

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 18 lipca 2014 roku strona powodowa – członkowie konsorcjum: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. (w dacie wytoczenia powództwa występująca pod nazwą B. a (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.) oraz (...) a (...) k.s. spółka komandytowa z siedzibą w P. działająca przez (...) a (...) k.s. spółkę komandytową Oddział w Polsce z siedzibą w C. wniosła o zasądzenie od pozwanej, (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. (dalej: (...) Sp. z o.o.), solidarnie na rzecz powodowych spółek kwoty 3.467.717,20 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2014 roku do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu żądania pozwu powódki powołały się m.in. na zawartą między stronami umowę o podwykonawstwo robót budowlanych (dwukrotnie później aneksowaną), zleconych przez stronę powodową jako generalnego wykonawcę, pozwanej jako podwykonawcy, w ramach inwestycji pn. „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500”, w której zamawiającym była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W.. Wobec nieterminowości pozwanej w wykonaniu przedmiotu umowy, powódki obciążyły pozwaną karą umowną w łącznej wysokości 4.061.909,15 zł, przy czym kwota 594.191,90 zł została przez stronę powodową potrącona z wymagalną wierzytelnością pozwanej z tytułu wynagrodzenia za wykonanie części prac objętych umową. Z tych względów, niniejszym powództwem została objęta kwota 3.467.717,20 zł, obliczona poprzez pomniejszenie pierwotnie naliczonej kary umownej o wartość ww. potrącenia.

Powódki, poza niewykonaniem przedmiotu umowy w zakreślonym terminie, zarzuciły pozwanej również nienależyte wykonywanie robót, przejawiające się brakiem odpowiedniego zaplecza robót, zbyt małą ilością zaangażowanych pracowników, ich niewłaściwym przeszkoleniem oraz zaniżonym czasem pracy, które to okoliczności ostatecznie przyczyniły się do powstania opóźnień w realizacji prac zleconych (...) Sp. z o.o.

Nadto, według twierdzenia strony powodowej, pozwana nie dopełniła także jednego z obowiązków wykonania umowy w znaczeniu całościowym, w postaci złożenia kompletu dokumentacji powykonawczej, w tym m.in. dzienników budowy z zakresu prowadzonych przez nią prac wodociągowych i melioracyjnych, wobec czego do dnia 13 marca 2014 roku (tj. do dnia końcowego obejmującego naliczenie kary umownej) nie doszło do odbioru wszystkich robót objętych umową na linii wykonawca – zamawiający.

Z powyższych przyczyn, zdaniem strony powodowej, naliczenie kary umownej wobec (...) Sp. z o.o. było w pełni uzasadnione i konieczne.

[pozew, k. 2-7]

W dniu 9 grudnia 2014 roku pozwana złożyła odpowiedź na pozew, w której wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwana spółka wskazała, iż opóźnienia powstałe w realizacji wszystkich powierzonych jej umową zadań (zwłaszcza tych związanych z przebudową i regulacją rzek) nie zostały przez nią zawinione, a zatem nie może ona ponosić za nie odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Powołała się przy tym na okoliczność, iż do dnia upływu terminu zakreślonego umową nie mogła wykonać części robót obejmujących prace na rzekach, z uwagi na istniejące aż do początku 2014 roku tymczasowe rozwiązania komunikacyjne, zapewniające łączność z ciągiem głównym autostrady w zakresie dowozu materiałów, maszyn itp. Z tego względu, w ocenie pozwanej, wykonanie przez nią robót w obrębie rzek przed zakończeniem prac nad ciągiem głównym, doprowadziłoby do paraliżu komunikacyjnego całego terenu budowy, skutkującego de facto odcięciem od siebie miejscowości położonych po przeciwnych stronach autostrady, a w wypadku infrastruktury melioracyjnej – zaburzeniem gospodarki wodnej na znacznych obszarach o przeznaczeniu rolniczym.

Pozwana nie uznała zasadności obciążenia jej przez stronę powodową, karą umowną w łącznej wysokości 4.061.909,15 zł. Zdaniem pozwanej, nie istniały podstawy do naliczenia kary umownej, z racji tego, iż ogólny stan zaawansowania robót objętych inwestycją istniał niezależnie od wykonania lub zaniechania prac przez pozwaną. Z ostrożności procesowej podniosła jednak zarzut rażącego wygórowania kary umownej, stanowiącej ponad  $\frac{3}{4}$  wynagrodzenia netto pozwanej za wykonanie całości zleconych jej prac, wnosząc o jej miarkowanie.

W ocenie pozwanej, powódki nie wykazały, aby opóźnienia związane z wykonaniem prac objętych umową skutkowały opóźnieniami całej inwestycji.

Za bezpodstawny pozwana uznała także zarzut strony powodowej w zakresie czasu pracy ekip pracowniczych pozwanej, powołując się na okoliczność, że wobec zastanej na obszarze terenu budowy rzeczywistości nakład czasu i zaangażowanego sprzętu był wystarczający, a czas pracy odpowiedni do frontów robót kolejno wydawanych przez wykonawcę celem umożliwienia wykonania zleconych prac. Według pozwanej, mobilizacja jej pełnych mocy przerobowych doprowadziłaby do powstania okresów przestojów, związanych z oczekiwaniem na wydanie kolejnych odcinków frontu robót, a koszty tych przestojów obciążyłyby (...) Sp. z o.o.

[odpowiedź na pozew, k. 223-227]

W replice odpowiedzi na pozew z dnia 20 stycznia 2015 roku, strona powodowa podtrzymała żądanie pozwu, jak również podniesione twierdzenia i zgłoszone dowody, podkreślając jednocześnie, iż pozwana nie zakwestionowała nieterminowego wykonania przez nią przedmiotu umowy, a jedynie wskazała, iż nie ponosi winy za tę okoliczność.

Strona powodowa podniosła następnie, iż niewykonanie przedmiotu umowy w terminie stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania, stanowiące podstawę do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, w przedmiotowym wypadku w formie kary umownej, uznając tym samym wystąpienie z niniejszym powództwem za w pełni uzasadnione.

[pismo strony powodowej, k. 289-291]

W toku rozprawy z dnia 8 grudnia 2015 roku strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie: strona powodowa poparła powództwo, a pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości.

[protokół z rozprawy, k. 366-370]

W piśmie procesowym z dnia 22 grudnia 2015 roku nowo ustanowiony w sprawie pełnomocnik pozwanej usystematyzował dotychczas zajęte przez nią stanowisko, zasadniczo podtrzymując twierdzenia i zarzuty zawarte w odpowiedzi na pozew, zgłaszając dodatkowo nowy zarzut – w zakresie braku legitymacji procesowej czynnej (po stronie powodowej) do wystąpienia z przedmiotowym powództwem. W uzasadnieniu podano, że umowa została zawarta przez pozwaną z trzema podmiotami działającymi w ramach konsorcjum jako generalny wykonawca, tj. poza powódkami, także z (...) spółką akcyjną z siedzibą w W. (dalej: (...) S.A.), którym to jedynie łącznie – z racji istnienia współuczestnictwa koniecznego – przysługuje uprawnienie do dochodzenia od pozwanej roszczeń z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z zawartej umowy. Z uwagi jednak na niewystępowanie w niniejszym postępowaniu po stronie powodowej ww. konsorcjanta, warunki niezbędne w tym wypadku do wystąpienia legitymacji procesowej czynnej nie zostały spełnione.

