

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 maja 2013 roku

Sąd Okręgowy w Elblągu Wydział I Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dorota Zientara

Protokolant: sekr. sądowy Bogumiła Kanclerz

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Elblągu

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy M.

przeciwko (...) Spółce jawnej w C.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanej (...) Spółki jawnej w C. na rzecz powódki Gminy M. kwotę 102.477 zł /sto dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt siedem złotych/ z ustawowymi odsetkami od dnia 4 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty;
2. w pozostałym zakresie powództwo oddala;
3. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 4.500 zł /cztery tysiące pięćset złotych/ tytułem zwrotu kosztów procesu;
4. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Elblągu od powódki kwotę 1.501,02 zł /jeden tysiąc pięćset jeden złotych dwa grosze/ i od pozwanej kwotę 1.278,64 zł /jeden tysiąc dwieście siedemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt cztery grosze/ tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

I C 113/11

UZASADNIENIE

Powódka Gmina M. domagała się zasądzenia od pozwanej (...) spółki jawnej w C. kwoty 220.965,97 zł z ustawowymi odsetkami d dnia 4 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazała, że w dniu 10 czerwca 2010 r. zawarła z pozwanym umowę, w ramach której pozwany miał zrealizować inwestycję w postaci kompleksu sportowego Moje Boisko O. 2012 w terminie do dnia 30 września 2010 r. W umowie zastrzeżono kary umowne na wypadek niedotrzymania terminu realizacji zadania inwestycyjnego w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Roboty ukończono 8 grudnia 2010 r., a zatem 69 dni po upływie terminu umownego. Skoro umówione wynagrodzenie wynosiło 1.067.468,45 zł, to pozwanego obciążono kwotą 220.965,97 zł z tytułu kary umownej.

Pozwana (...) spółka jawna w C. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów procesu.

Motywuując swe stanowisko wskazała, że nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji inwestycji. Zarzuciła powódce nieprawidłowe przygotowanie dokumentacji przetargowej w szczególności w zakresie robót w obrębie kabla energetycznego, które zdaniem pozwanej i tak obciążały powódkę.

Zdaniem pozwanej dokumentacja projektowa obarczona była błędami w zakresie obejmującym murek oporowy oraz słupy oświetleniowe. W trakcie robót ujawniono nadto 6 drzew rosnących na placu budowy, które należało wyciąć. Konieczne okazało się wdrożenie procedury administracyjnej w celu uzyskania pozwolenia na wycinę, co również spowodowało opóźnienie prac.

Podkreśliła, że w czerwcu i lipcu oraz jesienią 2010 r. panowały bardzo złe warunki atmosferyczne, uniemożliwiające wykonanie robót zgodnie ze sztuką i technologią wskazaną przez powódkę. Zdaniem pozwanej na przedłużenie czasu wykonania umowy wpływ miały także roboty dodatkowe i zamiennie, uzgodnione przez strony.

Wskazała na nieważność umowy łączącej strony w części, w jakiej przerzucono na nią wszelkie ryzyko, wynikające z przeszkód powstałych w trakcie wykonywania robót. Podniosła zarzut nadużycia prawa ze strony powódki (art. 5 kc)

Z ostrożności procesowej pozwana wniosła o miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kc zarówno z tej przyczyny, że kara umowna jest rażąco wygórowana jak i na tej podstawie, że przedmiot umowy został w całości wykonany, a powódka nie poniosła żadnej szkody.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 10 czerwca 2010 r. w M., w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w drodze przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, została zawarta pomiędzy stronami umowa. Przedmiotem tej umowy była budowa kompleksu sportowego (...) w M. zgodnie z wymogami określonym przez zamawiającego, zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie z dnia 24 maja 2010 r., stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Szczegółowy zakres umowy został opisany w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Pozwany jako wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami oraz oddania przedmiotu umowy zamawiającemu w terminie w niej uzgodnionym. Termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy wyznaczono na dzień 30 września 2010 r. Za datę wykonania przez pozwanego zobowiązania wynikającego z niniejszej umowy wskazano datę odbioru stwierdzoną w protokole odbioru końcowego; w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek, powódka jako strona zamawiająca, mogła odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, a wykonawca zobowiązany był usunąć je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Z wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.067.468,45 zł.

