

Sygn. akt I C 1621/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 08 czerwca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Białymstoku I Wydział Cywilny

w następującym składzie:

Przewodniczący:	SSO Joanna Dorota Toczyłowska
Protokolant:	Anna Tatko

po rozpoznaniu w dniu 08 czerwca 2018 roku w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w B.

przeciwko Skarbowi Państwa – (...) (...) Oddziałowi (...) w B.

o zapłatę

I. Zasądza od pozwanego Skarbu Państwa – (...) (...) Oddziału (...) w B. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w likwidacji w B. kwoty:

a) 13.124,70 zł (trzyście tysięcy sto dwadzieścia cztery złote, 70/100) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 08 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty,

b) 5.420,54 zł (pięć tysięcy czterysta dwadzieścia złotych, 54/100) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 grudnia 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;

II. Oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. Zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kwotę 3.777,45 zł (trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt siedem złotych, 45/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

IV. Odstępuje od obciążania powoda brakującymi kosztami sądowymi od oddalonej części powództwa;

V. Nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.736,08 zł (jeden tysiąc siedemset trzydzieści sześć złotych, 8/100) tytułem brakujących kosztów sądowych od uwzględnionej części powództwa.

UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w likwidacji w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – (...) (...) Oddziału (...) w B. kwoty 130.030,70 zł wraz z odsetkami:

- a) ustawowymi za opóźnienie od kwoty 30.313 zł od dnia 08.01.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane na rzecz pozwanego przy realizacji umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;
- b) ustawowymi od kwoty 72.635,29 zł od dnia 12.12.2015r. do dnia 31.12.2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01.01.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;
- c) ustawowymi za opóźnienie od kwoty 8.097,86 zł od dnia wniesienia pozwu, tj. 10.08.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;
- d) ustawowymi od kwoty 18.761,70 zł od dnia 09.12.2015r. do dnia 31.12.2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01.01.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 24.06.2015r.,

a także zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych (k.2-14).

Swoje żądanie argumentował faktem, iż pozwany – pomimo ciężącego na nim obowiązku wynikającego z łączących strony umów zawartych w trybie przetargu nieograniczonego – nie rozliczył się z powodem, wystawił noty obciążające i złożył oświadczenie o potrąceniu, przy czym wynikiem w toku przedsięwziętych robót opóźnienia są skutkiem okoliczności niezależnych od wykonawcy. Zakwestionował zasadność naliczenia kar umownych za nieterminowe wykonanie inwestycji, sposób oraz ich wysokość, nieprzedłożenie przez pozwanego projektu umowy podwykonawczych i ich potrącenia z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, brak zapłaty za roboty dodatkowe wykonane przy realizacji umowy Nr (...). Zaistniała kolizja z kablem elektrycznym, licznymi korzeniami drzew w linii przebiegu remontowanego ogrodzenia, podziemne składowisko azbestu spowodowały znaczne wydłużenie terminu zakończenia prac, za które odpowiedzialności nie może ponosić powód, w szczególności gdy o wszystkich przeszkodach pozwany został uprzednio zawiadomiony. Z ostrożności procesowej, podniósł również zarzut rażącego wygórowania kar umownych, wnosząc o obniżenie ich wysokości przez Sąd o 100%, tj. o kwotę 72.635,29 zł – naliczone w związku z umową Nr (...) oraz 18.761,70 zł – naliczone w związku z umową Nr (...).

Pozwany Skarb Państwa – (...) Oddział (...) w B. (...), w odpowiedzi na pozew, wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych (k.106-123).

Zakwestionował powództwo co do zasady, jak i co do wysokości. W jego ocenie, wyłącznie z przyczyn leżących po stronie powoda doszło do opóźnienia wykonania inwestycji – napotykane trudności nie miały charakteru determinującego całkowite zaprzestanie wszelkich prac, naliczenie kar umownych znajduje uzasadnienie w łączących strony umowach, albowiem w określonych terminach przedsięwzięte czynności nie zostały wykonane. W jego ocenie nie zasługuje na uwzględnienie także zgłoszone przez powoda żądanie z art. 484 § 2 k.c., w orzecznictwie bowiem postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

W dniu 24.06.2015r. powód (...) Sp. z o.o. w B. (Wykonawca) zawarł z pozwanym Skarbem Państwa – (...) Oddziałem (...) w B. (Zamawiający), w wyniku przetargu nieograniczonego przeprowadzonego zgodnie z ustawą z dnia 29.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych, umowę nr (...), której przedmiotem był remont budynków nr (...) na terenie (...) w B., w zakresie szczegółowo określonym w ofercie Wykonawcy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Opisie Przedmiotu Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w Przedmiarze robót (§1). Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie złożonej przez powoda oferty w kwocie 625.389,80 zł brutto, które obejmowało wszystkie nakłady związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym m. in. robót budowlanych, wynikających wprost z dokumentacji, jak również nie ujętych w tej dokumentacji, a bez których

nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami. Rozliczenie miało nastąpić fakturą końcową po zakończeniu i odbiorze robót przez Zamawiającego (§2). Prace miały zostać wykonane w terminie 120 dni od dnia zawarcia umowy, przy czym termin ten obejmował: przekazanie terenu budowy, realizację całości zamówienia wynikającą z dokumentacji oraz bezusterkowy odbiór końcowy (§3). Ustalono, że przekazanie placu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy (§4). Przedmiotem odbioru końcowego było wykonanie całego przedmiotu zamówienia; data podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego stanowiła datę zakończenia realizacji przedmiotu umowy (§10 ust. 3). Strony zastrzegły, że Wykonawca zapłaci karę umowną liczoną od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, naliczanej począwszy od pierwszego dnia po upływie terminu (§12 ust. 1); przewidziano także uprawnienie po stronie Zamawiającego do potrącania naliczonych kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z faktury.

W dniu 01.07.2015r. strony podpisały protokół przekazania placu budowy, termin zakończenia prac upływał w dniu 22.10.2015r., niezależnie od omyłkowego wskazania w treści protokołu błędnej daty 28.10.2015r. Tym niemniej, powód interpretował te zapisy z korzyścią dla siebie; tak też planował prace, wykonywał zlecone mu czynności, nie napotykał szczególnych trudności przy realizacji umowy. Stosownym pismem z lipca 2015r. zwrócił się do pozwanego z wnioskiem o wydłużenie godzin pracy oraz możliwość jej wykonywania również w soboty z jednoczesnym zobowiązaniem się do zakończenia przedmiotu zamówienia w określonym umową terminie.

Dowód: KRS powoda (k.16-17v.), zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu (k.18-20), umowa Nr (...) (k.75-80), protokół przekazania placu budowy (k.74), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (k.273-282),

W dniu 23.10.2015r. strony przystąpiły do odbioru końcowego robót. Z uwagi na stwierdzone usterki, termin przesunięto na dzień 28.10.2015r., w międzyczasie Wykonawca zobowiązał się do ich usunięcia.

Dowód: protokół odbioru (k. 126), pismo (k.127, 132-134);

W dniu 28.10.2015r., wobec niestwierdzenia dalszych usterek, strony podpisały protokół odbioru końcowego, treścią którego wskazano na przekroczenie terminu realizacji umowy o 6 dni.