[pismo strony pozwanej, k. 373-385]

W odpowiedzi na powyższe, strona powodowa w piśmie z dnia 12 lutego 2016 roku zaprzeczyła, jakoby brak było po stronie powodowej legitymacji procesowej, podnosząc, iż (...) S.A., znajdująca się obecnie w stanie upadłości likwidacyjnej, nie jest już stroną umowy konsorcjum zawartej w dniu 26 lipca 2011 roku z mocy prawa, bowiem jej upadłość (obejmującą likwidację majątku dłużnika) ogłosił w dniu 17 kwietnia 2012 roku Sąd Rejonowy dla m.st. W. w Warszawie – Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych. Z kolei pismem z dnia 21 maja 2012 roku Syndyk masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. L. K. złożył oświadczenie o odstąpieniu

od umowy konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 roku zwartej pomiędzy upadłą a powódkami. Wobec powyższego, dalsze aneksy do przedmiotowej umowy były już zawierane wyłącznie pomiędzy pozwaną a powódkami.

[pismo strony powodowej, k. 406-412]

**Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Strony prowadzą działalność gospodarczą. Powódka (...) a (...) k.s. spółka komandytowa z siedzibą w P. m.in. w zakresie działalności inżynierskiej w budownictwie inwestycyjnym oraz wykonywania budowlanych prac przygotowawczych, a powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. w zakresie robót budowlanych. Z kolei działalność pozwanej obejmuje m.in. świadczenie usług związanych z budową dróg, autostrad, mostów, tuneli oraz rurociągów.

[pełny wypis z Rejestru Handlowego Sądu Miejskiego w P. dot. powódki (...) a (...) s.k., k. 22-23, informacja z KRS powódki (...) sp. z o.o., k. 292-298, informacja z KRS pozwanej, k. 36-38]

Powódki w dniu 11 kwietnia 2012 roku zawarły z pozwaną umowę nr (...), mocą której powodowe spółki jako wykonawca zleciły, a pozwana, jako podwykonawca, przyjęła do kompleksowego wykonania roboty budowlane obejmujące swym zakresem wykonanie sieci wodociągowej wraz z kolizjami, przebudowę rowów i cieków oraz regulację rzek, w ramach inwestycji realizowanej przez zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad pn. „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500. Termin rozpoczęcia prac strony ustaliły na dzień 11 kwietnia 2012 roku, a zakończenia – na dzień 30 września 2012 roku, z zastrzeżeniem możliwości wyznaczenia daty późniejszej m.in. w przypadku zmian w harmonogramie realizacji kontraktu. [bezsporne]

Za wykonanie robót strony uzgodniły wstępne wynagrodzenie w kwocie netto 4.493.345,70 zł powiększone o należny podatek VAT według stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury przyjmując, że podstawę do ustalenia wynagrodzenia stanowią ceny ryczałtowe netto w wysokości zgodnej z załącznikiem nr 1 do przedmiotowej umowy, przy czym ustalenie ostatecznej wysokości wynagrodzenia miało nastąpić przy uwzględnieniu ww. podstaw oraz rzeczywistych ilości robót wykonanych zgodnie z wymogami specyfikacji technicznej i dokumentacji projektowej, potwierdzonych przez wykonawcę i przedstawiciela zamawiającego (§ 3 umowy). Uzgodniono, że rozliczenia za wykonanie poszczególnych robót stanowiących przedmiot umowy zostaną dokonane na podstawie faktur przejściowych, wystawianych dwa razy w miesiącu – w połowie i na koniec miesiąca zgodnie z obmiarem oraz na podstawie faktury końcowej, przy czym podstawę do wystawienia faktury stanowił zatwierdzony protokół odbioru. Każda faktura wystawiona przez podwykonawcę przewidywała 30-dniowy termin płatności od daty wpływu faktury, z prawem zatrzymania przez wykonawcę 5% wynagrodzenia brutto z każdej faktury tytułem kaucji gwarancyjnej, podlegającej zwrotowi podwykonawcy w 70% w terminie do dnia 31 grudnia 2012 roku, a w pozostałych 30% – w terminie do dnia 31 grudnia 2017 roku (§ 5 umowy). Strony umowy postanowiły, że m.in. za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, należna będzie kara umowna w wysokości 0,2% szacunkowego wynagrodzenia brutto (§ 10 umowy).

[umowa, k. 42-48, pismo pozwanej, k. 377]

Aneksem nr (...) z dnia 6 lipca 2012 roku strony wprowadziły zmiany do umowy, rozszerzając zakres robót, które pozwana miała wykonać w ramach obowiązującej umowy o kompleksowe wykonanie przepustów pod zjazdami z rur (...) fi 400 SN8 lub PP SN8 oraz ustalając za ów zwiększony zakres robót dodatkowe wstępne wynagrodzenie w kwocie netto 879.550,00 zł.

[aneks nr (...), k. 62-63]

W dniu 9 stycznia 2013 roku strony zawarły aneks nr (...) do umowy, mocą którego wyznaczono nowy termin zakończenia wszystkich prac zleconych pozwanej – na dzień 28 lutego 2013 roku. Jednocześnie wydłużeniu uległy

terminy zwrotu kaucji gwarancyjnej, której 70% wartości miała zostać zwrócona podwykonawcy w terminie do dnia 31 maja 2013 roku, a w pozostałych 30% – w terminie do dnia 31 maja 2018 roku.

[aneks nr (...), k. 68-69]

Pozwana nie wykonała wszystkich zleconych jej robót budowlanych w terminie do dnia 28 lutego 2013 roku.  
[bezsporne]

Pozwana (...) Sp. z o.o. przystąpiła do realizacji przedmiotu umowy niezwłocznie po jej zawarciu. Wykonywała prace związane z zakresem umowy na udostępnionych przez wykonawcę frontach robót.

[dziennik budowy – melioracja C1, tom I, s. 28-29, dziennik budowy – woda C1, tom I, s. 19, zeznania świadka M. B., k. 367-368]

Pozwana nie zrealizowała w terminie wskazanym w aneksie nr (...) do umowy zadań związanych z przebudową i regulacją rzek, bowiem kolidowały one z pracami generalnego wykonawcy oraz innych podwykonawców na ciągu głównym autostrady, wynikającymi z przyjętego harmonogramu robót. Było to spowodowane okolicznością, iż istniały tymczasowe rozwiązania komunikacyjne (tzw. tymczasowa droga technologiczna) uniemożliwiające podjęcie prac dotyczących regulacji i przebudowy rzek w ich obrębie. Na rzekach wybudowano przepusty, służące jako drogi tymczasowe do dowozu materiałów, urządzeń i maszyn na teren budowy, które były wykorzystywane zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawców do prowadzenia robót związanych stricte z budową autostrady. Do momentu, gdy droga tymczasowa była niezbędna wykonawcy oraz poszczególnym podwykonawcom do realizacji ww. celów, zakończenie prac przy przebudowie koryt rzek nie było możliwe. Rozbiórka i likwidacja drogi nastąpiła dopiero na początku 2014 roku, a tereny pod przebudowę rzek zostały udostępnione pozwanej dopiero w dniu 12 lutego 2014 roku. Prace zostały zakończone i zgłoszone do odbioru w dniu 6 marca 2014 roku. Wnioski o odbiór robót, wystosowane przez wykonawcę do zamawiającego, a obejmujące zakresem prace zlecone pozwanej, zostały zaakceptowane w dniu 29 marca 2014 roku.