W umowie tej zastrzeżone zostały kary umowne. Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. a wykonawca zobowiązany był zapłacić zamawiającemu kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień ($1.067.468,45 \times 0,3 = 3.202,40$ zł).

Zgodnie z § 12 ust. 1 strony zastrzegły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

/dowód: umowa k. 10 – 18, dokumentacja przetargowa k. 101- 113, projekt techniczny k. 113- 118, przedmiar robót k. 119 – 122, projekt k. 123 – 127, plan zagospodarowania terenu, przekrój k. 135 - 138/

Do przejścia przez pozwanego placu budowy doszło w dniu 10 czerwca 2010 r.

/dowód: protokół k. 20/

W dniu 23 czerwca 2010 r. pozwana zawarła umowę z R. M. na wykonanie robót budowlanych opisanych w SIWZ i dokumentacji projektowej, zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy. Termin wykonania umowy określono na dzień 30 września 2010 r.

/dowód: umowa k. 510 – 518/

Pismem z dnia 13 lipca 2010 r. pozwana zwróciła się do powódki o pilną przebudowę przyłącza energetycznego wskazując, że niewykonanie tych robót wstrzymuje wszelkie prace ziemne.

/dowód: pismo k. 34/

W odpowiedzi powódka poinformowała, że przewidziana jest przebudowa linii elektroenergetycznej zasilającej budynek szkoły, roboty te nie powinny jednak wstrzymywać prac ziemnych koniecznych dla wykonania przez pozwaną umowy. Z dokumentacji projektowej we szczególności nie wynika, by warunkiem rozpoczęcia prac ziemnych było przełożenie linii. Ani projektant ani też inspektorzy nadzoru nie zabraniają wykonywania robót ziemnych przed przełożeniem linii kablowej. Powódka pouczyła pozwaną o obowiązku powiadomienia (...) S.A. jak i innych właścicieli i dysponentów urządzeń i sieci na 7 dni przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych. Równocześnie wezwano pozwaną do rozpoczęcia robót objętych umową i dotrzymania terminu umownego.

/dowód: pismo k. 35, 36/

W dniu 14 lipca 2010 r. geodezyjnie wytyczono obiekt nadto zlokalizowano przebieg przewodu zasilającego szkołę. Kierownik budowy wpisem do dziennika budowy wskazał na potrzebę przełożenia kabla elektroenergetycznego.

/dowód: dziennik budowy k. 446/

Pismem z dnia 23 lipca 2010 r. pozwana poinformowała (...) S.A., iż w dniu 2 sierpnia 2010 r. rozpoczyna prace ziemne przy realizacji inwestycji w M. przy ul (...), wnosząc o określenie zasad postępowania przy wykonywaniu tych prac.

/dowód: pismo k. 38/

W dniu 2 sierpnia 2010 r. zakład energetyczny określił zasady, na jakich mają być wykonywane roboty ziemne w obrębie kabla elektroenergetycznego, nakazując ręczne prowadzenie tych robót.

Kabel elektroenergetyczny nie stanowił przeszkody w prowadzeniu robót

/dowód: adnotacja k. 137, zeznania Z. K. k. 146v, W. K. k. 298 – 300, opinia biegłego k. 578 – 581, ustne wyjaśnienia biegłego do opinii zasadniczej k. 630 - 633/

Pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r. powódka wezwała pozwaną do rozpoczęcia robót i dotrzymania terminu realizacji umowy, przypominając o możliwości naliczenia kar umownych.

/dowód: pismo k. 39/

Roboty ziemne rozpoczęte zostały w dniu 7 sierpnia 2010 r.

/dowód: zeznania świadków Z. K. (2) k. 146 – 148, P. S. k. 150 - 151v/

W piśmie z dnia 9 sierpnia 2010 r. pozwana przyznała, że robót tych wcześniej nie rozpoczęła, z uwagi na nieusunięcie przez powódkę kolizji planowanej inwestycji z linią energetyczną.