Dowód: protokół odbioru (k. 128);

Wobec powyższego, w dniu 12.11.2015r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową nr (...) na kwotę 18.761,70 zł tytułem naliczonych kar umownych, następnie pismem z dnia 19.11.2015r. złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z wynagrodzeniem za realizację umowy.

Dowód: nota obciążeniowa (k. 129), faktura VAT (k. 130), oświadczenie o potrąceniu (k. 131);

W dniu 30.06.2015r. powód (Wykonawca) zawarł z pozwanym (Zamawiający), również w wyniku przetargu nieograniczonego przeprowadzonego zgodnie z ustawą z dnia 29.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych, umowę nr (...), której przedmiotem był remont ogrodzenia zewnętrznego w (...). (...) w B., w zakresie szczegółowo określonym w ofercie Wykonawcy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Opisie Przedmiotu Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w Przedmiarze robót (§1). Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty w kwocie 216.821,74 zł brutto, które obejmowało wszystkie nakłady związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym m. in. robót budowlanych, wynikających wprost z dokumentacji, jak również nie ujętych w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami. Rozliczenie miało nastąpić fakturą końcową po zakończeniu i odbiorze robót przez Zamawiającego (§2). Prace miały zostać wykonane w terminie 90 dni od dnia zawarcia umowy, przy czym termin ten

obejmował: przekazanie terenu budowy, realizację całości zamówienia wynikającą z dokumentacji oraz bezusterkowy odbiór końcowy (§3). Ustalono, że przekazanie placu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy (§4). Przedmiotem odbioru końcowego było wykonanie całego przedmiotu zamówienia; data podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego stanowiła datę zakończenia realizacji przedmiotu umowy (§10 ust. 3). Strony zastrzegły, że Wykonawca zapłaci karę umowną liczoną od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, naliczanej począwszy od pierwszego dnia po upływie terminu (§12 ust. 1); przewidziano także uprawnienie po stronie Zamawiającego do potrącania naliczonych kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z faktury. Strony przewidziały także uprawnienie Zamawiającego do potrącania naliczonych kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z faktury (§5 ust. 12). Powierzenie przez Wykonawcę wykonania części przedmiotu umowy Podwykonawcy wymagało każdorazowo zgody Zamawiającego na zawarcie umowy (§9 ust. 4); uchybienie temu obowiązкови uprawniało Zamawiającego do żądania kary umownej liczonej od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 0,1% tegoż, z tytułu „nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia po terminie określonym §9 ust. 8 umowy, tj. w terminie 7 dni od zawarcia umowy z Podwykonawcą.

Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zakres przewidzianych robót remontowo – naprawczych obejmował wytyczenie linii granic ogrodzenia, zabezpieczenie tymczasowym ogrodzeniem terenu wokół wymienianego ogrodzenia, rozbiórka odcinków ogrodzenia prefabrykowanego wraz z cokołem, rozbiórka odcinków ogrodzenia siatkowego wraz z cokołem, usunięcie karp, pni, niewielkich nasypów, krzaków w linii remontowanego ogrodzenia, odtworzenie po linii granic kompleksu ogrodzenia zewnętrznego i części ogrodzenia wewnętrznego, niwelację terenu po robotach, osianie traw metodą siewu dywanowego, montaż wiązek drutu ostrzowego w linii ogrodzenia na wysięgnikach stalowych, wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej zadania, zagospodarowanie odpadów, montaż stanowisk postojowych dla rowerów.

W dniu 06.07.2015r. strony podpisały protokół przekazania placu budowy, termin zakończenia prac upływał w dniu 05.10.2015r.

Dowód: umowa Nr (...) (k.20-26), specyfikacja techniczna (k.26-34v.), protokół przekazania placu budowy (k.35);

Już na samym początku były ponaglenia ze strony pozwanego, aby powód przystąpił do wykonywania umowy; czynności rozpoczęły się od frontowej części ogrodzenia, na pozostałych odcinkach nikt nie pracował, powód w początkowej fazie procesu wykonawczego dysponował wyłącznie trzema pracownikami.

W trakcie wykonywania robót, zaczęły ujawniać się problemy. Już w dniu 30.07.2015r. przy bramie wjazdowej odkryto przewód energetyczny pod wysokim napięciem (nie ujęty ani w umowie ani żadnej mapie), który – w ocenie powoda – uniemożliwiał wykonanie fundamentu pod ogrodzeniem murem. Pozwany został poinformowany o powyższym fakcie pismem z dnia 13.08.2015r. Kolidują z kablem występowała na odcinku 4 metrów bieżących. Jego usunięcie nastąpiło w dniu 21.08.2015r., do tego czasu prace zostały wstrzymane. Problem z usytuowaniem przewodu elektrycznego w miejscu przewidzianych prac wynikał z niemożności przewidzenia przebiegu instalacji podziemnych na etapie sporządzania Specyfikacji.

Następnie, po odtworzeniu geodezyjnym granic działki, w dniu 27.08.2015r. natrafiono na zakopane płyty z azbestu po stronie nieruchomości Policji w B.. Następnego dnia pozwany poinformował przedstawicieli właściciela o konieczności ich zabrania. Ostatecznie, znalezisko zabezpieczono i wywieziono w dniu 02.09.2015r. Problem z azbestem dotyczył odcinka ok. 35 metrów bieżących planowanego ogrodzenia i w ciągu 5 dni został całkowicie rozwiązany.

Jakkolwiek w specyfikacji technicznej kształt ogrodzenia miał kształt litery „S”, napotkawszy szereg trudności w realizacji umowy, pozwany zdecydował się zmienić – uwzględniając potrzeby Wykonawcy – kształt w łuk; długość ogrodzenia zmniejszyła się wówczas nieznacznie, przy czym nie było to problemem ze strony Zamawiającego. Pojawiły

się także problemy z występowaniem odpadów budowlanych (gruz, różne elementy stalowe, szkło) w odcinku ogrodzenia pomiędzy magazynem a Policją, co utrudniało wykonywanie otworów pod słupki betonowe.

Kolejnym pismem wystosowanym do pozwanego, powód wskazał na wystąpienie konieczności wykonania innych, dodatkowych prac (m.in. usunięcia dużej ilości korzeni drzew na całej długości remontowanego ogrodzenia), które również wstrzymały postępy robót. W związku z powyższym, powód zwrócił się z prośbą o przesunięcie terminu wykonania prac, na co pozwany nie wyraził zgody. W trakcie przedsięwziętych przez powoda prac, w sytuacji zatrzymania robót na określonym odcinku (konieczność usunięcia azbestu, korzeni, kabla elektrycznego), na innych odcinkach również nie widać było postępów.

W dniu 07.10.2015r. strony rozpoczęły czynności zmierzające do odbioru prac. W trakcie ich wykonywania, Komisja odbioru i przekazania do użytkowania przerwała czynności, albowiem nie zakończono robót w pełnym zakresie objętych umową - szczegółowo opisano usterki, stwierdzono braku w dokumentacji odbiorowej. Wyznaczono też wykonawcy termin usunięcia wad i niedociągnięć do dnia ponownego zgłoszenia odbioru wraz z pełną dokumentacją.