[dziennik budowy – melioracja C1, tom II, s. 9-10, pozew, k. 5, wnioski o odbiór robót, k. 79-83, zeznania świadka M. B., k. 367, zeznania świadka R. G. (1), k. 368, zeznania świadka J. K. (1), k. 469, zeznania świadka K. J., k. 470, przesłuchanie prezesa zarządu pozwanej, k. 472, k-582 znacznik czasu 00.48.51.997-00.51.44.70]

Część dokumentacji powykonawczej prowadzonej przez pozwaną, dotycząca m.in. prac objętych umową i wykonanych przed upływem terminu, tj. do dnia 28 lutego 2013 roku, była sukcesywnie dostarczana stronie powodowej w następujących dniach: 30 stycznia 2013 roku, 25 kwietnia 2013 roku, 10 maja 2013 roku oraz 16 lipca 2013 roku, a jej odbiór każdorazowo został potwierdzony przez G. K. – inżyniera budowy uprawnionego z ramienia strony powodowej.

[potwierdzenie przekazania dokumentów k. 386-389]

Z kolei dokumentacja powykonawcza z zakresu robót wykonanych przez pozwaną najpóźniej – związanych z przebudową i regulacją rzek – została przekazana stronie powodowej około połowy marca 2014 roku.

[zeznania świadka M. B., k. 367]

Inną przyczyną opóźnień pozwanej w zakresie powierzonych jej robót były braki w dokumentacji projektowej dotyczące form rozwiązań m.in. dla problemu rowu PG 56/2. Zarówno projektant, jak i wykonawca nie dostarczyli na czas rysunku szczegółowego, co wymusiło wstrzymanie prac pozwanej w tym zakresie.

[zeznania świadka M. B., k. 367, zeznania świadka R. G. (1), k. 368]

W toku prac prowadzonych przez pozwaną dochodziło również do uszkodzeń wykonanych przez nią robót przez innych podwykonawców, co stwarzało konieczność dokonywania napraw powstałych zniszczeń.

[dziennik budowy – melioracja C1, tom II, s. 9-10, zeznania świadka M. B., k. 367, zeznania świadka R. G. (1), k. 368, zeznania świadka P. R., k. 368v, zeznania świadka K. J., k. 470, przesłuchanie prezesa zarządu pozwanej, k.473]

Nie można pominąć, iż na opóźnienia powstałe w ramach całej prowadzonej inwestycji, w tym także prac pozwanej, znaczący wpływ miały również zmiany podmiotowe zaistniałe w obrębie samego generalnego wykonawcy. W dniu 17 kwietnia 2012 roku co do dotychczasowego konsorcjanta powódek – (...) S.A., Sąd Rejonowy dla m.st. W. w W. – Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika. Z kolei w dniu 21 maja 2012 roku Syndyk masy upadłości (...) spółki akcyjnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. L. K. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 roku zwartej pomiędzy upadłą a powódkami. W tym stanie rzeczy, powodowe spółki musiały przejąć zadania byłego partnera kontraktu. Dotychczasowy podział robót pomiędzy konsorcjantami, według którego powódki realizowały obiekty mostowe, a na (...) S.A. spoczywał ciężar pozostałych prac – przestał istnieć, wobec czego koniecznym było przejęcie zadań upadłej, które już wówczas pozostawały w znacznym opóźnieniu. Jednocześnie nie została przeprowadzona inwentaryzacja wykonanych prac.

[postanowienie, k. 420, oświadczenie o wypowiedzeniu umowy konsorcjum, k. 417, zeznania świadka P. R., k. 368v, przesłuchanie prezesa zarządu pozwanej, k. 472-473]

Z racji uznania za priorytet doprowadzenie do stanu przejezdności autostrady (...) przed rozpoczęciem imprezy EURO 2012, pozostałe prace, wobec powstałych opóźnień, miały drugorzędne znaczenie i jeżeli w jakikolwiek sposób roboty, związane przykładowo z regulacją rzek, blokowały prace nad ciągiem głównym autostrady, wówczas były wstrzymywane, a więc realnie blokowane przez wykonawcę i innych podwykonawców. Zatem, pozwana przed upływem terminu wynikającego z aneksu nr (...) do umowy, wykonywała zleczone jej prace – z zakresu przebudowy rzek – jedynie na fragmentarycznych obszarach, w obrębie których jej działalność nie kolidowała z głównymi pracami budowlanymi.

[zeznania świadka P. R., k. 368v, zeznania świadka K. J., k. 470]

Wynikłe z powyższych przyczyn opóźnienia pozwanej w wykonaniu robót obejmujących prace na rzekach, były zgłaszane wykonawcy i odnotowywane w kolejnych protokołach z rad technicznych. Pozwana, w toku prowadzonych narad, z uwagi na obiektywny brak możliwości zakończenia części powierzonych jej prac w terminie do dnia 28 lutego 2013 roku, sygnalizowała także potrzebę podpisania kolejnego aneksu przedłużającego termin wykonania przedmiotu umowy, jednakże spotkała się ona z dezaprobatą wykonawcy. Wiedzę na temat wspomnianych opóźnień pozwanej, jak też ich zewnętrznych od (...) Sp. z o.o. przyczyn, posiadała również Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W.. Pozwana na naradach koordynacyjnych zgłaszała problem braku możliwości wykonywania prac.

[protokół z rady technicznej nr 75 z dnia 23.10.2013 r., pkt. 3.6.5.i 4.2.4., k.259, 262, protokół z rady technicznej nr 76 z dnia 30.10.2013 r., pkt. 3.6.5.i 4.2.4., k.274 277, zeznania świadka M. B., k. 367, zeznania świadka R. G. (1), k. 368, zeznania świadka G. P. (1) k-574 znacznik 00.33.45.862-00.33.46.612; przesłuchanie prezesa zarządu pozwanej]

Strona powodowa nie wywiązywała się z zawartej umowy, zalegając pozwanej w płatnościach wynagrodzenia za odebrane części robót nią objętych. Pozwana nie opuszczała jednak placu budowy, z racji tego, iż niektóre z prac były finansowane bezpośrednio przez zamawiającego, a z powódkami dodatkowo łączyły ją inne zlecenia (łącznie około 18) na wykonanie prac nieobjętych przedmiotem umowy, za które (...) Sp. z o.o. otrzymywała wynagrodzenie.

[protokół z rady technicznej nr 75 z dnia 23.10. 2013 r., pkt. 3.6.5., k.259, zeznania świadka J. K. (1), k. 470, zeznania świadka K. J., k. 470, zeznania świadka G. P. (1) k-574 znacznik 00.34.04.111 – 00.34.44.640; przesłuchanie prezesa zarządu pozwanej, k. 473, k-582]

Ze względu na opóźnienia w wykonaniu przez pozwaną przedmiotu umowy, powódka (...) a (...) k.s. spółka komandytowa Oddział w Polsce z siedzibą w C. w dniu 14 marca 2014 roku, a więc już po dacie wykonania przez (...) Sp. z o.o. prac w obrębie rzek, mocą noty księgowej nr (...) obciążyła pozwaną karą umowną w wysokości 0,2%

szacunkowego wynagrodzenia brutto za każdy z 378 dni zwłoki o wartości 4.061.909,15 zł, obliczoną według stanu na dzień 13 marca 2014 roku.