/dowód: pismo k. 40/

Warunki przebudowy sieci (...) S. A. określiła w dniu 7 kwietnia 2010 r., wskazując, że przebudowa winna zostać przeprowadzona bez wyłączania urządzeń, w technologii umożliwiającej zachowanie ciągłości dostaw energii.

/dowód: warunki przebudowy k. 200/

Pismami z dnia 27 i 31 sierpnia 2010 r. powódka wezwała pozwaną do zabezpieczenia placu budowy w związku z rozpoczynającym się rokiem szkolnym.

/dowód: pismo k. 43, 44/

Wpisem do dziennika budowy z dnia 9 września 2010 r. inspektor nadzoru nakazał zwiększenie tempa prac. W dniu 9 września 2010 r. doszło do spotkania przedstawicieli powódki z osobami reprezentującymi pozwaną, w trakcie którego pozwana zobowiązała się do aktualizacji harmonogramu rzeczowo finansowego, wykonania umowy w terminie do 15 – 22 października 2010 r.

/dowód: notatka służbowa k. 46, zeznania świadka M. S. k. 293 – 297v, dziennik budowy k. 446/

W dniu 24 września 2010 r. pozwana zawarła umowę z M. R., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) s. c na wykonanie podsypki żwirowej z zagęszczeniem, drenażu, przepompowni, podbudowy z kruszyw, przyłącza wodnego oraz sanitarnego, ułożenie kostki brukowej wokół budynku, schodów, obrzeży. Termin wykonania robót określono na dzień 18 października 2010 r.

/dowód umowa k. 524 – 531/

Pismem z dnia 27 września 2010 r. pozwana złożyła R. M. oświadczenie o odstąpieniu od umowy. W uzasadnieniu podano, że kontrahent wykonał zaledwie 10 % robót objętych umową.

/dowód: oświadczenie k. 521/

Pismem z dnia 12 października 2010 r. dyrektor Szkoły Podstawowej nr (...) w M. wystąpił do Starosty (...) o zezwolenie na wycinkę 6 drzew znajdujących się terenie inwestycji realizowanej przez pozwaną.

Decyzją z dnia 20 października 2010 r. udzielono stosownego pozwolenia.

/dowód: wniosek k. 53, decyzja k. 54/

W dniu 13 października 2010 r., na skutek wniosku pozwanej z dnia 11 października 2010 r., doszło do spotkania przedstawicieli stron, projektantem i inspektorem nadzoru, celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących niektórych rozwiązań konstrukcyjnych (ogrodzenie oświetlenie, zabezpieczenie skarpy od strony pochylni dla osób niepełnosprawnych).

W trakcie spotkania ustalono, że należy doprowadzić wykonanie drenażu wraz z obsypką do stanu zgodnego z projektem, zgłosić do odbioru roboty zanikowe, uzgodniono sposób mocowania ogrodzenia do ściany oporowej, ogrodzenia na skarpie. Projektant zobowiązał się do dostarczenia do dnia 18 października 2010 r. odpowiednich rysunków. Uzgodniono sposób posadowienia słupów oświetleniowych nadto sposób wykonania ściany żelbetowej oraz sposób mocowania balustrady z pochwytnymi. Ostatecznie następnego dnia sposób wykonania drenażu został zaakceptowany. Mimo tego firma kładąca nawierzchnię poliuretanową zesłała z budowy.

/dowód: pismo k. 47, 48, notatka k. 49, zeznania świadka M. S. k. 293 – 297v, P. G. k. 331 – 333, M. R. k. 336 – 339, J. B. k. 469 – 476, zeznania R. P. k. 551 - 558/

Kolejne spotkanie stron w związku z opóźnieniem realizacji inwestycji odbyło się w dniu 10 listopada 2010 r.; wykonawca zadeklarował, że od dnia 11 listopada zwiększy ilość pracowników i tempo robót, aby do końca listopada zakończy prace. Zadeklarował zakończenie robót na boisku trawiastym, wielofunkcyjnym, przy oświetleniu i ogrodzeniu do dnia 22 listopada 2010 r.

/dowód: pismo k. 50, notatka służbowa k. 51/

W dniu 8 grudnia 2010 r. pozwany zgłosił gotowość do odbioru prac będących przedmiotem umowy.