Pismem z dnia 19.10.2015r. powód zwrócił się do pozwanego z prośbą o wskazanie wytycznych dotyczących gładkości płyt płotu prefabrykowanego, ustosunkowanie się do usterki dotyczącej usztywnienia płotu prefabrykowanego, wskazanie, które elementy zwieńczające na ogrodzeniu murowanym wymagają wymiany. Ustalono, że ogrodzenie prefabrykowane należało usztywnić poprzez obetonowanie słupków zgodnie ze specyfikacją, ponadto należy wymienić wszystkie uszkodzone oraz krzywo ułożone elementy zwieńczające, tak aby zachować jednolitą płaszczyznę zwieńczenia muru. Podano również interpretację pojęcia tynk „gładki” – tynk o równej i gładkiej powierzchni zgodnie z PN-70/B-10100.

Dowód: pismo powoda (k.37), zapisy w dzienniku budowy (k.171-180, 243), korespondencja stron (k.38-43, 44-45), protokół (k.46); zeznania M. J. (e-protokół z dnia 24.01.2017r.), M. G. (e-protokół z dnia 24.01.2017r.), A. K. (e-protokół z dnia 24.01.2017r.), Ł. Z. (e-protokół z dnia 24.01.2017r.), M. J. (e-protokół z dnia 31.03.2017r.), K. R. (e-protokół z dnia 31.03.2017r.), W. N. (e-protokół z dnia 31.03.2017r.), A. N. (e-protokół z dnia 31.03.2017r.), R. D. (e-protokół z dnia 28.11.2017r.), zeznania powoda (e-protokół z dnia 25.05.2018r.);

Strona powodowa kilkakrotnie jeszcze zgłaszała gotowość odbioru prac; czynności odbioru każdorazowo przerywano z analogicznych co wyżej przyczyn.

Dowód: korespondencja stron, protokoły przerwania czynności odbioru (k.47-59, 136-145, 146-149v.);

W dniu 10.11.2015r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT.

Dowód: faktura VAT (k.63);

Nie dokonywano odbiorów częściowych, Komisja dokonała oceny całego ogrodzenia i pełnego wykonania zleconych robót. W dniu 24.11.2015r., wobec wykonania przez powoda prac zgodnie z listą dotychczasowych uchybień i nieprawidłowości, a także niestwierdzenia dalszych usterek, strony podpisały protokół odbioru końcowego, treścią którego wskazano na przekroczenie terminu realizacji umowy o 57 dni. Wskazano w nim również wartość odszkodowania umownego w wysokości 61.794,20 zł, jak również odszkodowania umownego z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania przez Zamawiającego projektu umowy z podwykonawcą.

Dowód: protokół odbioru (k.60-62);

Wobec powyższego, w dniu 26.11.2015r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową nr (...) na kwotę 72.635 zł tytułem naliczonych kar umownych i wezwał go do zapłaty w terminie do 30.11.2015r. W związku z brakiem uregulowania należności, pismem z dnia 11.12.2015r. złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z wynagrodzeniem za realizację umowy.

Dowód: wezwanie do zapłaty (k.65, 152), nota obciążeniowa (k.66,153), faktura VAT (k.130), oświadczenie o potrąceniu (k.155); korespondencja stron (k.156-170),

Za wykonanie prac dodatkowych, powód wystawił pozwanemu w dniu 31.12.2015r. fakturę VAT na łączną wysokość 30.312,30 zł brutto wraz z pismem zawierającym szczegółowy ich zakres, tj. szpachlowanie i szlifowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego, zabezpieczenie z drutu ostrzowego na słupach żelbetowych, zabezpieczenie drutu ostrzowego przed szybkim zdjęciem na wysięgnikach, wykonanie 24 sztuk dołów pod reklamy, demontaż i następnie montaż reklam na konstrukcji wsporczych, wykonanie dodatkowego płotu z klinkieru 2,6 m², usunięcie kolizji kabla energetycznego i usunięcie korzeni. O wszystkich pracach pozwany był informowany na bieżąco, wyrażał akceptację ich wykonania. Końcowo, nie uznał żądania, zakwestionował zasadność domagania się wynagrodzenia, albowiem w jego ocenie umowa stron obejmowała wszelkie wyniki w trakcie jej wykonywania koszty.

Dowód: pismo z zestawieniem prac dodatkowych (k.69), faktura (k.70-71),

W trakcie wykonywania umowy okazało się, że Wykonawca realizuje część przedmiotu przy pomocy podwykonawcy (...) Sp. z o.o. w B., o czym pozwany nie miał wiedzy, która wystawiła fakturę na kwotę 8.097,86 zł, przy czym powód odmówił jej przyjęcia. Na tle wykonywanych czynności doszło pomiędzy w/w do sporu. Pozwany zwrócił się do Sądu Rejonowego w Białymstoku o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego tej kwoty tytułem częściowego jego zobowiązania wynikającego z umowy Nr (...) z zastrzeżeniem, że depozyt może być wypłacony powodowi bądź podwykonawcy, (...) Sp. z o.o. w B., pod określonymi warunkami. Postanowieniem z dnia 18.12.2015r., sygn. II Ns 5468/15, Sąd uczynił zadość żądaniu pozwanego.

W toku procesu budowlanego okazało się, że powód uchybił obowiązkowi przewidzianemu treścią § 9 ust. 4 umowy, zgodnie z którym zobowiązany był do przedłożenia do akceptacji pozwanemu zawieranych umów z podwykonawcami. Z powyższego tytułu naliczono kary umowne w łącznej wysokości 10.841,09 zł, wyliczonej w oparciu o treść § 12 pkt 1, tj. 0,1% wynagrodzenia z tytułu nieprzedłożenia poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, naliczanej po upływie terminu § 9 ust.8.

Dowód: postanowienie (k.81-83), pisma podwykonawcy (k.181-183), faktura (k.184)

Już pod dacie wniesienia pozwu, uchwałą Nr (...)podjętą w dniu 03.08.2016r. powodowa spółka została postawiona w stan likwidacji. W dniu 15.11.2016r. Sąd Rejonowy w Białymstoku XII Wydział Gospodarczy KRS ujawnił w rejestrze fakt otwarcia likwidacji.

Dowód: akt notarialny (k.222-225), KRS powoda (k.231-234);

Charakter sprawy, stopień skomplikowania zagadnień związanych z procesem budowlanym, konieczność ustalenia, czy wykonane przez powoda roboty wskazane w piśmie z dnia 31.12.2015r. skierowanym do pozwanego stanowiły roboty dodatkowe w stosunku do zakresu umowy Nr (...) (jeśli tak – jaka jest wartość tych robót), czy wystąpienie kolizji z kablem elektrycznym, korzeniami drzew oraz ujawnieniem w trakcie prac podziemnego składu azbestu w miejscu planowanego remontu ogrodzenia oraz wykonanie robót dodatkowych miało wpływ na terminowość wykonania prac przez powoda, czy wykonawca – na podstawie posiadanej dokumentacji technicznej – mógł przewidzieć przebieg kabla elektrycznego, korzeni drzew oraz podziemnego składowiska azbestu, czy istniała możliwość wskazania przez inwestora (pozwanego) wszystkich dostrzeżonych usterek podczas końcowego odbioru w dniu 07.10.2016r. bez przerywania procedury odbioru po wskazaniu jedynie niektórych z nich, czy termin wykonania prac przez powoda został wydłużony poprzez roboty dodatkowe oraz napotkane trudności oraz następczą zmianę stanowiska inspektora nadzoru co do sposobu wykonania wykopów przed zalaniem betonu (jeśli tak – o ile), determinowały treść postanowienia Sądu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz kosztorysowania (k.299-300).