[nota księgowa, k. 70]

Z kolei w dniu 16 kwietnia 2014 roku również powódka (...) a (...) k.s. spółka komandytowa Oddział w Polsce z siedzibą w C. złożyła pozwanej oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością wzajemną pozwanej, wynikającą z wystawionych przez (...) Sp. z o.o. faktur VAT za wykonane prace.

[oświadczenie o potrąceniu, k. 74]

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zgromadzone w aktach sprawy dokumenty, przesłuchanie pozwanej, w imieniu której działał prezes zarządu J. K. (2), a także zeznania świadków: M. B., R. G. (1), P. R., J. K. (1), K. J. i Ł. M. (1) oraz częściowo w oparciu o zeznania G. P. (1) które są spójne, logiczne i uzupełniają się wzajemnie oraz w przekonujący sposób uzupełniły materiał dowodowy w postaci dokumentów.

W odniesieniu do faktów spornych między stronami, należało stwierdzić, że strona powodowa nie udowodniła, jakoby opóźnienia pozwanej w wykonaniu przedmiotu umowy wynikały z nienależytego wykonywania przez pozwaną zleconych jej prac, wyrażającego się w braku odpowiedniego zaplecza robót, ilości zaangażowanych pracowników oraz ich przeszkolenia, a także niesubordynacja ekip (...) Sp. z o.o. W tym zakresie Sąd ograniczył moc dowodową zeznań świadka Ł. M. (1) – bowiem żaden z pozostałych świadków nie potwierdził ww. tezy, a w ich zeznaniach dominowało zgodne przekonanie, iż zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie mieli żadnych uwag co do organizacji pracy, a także samego wykonawstwa robót przez (...) Sp. z o.o.

Sąd uznał za nieudowodniony zarzut strony powodowej, wedle którego pozwana nie złożyła kompletu dokumentacji powykonawczej do daty wniesienia pozwu, wobec faktu, iż na potwierdzenie jego prawdziwości powódki przedstawiły jedynie wydruk z korespondencji elektronicznej skierowanej do pozwanej w dniu 14 lipca 2014 roku oraz pismo z dnia 4 lipca 2014 roku, w treści którego wezwały (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentacji powykonawczej poprzez złożenie oświadczenia o przebiegu likwidacji istniejących kolizji wodociągowych, przy czym ten ostatni dowód z dokumentu należało uznać za niewiarygodny w świetle zeznań świadka Ł. M. (1), że oświadczenie, do którego złożenia pozwana była wzywana nie dotyczy umowy objętej sporem sądowym. Wskutek powyższego, Sąd odmówił mocy dowodowej drugiemu z przedstawionych przez stronę powodową na ww. okoliczność dokumentu w postaci wydruku z korespondencji elektronicznej, uznając, iż nie jest on wystarczającym do stwierdzenia, że do przekazania kompletu dokumentacji dotyczącej wszystkich prac objętych umową i wykonywanych przez pozwaną nie doszło.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut powódek, zgodnie z którym pozwana jeszcze pod koniec 2013 roku wykonywała roboty objęte zakresem umowy, a nie dotyczące stricte regulacji i przebudowy rzek, przedstawiając na tę okoliczność jako dowody dokumenty oznaczone jako (częściowe) protokoły odbioru robót wystawione na podstawie przejściowych świadczeń płatności. W tym zakresie Sąd uznał wiarygodność zeznań świadka K. J., który z ramienia generalnego wykonawcy, a więc strony powodowej, zajmował się rozliczeniami z zamawiającym oraz podwykonawcami. Świadek J. zeznał, że osobiście potwierdzał ww. dokumenty, jednak na ich podstawie nie jest możliwym stwierdzenie okresu – a więc terminów rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych robót – w jakim wskazane w protokole prace zostały wykonane.

Z kolei w zakresie zeznań świadka G. P. (1) w ocenie Sądu nie mogą one w części stanowić podstawy do czynienia szczegółowych ustaleń, bowiem są raczej nieprecyzyjne (k-568-569, k-573-574). Świadek nie pamiętał jakie prace nie zostały wykonane w okresie 2013 r. i co było ich przyczyną. Z protokołu odbioru nr (...) wynika, iż prace były prowadzone od 30 października 2013 r. do 20 grudnia 2013 r. m.in. w zakresie przepustów pod drogami i rzekami (protokół-437-446, zeznania P. k-567 znacznik czasu 00.22.14.914). Jednakże świadek wyraźnie również stwierdził, że prace na tym obszarze były już wykonane, protokół odbioru sporządził powód (generalny wykonawca) w oparciu o dostarczone przez wykonawcę dane, a być może zostało to nieco inaczej przypisane (P. k-569-570, znacznik 00.25.48.631 – 00.26.47.370). Podkreślić jednak przy tym wszystkim należy, iż strona powodowa w żaden

sposób nie wykazała aby prace na tych odcinkach w 2013 r. mogły być wykonane wcześniej, natomiast z zeznań prawie wszystkich świadków (w tym również strony powodowej) jak i protokołów narad wynika, iż pozwany nie miał możliwości wykonywania prac w sposób nie prowadzący do powstania opóźnień, gdyż poszczególne fragmenty do przebudowy były mu udostępniane dopiero wtedy, gdy nie blokowało to prac technologicznie wcześniejszych (co jest skądinąd całkowicie zrozumiałe, ale jednocześnie nie może stanowić podstawy do obciążania powoda skutkami tak późnego zakończenia prac).

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

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wykluczyć, jakoby strona powodowa nie posiadała legitymacji procesowej do wystąpienia z niniejszym powództwem, wobec niewystępowania w charakterze powoda (...) S.A. – byłego lidera konsorcjum, który był podmiotem umowy z dnia 11 kwietnia 2012 roku po stronie generalnego wykonawcy.

Konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie, jednak można je określić jako swego rodzaju twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie musi przy tym posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), ani też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątku jego uczestników. Umowa konsorcjalna należy zatem do kategorii umów nienazwanych i przez większość przedstawicieli nauki i w orzecznictwie traktowana jest jako zbliżona do umowy spółki cywilnej, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860–875 k.c. Podobnie jak spółka cywilna, konsorcjum nie posiada także zdolności sądowej, stąd w roli stron postępowania występują sami uczestnicy (partne-rzy) konsorcjum. W doktrynie prawa przeważa pogląd, zgodnie z którym w sprawach o zasądzenie wierzytelności wspólnej dla członków konsorcjum, podmioty te (analogicznie do współników spółki cywilnej w sprawach o należności wchodzące do ich majątku wspólnego) łączy wspóluczestnictwo materialne konieczne i jednolite, oparte na wspólności praw i obowiązków i wynikające z istoty stosunku prawnego (art. 72 § 1 pkt 1, art. 72 § 2 oraz art. 73 § 2 k.p.c.).