/dowód: dziennik budowy k. 446/

Termin odbioru końcowego ustalono na dzień 10 grudnia 2010 r.

W trakcie czynności nie stwierdzono wad, które uniemożliwiałyby użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem. Stwierdzono usterki, które nie stanowiły przeszkody w dokonaniu odbioru

/dowód: protokół k. 21, 22, notatka k. 245, 246/

Z uwagi na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powódka wezwała pozwaną pismem z dnia 21 grudnia 2010 r., doręczonym 27 grudnia 2010 r., do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni.

/dowód: pismo, nota księgowa i zpo k. 23 - 26/

Usprawiedliwione opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynosiło 21 dni. W pozostałym zakresie przyczyną niewykonania robót w terminie wynikającym z umowy była zwłoka w rozpoczęciu prac, a następnie niedostateczne zaangażowanie w realizację umowy i zła organizacja robót.

/dowód: opinia biegłego k. 578 – 581, ustne wyjaśnienia biegłego do opinii zasadniczej k. 630 - 633/

Gmina M. nie poniosła szkody w związku z opóźnieniem realizacji inwestycji, w szczególności otrzymała przyznane wcześniej dofinansowanie.

/dowód: zeznania świadka Z. J. k. 302 /

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Okolicznością niesporną jest to, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Zgodnie z postanowieniem umowy, roboty miały zostać ukończone do dnia 30 września 2010 r.

W terminie tym pozwana robót objętych umową nie zrealizowała.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W myśl art. 484 § 1 i 2 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Z przywołanego unormowania wynika, że kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, należy się jednak bez względu na wysokość szkody. 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02, LEX nr 151630)

Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.).

Pozwana powołuje się na szereg okoliczności, które jej zdaniem, były przyczyną opóźnienia w wykonaniu robót, wskazując, że żadna z nich nie była przez nią zawiniona.

Główną przyczyną opóźnienia zdaniem pozwanej było nieprzebudowanie sieci elektroenergetycznej. W kontekście tego zarzutu zauważyć należy, że przystępując do przetargu pozwana miała możliwość zapoznania się z SIWZ, w tym z dokumentacją techniczną. O fakcie, że kabel elektroenergetyczny przebiega pod projektowanym boiskiem pozwana wiedziała, skoro w harmonogramie rzeczowo - finansowym przewidziała pozycję „przebudowa sieci kablowej 0,4 kV” na kwotę 1.454,82 zł netto. Oczywistym jest, że w tej kwocie (z uwagi na jej wysokość) nie mogła być planowana żadna przebudowa. Jak wskazał biegły mógł być to jedynie koszt wykopów kontrolnych, ewentualnego zabezpieczenia kabla przez podwieszenie, a i to nie na całej jego długości (analogicznie zeznania G. R. k. 461).

Pozwana jest profesjonalistą, wiedziała zatem, że roboty w obrębie kabla energetycznego należy zgłosić, gdyby jednak miała jakiegokolwiek wątpliwości w tej materii winna przede wszystkim przedstawić je inwestorowi, co faktycznie uczyniła jednakże dopiero pismem z dnia 13 lipca 2010 r.

Istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji robót w tym sensie, że przy zachowaniu należytej ostrożności można było je wykonywać bez konieczności wyłączenia go z eksploatacji. Ostatecznie w ten sposób roboty faktycznie były wykonywane. Rzędne położenia kabla nie kolidowały z rzędnymi, na których miały być wykonywane roboty, co wynikało z projektu.

Wbrew twierdzeniom pozwanej, powódka nigdy nie zobowiązywała się do przełożenia kabla przed bądź w trakcie realizacji inwestycji objętej umową, o czym świadczy choćby pismo z dnia 19 lipca 2010 r.

Fakt, że pozwana dopiero 13 lipca 2010 r. zwróciła się do powódki o przebudowę (a zatem w miesiąc po przejęciu placu budowy) świadczy o braku przygotowania do podjęcia robót. Obowiązkiem pozwanej było niezwłoczne (po 10 czerwca 2010 r.) dokonanie odpowiednich zgłoszeń (w tym zgłoszenie (...) S. A. zamiaru rozpoczęcia robót w obrębie kabla) oraz geodezyjne wytyczenie obiektu. Tymczasem tę pierwszą czynność wykonano dopiero 23 lipca 2010 r., drugą zaś - jak wynika z dziennika budowy - 14 lipca 2010 r. Pozwana bez żadnego usprawiedliwienia rozpoczęła zatem realizację inwestycji z ponad miesięcznym opóźnieniem.