Powołując się na treść § 2 ust. 2 umowy biegły przyjął, że wynagrodzenie wykonawcy obejmuje wszystkie nakłady związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym nie ujętych w tej dokumentacji, a bez których nie

można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z zapisami w protokole przekazania placu budowy, w pkt II Wykonawca przyjmuje do wiadomości i przestrzegania: Pkt 5 - wszelkie roboty dodatkowe lub zamiennie nie objęte dokumentacją projektową – kosztorysową mogą być wykonane pod warunkiem: wpisania konieczności ich wykonania przez Inspektora Nadzoru do dziennika budowy, sporządzenia protokołu konieczności wraz z wyceną zatwierdzoną przez Inwestora i sporządzenia stosownego aneksu do umowy. Stwierdził przy tym, że wykonane przez powódkę roboty nie stanowiły prac dodatkowych w stosunku do zakresu umowy Nr (...). W ocenie biegłego, wydłużenie robót zostało spowodowane wyłącznie kolizją ze składowiskiem azbestu i wynosiło 5 dni roboczych, natomiast kolizja z kablem elektrycznym nie miała wpływu na terminowość wykonania prac (kolizja z kablem na długości 4 m, przy długości całego ogrodzenia 336,90 m). Utrudnienia spowodowane korzeniami drzew nie powinny rzutować na terminowość wykonania robót. Zaakcentował, że w przedmiarze uwzględniono ręczne ścinanie i karczowanie korzeni zagajników średniej gęstości (0,04 ha) oraz ręczne karczowanie korzeni drzew (śr. 16-25 cm), nie sposób zaliczyć tych czynności do prac dodatkowych. Jakkolwiek Wykonawca na podstawie posiadanej dokumentacji nie mógł przewidzieć przebiegu kabla energetycznego, podziemnego składowiska azbestu, powinien liczyć się z możliwością zaistnienia utrudnień wynikających z ewentualnej obecności korzeni drzew – tym bardziej, że przedmiar robót akcentuje konieczność wykonania części czynności polegających na ścinaniu i karczowaniu drzew. Zgodnie z SIWZ, pkt III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 5 – Zamawiający wyznaczył termin wizji lokalnej na dzień 28.05.2015r. umożliwiając oferentom zapoznanie się z terenem w miejscu wykonywanych robót. Biegły podniósł także, iż zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami realizacji inwestycji Wykonawca winien do odbioru końcowego przygotować przedmiot odbioru, by w wyznaczonym czasie dokonać przeglądu obiektu oraz przygotować dokumentację odbiorową w pełnym komplecie, a roboty winny być zakończone bez usterek i niedoróbek, jak przewidywał projekt, umowa, SIWZ oraz inne ustalenia stron w trakcie realizacji procesu budowy. Inwestor nie mógł wskazać wszystkich usterek podczas odbioru końcowego w dniu 07.10.2015r. m.in. z powodu niezakończenia robót. Zmiana co do sposobu posadowienia ogrodzenia (stalowego) nie spowodowała wydłużenia terminu wykonania wykopów, albowiem zmiana ta wpłynęła na zmniejszenie zagłębienia fundamentu o 20 cm na długości 72,4 m, tj. zmniejszenie wykopów o 21,88 m³ – taką wartość podał biegły jako ogólne zmniejszenie robót.

Uzupełniająco, w odpowiedzi na zastrzeżenia stron (k.373-376, 379-380), wskazał że w aktach sprawy nie stwierdził badań płyt betonowych na budowie, natomiast nie było możliwym dokonanie badań parametrów geometrycznych i oceny oryginalnych płyt betonowych, albowiem były one szlifowane i szpachlowane. W przypadku zastosowania płyt betonowych o właściwej fakturze Wykonawca nie musiałby szlifować i szpachlować ich powierzchni, przy czym zgodnie z umową, SIWZ i ST Wykonawca odpowiada za jakość wykonanych robót i jakość wbudowanych materiałów. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą żądania zmiany wynagrodzenia. Strony nie mogą zmieniać ceny wykonania zamówienia przedstawionej w ofercie. Zamawiający ma prawo wstrzymać czynności odbioru końcowego, jeżeli Wykonawca nie wykonał przedmiotu umowy w całości. Biegły zaakcentował ponownie, że Wykonawca miał utrudnienia i brak możliwości wykonywania robót szczególnie na odcinku składu azbestu (35m). Kolizja stanowiła więc ponad 10% długości ogrodzenia do wykonania, taki udział w pracach należy ocenić jako „znaczące utrudnienie”. Zakres robót dotyczący zmiany posadowienia ogrodzenia stalowego spowodował zmniejszenie zakresu robót, co powinno przełożyć się na skrócenie terminu wykonywania robót; analogicznie – rezygnacja z części ogrodzenia naprzeciwko budynku nr (...) miała wpływ na zmniejszenie zakresu.

Strony w dalszym ciągu kwestionowały poczynione ustalenia (k.415-416, 418-421). Przesłuchiwany na rozprawie w dniu 22.09.2017r. biegły, jakkolwiek podtrzymał zasadniczo opinię, zaznaczył że nie uwzględnił normy PN-EN 12839, co uzasadniałoby przyznanie Wykonawcy części wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe.

Dowód: opinia (k.311-334), opinia uzupełniająca (k.384-396, 427-428), ustna opinia (e-protokół z dnia 22.09.2017r.);

W świetle powyższych twierdzeń, Sąd dopuścił dowód z opinii uzupełniającej na okoliczność określenia wartości prac wykonanych przez powoda w związku z realizacją umowy Nr (...), wymienionych w piśmie z dnia 31.12.2015r. (k.69 akt) (e-protokół z dnia 28.11.2017r.).

Dokonując analizy pisma powoda, akt sądowych, założeń kosztorysowych, przedmiaru, rzeczowego zakresu robót do wykonania, projektu ogrodzenia, szkicu sytuacyjnego, schematu wyglądu wiązki drutu ostrzowego, ale też KNR-ów, Biuletynów Cen Robót Budowlanych, stawek robocizny i ceny materiałów na rynku (...), biegły przedłożył kosztorys wartości wszystkich robót wymienionych w w/w piśmie na kwotę 32.037,22 zł brutto, przy czym szlifowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego określił jako koszt rzędu 1.800,56 zł, natomiast szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego na koszt 11.519,20 zł. Ustnie na rozprawie w dniu 10.04.2018r. wyjaśnił, że zakres robót określony został w piśmie z dnia 31.12.2015r.; kosztorys obejmuje stawki na czwarty kwartał 2017r. (przyjął ceny na dzień jego sporządzenia).

Konieczność dostosowania kosztorysu do cen z drugiego kwartału 2015r. skutkowałą sporządzeniem kolejnej, uzupełniającej opinii. Ostatecznie, biegły określił wartość robót dodatkowych na kwotę 30.312,30 zł, przy czym szlifowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego określił jako koszt rzędu 1.705,46 zł, natomiast szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego na koszt 11.419,24 zł.