W wielu sytuacjach, gdy przedmiotem umowy o roboty budowlane jest złożona technicznie bądź organizacyjnie inwestycja, po stronie wykonawcy występuje kilka podmiotów, powiązanych wewnętrznymi umowami o charakterze konsorcjalnym lub innym węzłem obligacyjnym. Ustawodawstwo polskie (jak dotąd) nie wyodrębniło nowego typu umowy – umowy konsorcjum – co nie wpływa na dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów w oparciu o zasadę swobody umów. (art. 353<sup>1</sup> § 1 k.c.). Istotą umowy konsorcjum jest powstanie zobowiązania po stronie jego uczestników do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych w umowie czynności. Cechy tego stosunku prawnego zbliżają go do uregulowanej w kodeksie cywilnym umowy spółki cywilnej, w przypadku której wspólnicy także zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony. Odpowiedzialność solidarna podmiotów tworzących konsorcjum wobec inwestora wynika z zawartej umowy lub normy ustawowej - w przypadku zamówienia publicznego, źródłem takim jest art. 141 Prawa zamówień publicznych. Umowy konsorcjalne tego typu powinny być jednak uznawane za umowy spółki cywilnej raczej wyjątkowo i, o ile ma to potwierdzenie w zgodnym zamiarze stron, a zawarcie umowy prowadzi do powstania wspólnego majątku konsorcjantów w celu wypracowywania wspólnego zysku. Umowa konsorcjum, nakierowana na wykonanie przez każdego z konsorcjantów oznaczonej części świadczenia w zamian za określoną część wynagrodzenia wypłacanego przez inwestora, funkcjonująca bez wyposażenia konsorcjum w masę majątkową wyodrębnioną z majątku jego uczestników, co do zasady nie będzie posiadała cech charakterystycznych dla spółki cywilnej (por. wyrok SA w Białymstoku z 17 października 2012 r., I ACa 460/2012, LexisNexis; P. Drapała, komentarz do art. 647 k.c. teza 18 [w:] Gudowski Jacek (red.), Bielska-Sobkowitz Teresa, Bieniek Gerard, Ciepła Helena, Drapała Przemysław, Sychowicz Marek, Trzaskowski Roman, Wiśniewski Tadeusz, Żuławska Czesława, Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, LexisNexis 2013).

Co istotne, orzecznictwo dotyczące występowania współuczestnictwa koniecznego po stronie konsorcjantów nie jest jednolite. Sąd w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę opowiada się przy tym za stanowiskiem wyrażonym

przez Sąd Najwyższy m. in. w wyrok z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, w którym przyjęto, iż z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie wierzycieli (konsorcjantów) bowiem konsorcjum nie jest tworem tożsamym ze spółką cywilną, zaś umowa konsorcjum przesądza o wzajemnych relacjach konsorcjantów i może przewidywać reprezentowanie konsorcjantów w stosunkach zewnętrznych przez lidera konsorcjum, umocowanego w granicach i na podstawie umowy konsorcjum, co miało miejsce w niniejszej sprawie, gdzie w umowie konsorcjum poza zasadami reprezentacji przez lidera konsorcjum określone zostały podziały zakresu prac i ich finansowania (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, a ostatnio także w wyroku z dnia 23 września 2016 r., II CSK 27/16, [www.sn.pl](http://www.sn.pl)). Łączna legitymacja po stronie powodowej obejmująca wszystkich uczestników konsorcjum musiałaby wynikać ze współuczestnictwa koniecznego, będącego postacią współuczestnictwa materialnego. Źródłem takiego współuczestnictwa koniecznego musiałby być albo stosunek prawny powstały w wyniku zawarcia umowy konsorcjum, albo przepis ustawy, czego jednak brak.

W niniejszej sprawie z umowy konsorcjum wykonawców nie wynika współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ brak jest tożsamości pomiędzy spółką cywilną a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p., na co wyraźnie wskazuje zapis II. zdanie drugie zawartej umowy. Stosunek konsorcjum nie daje podstawy do przyjęcia w procesie współuczestnictwa koniecznego pomiędzy jego uczestnikami, także dlatego, że nie powstał wspólny majątek konsorcjantów.

Nadto, wskazać należy, że w piśmiennictwie podkreśla się, że w tzw. konsorcjach budowlanych (inwestycyjnych) zewnętrznych uczestnicy konsorcjum mogą działać samodzielnie wobec zamawiającego lub być reprezentowani przez lidera umocowanego na podstawie i w granicach umowy konsorcjum. Kluczowym elementem omawianej postaci konsorcjum jest określenie w umowie zakresu robót poszczególnych uczestników wykonujących powierzone zadanie samodzielnie i na własny koszt. Funkcją tak rozumianej umowy konsorcjum, której przedstawiona charakterystyka odpowiada zapisom rozpatrywanej w niniejszej sprawie umowy konsorcjum, jest podział ryzyka wykonania kontraktu oraz podział obowiązków wynikających z tytułu udzielonej gwarancji jakości.

Z tych względów, Sąd analizując postanowienia umowy konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 roku, nie uznał ich za źródło istnienia po stronie powodowej współuczestnictwa koniecznego, zachodzącego wówczas, gdy legitymacja czynna przysługuje nie każdemu z powodów oddzielnie, ale wszystkim łącznie, z takim skutkiem, że każdemu działającemu oddzielnie można zarzucić brak pełnej legitymacji procesowej, co w konsekwencji prowadzi do oddalenia powództwa (art. 195 § 1 k.p.c.). O ile bowiem, z uwagi na fakt wspólnego ubiegania się do udzielenia zamówienia publicznego i wspólnego wykonania umowy partnerzy konsorcjum tylko łącznie domagać się zapłaty, o tyle brak jest podstaw do uznania, że sytuacja każdego z uczestników konsorcjum jest jednakowa w stosunku do treści żądania powództwa.

Warto nadmienić także, opierając się na stwierdzeniu, że do umowy konsorcjum znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego o spółce cywilnej (860–875 k.c.), iż w przedmiotowej sprawie, w dniu 17 kwietnia 2012 roku, w stosunku do dotychczasowego konsorcjanta powódek – (...) S.A., Sąd Rejonowy dla m.st. W. w W. Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika. W zestawieniu powyższego z treścią art. 874 k.c. stwierdzić należy, iż umowa konsorcjum ulega rozwiązaniu z dniem ogłoszenia upadłości partnera lub lidera konsorcjum. W dniu 21 maja 2012 roku Syndyk masy upadłości (...) spółki akcyjnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. L. K., z tzw. ostrożności procesowej, złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 roku zwartej pomiędzy upadłą a powódkami. Dodatkowo Syndyk oświadczył, iż nie znajduje podstaw do wstąpienia do niniejszej sprawy (k-532).

Przechodząc do meritum sprawy, bezspornym jest, że strony łączyła umowa o podwykonawstwo robót budowlanych, której przedmiotem było wykonanie wskazanego w umowie zakresu prac w ramach inwestycji, pn. „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do k 431+500”

Stosownie do treści przepisu art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor



zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, a w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z przepisami tytułu XVI Kodeksu cywilnego, przepisy o umowie o roboty budowlane stosuje się również do robót wykonywanych przez podwykonawcę na rzecz wykonawcy.

Poza sporem pozostaje również, że w przedmiotowej umowie jako wiążący termin wykonania robót ustalono dzień 28 lutego 2013 roku oraz że umowa zawierała w swej treści postanowienie dotyczące naliczenia kary umownej – za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% szacunkowego wynagrodzenia brutto.

W ocenie Sądu strony – pomimo nieprecyzyjnego unormowania § 10 ust. 1 pkt. 1 umowy, w którym niejako zamiennie zostały użyte pojęcia „opóźnienie” oraz „zwłoka” – uzgodniły w umowie, na wypadek nieterminowego wykonania przedmiotu umowy, karę umowną za zwłokę, nie zaś za opóźnienie zwykłe. Zajęte stanowisko uzasadnia fakt, iż strona powodowa, dla której obiektywnie korzystniejszym byłoby ukształtowanie odpowiedzialności pozwanej z tytułu kary umownej w tym zakresie za sam fakt opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, w toku podjętej polemiki procesowej, w ogóle nie zgłosiła takiego zarzutu, co więcej, już w replice odpowiedzi na pozew, płynnie wdała się w merytoryczną dyskusję w kwestii zawinienia pozwanej w nienależytem wykonaniu zobowiązania.