Z zeznań świadków wynika, że roboty ziemne rozpoczęto dopiero w dniu 7 sierpnia 2010 r. Okoliczność ta nie została potwierdzona wpisem do dziennika budowy. Pierwszy wpis, którym odnotowano wykonywanie robót ziemnych nie został w ogóle opatrzony datą. Sąsiednie wpisy pochodzą z 14 lipca 2010 r. i 9 września 2010 r. Prawdopodobnym jest zatem, że faktycznie roboty rozpoczęto w dniu 7 sierpnia 2010 r., a zatem prawie 2 miesiące po podpisaniu umowy.

Za nieusprawiedliwione uznać należy także twierdzenie, że pozwana nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie, ponieważ na terenie inwestycji znajdowały się drzewa wymagające wycinki. Problem drzew ujawniony został w październiku 2010 r., a zatem już po upływie umownego terminu do zakończenia robót. Gdyby inwestycja została prawidłowo wytyczona geodezyjnie w czerwcu, to już wówczas możliwe byłoby wdrożenie procedury administracyjnej prowadzącej do uzyskania pozwolenia na wycinkę. Drzewa kolidowały z budową ogrodzenia, w początkowej fazie realizacji inwestycji procedura administracyjna nie miałaby zatem żadnego wpływu na czas wykonania robót, skoro ogrodzenie stanowiło końcowy etap budowy.

Pozwana twierdziła nadto, że opóźnienie w realizacji inwestycji było wynikiem bezpodstawnego zakwestionowania prawidłowości wykonania drenażu. Okolicznością niesporną jest, że prawidłowość wykonania tej pracy została zakwestionowana w dniu 13 października 2010 r., jednakże już następnego dnia dopuszczono możliwość kontynuowania robót. Nie było zatem powodów, dla których konsorcjant pozwanego (firma (...)) miałaby zejść z placu budowy. Zauważyć należy iż świadek P. G. zeznał, że do wykonania nawierzchni pozwana wezwała jego firmę dopiero po ok. tygodniu, dwóch, a nie następnego dnia.

Pozwana nie wykazała, by warunki pogodowe faktycznie wpłynęły na przedłużenie robót. Zeznania świadków w tym zakresie były niespójne, tymczasem obiektywnym i pewnym dowodem mogłaby być jedynie informacja z I. M. i. G.

W. W tym kontekście zauważyć należy, że najprawdopodobniej rzeczywiście w listopadzie i grudniu pogoda mogła już nie sprzyjać robotom, z reguły bowiem w polskich warunkach klimatycznych w tym okresie pada nadto notowane są już istotne spadki temperatur. Podkreślić należy jednak, że roboty miały zostać zakończone do końca września.

Dla kwestii odpowiedzialności pozwanej za opóźnienie nie ma znaczenia ewentualne zawinienie zatrudnionych przez nią podwykonawców. Wszelkie konsekwencje ich wadliwych działań obciążają pozwaną spółkę.

Należy zwrócić uwagę na treść zeznań R. M., który wykonywał roboty ziemne, a zatem te, które należało zrealizować w pierwszej kolejności. Przyznał on, że na plac budowy wszedł dopiero we wrześniu 2010 r. pomimo, że umowę z pozwaną zawarł na przełomie czerwca i lipca (23 czerwca 2010 r. k. 510 – 518). Argumentował, że miał opracowany harmonogram robót, ponieważ w tamtym czasie zawarł 8 podobnych umów. Uzgodnienia dotyczące robót w obrębie kabla były mu natomiast „na rękę z uwagi na realizację harmonogramu robót”.

Z zeznań tych jednoznacznie wynika, że pozwana dokonała wyboru podwykonawcy, który nie był zainteresowany rozpoczęciem robót niezwłocznie po podpisaniu umowy. Ostatecznie zresztą pozwana odstąpiła od umowy zawartej z R. M. w dniu 27 września 2010 r. wskazując, że wykonał on w tej dacie zaledwie 10 % zleconych jemu robót. Okoliczność ta sama przez się wskazuje, że pozwana uznała opóźnienie swego podwykonawcy za nieusprawiedliwione.

