjąć, że zakończenie robót wymagało około 14 dni działalności powoda na budowie.

To samo dotyczy uwag Sądu Okręgowego dotyczących istnienia zerwanej nawierzchni. Jak wynika z materiału procesowego do konieczności naprawy nie doszło wskutek winy wykonawcy. Zatem skoro doszło do tego przed samym zakończeniem robót, to konieczność jej naprawy nie może powodować, że czas na to poświęcony powinien być uważany za zwłokę w wykonaniu robót, za którą powód jest zobowiązany zapłacić karę umowną.

W rezultacie Sąd odwoławczy przyjął za uzasadnione stanowisko powoda co do wykładni umowy i formułowane w apelacji zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego.

Na tej podstawie Sąd uznał, że wobec zgłoszenia zakończenia robót w dniu 14 sierpnia i braku wzmianki podważającej skuteczność tego zgłoszenia zgodnie z przyjętym w umowie wzorcem oceny tego oświadczenia, stan opóźnienia wykonawcy ustął z tą datą. Pozwany nie wykazał żadnych podstaw do uznania oświadczenia za niewywołujące skutków w świetle §11 ust 9 umowy. To powoduje, że roszczenie przedstawione przez pozwanego do potrącenia z dochodzoną w sprawie należnością (kara umowna za zwłokę wykonawcy w wykonaniu przedmiotu robót za okres od 15 sierpnia 2015 do 24 września 2015) nie powstało, a oświadczenie o potrąceniu w tej części nie odniosło skutku.

Jeśli tak to wobec braku innych zarzutów co do istnienia roszczenia o wynagrodzenie w objętej pozwem części, powództwo należało uwzględnić i zasądzić dochodzone roszczenie na podstawie art. 647 k.c. a o odsetkach orzec na podstawie art. 481 k.c.

Ta ocena powoduje, że z jednej strony należało zmienić zaskarżony wyrok (art. 386 §1 k.p.c.) z drugiej zaś zbędne staje się odnoszenie do dalszych zarzutów apelacji powoda w tym zwłaszcza dotyczących kwestii miarkowania kary umownej.

Zmiana orzeczenia co do istoty sprawy spowodowała konieczność zmiany rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Uwzględniając zasadę odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 k.p.c.) należało obciążyć pozwanego obowiązkiem zapłaty całości kosztów powoda. Na koszty te składa się opłata od pozwu (5713 zł) i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda (5400 zł) oraz opłata od pełnomocnictwa (17 zł) i koszt stawiennictwa na rozprawie stosownie do przedłożonego przez pełnomocnika spisu kosztów. Wynagrodzenie pełnomocnika zostało ustalone stosownie do wartości przedmiotu sporu według przepisów obowiązujących w chwili wniesienia pozwu na podstawie §2 pkt 6) w zw. z §15 ust 3) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku poz. 1804 ze zm.). Sąd nie znalazł podstaw by świetle materiału procesowego stwierdzić zaistnienie przesłanek z §15 ust 3 rozporządzenia zwiększających wartość wynagrodzenia ponad stawkę minimalną mimo treści spisu kosztów przedstawionego przez powoda.

W punkcie II. wyroku rozstrzygnięto o kosztach postępowania apelacyjnego stosując wynikającą z art. 98 k.p.c. regułę odpowiedzialności za wynik procesu. Wobec uwzględnienia apelacji w całości, pozwany winien jako przegrywający spór zwrócić stronie powodowej poniesione przez nią koszty postępowania przed sądem drugiej instancji. Powoda przed sądem odwoławczy reprezentował profesjonalny pełnomocnik w osobie radcy prawnego. Należało zatem zasądzić na rzecz powoda tytułem kosztów procesu zwrot równowartości opłaty od apelacji (5713 zł) i koszt zastępstwa procesowego w kwocie 4050 zł. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika procesowego, z uwagi na wartość przedmiotu zaskarżenia, ustalona została 75% stawki minimalnej na podstawie §10 ust. 1 pkt. 2) w zw. z §2 pkt 6) i §8 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji.

Halina Zarzeczna Ryszard Iwankiewicz Krzysztof Górski