Ponadto nie można także abstrahować od wykładni systemowej i celowościowej przepisów dotyczących kary umownej. Zgodnie z treścią art. 483 § 1 i 484 § 1 k.c. zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.p.c.), to jest, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli z jego winy w postaci co najmniej niedbalstwa. Oznacza to, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 in fine k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Uzależnienie obowiązku zapłaty kary umownej od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wiąże się z ujęciem kary umownej w art. 483 i 484 k.c., jako z góry ryczałtowo określonego odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej. Wyrazem takiego ujęcia kary umownej jest zamieszczenie art. 483 i 484 k.c. w tym samym dziale kodeksu cywilnego, w którym znajduje się art. 471 k.c. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2015 r., I ACa 577/15 Lex). Zwłoka - opóźnienie kwalifikowane ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Przy czym oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 k.c.) Nie zawsze więc zwłoka wiązać się będzie z zawinieniem dłużnika. Z uregulowania art. 476 k.c. wynika jednakże domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, dłużnik pozostaje w zwłoce, czyli niewykonanie zobowiązania w terminie wynika z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Wobec tego wierzyciel nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada. Rzeczą wierzyciela jest tylko wykazanie, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. W sytuacji jeżeli dłużnik twierdzi, iż nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykłe niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, to winien tę okoliczność wykazać (wyrok Sądu Apelacyjnego w K. z dnia 28 stycznia 2014 r., I ACa 980/13 Lex). W świetle art. 353<sup>1</sup> k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Strony zatem nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą więc przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel, kara umowna bowiem jest sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna - zgodnie z art. 483 i 484 k.c. - pełni funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty

za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. Niewątpliwie sprzeczne z tak ukształtowaną przez ustawodawcę istotą (naturą) kary umownej byłoby przyjęcie obciążenia dłużnika karą umowną wtedy, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z przyczyn obciążających wierzyciela (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 listopada 2016 r., I ACa 491/16, Lex).

Mając na względzie powyższe uznać należy, iż w przedmiotowej sprawie kara umowna za niewykonanie umowy w terminie została uzgodniona przez strony na wypadek zwłoki dłużnika (pозwanego).

Powracając do zagadnienia samej kary umownej jako instytucji prawa cywilnego, stosownie do treści art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543). Z tego względu mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c.) – wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400. Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400). Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 k.c. – także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.) – wyrok SN z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, LEX nr 515710; zob. także P. D. (w:) (...), s. 958).

Poza sporem w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność wykonania przez pozwaną zleconych robót budowlanych w całości, co potwierdzają zaakceptowane przez zamawiającego w dniu 29 marca 2014 roku wnioski wykonawcy o odbiór robót realizowanych przez pozwaną w ostatniej kolejności.

Wykonanie końcowego etapu robót obejmujących prace związane z regulacją rzek nastąpiło więc już po umówionym terminie, ostatecznie ustalonym na dzień 28 lutego 2013 roku. Spór w niniejszej sprawie koncentrował się zatem głównie wokół okoliczności, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu umowy, bowiem – w ocenie strony powodowej – były one zawinione przez pozwaną (...) Sp. z o.o.

W wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867). Kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego, w jakiej wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98, LEX nr 527125). Należy się ona więc bez względu na wysokość szkody. W konsekwencji wierzyciel, nawet jeżeli poniósł niewielki uszczerbek majątkowy związany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, może żądać zapłaty kary umownej. Co więcej, 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 (vide: uchwała SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69).

Zgodnie z art. 476 k.c. zdanie pierwsze, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z treści powyższego przepisu wynika zatem, że ze stanem zwłoki, tzw. opóźnieniem kwalifikowanym, mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Ustawa wprowadza domniemanie, zgodnie z którym niewykonanie przedmiotu umowy w terminie jest spowodowane zwłoką. Zwolnienie się z odpowiedzialności wymaga zatem wykazania przez dłużnika, że opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (vide: Z. Gawlik, Komentarz do art.476 Kodeksu cywilnego [w:] Kidyba A. (red.), Gawlik Z., Janiak A., Koziół G., Olejniczak A., Pyrżyńska A., Sokołowski T., Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, opubl. LEX 2014).

Na gruncie przedmiotowej sprawy niewątpliwym jest, że doszło do wykonania przedmiotu umowy, jednakże nie w terminie ustalonym przez strony. Nie można jednak mówić o tym, aby pozwana pozostawała w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy.

Z całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego (zarówno dokumentów jak i źródeł osobowych) wynika, iż pozwany nie wykonał całości zleconych umową prac w terminie z uwagi na brak udostępnienia mu poszczególnych odcinków prac a w szczególności tzw. drogi technologicznej, której „przerwanie” wpłynęłoby istotnie na opóźnienie w wykonaniu całości prac (zwiększając je) a ponadto wykonywane przez powoda prace w 2013 r. miały głównie charakter prac konserwacyjno-porządkowych na odcinkach już wykonanych prac ewentualnie prac naprawczych. Z zeznań świadka G. P. wynika przy tym także wniosek, iż protokoły odbioru niekoniecznie odzwierciedlały zakres prac wykonanych w okresie nimi objętym (k-570 znacznik 00.25.48.631). Na taką sytuację wskazuje również analiza złożonych do akt sprawy dokumentów, tj. przywoływanego przez powoda m.in. protokołu odbioru nr (...) (k-437-448) i złożonych przez (...) kopii dzienników budowy. Na przykład z protokołu odbioru nr (...) wskazującego, iż dotyczy okresu rozliczeniowego „luty 2014”, zaś prac wykonanych w okresie 30.10.2013 – 20.12.2013 wynika, iż w tym okresie została dokonana m. in. przebudowa rzeki S. Lewa w zakresie 34.70 m (k-446). Jednocześnie z dziennika budowy nr (...) tom II (str. 7) wynika, iż w dniu 2 lipca 2013 r. zakończono przebudowę rzeki S. Lewa, co jest dodatkowo potwierdzone wpisem inspektora nadzoru. Powyższe nieścisłości z protokołu odbioru nr (...) oraz zeznań świadka G. P. wskazują jednoznacznie, iż nie mogą one być podstawą do ustaleń w zakresie występowania zwłoki w pracach pozwanego (a więc zawinionych przez niego opóźnień) Być może pozwany wykonywał w tym okresie również jakies prace związane z przedmiotową umową, które mogły być także wykonane wcześniej, bowiem upływ czasu powoduje, iż świadkowie w swoich wypowiedziach nie są w stanie dokładnie przyporządkować poszczególnych prac do czasu ich wykonania, choć z wpisów w dziennikach budowy wynika, iż w zasadzie prace w 2013 r. dotyczyły konserwacji i czyszczenia rowów, przy czym nie można ustalić czy chodziło o pierwotną konserwację czy też kolejną z uwagi na brak zakończenia całości prac i możliwości ich odbioru. Ponadto przykładowo z wpisów w dzienniku budowy C1 woda (złożonego przez (...) str. 21-22) wynika, iż od 14 lutego 2013 r. do 20 marca 2014 r. brak możliwości zakończenia przyłącza wody. Dopiero z kolejnego wpisu datowanego na 8 sierpnia 2014 r. wynika zakończenie tych prac.