Nie ma znaczenia także fakt uszkodzenia skarpy przez zakład energetyczny. Usunięcie uszkodzeń obarczało sprawcę szkody, a nie pozwaną.

Pozwana nie wykazała nadto, by powódka wyraziła zgodę na przedłużenie terminu realizacji umowy. Zgodnie z § 12 ust. 1 umowy, wszelkie jej zmiany i uzupełnienia wymagały aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Okolicznością niesporną natomiast jest, że takiego aneksu strony nie zawarły.

Jak wskazano wyżej sam fakt istnienia pod płytą planowanego boiska przewodu elektroenergetycznego nie był przeszkodą w realizacji umowy. Roboty jednak musiały być realizowane ze szczególną ostrożnością, ręcznie. Z tego tytułu należało uwzględnić zwiększoną robocizną (nieobjętą harmonogramem i wyceną), dodatkowy czas pracy biegły określił na 8 dni, przy przyjęciu 4 osobowego zespołu wykonującego roboty.

Biegły przekonywająco wyjaśnił przyczyny, dla których w jego ocenie niecelowym a wręcz niewskazany byłoby powiększenie liczby osób wykonujących roboty ziemne w obrębie kabla, stąd zarzuty powódki co do możliwości zatrudnienia większej liczby pracowników należało uznać za nieuzasadnione.

W świetle przeprowadzonego postępowania za udowodnione uznać należy, że dokumentacja projektowa, dotycząca murku oporowego oraz rozwiązania projektowe dotyczące montażu 3 lamp oświetleniowych zawierały błędy. Projektant na skutek interwencji wykonawcy przedłożył rysunki weryfikujące zakwestionowane przez pozwaną rozwiązania. Z tego tytułu za usprawiedliwione należało uznać opóźnienie w wymiarze 12 dni. Okres opóźnienia odpowiada okresowi od dnia zgłoszenia uwag projektantowi do dnia zmiany projektu (10 dni) oraz wydłużeniu czasu pracy w związku ze zmianą sposobu montażu lamp oświetleniowych (2 dni).

W zakresie ustalenia czasu usprawiedliwionego opóźnienia należało oprzeć się na wnioskach płynących z opinii biegłego. Opinia ta wprawdzie została zakwestionowana przez strony, jednakże biegły odniósł się do zastrzeżeń przez nie składanych. W ocenie Sądu po złożeniu przez biegłego ustnych wyjaśnień, opinia nie budziła żadnych zastrzeżeń; jest ona logiczna konsekwentna a przez to wiarygodna.

Pozwana wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego, w ocenie Sądu wnioszek ten nie zasługiwał jednak na uwzględnienie z uwagi na postulowany przedmiot opinii (k. 669 v).

Podkreślić należy, że biegły jednoznacznie wypowiedział się co do wpływu na czas wykonania robót faktu uszkodzenia skarpy przez zakład energetyczny wskazując, że obowiązek usunięcia uszkodzeń obarczał sprawcę, a nie pozwaną. Jednoznacznie wskazał także na sposób prowadzenia robót w obrębie kabla, zbędne zatem było dowodzenie czasu realizacji tych prac inną metodą (możliwość skonstruowania mostu nad kablem). Kwestia konieczności usunięcia

drzew z linii ogrodzenia została omówiona wcześniej, odniósł się do niej także biegły w swojej opinii, dalsze prowadzenie postępowania dowodowego w tym kierunku byłoby zatem zbędne.

W konsekwencji wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej podlegał oddaleniu. Podkreślić w tym miejscu należy, że potrzeba powołania innego biegłego powinna wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 sierpnia 1999 r., I PKN 20/99).