Dowód: opinia uzupełniająca (k.449-461, 474-484);

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, tj. zeznań przesłuchiwanych w sprawie świadków, dokumentów prywatnych znajdujących się w aktach, których treść nie była co do zasady kwestionowana, dotyczących w szczególności charakteru, rodzaju i rozmiaru planowanych i wykonywanych prac, wymiany korespondencji jeszcze na drodze prób polubownego rozstrzygnięcia sporu, uchylania się pozwanej od regulowania należności wynikających z wystawianych przez powoda faktur z uwagi na zaistniałe opóźnienia w przedsięwziętych robotach. W przedstawionym wyżej kształcie nie był on co do zasady kwestionowany – osiłą sporu pozostawały zagadnienia dotyczące przyczyn opóźnień w przedsięwziętych pracach (kwestia zawinienia po stronie powoda), zasadność naliczenia kar umownych przez pozwanego w związku z nieterminową realizacją zamówienia, ale też interpretacja poszczególnych zapisów umowy i transformacja ich na zaistniałe w sprawie okoliczności faktyczne.

Źródła osobowe umożliwiły Sądowi ustalenie, jak przebiegała współpraca stron, jakie były przyczyny powstania opóźnień, czy i w jaki sposób powód przygotowywał sobie front robót, ale też że zaczął faktyczne ich prowadzenie dopiero w kilka-kilkanaście dni od daty przekazania mu placu budowy. Zeznania przesłuchiwanych w sprawie świadków zasługiwały na uwzględnienie w zakresie, w którym korelowały z pozostałymi zgromadzonymi dowodami, w szczególności obrazującymi postępy prac.

Sąd uznał opinię biegłego, wraz z szeregiem opinii uzupełniających, za sporządzone w sposób prawidłowy i rzetelny, w pełni zasługujące na obdarzenie ich walorem wiarygodności. Poddają się one bowiem pozytywnej weryfikacji w oparciu o kryteria takie jak: zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziom wiedzy sporządzającej, podstawy teoretyczne opinii, a także sposób motywowania oraz stopień stanowczości wyrażonych w opinii wniosków (tak m.in. postanowienie SN z dn.07.11.2000 roku, OSNC2001/4/64, I CKN 1170/98). Biegły w sposób nie budzący wątpliwości przedstawił tok swego rozumowania w dochodzeniu do wniosków końcowych. Nadto podkreślić należy, iż jest specjalistą w swojej dziedzinie, posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a sporządzoną opinię sformułował na podstawie materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy, własne doświadczenie i wiedzę, ale też dokumentację procesu budowlanego pomiędzy stronami. Tym samym Sąd w całości podzielił stanowisko w nich wyrażone, a wnioski końcowe legły u podstaw ustaleń faktycznych Sądu. Końcowo, żadna ze stron nie wnosiła o jej dalsze uzupełnienie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie, aczkolwiek wyłącznie w części, w odniesieniu do umowy Nr (...).

Zgodnie z treścią art. 647 k.c., 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. Przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane często dochodzi do konfliktów, co spowodowane jest wysokim stopniem jej skomplikowania, koniecznością zaangażowania znacznych środków finansowych oraz osobowych przez strony, obawa utraty płynności i nieterminowości dokonywanych wpłat oraz wielością podmiotów biorących udział w jej wykonaniu, gdyż oprócz inwestora i wykonawcy w realizację takiej umowy włączeni bywają również podwykonawcy.

W niniejszej sprawie poza sporem pozostawał rodzaj umowy łączącej powoda z pozwanym (umowa o roboty budowlane), postanowienia w niej zawarte, na które obie strony wyraziły zgodę w brzmieniu i kształcie jak w umowie, charakter wykonywanych prac, opóźnienia, które wyniknęły w trakcie realizacji inwestycji, data gotowości oddania inwestycji do użytku po terminach zakreślonych w umowach, okoliczności sporządzenia protokołów końcowego odbioru prac.

Spór pomiędzy stronami dotyczył zasadności naliczenia kar umownych, przyczyn powstałych opóźnień i ustalenia ciężaru odpowiedzialności za nieterminowość w wykonaniu przedmiotu umowy, zasadności żądania zapłaty za wykonane przez powoda roboty określone jako dodatkowe, ale też zapłaty kwot wynikających z umów Nr (...)/(...)w części, w której nie zostały one uiszczone wobec złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu, tj. w wysokości dochodzonej pozwem, obowiązku zawiadomienia o wykonywaniu części prac przez podwykonawcę. Od uznania znajdujących się § 12 obu umów zapisów o karach umownych za dopuszczalne lub niedopuszczalne oraz oceny zasadności ich naliczenia zależała zasadność podnoszonej przez pozwanego argumentacji, dokonał skutecznie potrącenia swoich wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością powoda, a przy tym – w świetle § 2 ust. 2 – czy powodowi należy się wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych.

Powód podnosił, że opóźnienie w wykonaniu prac, które stanowiło przyczynę naliczenia kar umownych, było związane:

- w przypadku umowy Nr (...) – przekazaniem placu budowy dopiero w dniu 01.07.2015r. i liczeniem 120-dniowego terminu od tej daty, co znajduje odzwierciedlenie w protokole przekazania, tj. do dnia 28.10.2015r., nie zaś jak twierdzi pozwany, od daty podpisania umowy głównej w dniu 24.06.2015r. a więc do 22.10.2015r.

- w przypadku umowy Nr (...) – wystąpieniem szeregu nieprzewidzianych okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności, a które uniemożliwiały wykonanie zleconych robót, czemu pozwany kategorycznie zaprzeczał, przerzucając ciężar odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie na powoda.

Przyjęcie skutków odbiorów poszczególnych umów Sąd ustalił odpowiednio, na dzień 28.10.2015r. - do umowy Nr (...), a także na dzień 24.11.2015r. – umowa Nr (...), wobec niestwierdzenia dalszych usterek, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron.

Obowiązkiem wykonawcy (powoda) jest wykonanie przedmiotu umowy (przy istnieniu możliwości faktycznej i prawnej) w terminie i dopiero taka realizacja przedmiotu umowy aktualizuje roszczenie o zapłatę pełnego wynagrodzenia.