Z wpisów w dzienniku budowy melioracja C1, tom II, s. 6-11 wynika, że pozwana wykonała zasadniczo wszystkie prace stanowiące przedmiot umowy – za wyjątkiem tych, które były związane z regulacją i przebudową rzek – w terminie do dnia zakreślonego ostatecznie w aneksie nr (...) do umowy z dnia 9 stycznia 2013 roku, tj. do dnia 28 lutego 2013 roku. Po tej dacie, zgodnie z twierdzeniem prezesa zarządu pozwanej oraz świadka M. B., które znajduje również odzwierciedlenie w stosownych wpisach w ww. dzienniku budowy, pozwana wykonywała prace na odrębne zlecenia wykonawcy, polegające m.in. na przeglądach, naprawach, konserwacjach oraz wykaszaniu rowów. Do wykonania z przedmiotu umowy pozostały pozwanej roboty w obrębie rzek, związane z ich przebudową i regulacją, które nie mogły zostać zrealizowane przez cały rok 2013, z uwagi na istnienie tymczasowego ciągu technologicznego, zapewniającego połączenie komunikacyjne z ciągiem głównym autostrady, a wykorzystywanego do przewozu materiałów, sprzętów i urządzeń. Do likwidacji tymczasowej drogi technologicznej przystąpiono

dopiero na początku 2014 roku, a tereny w obrębie rzek, na których pozwana miała wykonywać prace stanowiące ostatni niezrealizowany etap przedmiotu umowy, udostępniono w dniu 12 lutego 2014 roku, które to okoliczności zostały poświadczane wpisami w powoływanym wyżej dzienniku budowy, s. 9. Opóźnione prace pozwana wykonała niezwłocznie, tj. w ciągu ok. dwóch tygodni (tj. od 12 lutego 2014 roku do 6 marca 2014 roku), zgłosiła je do odbioru, uzyskując akceptację zamawiającego w dniu 29 marca 2014 roku, co wynika z wniosków o odbiór robót wystosowanych przez wykonawcę do zamawiającego (k. 79-83).

Zauważyć także należy, że dla oceny terminowości wykonania umowy nie bez znaczenia pozostają kwestie ujawnionych braków w zakresie części rozwiązań projektowych czy też zawarcia stosownych umów (np. wpis w dzienniku budowy nr (...) tom II str.9 i str. 10 oraz wpisy w dzienniku budowy C1 woda str. 21-22), jak również zmiany podmiotowe po stronie generalnego wykonawcy, związane z odstąpieniem z dniem 21 maja 2012 roku od umowy konsorcjum utworzonej wraz z powódkami w dniu 26 lipca 2011 roku, dotychczasowego lidera konsorcjum – (...) S.A. Utrata przez powodowe spółki partnera, którego zakres zadań do wykonania został najszerzej zakrojony, spowodowała chaos i dezorganizację prac ustalonych harmonogram robót oraz doprowadziła do znacznych opóźnień na ciągu głównym autostrady, a w konsekwencji do opóźnienia innych prac, w tym również tych zleconych pozwanej, które kolidowały właśnie z robotami prowadzonymi na ciągu głównym. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone zeznaniami świadków M. B., R. G. (1), P. R., a także prezesa zarządu pozwanej – J. K. (2). W szczególności zeznania świadka R. G. (1) – inspektora nadzoru ze strony powodowej – były cennym źródłem informacji o przebiegu inwestycji, w której brał on czynny udział. Podnoszona przez stronę powodową kwestia braku umocowania R. G. do dokonywania wpisu w dzienniku budowy w lutym 2014 r. (z którego wynika, iż wtedy dopiero zaistniała możliwość zakończenia prac powoda) z uwagi na zakończenie pełnienia funkcji inspektora nadzoru, nie ma o tyle znaczenia, że Sąd przede wszystkim oparł się na złożonych przez niego zeznaniach. Jednocześnie skoro R. G. jako inspektorowi nadzoru był udostępniany dziennik budowy do dokonywania wpisów także już po zakończeniu prac przez pozwanego i przejęciu dziennika budowy przez kierownika budowy (ostatni wpis R. G. z daty 12 czerwca 2014 r., po wpisie dokonany już przez kierownika budowy Ł. M.), to w ocenie Sądu wskazuje to na dalsze pełnienie tej funkcji przez R. G. do zakończenia budowy.

Ocena powyższych okoliczności nie może także nie uwzględniać kwestii związanych z brakiem zapłaty za prace już odebrane co było także przedmiotem zgłoszeń na naradach produkcyjnych (w kontekście art. 490 k.c.)

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że strona pozwana została obciążona karą umowną za niewykonanie umowy w terminie niezasadnie, bowiem – w ocenie Sądu – zawinione opóźnienie pozwanej w wykonaniu przedmiotu umowy w ogóle nie nastąpiło. Opóźnienie spółki (...) Sp. z o.o. w realizacji powierzonych jej prac wynikało wyłącznie z przyczyn wyżej opisanych, a więc zewnętrznych i niezależnych od niej. Przede wszystkim, podkreślić należy, że gdyby pozwana kontynuowała prace na rzekach przed likwidacją ciągu tymczasowego, realnie wstrzymałaby i zablokowała ów ruch technologiczny, co z kolei doprowadziłoby do jeszcze większych opóźnień w realizacji podstawowego celu, jakim było uzyskanie stanu przejezdności autostrady w możliwie jak najkrótszym czasie, a następnie doprowadzenie do stanu umożliwiającego odbiór przez zamawiającego.

Tym samym, Sąd przyjął, iż pozwana wykazała, że opóźnienie powstałe w wykonaniu przedmiotu umowy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności, skutecznie uwalniając się od odpowiedzialności w tym zakresie z tytułu kary umownej przewidzianej umową. Jednocześnie w tym miejscu wskazać należy, iż nawet gdyby przyjąć, iż pozwany w 2013 r. wykonywał jakieś prace w ramach wykonania umowy, to do całkowitego i ostatecznego wykonania umowy nie mogło i tak dojść z przyczyn leżących po stronie powoda, czego de facto strona powodowa nie zakwestionowała. Nie ma bowiem przy tym znaczenia czy do dokończenia przebudowy rzek (przepustów) pozostało kilka czy kilkadziesiąt metrów, gdyż nawet jeśli faktycznie pozwany nie mógł zakończyć prac w zakresie tylko kilku metrów co do każdej z rzek to i tak zwłoka w tym zakresie go nie obciąża a zatem naliczenie kary umownej do daty zakończenia prac w marcu 2013 r. było niezasadne, a jednocześnie strona powodowa nie wskazała w jakiej dacie i jakie inne prace nie zostały zakończone. Strona powodowa nie wykazała, aby konkretne prace pozwana miała możliwość wykonania wcześniej czego nie uczyniła. Z umowy zawartej pomiędzy stronami nie wynika żeby zastrzeżenie dotyczące kary umownej obejmowało również częściowy brak spełnienia świadczenia