W ocenie Sądu, poza ustaleniami biegłego, na korzyść pozwanej należało uwzględnić także 1 dzień opóźnienia z tytułu braku akceptacji robót drenarskich. Nie ulega wątpliwości że roboty te zostały zakwestionowane w dniu 13 października 2010 r., następnego dnia zostały one jednak już odebrane (wpis w dzienniku budowy). Oczywistym jest, że w tak krótkim czasie nie było możliwe dokonanie jakichkolwiek zmian w zakresie tych robót, uznać zatem należy, że skoro możliwy był odbiór robót w dniu 13 października 2010 r., to pozwana nie powinna ponosić konsekwencji przerwania prac. W ocenie Sądu nie oznacza to jednak, że zdarzenie to usprawiedliwiało opóźnienie w większym rozmiarze, w szczególności związanym z zejściem konsorcjanta z placu budowy, skoro sprawa prawidłowości wykonania drenażu nie została w dniu 13 października ostatecznie wyjaśniona, a już następnego dnia możliwe było kontynuowanie robót.

Mając na uwadze powyższe, uznać należało, że pozwany nie odpowiada za 21 dniowe opóźnienie w wykonaniu robót.

W myśl § 8 ust. 1 lit. a umowy wykonawca zobowiązany był zapłacić zamawiającemu kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania zadania w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień.

Jak wskazano wyżej, w myśl art. 484 § 2 kc, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W kontekście tej regulacji pozwany argumentował, że wygórowanie kary wynika z samego zestawienia wysokości tej kary i wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, z faktu, że powódka nie poniosła żadnej szkody w związku z zakończeniem realizacji zadania w terminie późniejszym niż umówiony.

Argumentacja pozwanego zasługuje na częściowe uwzględnienie. Nie ulega wątpliwości, że kara umowna na poziomie 0,3 % wynagrodzenia (za całość robót) za każdy dzień zwłoki jest karą wysoką. Zwykle kary takie ustalane są na poziomie 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień. Dochodzone przez powódkę roszczenie stanowi ponad 20 % wynagrodzenia należnego pozwanemu.

Nie ulega wątpliwości, że kryterium oceny rażącego wygórowania takiej kary może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07). Z okoliczności ujawnionych w toku postępowania nie wynika, by powódka poniosła jakąkolwiek szkodę w związku z nieterminowym wykonaniem zadania przez pozwaną. Pozwana wykonała umowę w całości, nie ma zastrzeżeń jakościowych do wykonanych przez nią robót, okoliczności te przemawiają za miarkowaniem kary żądanej przez powódkę z mocy art. 484 § 2 kc.

W tych warunkach, w ocenie Sądu za usprawiedliwione uznać należy obniżenie kary umownej do 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień, co skutkowało uwzględnieniem roszczenia do kwoty 102.476 zł (1.067.468,45 x 0,2% x 48).

Obowiązek zapłaty kary umownej jest obowiązkiem bezterminowym, aktualizuje się zatem z chwilą wezwania dłużnika do jego spełnienia. Powódka żądała zapłaty kary już pismem z dnia 21 grudnia 2010 r., doręczonym w dniu 27 grudnia 2010 r. w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania. Skoro tak, to roszczenie odsetkowe zgłoszone w pozwie należało uwzględnić w całości na podstawie art. 481 § 1 i 2 kc.

O kosztach procesu rozstrzygnięto z mocy art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., przy przyjęciu, że powódka wygrała spór w ok. 46 %, przy czym koszty procesu poniesione przez nią to 18.266 zł (7.217 - art. § 6 pkt 7 w zw. z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

ustanowionego z urzędu – Dz. U. nr 163 poz. 1349, opłata od pozwu). Koszty procesu poniesione przez pozwanego to jedynie wynagrodzenie fachowego pełnomocnika w kwocie 7.217 zł.

Na koszty sądowe poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa składała się kwota 2.779,66 zł z tytułu wydatków (koszty opinii, zwrot kosztów stawiennictwa świadków). W przedmiocie nieuiszczonych kosztów sądowych, rozstrzygnięto na mocy art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 167, poz. 1398 ze zm.), uwzględniając iż pozwana przegrała proces w 46 % , a powódka w 54 % (przy uwzględnieniu sumy roszczeń i sumy zasądzonych świadczeń). Z omawianego tytułu należało zatem ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Elblągu kwotę 1.278,64 zł, a od powódki kwotę 1.501,02 zł.