Zakres odpowiedzialności dłużnika z tytułu kar umownych wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określone przez przyzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Z przepisu art. 471 k.c. wynika domniemanie, iż nie wykonując lub nienależycie wykonując zobowiązanie, dłużnik działa w sposób zawiniony. Oznacza to, że również w przypadku dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania z powołaniem się na kary umowne, dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (wyrok

Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 5 marca 2014 r., I ACa 947/13). Dłużnik dopuszcza się zwłoki (tzw. opóźnienie kwalifikowane), jeżeli opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, a opóźnienie to jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Chcąc zwolnić się od skutków zwłoki, co uzasadniałoby jedynie zarzut opóźnienia zwykłego niestwarzającego dla niego tak negatywnych następstw, musi udowodnić, że opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie odpowiada. Zatem wierzyciel musi jedynie udowodniać, że termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. (wyrok SA w Katowicach z dnia 25 maja 2006 r., I ACa 1229/05, LEX nr 217193; wyrok SA w Katowicach z dnia 17 maja 2008 r., V ACa 175/08, Biul. SAKa 2008, nr 3, s. 28). Tym samym, na dłużnika przerzucony został obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z reguły oznacza to konieczność wykazania, że taka sytuacja wystąpiła, jako skutek zdarzeń niezawinionych przez dłużnika. Ogólne reguły rozkładu ciężaru dowodu przy odpowiedzialności kontraktowej mają zastosowanie także w wypadku zastrzeżenia kary umownej, z tym tylko, że wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Konstrukcja tego przepisu wskazuje zaś, że na dłużniku ciąży domniemanie winy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, co oznacza, że od odpowiedzialności może zatem zwolnić się jeśli wykaże, że nastąpiło to z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Swoboda umów (art. 353 § 1 k.c.) nie sięga tak daleko, że dopuszcza zmianę zasady odpowiedzialności określonej w art. 483 k.c., art. 384 k.c. i art. 471 k.c. Z kolei swobodę stron w zakresie umownego ułożenia stosunku prawnego w zakresie kary umownej określa art. 484 § 2 k.c. (wysokość odszkodowania) i nie dotyczy to kwestii domniemania winy.

Oczywistym jest, że kara umowna przewidziana w art. 483 k.c. stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może więc bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi - art. 471 k.c. (uzasadnienie wyroku SN z 20 marca 1967 r., II CR 419/67, LexisNexis nr 319960). Sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie przez powoda zobowiązania w terminie nie był w toku procesu kwestionowany.

Kary umowne stanowią narzędzie bardzo wygodne dla inwestora, gdyż wystarczy udokumentować sam fakt zawinionego niewykonania zobowiązania przez wykonawcę, aby móc obciążyć go karą umowną z tego tytułu. Z konstrukcji kary umownej wynika, że zasadniczą przesłanką roszczenia wynikającego z art. 483 k.c. jest leżąca po stronie dłużnika wina w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Przy tym konstrukcja odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej oparta jest na zasadzie winy domniemanej (art. 471 k.c.) i z tego względu to na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Ustalenie to, wobec deklarowania na przestrzeni całego procesu przez powoda osadzonego w treści art. 471 k.c. zarzutu, że opóźnienie to wynikało nie z jego winy, a czynników, których Wykonawca nie był w stanie przewidzieć, aktualizowało potrzebę oceny, czy stanowiło ono przejaw tego rodzaju okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności. Przesądzenie tej kwestii wpływało wprost nie tylko na kierunkową zasadność analizowanego roszczenia, ale także stanowiło podstawowy wyznacznik określenia jego ostatecznej wysokości.

W świetle powyższego, w ślad za poczynionymi w sprawie ustaleniami - w części dotyczącej żądania zapłaty kwoty 18.761,70 zł z umowy Nr (...) - należy podkreślić, iż plac budowy został udostępniony powodowi z zachowaniem wynikającego z umowy (...) -dniowego terminu od daty podpisania umowy, tj. 01.07.2015r. Od tej daty należało więc liczyć 120 dni na wykonanie przewidzianych prac. Znamiennym, że zgodnie z § 18 ust. 6 umowy, protokół przekazania placu budowy nie stanowi integralnej części postanowień umownych, nie mógł więc zmienić terminu realizacji umowy. Nie został bowiem podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji (...) (...) w B., a jedynie przez osoby zajmujące się realizacją umowy od strony technicznej; nie można więc przypisywać mu charakteru aneksu - zmiany umowy wymagały bowiem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Znajdujący się w nim

zapis wskazujący na termin odmienny (28.10.2015r.) aniżeli wynikający z treści umowy nie może determinować przesunięć w tej części i jego wydłużenia / skrócenia. Odmienna interpretacja, prezentowana konsekwentnie i kategorycznie przez powoda w toku postępowania, może działać wyłącznie na jego niekorzyść i w ocenie Sądu wynika wyłącznie z chęci uchylenia się od skutków uchybienia terminowi. Dodatkowo, w toku przedsięwziętych czynności procesowych, powód nie wykazał w należyty sposób przyczyn opóźnień. W tym stanie rzeczy Sąd przyjął, iż pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej za opóźnienie wykonania robót, do których bezsprzecznie doszło, a następnie dokonanie potrącenia z wynagrodzeniem należnym za wykonanie umowy. Wysokość i sposób naliczenia kary znajduje oparcie w przywoływanych treścią uzasadnienia zapisach umownych. Potrącona kwota 18.761,70 zł jest wynikiem iloczynu wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oraz opóźnienia (6 dni).

W odniesieniu natomiast do umowy Nr (...), nie ulega wątpliwości że zakończenie prac nastąpiło dopiero w dniu 24.11.2015r., nie zaś w momencie pierwszej „próby” odbioru końcowego. Wady bowiem były na tyle istotne, że przed ich usunięciem nieuprawnionym było stwierdzenie, aby zlecone zadanie zostało wykonane. Do tej daty nie zostały wykonane istotne elementy ogrodzenia, bez których roboty nie mogły zostać odebrane, a wady były na tyle istotne, że przed ich usunięciem w ogóle nie sposób było przyjąć, aby powód wywiązał się z umowy. Głównym czynnikiem determinującym takie przyjęcie był brak odpowiedniej ilości betonu w posadowionych przez powoda wszystkich słupkach ogrodzenia, nie były one stabilnie umocowane. Czynności te – jakkolwiek przewidziane treścią SIWZ – nie zostały należycie wykonane; brak było stosownego obetonowania słupków wewnątrz ziemi. Słusznie wskazywał pozwany, iż ma to dla niego o tyle istotne znaczenie, że przebudowywane ogrodzenie jest elementem ochronnym jednostki wojskowej, miał stanowić szczególnie stabilną konstrukcję. Bezpośrednio natomiast po usunięciu tych usterek, prace zostały odebrane. W trakcie przystępowania do odbioru robót wykryto również szereg innych usterek, które powód zobowiązany był naprawić i zostały ujęte w poszczególnych protokołach. Wbrew twierdzeniom powoda, pozwany nie mógł korzystać z ogrodzenia w sposób przewidziany umową, ryzykując że zbyt mała ilość betonu nie utrzyma ogrodzenia, przez co może się zawalić. Nie jest to usterka nieistotna, wręcz przeciwnie – zagadnienie to ma kluczowe znaczenie dla przyjęcia prawidłowego / nieprawidłowego wykonania umowy.

Wprawdzie, jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, opóźnienia w realizacji inwestycji były spowodowane czynnikami zewnętrznymi (znajdujący się pod planowanym ogrodzeniem kabel elektryczny, wykopalisko w postaci płyt azbestu, liczne korzenie oraz konary drzew, gruz oraz inne odpady niesegregowane), część z nich powód winien jednak przewidzieć podejmując się wykonywania prac w określonym miejscu, po uprzedniej wizji lokalnej w maju 2015r., kiedy to pozwany umożliwił oferentom przetargu dokładne zapoznanie się z terenem i wstępne przynajmniej przygotowanie odpowiedniego planu. Właściwa organizacja, bądź jej brak, leży wyłącznie po stronie powoda. W ocenie Sądu, już w dacie podpisywania umowy, przedsięwzięte czynności nie uwzględniały stosunkowo krótkiego terminu na wykonanie inwestycji, o czym świadczy (a co wynika z zeznań części przesłuchiwanym w sprawie świadków) chociażby podjęcie prac dopiero w kilka dni po dacie podpisania umowy, po kilkukrotnych, pisemnych ponagleniach ze strony Inwestora. Powód nie poczynił także założeń, że realizując zadanie może napotkać szereg utrudnień, wymagających od niego natychmiastowej reakcji. To on bowiem, jako profesjonalista, podejmując się wykonawstwa tego typu zadania inwestycyjnego powinien był tak zaplanować działania, aby w ciągu 90 dni należycie wywiązać się z umowy. Skoro powód m.in. opóźnił się z rozpoczęciem działań, w trakcie wykonywania prac napotkał szczególne trudności, następnie zaś nie zaangażował odpowiedniej ilości środków, w szczególności osobowych, to on doprowadził do stanu opóźnienia w realizacji umowy, w szczególności wobec wstrzymania prac na okres ok. 3 tygodni w związku z wystąpieniem kabla energetycznego w miejscu planowanego ogrodzenia na długości 4 metrów (podczas gdy cała długość ogrodzenia przekraczała 330 metrów). Nie istniały - w ocenie Sądu – żadne obiektywne przeszkody uniemożliwiające powodowi, na czas jego usunięcia przez stosowne służby i organy, „przerzucenia” prac w inne miejsce inwestycji, unikając tym samym bezproduktywnej straty czasu, ryzykując uchybieniem terminowi wykonania umowy.

Wykonawcę robót budowlanych powinien bowiem cechować profesjonalizm pozwalający na analizę warunków określonych w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia, w tym określenie poziomu ryzyka związanego z

prowadzonymi pracami. Zaakceptowanie tych warunków nie pozwala na czynienie zamawiającemu w toku realizacji umowy skutecznych zarzutów dotyczących zamówienia. Niewątpliwie wolą powoda nie było poniesienie straty wskutek wykonania umowy w ramach zamówienia publicznego, jednakże ustalenie treści umowy objęte jest ryzykiem kontraktowym obu stron. Strony w chwili zawierania umowy powinny brać pod uwagę okoliczności mieszczące się w granicach zwykłego ryzyka kontraktowego, a od profesjonalnych uczestników obrotu wymaga się większej staranności przy ocenie okoliczności mających wpływ na treść postanowień umownych oraz przy ocenie ryzyka. Powód w ocenie Sądu staranności tej nie dochował. Powinien bowiem wnikliwie przeanalizować dokumentację projektowo techniczną mając świadomość braku badań hydrologicznych podjąć stosowne ustalenia we własnym zakresie.

Mając na uwadze powyższe rozważania wskazać należy, że powód nie wykazał, aby opóźnienie powstało z przyczyn od niego niezależnych bądź leżących po stronie pozwanego w części ponad wskazywane przez biegłego treścią opinii 5 dni przerwy, wymuszonej odkryciem azbestu i koniecznością jego usunięcia.

W tej więc części, naliczone przez pozwanego 57 dni opóźnienia należało pomniejszyć – do 52 dni i uznać żądanie z pozwu za zasadne wyłącznie w zakresie kwoty 5.420,54 zł (pkt I b) orzeczenia), stanowiącej różnicę iloczynu wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oraz opóźnienia wskazywanego przez pozwanego (57 dni) z iloczynem wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oraz opóźnienia faktycznego, zawinionego przez powoda (52 dni).

Jednocześnie, nie sposób też przypisać jakiegokolwiek winy za opóźnienia po stronie pozwanego, który w przewidzianych umowami terminach udostępnił powodowi front robót, a następnie oczekiwał analogicznych zachowań po stronie Wykonawcy. Przysługiwało mu wprawdzie uprawnienie do wydłużenia terminów na wnioski powoda, z którego w tej sprawie nie skorzystał, co również stanowi przejaw jego swobodnej woli. W pełni zrozumiałym jest przy tym argumentacja, iż w sytuacji prac remontowych ogrodzenia, w zasadzie częściowego posadowienia go na nowo, niezbędnym jest zapewnienie bezpieczeństwa na przebudowywanych odcinkach, oddelegowaniem do tych czynności określonych pracowników, co automatycznie wpływa na konieczność zlecenia wykonywanych przez nich, codziennych zadań na inne osoby. Długotrwałość tego stanu bezsprzecznie może wpływać na destabilizację (...), w szczególności gdy w niniejszej sprawie opóźnienie przekroczyło 50% zakładanego czasu wykonania umowy.

Pozwany skorzystał z przysługującego mu prawa do naliczenia kar umownych w wysokości 0,5% wartości kontraktu za każdy dzień opóźnienia, w szczególności – gdy jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – pozwany finansował budowę ze źródeł zewnętrznych, w trybie zamówienia publicznego.

Potrącenie przez pozwanego kwoty 10.841,09 zł kary umownej, naliczonej z tytułu nieprzedłożenia przez powoda do akceptacji pozwanemu zawartej przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą (...) Sp. z o.o. również znajduje uzasadnienie i oparcie w zapisach umowy. Obowiązek ten został przewidziany § 9 ust. 4 („powierzenie przez Wykonawcę wykonania części przedmiotu umowy Podwykonawcy wymaga każdorazowo zgody Zamawiającego na zawarcie umowy”), z którego powód ostatecznie nie wywiązał się, projekt takowej umowy nie został zaakceptowany przez Inwestora, zaś o wykonywaniu części prac przez podwykonawcę pozwany powziął wiedzę w dacie zaistnienia sporu na tle nieopłacenia faktury za przedsiębrane roboty, skutkującego zainicjowaniem przez pozwanego postępowania przed Sądem Rejonowym w Białymstoku, sygn. II Ns 5468/15, o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego tej kwoty tytułem częściowego jego zobowiązania wynikającego z umowy Nr (...) z zastrzeżeniem, że depozyt może być wypłacony powodowi bądź podwykonawcy, (...) Sp. z o.o. w B., pod określonymi warunkami. Kwota ta jest wynikiem iloczynu wartości zamówienia, 0,1% wynagrodzenia brutto z tytułu nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia po terminie określonym w §9 ust. 8 umowy, tj. w terminie 7 dni od zawarcia umowy z podwykonawcą oraz ilości 50 dni; przez taki okres bowiem co najmniej powód nie wywiązał się z opisywanych wyżej powinności.

W części dotyczącej sformułowanego przez powoda żądania zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kwoty 30.313 zł z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane na rzecz pozwanego przy realizacji

umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r. Sąd uwzględnił roszczenie do wysokości 13.124,70 zł (pkt I a) orzeczenia), na którą składają się: koszt szlifowania powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego – 1.705,46 zł oraz szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego - 11.419,24 zł. Sąd posiłkował się w tym zakresie wnioskami płynącymi z opinii biegłego sądowego, który analizując treść pisma z dnia 31.12.2015r. z zestawieniem wykonanych przez niego prac – zdaniem powoda należących do katalogu „dodatkowych”, nieobjętych zapisami umowy, SIWZ oraz ST – wskazał wyłącznie na te dwie pozycje, jako wykraczające poza § 2 (umowa obejmuje „wszystkie nakłady związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym m. in. robót budowlanych, wynikających wprost z dokumentacji, jak również nie ujętych w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami”), a z których powód uprawniony jest do domagania się odrębnego wynagrodzenia. Nie ma więc podstaw do wzruszania tak poczynionych ustaleń. Przywoływana przez biegłego norma PN-EN 12839 określa charakterystykę płyt betonowych – w jego ocenie nawet bowiem jeżeli część robót nie wynika z umowy to Wykonawca musi je wykonać, żeby było to zgodne ze sztuką i nie są to roboty dodatkowe – powód wykonał określone prace, bez ustaleń, ale były one konieczne. W pozostałym zakresie żądanie nie zasługiwało na aprobatę. Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe. Pkt 9 Specyfikacji Technicznej (ST) stanowi, iż podstawą płatności była ryczałtowa cena skalkulowana przez Wykonawcę w złożonej ofercie uwzględniająca wszystkie czynności, wymagania, utrudnienia i badania składające się na jej wykonanie. Sąd przyjął, że ryzyko powstania ewentualnej straty po stronie powoda związanej z nieprzewidzianym (bądź nieprzeanalizowanym należycie) wzrostem rozmiaru prac lub kosztów – wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża stronę przyjmującą zamówienie. Słusznie wskazuje przy tym pozwany, iż przeciwwagą dla tak wskazanego ryzyka jest sytuacja prawna zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia, nawet w przypadku, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści, chociażby wskutek poniesienia niższych od zakładanych kosztów rzeczywistych.

Jednocześnie, Sąd podzielił argumentację pozwanego, iż w zakresie złożenia do depozytu sądowego na podstawie prawomocnego postanowienia Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 18.12.2015r., sygn. II Ns 5468/15, kwoty 8.097,86 zł, której również domaga się powód w niniejszym postępowaniu, zastosowanie znajduje dyspozycja przepisu art. 470 k.c. Przepis ten stanowi, że ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela o zwrotu dłużnikowi kosztów złożenia. Jeżeli więc powód twierdzi, że kwota ta należy się jemu – w sporze z podwykonawcą – winien wystąpić ze stosownym wnioskiem do SR w Białymstoku o wydanie. Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszą sprawę nie jest uprawniony do dysponowania tymi środkami.

Dodatkowo wskazać należy, iż w sprawie nie zaszły przesłanki do miarkowania kary umownej, znajdujące uregulowanie w treści art. 484 § 2 k.c., o co wnosił pełnomocnik powoda. W ocenie Sądu wysokość kar umownych w umowie nie jest rażąco wygórowana i nie odbiega od wartości przyjętych na rynku. Zauważyć należy, że celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty, nie zaś stworzenie wierzycielowi warunków dla możliwości uchylenia się od zapłaty za to zobowiązanie. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 20.05.1980 roku w sprawie I CR 229/80 (OSNCP 1980, z. 12, poz. 243), jakkolwiek dość „leciwego”, nie straciło przy tym na aktualności, w którym stwierdzono, że o rażąco wygórowanej karze można mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym je przewidziano. W wyroku zaś z dnia 16.07.1997 r. wydanym w sprawie II CKN 271/97 Sąd Najwyższy wprost stwierdził, że za rażąco wygórowaną można uznać dochodzoną karę umowną, jeżeli równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono. W sprawie niniejszej wysokości zastrzeżonej kary umownej z umowy Nr (...) stanowi ok. 30% należnego powodowi wynagrodzenia, z którego pozostała kwota mu wypłacono. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie naliczona kara umowna dotyczyła nieterminowego wykonania umowy z powodu okoliczności, które wykonawca powinien (i mógł) uwzględnić decydując się na złożenie oferty, co zasadniczo wpływa na niemożliwość miarkowania kary umownej – w toku procesu ustalono, że opóźnienie jest obiektywnie przez niego zawinione, nie zaś, jak podkreślał – wynikiem czynników zewnętrznych. Wyłącznie na marginesie należy przypomnieć, iż wynikłe opóźnienie stanowiło ponad 50% czasu przeznaczonego na wykonanie umowy, nie

dotyczyło więc kilku, a kilkudziesięciu dni. Miarkowanie kary umownej, przy tak poczynionych w sprawie ustaleniach, doprowadziłoby do premiowania powoda, podczas gdy bezsprzecznie nie dopełnił on wszystkich nałożonych na niego obowiązków. Jako profesjonalista winien zdawać sobie sprawę z rozmiarów i charakteru zaległości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. Powód wygrał proces w 15%, pozwany w 85%; w takim też stosunku Sąd rozstrzygnął o obowiązku ponoszenia kosztów zastępstwa procesowego, których wysokość ustalono w oparciu o treść § 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r., poz. 1804) (w stosunku do pełnomocnika reprezentującego powoda) oraz § 2 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015r., poz. 1800) (w stosunku do pełnomocnika reprezentującego pozwanego), w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia pozwu, które, wobec ich stosunkowego zbilansowania, należało zasądzić bezpośrednio na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej RP (pkt III orzeczenia).

Koszty procesu i wydatki w sprawie Sąd ustalił na kwotę łączną 11.587,23 zł, na którą składają się opłata od pozwu w wysokości 6.502 zł, od której powód był zwolniony oraz wydatki poczynione w sprawie w związku z przeprowadzanymi dowodami z opinii biegłych w pozostałej kwocie. W świetle zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia, wobec tymczasowego ich pokrycia z sum budżetowych Skarbu Państwa, na postawie zaś art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.736,08 zł tytułem części nieuiszczonych kosztów sądowych w sprawie, w zakresie w jakim przegrał proces, tj. 15% (pkt V orzeczenia).

Jednocześnie, mając na uwadze zasadę słuszności, na zasadzie art. 102 k.p.c. Sąd przyjął iż w sprawie zachodzi wypadek szczególny, uzasadniający odstępnie od obciążania powoda brakującymi kosztami jako strony przegrywającej postępowanie w znacznej części. Hipoteza tego przepisu, odwołująca się do występowania "przypadków szczególnie uzasadnionych", pozostawia sądowi orzekającemu swobodę oceny, czy fakty związane z przebiegiem procesu, jak i dotyczące sytuacji życiowej strony stanowią podstawę do nie obciążania jej kosztami procesu. Do pierwszych zaliczane są sytuacje wynikające z charakteru żądania poddanego rozstrzygnięciu, jego znaczenia dla strony, subiektywne przekonanie strony o zasadności roszczeń. Drugie natomiast wyznacza sytuacja majątkowa i życiowa strony, z tym zastrzeżeniem, że niewystarczające jest powoływanie się jedynie na trudną sytuację majątkową. Całokształt okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastosowanie tego przepisu powinny być ocenione z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego. W okolicznościach niniejszej sprawy obciążenie powoda kosztami procesu - w ocenie Sądu - pozostaje w sprzeczności z wyrażoną treścią przywoływanego przepisu zasadą (pkt II orzeczenia).

SSO Joanna Dorota Toczyłowska

I C 1621/16

Zarządzenie:

1. odnotować;

2. odpis orzeczenia wraz z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi powoda oraz Prokuraturii Generalnej RP.

B., dn. 18.06.2018r. SSO Joanna Dorota Toczyłowska