przy jednoczesnym braku możliwości kompleksowego zakończenia prac. Wskazuje na to zresztą również działanie powoda, który naliczył kary umowne aż do dnia wystawienia noty obciążającej, pomimo posiadanej świadomości, iż do lutego 2014 r. pozwany nie mógł realnie zakończyć całości prac. Skoro zatem pozwany nie pozostawał w zwłoce co do spełnienia całego świadczenia do daty naliczenia kary umownej, to nie może zostać nią obciążony za cały ten okres. Na marginesie przy tym dodać należy, iż zarówno z zeznań świadków (w tym inspektora nadzoru ze strony powoda i osoby zajmującej się rozliczeniem prac również ze strony powoda) jak i z dokumentów, w szczególności z dzienników budowy złożonych przez (...) i protokołów narad wynika, że w 2013 r. prace pozwanego były prowadzone w bardzo ograniczonym zakresie i z dużymi przerwami, co jednak w świetle treści zeznań świadków i protokołów narad, nie wynikało z braku chęci czy mocy przerobowych pozwanego, lecz braku tzw. frontu robót. Z materiału tego nie wynika także aby to brak postępu prac pozwanego „blokował” inne prace, a wręcz przeciwnie – to pozwany zgłaszał brak możliwości prowadzenia i dokończenia prac bez technologicznego wstrzymania prac przy budowie autostrady przez innych wykonawców. Wskazywane w zeznaniach świadka G. P. możliwości „innych rozwiązań projektowych” które pozwoliłyby na wykonanie prac bez zablokowania drogi technologicznej wymagały, jak sam świadek zeznał, innych rozwiązań projektowych (a więc czynności powoda) jak i dodatkowych kosztów takich prac, które również nie mogłyby obciążać pozwanego, który przyjął do wykonania określony w umowie zakres prac za określonym wynagrodzeniem (a powód już pozostawał w opóźnieniu z zapłatą za wykonane i odebrane prace). Kwestie związane z podnoszonym przez powoda brakiem złożenia dokumentacji po pierwsze nie zostały wykazane, bowiem świadek Ł. M. ostatecznie przyznał, iż dotyczyło to innej umowy, a nawet gdyby dotyczyło tej umowy i zostało złożone już po wystawieniu noty i naliczeniu kary umownej, to nie stanowiłoby podstawy do obciążenia karą skoro powód nie wystawił dalszej noty. Znamienna jest przy tym okoliczność, iż wystawienie noty stanowiło reakcję na żądanie zapłaty za wykonane prace.

Wobec nieuwzględnienia przez Sąd powództwa, jedynie na marginesie należało odnieść się do zarzutu pozwanej, iż naliczona przez stronę powodową kara umowna jest rażąco wygórowana, w konsekwencji czego pełnomocnik pozwanej z tzw. ostrożności procesowej wniósł o miarkowanie kary umownej.

Stosownie do treści art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać przede wszystkim dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Obie przesłanki miarkowania są równorzędne i rozłączne. Wystarczy wystąpienie jednej z nich, aby dłużnik mógł żądać redukcji kary umownej. W przypadku zgłoszenia wniosku o miarkowanie kary umownej na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia występowania jednej lub obu przesłanek redukcji kary (art. 6 k.c.).

Pierwszą przesłanką miarkowania kary umownej jest to, że zobowiązanie zostało w znacznej części przez dłużnika wykonane. Oznacza to, że interes wierzyciela, jaki miał on w wykonaniu zobowiązania, został zaspokojony w części zbliżającej się do pełnego jego zaspokojenia.

Drugą przesłanką miarkowania kary umownej jest jej rażące wygórowanie. Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym wskazującym na fakt ewidentnej niewspółmiernej wysokości kary umownej do tej, która powinna być należna wierzycielowi w danej sytuacji. Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 11.12.2008 r., II CSK 364/08, z 15.3.2012 r.), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (por. wyr. SN z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07, OSNC 2008, Nr 2, poz. 48), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., V CSK 34/06), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (por. wyr. SN z 20.5.1980 r., I CR 229/80). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć

możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (por. wyr. SN z 22.1.2015 r., I CSK 690/13). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1164). W każdym razie sąd, stosując miarkowanie, powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, lecz przede wszystkim funkcja kompensacyjna, gdyż przepisy art. 483 i 484 k.c. ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19, wyr. SA w Gdańsku z 21.5.2013 r., V ACA 229/13, L.; wyr. SA w Ł. z 7.2.2013 r., I ACA 1107/12).

W przedmiotowej sprawie stwierdzić należy (na marginesie), że obie podstawy miarkowania znalazłyby zastosowanie, bowiem pozwany wykonał znaczącą część umowy w terminie, wykonał resztę prac w terminie gdy udostępniono mu front robót, a nadto naliczoną karę uznać należałoby za rażąco wygórowaną biorąc pod uwagę wartość świadczenia pozwanego (4.493.345,70 złotych netto, a więc kara umowna odpowiadałaby 90% wartości świadczenia pozwanego), zaś powód również nie wskazał czy i w jakiej wysokości poniósł szkodę (czy zostały mu naliczone kary umowne i w jakiej wysokości, a nadto czy miały one związek wyłącznie z pracami pozwanego).

Również na marginesie odnosząc się do oświadczenia o potrąceniu dokonany przez stronę powodową pismem z dnia 16 kwietnia 2014 roku (k. 74), mocą którego potrąciła ona przysługującą pozwanej wymagalną wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonanie części robót, wynikającą z faktur VAT z wierzytelnością rzekomo przysługującą z tytułu naliczonej kary umownej, należy wskazać, że stosownie do treści art. 498 k.c., tylko wówczas 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; na skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Potrącenie (kompensacja, kompensata, od łac. compensatio) polega na umorzeniu wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie – wartość jednej wierzytelności zalicza się na poczet drugiej. W wyniku potrącenia wprawdzie żaden z wierzycieli nie otrzymuje efektywnego świadczenia, ale za to zwolniony zostaje z zobowiązania albo całkowicie, albo do wysokości wierzytelności niższej (zob. wyr. SN z dnia 14 czerwca 1974 roku, III CRN 395/73, LEX nr 7520; W. Bryl (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, pod red. Z. Resicha, Warszawa 1972, s. 1204; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System..., t. 6, s. 1091). Potrącenie definiuje się również jako umorzenie dwóch przeciwstawnych sobie wierzytelności w następstwie złożenia oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi (zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania..., s. 350).

Zgodnie z zasadą ciężaru udowodnienia faktów z art. 6 k.c., ciężar dowodzenia w zakresie potrącenia spoczywa na osobie wywodzącej z tegoż potrącenia skutki prawne. Osobą tą jest strona składająca oświadczenie o potrąceniu. Uzupełniając tę kwestię należy dodać, że fakty w procesie mogą być przyznane przez drugą stronę, co skutkuje brakiem obowiązku ich dowiedzenia (art. 229 k.p.c.). W braku przyznania dowód winien być przeprowadzony zgodnie z przytoczoną zasadą ciężaru dowodzenia. Wziąwszy pod uwagę jednak, iż na gruncie prowadzonego postępowania, Sąd uznał za niezasadne obciążenie pozwanej karą umowną, z racji udowodnienia przez nią, iż nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nastąpiło wskutek zaistnienia okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności, implikuje to de facto nieistnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia przez stronę powodową, a w konsekwencji – nieuprawniony charakter dokonanego potrącenia z uwagi na brak kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 498 k.c.

Wobec powyższego, w świetle przedstawionych okoliczności, powództwo podlegało oddaleniu jako niezasadne.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. zgodnie z którym, przegrywający obowiązany jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, zaś szczegółowe wyliczenie kosztów pozostawiono referendarzowi sądowemu na podstawie art. 108 k.p.c.

**Z/** odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron.