

sygn. akt **IC 522/13**

Dnia 30 kwietnia 2015r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu Wydział I Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący : SSO Małgorzata Franczak – Opiela

Protokolant : sekr. Katarzyna Kulpa

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2015r. w Nowym Sączu na rozprawie

sprawy z powództwa L. S., R. S. i W. M.

przeciwko Miastu i Gminie U. M.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Miasta i Gminy U. M. solidarnie na rzecz powodów L. S., R. S. i W. M. kwotę 339 991,68 zł (trzysta trzydzieści dziewięć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych 68/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 2 września 2012r. do dnia zapłaty,

II. umarza postępowanie w zakresie żądania zapłaty kwoty 22 179,22 zł,

III. w pozostałym zakresie powództwo oddala,

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Nowym Sączu solidarnie od powodów L. S., R. S. i W. M. kwotę 118,26 zł (sto osiemnaście złotych 26/100), a od pozwanego Miasta i Gminy U. M. kwotę 210,24 zł (dwieście dziesięć złotych 24/100) tytułem wydatków tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa,

V. zasądza od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kwotę 22 869,76 zł (dwadzieścia dwa tysiące osiemset sześćdziesiąt dziewięć złotych 76/100) tytułem kosztów postępowania

Sygn. akt IC 522/13

## UZASADNIENIE

### **wyroku z dnia 30 kwietnia 2015 roku**

W ostatecznie sprecyzowanym żądaniu pozwu skierowanym przeciwko pozwanemu Miastu i Gminie U. M., powodowie L. S., R. S. i W. M. domagali się solidarnego zasądzenia na ich rzecz kwoty 509.160,21 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonaną umowę o roboty budowlane wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 476.359,26 zł liczonymi od dnia 2 września 2012 r. do dnia zapłaty i od kwoty 32.800,95 zł od dnia 8 października 2012 r. do dnia zapłaty. Wnieśli także o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7.234 zł.

Na uzasadnienie swojego stanowiska wskazali, że w dniu 25 lipca 2011 r. zawarli z pozwanym umowę w trybie zamówienia publicznego, której przedmiotem była „Budowa centralnego deptaka uzdrowskiego Ż. na odcinku drogi poniżej willi Z. – kościółek zdrojowy oraz rozbudowa przestrzeni publicznej – etap I”. Umowa miała zostać zrealizowana w ciągu 4 miesięcy od jej podpisania, jednakże termin ten nie został zachowany. Pozwany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia popełnił błędy w opisie przedmiotu, m.in. wskazał do wyceny robót grunt klasy III – IV, a w toku realizacji zamówienia powodowie ujawnili, że część z tego terenu to skały zaliczane do kategorii VI i VII. Błędy te spowodowały konieczność zmiany sposobu realizacji robót chociażby w ten sposób, że konieczne było ręczne kucie skał młotem pneumatycznym, zamiast wykopywania koparką. W efekcie miało to wpływ na niemożność dotrzymania umówionego terminu. Pracę w styczniu i lutym 2012 r. utrudniała także pogoda. Pierwszy protokół

odbioru robót sporządzono w dniu 6 lutego 2012 r., a ich ostateczne odebranie nastąpiło w protokole z dnia 23 lipca 2012 r. Z umówionego wynagrodzenia wynoszącego 670.928,53 zł powodowie otrzymali od pozwanego tylko 194.569,27 zł, natomiast pozostałą część kwoty z faktury otrzymanej w dniu 2 sierpnia 2012 r. pozwany niezasadnie potrącił naliczając karę umowną. Postępowanie to zdaniem powodów nie miało uzasadnienia, gdyż niedotrzymanie terminu wykonania robót wynikało z okoliczności od nich niezależnych. To pozwany bowiem wprowadził ich w błąd co do rodzaju i zakresu robót. Kwota 476.359,26 zł jest powodom należna z tytułu pozostałej części wynagrodzenia określonego ryczałtowo, natomiast kwota 32.800,95 zł stanowi wartość wykonanych robót zamiennych, które musiały zostać przedsięwzięte w związku z konieczną zmianą technologii pracy. Z ostrożności procesowej podnieśli także, że pozwany na skutek realizacji umowy w późniejszym terminie nie poniósł żadnej szkody, zatem kara umowna mu nie przysługuje, a jeśli jednak mógł ją naliczyć to z pewnością była ona rażąco wygórowana, stąd też wniesli o jej obniżenie. Wskazali bowiem, że w obrocie gospodarczym powszechnym jest stosowanie kar umownych na poziomie 0,1 % do 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, natomiast pozwany ustalił jej wartość na 1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

W odniesieniu do powyższych żądań pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Wskazał bowiem, iż powodowie są profesjonalistami realizującymi w przeszłości wiele inwestycji w okolicach terenu na którym prowadzone były roboty i winni oni wiedzieć z jakimi rodzajami gruntu mogą mieć do czynienia. Poza tym mimo, iż mieli taką możliwość to nie skorzystali z prawa ubiegania się o przesunięcie daty wykonania umowy. Podjęte przez nich działania w tym zakresie miały miejsce już po upływie daty obowiązywania umowy, dlatego były bezskuteczne. Niezasadnie także twierdzili, że ujawnienie na terenie budowy skały rodziło konieczność natychmiastowego i tak długiego wstrzymania prac. Skorzystanie z koparki z tak zwanym dziobakiem nie wymagało bowiem trzytygodniowego przestoju. Pozwany zakwestionował także twierdzenia o ręcznym wykonywaniu części prac, a także wskazał, że umówione wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy stąd też domaganie się jego podwyższenia nie znajduje żadnego uzasadnienia. Odnośnie naliczenia kary umownej pozwany podniósł, iż karę tą naliczył za minimalny okres od 26 listopada 2011r. do 3 lutego 2012r. t.j. do daty zgłoszenia robót przez powodów, mimo, że protokół końcowego odbioru robót został podpisany w dniu 23 lipca 2012r. Pozwany przyjął, że w okresie za jaki zostały naliczone kary powodowie byli w zwłoce. Pozwany zarzucił, że przysługujące mu roszczenie z tytułu kar umownych nie ma związku z wysokością poniesionej przez pozwanego szkody. Według pozwanego brak podstaw do miarkowania kar umownych, wysokość tych kar została zawarta w umowie a powodowie w żaden sposób nie kwestionowali ich wysokości a także na żadnym etapie postępowania nie występowali do pozwanego z propozycją obniżenia kar umownych. Z ostrożności procesowej pozwany zakwestionował datę od której powodowie naliczają odsetki, podnosząc, że w razie przyjęcia zasadności żądania odsetki winny być naliczone od daty wyrokowania.

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

W dniu 21 czerwca 2011 r. Miasto i Gmina U. M. na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) ogłosiła przetarg nieograniczony na „Budowę centralnego deptaka uzdrowiskowego Ż. na odcinku drogi poniżej willi Z. – kościółek zdrojowy oraz rozbudowę przestrzeni publicznej – etap I”. Przedmiot zamówienia stanowił budowę oświetlenia parkowego i iluminacyjnego, linii kablowej nn, sieci wodociągowej, sieci wody mineralnej wraz z kablem sterowniczym, kanalizacji teletechnicznej, rozbiórka i budowa nowej nawierzchni z kostki brukowej i płyt kamiennych oraz budowa elementów małej architektury i wiat parkingowych. Teren robót określono na grunt kategorii III i IV. Wskazano, że zamawiający wymaga, aby wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia w terminie do 4 miesięcy od daty podpisania umowy. Jednocześnie przewidziano, że zgodnie z art. 144 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy możliwość zmiany postanowień treści umowy może nastąpić w sytuacji, gdy zachodzi konieczność przedłużenia terminu umownego z powodu działania siły wyższej to jest wyjątkowego zdarzenia lub okoliczności (np. przeszkody atmosferyczne o charakterze katastrof). Za czynnik zakłócający nie uznano jednak wpływu czynników atmosferycznych w czasie realizacji robót, który przy składaniu ofert musi być brany pod uwagę. Zmiana postanowień umowy mogła nastąpić także z uwagi na konieczność zmiany terminu umownego i harmonogramu realizacji robót z powodu konieczności wykonania dodatkowych badań, ekspertyz, analiz itp., robót zamiennych niewykraczających poza zakres przedmiotu zamówienia,

a koniecznych dla wykonania całości robót i uzyskania złożonego efektu użytkowego. W przypadku żądania zmiany postanowień treści umowy stwierdzono, że zostanie przeprowadzona procedura zgodnie z którą w ciągu 10 dni od chwili uświadomienia sobie, że może nastąpić opóźnienie wykonawca powiadomi zamawiającego o zamiarze ubiegania się o przedłużenie terminu wykonania, do czego wykonawca może uważać się upoważniony i następnie dostarczy zamawiającemu tak szybko, jak to uzasadnione w danych okolicznościach – wyczerpujące i szczegółowe uzasadnienie swojego wniosku, aby mógł on być przeanalizowany w terminie. Zamawiający następnie przyzna takie przedłużenie terminu wykonania, jakie może być uzasadnione, albo powiadomi wykonawcę, że nie przysługuje mu praw do przedłożenia terminu wykonania umowy. Warunkiem dokonania zmian postanowień umowy jest zgoda obu stron wyrażona na piśmie pod rygorem nieważności takiej zmiany w formie aneksu do umowy. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia stanowiła integralną część umowy.

W odpowiedzi na to ogłoszenie powodowie działający jako Zakład (...) s.c. L. S., R. S. i W. M. złożyli ofertę w której zobowiązali się, że wykonają zamówienie w terminie do 4 miesięcy od daty podpisania umowy, za kwotę 732.058,78 zł brutto, licząc na zysk 8 – 9 % wartości netto. Powodowie wygrali wspomniany przetarg i w dniu 25 lipca 2011 r. w M. strony podpisały umowę o roboty budowlane. Zgodnie z jej postanowieniami termin rozpoczęcia realizacji zamówienia ustalono na dzień zawarcia umowy, a jako termin zakończenia wskazano 4 miesiące od dnia jej podpisania. Jednocześnie przyjęto, że termin zakończenia nie może zostać zmieniony. Wynagrodzenie dla wykonawcy określono w sposób ryczałtowy ustalając je na poziomie 732.058,78 zł brutto, a jego płatność nastąpi w terminie 30 dni od dnia dostarczenia przez wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury za wykonane roboty budowlane potwierdzonej protokołem odbioru elementów robót oraz protokołem odbioru końcowego. Za dzień zapłaty przyjęto dzień obciążenia rachunku zamawiającego. Wśród obowiązków wykonawcy wskazano wykonanie robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami i normami oraz przy zachowaniu przepisów BHP, przy maksymalnym ograniczeniu uciążliwości prowadzenia robót prowadzonych u zamawiającego. Za teren budowy od chwili przejęcia placu budowy odpowiadał wykonawca. Odstąpienie od umowy mogło nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W zakresie odpowiedzialności stron umowy przyjęto, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, strony postanowiły, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę jest on zobowiązany do naprawienia powstałej szkody w pełnej wysokości a nadto w umowie postanowiono, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1 % wynagrodzenia umówionego brutto za każdy kolejny dzień następujący po przyjętej dacie zakończenia obowiązywania umowy. Wskazano również, że wykonawca nie może zwolnić się od odpowiedzialności względem zamawiającego z powodu niewykonania umowy lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, które było następstwem nie wykonania zobowiązań wobec wykonawcy przez jego podwykonawców. Wykonawca wyraził zgodę na potrącenie kar umownych w należności zamawiającego wobec wykonawcy.

(Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 21 czerwca 2011 r. k. 132 – 184; Formularz oferty powodów do przetargu nieograniczonego wraz z kosztorysem ofertowym k. 185 – 220; umowa o roboty budowlane z dnia 25 lipca 2011 r. k. 16 – 24).

W sierpniu 2012 r. powodowie przystąpili do realizacji umowy. Pracę rozpoczęto od wykopów od strony kościoła, a następnie pracowano przy budowie rurociągu wody mineralnej i wody pitnej. Kolejne roboty związane były z układaniem kamienia i pracami brukarskimi oraz instalacją elektryczną. Na całym odcinku wykonywanych robót występowała skała z tym, że jej struktura na pierwszych 400 m pozwalała na prace, natomiast na dalszych 200 m była ona już niemożliwa. O fakcie istnienia skały w tym terenie powód L. S. wiedział już przed przystąpieniem do przetargu, jednakże nie podnosił tej okoliczności i nie zwracał uwagi na niezgodności danych zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z rzeczywistością podczas postępowania przetargowego. Powód L. S. dopiero pismem z dnia 18 października 2011 r. (złożonym w Urzędzie Miasta i Gminy U. M. w dniu 28 października 2011 r.) zwrócił się do pozwanego z informacją, iż w trakcie robót ziemnych na odcinku od budynku Orłątka w stronę budynku Z. stwierdzono występowanie skały to jest gruntu kategorii VI i VII. Jednocześnie zwrócił się z prośbą o uwzględnienie robót dodatkowych wynikających ze zmiany technologii robót ziemnych, których szczegółowy kosztorys przedłożył

jako załącznik. Prace na budowie bez uprzedzenia pozwanego zostały wówczas przerwane do pierwszego tygodnia grudnia 2011r.

Pismem z dnia 2 listopada 2011 r. pozwany poinformował powodów, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie przewiduje zlecenia robót dodatkowych objętych przedmiotową umową. Jednocześnie wskazał, że konieczność zmiany technologii robót obciąża w całości wykonawcę realizującego umowę ryczałtową.

Pismem z dnia 30 listopada 2011 r. (doręczonym pozwanemu 1 grudnia 2011 r.) powodowie zwrócili się do pozwanego o zmianę terminu realizacji umowy na dzień 30 maja 2012 r. Jako uzasadnienie wskazali konieczność zlecenia badań geologicznych, po przeprowadzeniu których możliwym będzie określenie sposobu realizacji prac związanych z ujawnioną w terenie skałą.

Pozwany pismem z dnia 2 grudnia wezwał powodów do zintensyfikowania prac budowlanych i poinformował ich, że znajdują się już w zwłoce. W kolejnym piśmie z dnia 6 grudnia 2011 r. wskazał natomiast, że termin realizacji umowy upłynął w dniu 25 listopada 2011 r. stąd też jego zmiana jest niemożliwa. Jednocześnie wskazał, że powodowie mimo takiej możliwości nie ubiegali się wcześniej o przedłużenie terminu, a za każdy dzień opóźnienia naliczane będą ustalone kary umowne.

W grudniu 2011 r. na zlecenie powodów sporządzona została przez geodetę A. S. opinia geologiczna terenu na którym realizowane było zlecenie. Z jej treści wynika, iż na podstawie oględzin ścian i dna wykopów około 40 % urobku stanowi zwietrzelina zaliczana do kategorii VI, a około 60 % urobku stanowi podłoże skalne zaliczane do kategorii VII.

W początkowym okresie grudnia 2011 r. prace zostały wznowione i trwały prawie do końca miesiąca. Przebijanie przez ujawnioną skałę trwało około 3 tygodnie i prowadzone było przy użyciu koparki i młota hydraulicznego, które połączone były ze sobą za pomocą specjalnego złącza, którego wykonanie powodowie zlecieli osobie trzeciej. Przed Świętami Bożego Narodzenia prace w większości były już wykonane, oczekiwano jedynie na zamówione elementy związane z oświetleniem. Elementy te nie zostały wcześniej zamówione przez wykonawcę, ze względu na ich koszt i przez tydzień czasu powodowie czekali na brakujący element oświetlenia i w efekcie powodowie w okolicach 6 stycznia 2012 r. w swojej ocenie zakończyli prace. Koszt dodatkowych robót związanych z ujawnieniem skał w terenie, a polegających na wykonaniu mechanicznego odspajania skał w wykopach i przekopach (grunt kategorii VI i VII) oraz ręcznego załadunku urobku skalnego na łyżkę koparki, która następnie umieszczała grunt skalisty na samochodzie wyniósł 22.033,24 zł brutto przy przyjęciu stawek umówionych przez strony.

(Dowód: pismo powodów z dnia 18 października 2011 r. k. 32- 34; zeznania powoda L. S. 01:12:10 k. 235, 01:04:12 k. 465/2; zeznania W. T. 01:52:24 k. 235, 01:06:54 k. 465/2, zeznania świadków D. M. 00:08:08 k. 390/2, L. K. 00:15:20 k. 390/2; pismo pozwanego z dnia 2 listopada 2011 r. k. 45; pismo powodów z dnia 30 listopada 2011 r. k. 44; pismo pozwanego z dnia 6 grudnia 2011 r. k. 46; opinia geologiczna z grudnia 2011 r. k. 35 – 43; pismo pozwanego z dnia 2 grudnia 2011 r. k. 95; pismo powodów z dnia 15 grudnia 2011 r. k. 96; opinia biegłego w zakresie budownictwa k. 310-324, opinia uzupełniająca biegłego L. D. z dnia 11 kwietnia 2014 r. k. 352-359, opinia uzupełniająca biegłego L. D. z dnia 15 grudnia 2014 r. k. 432- 434)

Pismem z dnia 3 lutego 2012 r. powodowie zgłosili pozwanemu zakończenie robót i wniesli o wyznaczenie terminu ich odebrania. W protokole odbioru robót z dnia 6 lutego 2012 r. komisja odbioru wskazała, że z uwagi na okres zimowy wnioskuje o wyrażenie zgody na zawieszenie odbioru prac w zakresie budowy traktu spacerowego do czasu wystąpienia sprzyjających warunków atmosferycznych lecz nie później niż do 20 kwietnia 2012 r. Stwierdzono także, że przedmiot zamówienia posiada dające się usunąć wady w postaci wykonania wzdłuż kościoła nawierzchni z płyt nieregularnych zamiast płyt prostokątnych, a ponadto próba ciśnienia dla wodociągu wody zwykłej o średnicy 160 mm z PCV okazała się negatywna. W związku z tym komisja przerwała spisywanie protokołu, odmówiła dokonania odbioru końcowego i wniosowała o usunięcie wad do 30 czerwca 2012 r.

W dniu 7 lutego 2012 r. powodowie wystawili pozwanemu fakturę na kwotę 732.058,78 zł, którą następnie pismem z dnia 20 lutego wycofali. Przedmiotowa faktura została więc przez pozwanego odesłana.

W dniu 4 kwietnia 2012 r. na terenie robót przeprowadzono badanie rurociągu wodociągowego na szczelność i próba okazała się pozytywna.

W dniu 16 kwietnia 2012 r. komisja odbioru zebrała się po raz kolejny jednak i tym razem w związku ze stwierdzeniem wad w zakresie nieprawidłowej nawierzchni wzdłuż kościoła oraz licznymi pęknięciami okładziny słupków ogrodzeniowych przerwała spisywanie protokołu, odmówiła dokonania odbioru końcowego i wnioskuje o usunięcie wad do 30 czerwca 2012 r.

Pismem z dnia 28 czerwca 2012 r. powodowie zgłosili pozwanemu zakończenie robót i wniesli o wyznaczenie terminu ich odbioru. W odpowiedzi na to w dniu 29 czerwca 2012 r. komisja odbioru stwierdziła, że wykonawca usunął wszystkie wady określone we wcześniejszych protokołach z wyjątkiem wykonania nawierzchni z płyt prostokątnych z piaskowca wzdłuż kościoła. Z uwagi na to sporządzony protokół nie został uznany za protokół odbioru końcowego.

Do sporządzenia końcowego protokołu odbioru doszło w dniu 23 lipca 2012 r. W dokumencie tym komisja stwierdziła, że zastosowane przez wykonawcę płyty z piaskowca w kształcie nieregularnym są adekwatne do płyt z piaskowca w kształcie prostokątnym. Ponadto dobrze oceniono jakość robót i uznano, że przyjęta przez wykonawcę technologia wykonania nawierzchni jest lepsza niż przyjęta uprzednio przez zamawiającego. Z uwagi na różnice w powierzchni przyjętej przez zamawiającego w przedmiarze robót, a faktyczną powierzchnią wykonanej nawierzchni ustaloną na podstawie geodezyjnego pomiaru powykonawczego, wykonawca oświadczył, że wyraża zgodę na pomniejszenie wynagrodzenia ustalonego w zawartej umowie do kwoty 670.928,53 zł brutto i z tego tytułu nie będzie rościł żadnych praw i obowiązków względem zamawiającego.

Za wykonane prace powodowie w dniu 31 lipca 2012 r. wystawili pozwanemu fakturę na kwotę 670.928,53 zł którą pozwany odebrał w dniu 2 sierpnia 2012 r. Oświadczeniem z dnia 3 września 2012 r. pozwany w związku ze zwłoką powodów w realizacji umowy potrącił wierzytelność w wysokości 476.359,26 zł z wynagrodzenia wskazanego na fakturze. W wyniku tego wypłacona kwota dla powodów wynosiła 194.569,27 zł.

Pismem z dnia 20 września 2012 r. powodowie wezwali pozwanego do zapłaty pozostałej części wynagrodzenia, a ponadto kwoty 57.377,27 zł jako należności za wykonane roboty konieczne, bez których przedmiotowa inwestycja nie zostałaby zrealizowana. Wskazali, że potrącenie kary umownej było niezasadne gdyż przesunięcie terminu wykonania umowy nie było zawinione przez nich i nastąpiło z uwagi na okoliczności leżące po stronie pozwanego. To on bowiem błędnie określił kategorie gruntów na których prace były wykonywane, a które w rzeczywistości wymagały innej, kosztowniejszej technologii. Pozwany otrzymanego w dniu 24 września 2012 r. wezwania nie zrealizował, wobec czego powodowie wszczęli niniejsze postępowanie.

Firma powodów istnieje od 1995 r. i w większości zajmuje się wykonywaniem robót budowlanych. Średniorocznie osiąga przychód w wysokości 5 milionów złotych. W 2011 r. poza przedmiotowym przetargiem, realizowała także w ramach przetargu remont ulicy (...) i ulicy (...) w M.. Firmę tworzą trzej wspólnicy, którzy zatrudniają około 25 pracowników i posiadają 7 koparek, 6 samochodów, 2 walce, koparko – ładowarkę, ładowarkę, równiarkę, ciągnik rolniczy, zagęszczarki i piły do cięć. W dacie wykonywania przedmiotowych robót budowlanych powodowie posiadali młot pneumatyczny i koparkę, nie posiadali połączenia młota z koparką i wykonanie tej złączki zlecieli tokarzowi, we własnym zakresie zespawali połączenie młota pneumatycznego z koparką.

W związku z nieuwzględnieniem przez pozwanego w specyfikacji gruntu kategorii VI i VII uzasadnionym było przedłużenie terminu wykonania robót o maksymalnie 34 dni robocze, ale od tak ustalonego okresu należy odjąć 4-5 dni, które byłyby niezbędne na pracę w gruncie kat. III i IV przewidziane w specyfikacji.

(Dowód: pismo powodów z dnia 3 lutego 2012 r. k. 98; protokół odbioru robót z dnia 6 lutego 2012 r. k. 48 - 50; protokół badania rurociągu wodociągowego na szczelność z dnia 4 kwietnia 2012 r. k. 99 - 100; faktura VAT nr (...)

z dnia 7 lutego 2012 r. k. 52; pismo powodów z dnia 20 lutego 2012 r. k. 53; pismo pozwanego z dnia 22 lutego 2012 r. k. 54; protokół odbioru robót z dnia 16 kwietnia 2012 r. k. 55 – 56; protokół odbioru robót z dnia 29 czerwca 2012 r. k. 58 – 59; końcowy protokół odbioru wykonanych robót z dnia 23 lipca 2012 r. k. 120 - 121; faktura VAT nr (...) z dnia 31 lipca 2012 r. k. 62; oświadczenie wierzyciela o potrąceniu kar umownych z dnia 3 września 2012 r. k. 63; potwierdzenie realizacji dyspozycji przelewu k. 126; wezwanie do zapłaty z dnia 20 września 2012 r. k. 64; zeznania powoda L. S. karta jak wyżej, opinia uzupełniająca pisemna biegłego z zakresu budownictwa k. 425-434 i ustna opinia uzupełniająca biegłego L. D. 00:05:40 k. 464/2 )

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów, w tym dokumentacji przetargowej i wzajemnej korespondencji między stronami związanej z wykonaniem przedmiotu przetargu i zapłatą za wykonane prace budowlane. Ich autentyczność i moc dowodowa nie była przez żadną ze stron kwestionowana, nie budziła też wątpliwości Sądu, a także w oparciu o źródła osobowe i przeprowadzone dowody z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Oceniając zeznania powoda L. S. uznać je należało za wiarygodne w części w której korespondują z treścią zgromadzonych w sprawie dokumentów i innych dowodów. Na szczególną uwagę zasługują twierdzenia o tym, iż przystępując do przetargu wiedział o tym, że jest skała, bo to widać, ale nie poruszał tego tematu i nie zadawał pytań w tej kwestii podczas postępowania przetargowego. Nie podnosił faktu, iż dane podane przez zamawiającego mogą odbiegać od rzeczywistości i w efekcie mogą wymagać innego typu prac niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Swoją wiedzę na temat rodzaju terenu czerpał zarówno z obserwacji jak i przede wszystkim z doświadczenia zawodowego. Prowadząc od 1995 r. działalność w zakresie robót budowlanych na terenie M. i będąc profesjonalistą miał rozeznanie nie tylko w występujących glebach o różnych klasyfikacjach, ale także w procedurach związanych z zamówieniami publicznymi. Wyjaśnił bowiem, że wielokrotnie startował i wygrywał organizowane przez pozwanego przetargi. Roczny przychód firmy wynosił ok. 5 milionów złotych, a oprócz omawianej inwestycji w 2011 r. prowadził także prace związane z remontem ulicy (...) w M.. Mimo jednak posiadanego doświadczenia i przede wszystkim wiedzy co do tego, iż w przedmiotowym terenie występuje skała i jaka obowiązuje procedura co do zmiany terminu wykonania robót nie podjął żadnych działań w tym zakresie, ani na etapie postępowania przetargowego, ani później w okresie obowiązywania umowy. Czynności podjęte miały miejsce dopiero po upływie terminu realizacji inwestycji. Pismo doręczone pozwanemu w dniu 28 października 2011 r. miało charakter informacyjny i nie stanowiło wniosku o przedłużenie okresu obowiązywania umowy. Powód podniósł, że prace zostały przerwane jak okazało się że jest skała, przerwali prace, żeby uzgodnić cenę za inną technologię z pozwanym, napisali w piśmie, że jest skała, ale nie napisali, że przerywają pracę i przerwa od czasu napisania pisma trwała przez cały listopad aż do pierwszego tygodnia grudnia, do tego czasu nic nie robią, na początku grudnia zawezwał geologa, żeby pokazał jaki jest grunt.

Na wiarę nie zasługiwały twierdzenia L. S. w których podnosił, iż wykonanie elementu łączącego koparkę z młotem do wykuwania skał trwało miesiąc. Powód w żaden sposób nie udowodnił swych zeznań w tym zakresie. Pozostały one gołosłowne, gdyż nie przedstawiono żadnego dowodu potwierdzającego, że czas realizacji zlecenia złożonego przez powoda trwał, aż tak długo. Nie mogły być zatem podstawą czynionych ustaleń faktycznych. Stały także w sprzeczności z treścią opinii uzupełniającej nr 2 z dnia 15 grudnia 2014 r. sporządzonej przez L. D., w której biegły stwierdził iż maksymalny okres na zorganizowanie sprzętu wcześniej nieprzewidzianego mógł wynosić 2 tygodnie robocze.

Za nieodpowiadające prawdzie uznane zostały także jego zeznania w których wskazywał na to, iż przed przystąpieniem do prac informował pozwanego o tym, iż w przedmiotowym terenie może wystąpić skała oraz otrzymał zapewnienie o pokryciu przez pozwanego kosztów prac dodatkowych. Twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, a ponadto przeczą im także późniejsze zachowania samego powoda, który w terminie obowiązywania umowy ani nie zgłaszał do niej żadnych zastrzeżeń, ani także nie wnosił o wydłużenie terminu wykonania umowy. Gołosłownymi pozostały także twierdzenia o zleconym dopiero w styczniu 2012 r. wykonaniu balustrady.

Pozostali powodowie to jest R. S. i W. M. nie posiadali informacji istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Na uwagę zasługiwało jedynie wskazanie R. S. w którym podniósł, iż z omawianej inwestycji zakładali zysk na poziomie 8 – 9 %.

Za wiarygodne w części pokrywającej się ze zgromadzonymi dokumentami obrazującymi przebieg realizacji inwestycji uznane zostały także zeznania W. T., występującego za stronę pozwaną. Potwierdzenia nie znalazły natomiast twierdzenia o szkodzie jaką poniesie pozwany w sytuacji uwzględnienia powodztwa. Słuchany informacyjnie W. T. wskazał, że szkoda pozwanego ma charakter raczej wizerunkowy, natomiast w późniejszych zeznaniach mówił już o tym, iż zasądzone świadczenie nie zostanie refundowane ze środków unijnych i będzie musiało zostać pokryte z własnych zasobów pozwanego. Ta okoliczność nie została przez pozwanego w żaden sposób wykazana, pozwany nie przedstawił dowodów mających potwierdzić te zeznania.

Rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymagało uprzedniego zasięgnięcia wiedzy specjalnej, stąd też w toku postępowania dopuszczone zostały dowody z opinii biegłego z zakresu budownictwa lądowego. Sporządzone przez biegłego opinie z dnia 31 stycznia 2014 r. i złożona do niej pisemna opinia uzupełniająca z dnia 11 kwietnia 2014 r., ustna opinia uzupełniająca złożona na rozprawie w dniu 22 września 2014 r., pisemna uzupełniająca opinia z dnia 15 grudnia 2014 r. i ustna uzupełniająca opinia wydana na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w całości zasługiwały na wiarę. Były one rzeczowe, fachowe i dawały odpowiedź na postawione pytania. Biegły wyliczył, że wartość robót dodatkowych wykonanych przez stronę powodową, a związanych z ujawnieniem gruntu kategorii VI i VII wynosiła 22.033,24 zł brutto. Wyceniając tę wartość posłużył się cenami jednostkowymi zawartymi w kosztorysie ofertowym, będącym częścią podpisanej przez strony umowy. Ma to istotne znaczenie bowiem powodowie jako profesjonalści z doświadczeniem, wartość swoich robót z pewnością nie ustalili zdecydowanie poniżej kosztów powiększonych o zysk. Ponadto roboty te wiązały się z używaniem specjalistycznego sprzętu, chociażby takiego jak wskazany przez L. S. młot pneumatyczny i wymagały niewątpliwie dłuższego czasu realizacji i większych nakładów niż roboty ziemne wykonywane w gruntach kategorii III i IV. Jednakże ustalenie dokładnych różnic czasowych jest praktycznie niemożliwe z uwagi na to, iż zależą one od wielu czynników takich jak chociażby doświadczenie wykonawcy, posiadany sprzęt i sprawność osób obsługujących go.

W opinii uzupełniającej z dnia 22 września 2014 r. biegły stwierdził, że podane przez powodów w kosztorysie (k. 34) stawki są do przyjęcia bo mieszczą się w granicach stawek rynkowych. Swoją opinię sporządził jednak w oparciu o stawki umówione przez strony i w ocenie Sądu zasadnym jest, aby to właśnie one wyznaczały wartość robót dodatkowych. Także w opinii uzupełniającej złożonej na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. wskazał na te argumenty podnosząc, że w przypadku nieokreślenia sposobu rozliczenia robót dodatkowych praktyką budowlaną jest, że sięga się do ofert i w sytuacji, gdy są tam wskazane roboty tożsame, to trzeba je wycenić po umówionej cenie. W niniejszej sprawie powodowie przewidzieli prace związane z rozkuciem skały, dlatego też wyliczając wartość robót dodatkowych należało skorzystać ze stawki przyjętej przez strony. Opinia zasługiwała na uwzględnienie także w zakresie w którym wskazywała na niezasadność dodatkowego żądania przez powodów wynagrodzenia z tytułu wywożenia urobku skalnego. Podana przez nich cena obejmowała całość robót związanych z robotami ziemnymi, strony przewidywały bowiem konieczność wykonania tego typu prac.

Zamieszczone w opiniach z dnia 31 stycznia 2014 r. i 22 września 2014 r. twierdzenia kwestionujące zeznania powoda co do konieczności ręcznego załadunku urobku skalnego na łyżkę koparki, która następnie umieszczała grunt skalisty na samochodzie, zostały przez biegłego zmienione i jako takie zasługują zdaniem Sądu na aprobatę. Biegły na podstawie dokonanych oględzin, uwzględniając rodzaj gruntu istniejącego w okolicach deptaka oraz liczne miejsca występowania litej skały, a także ślady kucia i szczupłość miejsc, gdzie wykonano wykop wskazał, iż według jego wiedzy wystąpiła rzeczywista niemożność usunięcia urobku z wykopu w inny, mniej pracochłonny sposób, niż ręczny. Twierdzenia te korespondują z zeznaniami świadków D. M. i L. K., dlatego też w ocenie Sądu zarówno one jak i zeznania przywołanych świadków zasługują na wiarę.

Złożona na piśmie opinia uzupełniająca z dnia 15 grudnia 2014 r. zasługiwała na uwzględnienie poza częścią w której określała, iż uwzględniając czas konieczny do wykonania robót nieprzewidzianych w dokumentacji przetargowej, roboty powinny zakończyć się 5 stycznia 2012 r. (w opinii na skutek oczywistej omyłki pisarskiej wpisano datę 5 stycznia 2014 r.). w oparciu o powołane opinie biegłego L. D. sąd przyjął, że uzasadnione było przedłużenie terminu wykonania robót dotyczących odcinka wykopu, w którym wystąpił nieuwzględniony w specyfikacji grunt kategorii VI

i VII maksymalnie o 34 dni robocze, jednakże uwzględnił ustną uzupełniającą opinię biegłego wydaną na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015r., w której biegły wskazał, że od ustalonego okresu 34 dni należy odjąć 4-5 dni, które byłyby przeznaczone pracę w gruncie kategorii III i IV a także określił czas potrzebny na uruchomienie oświetlenia określając go na 2-3 dni.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo częściowo jest uzasadnione.

Zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Strony niniejszego postępowanie zastrzegły w zawartej umowie o roboty budowlane postanowienia odnośnie naliczania kar umownych, przyjmując, że wykonawca zapłaci karę umowną za opóźnienie i za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za każdy kolejny dzień następujący po dacie terminu zakończenia umowy t.j. po 25 listopada 2011r. Pozwany przyjął, że powodowie pozostają w zwłocę za okres od 26 listopada 2011r. do 6 lutego 2012r. t.j. do daty zgłoszenia przez powodów robót i zgodnie z § 9 ust. 9 umowy o roboty budowlane z dnia 25 lipca 2011r. potrącił z przysługujących mu należności wobec wykonawcy kwotę 476.359,26 zł. Zdaniem Sądu pozwany był uprawniony do naliczenia kar umownych, gdyż powodowie w powyższym terminie nie wykonali przedmiotu umowy. Sąd nie podzielił stanowiska powodów, że nie ponoszą odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie robot budowlanych i tym samym, że nie można im przypisać zwłoki w wykonaniu umowy. Powodowie podnosili, że zasadniczą przyczyną przesunięcia terminu wykonania robót było wprowadzenie w błąd powodów przez pozwanego co do zakresu i rodzaju robót a to w związku z błędami w specyfikacji co do kategorii gruntu na przedmiocie zamówienia. Według powodów winę za błędnie sporządzoną specyfikację ponosi pozwana, która nie przeprowadziła koniecznych badań geologicznych przed udzieleniem zamówienia.

Sąd nie podzielił argumentów powodów i za stwierdzeniem tym przemawia szereg okoliczności wskazujących na leżącą po ich stronie winę w nieterminowym ukończeniu inwestycji i nie zmienia tego fakt, że pozwany w sposób błędny określił kategorie gruntów na których były wykonywane prace. Jak w zeznaniach podał powód L. S. już na etapie postępowania przetargowego miał wiedzę, że w przedmiotowym terenie występuje skała. Jako zatem profesjonalista, mający siedzibę firmy na terenie M., z bogatym doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji na tym obszarze zdawał sobie sprawę z konsekwencji jakie się z tym wiążą. Wiedział, że grunt kategorii VI i VII wymaga innej technologii niż określona w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i że jest droższa, niż wykorzystywana przy robotach w gruncie kategorii III i IV. W swoich zeznaniach nie był w stanie odpowiedzieć dlaczego nie zadał pytania i nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do skały na etapie postępowania przetargowego. Powód zeznał, że po złożeniu pisma do pozwanego z dnia 18 października 2011r informującego o występującym w terenie gruncie kategorii VI-VII, powodowie przerwali pracę, żeby uzgodnić z pozwanym cenę za inną technologię robót. Powodowie nie poinformowali pozwanego, że przerywają prace budowlane a przerwa trwała do pierwszego tygodnia grudnia. Mimo, że już 18 października 2011r powodowie mieli wiedzę, że na przedmiocie przetargu występuje skała grunt kategorii VI-VII to dopiero w dniu 28 października 2011r. pismo to zostało złożone w Urzędzie Miasta i Gminy M.. W piśmie tym powodowie informują o ujawnionej skale i przedstawiają szczegółową wycenę oraz opis robót dodatkowych wraz z kosztorysem, natomiast nie wnoszą w związku z tym o ewentualne wydłużenie terminu wykonania umowy, zgodnie z procedurą przewidziana w SIWZ, który to dokument był integralną częścią umowy o roboty budowlane. Stan przerwania robót trwał od tego czasu i zakończył się dopiero w pierwszym tygodniu grudnia kiedy to prace zostały wznowione. W czasie kiedy już minął czteromiesięczny termin realizacji określony w umowie, powodowie pismem złożonym w siedzibie pozwanego w dniu 1 grudnia 2011r. wnieśli o zmianę terminu realizacji robót objętych umową z dnia 25 lipca 2011r., proponując termin zakończenia robót na 30 maja 2012r. Powyższe dowodzi, że powodowie około 2 miesięcy nie wykonywali żadnych robót a kolejno na przełomie 2011 i 2012 około 1 tygodnia oczekiwali na zamówiony element oświetlenia, którego wcześniej nie zamawiali ze względu na jego cenę. Ze zgromadzonych dowodów, a zwłaszcza z opinii biegłego wynika, że gdyby powodowie należycie wykonywali przedmiotową umowę to pomimo nieuwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia odcinka występowania gruntu kategorii VI i VII

zdążyli by w terminie z wykonaniem zadania, nawet przy przyjęciu najbardziej korzystnej wersji przyjętej w opinii przez biegłego w wariantcie I uwzględniającym ręczny załadunek urobku do łyżki koparki, biegły w tym wariantcie przyjął, że uzasadnione przedłużenie terminu wykonania robót wynosi 34 dni minus 5 dni roboczych, które byłyby przeznaczone na prace w gruncie kategorii III i IV, co daje 29 dni roboczych, przy założeniu przez biegłego 6 dniowego tygodnia pracy. Licząc, że powodowie już 18 października 2011 wiedzieli o skale i mieli przygotowany kosztorys to w sytuacji kontynuowania prac w skale na odcinku 200 metrów prace te zostałyby zakończone 20 listopada, według biegłego czas potrzebny na uruchomienie oświetlenia wynosił 2-3 dni, wobec czego przy należywym wykonaniu umowy powodowie w terminie wykonaliby przedmiot umowy. Zdaniem Sądu, gdyby powodowie należycie wykonywali umowę, to potrzebowali krótszego czasu niż wskazał w opinii biegły na wykonanie robót na odcinku wykopu w którym wystąpił nieuwzględniony w specyfikacji grunt kategorii VI i VII. Biegły bowiem przyjął maksymalny okres 2 tygodni roboczych na zorganizowanie odpowiedniego sprzętu poprzez zakup, wypożyczenie młota hydraulicznego lub posłużenie się firmą podwykonawczą, natomiast z zeznań powoda L. S. wynikało, że firma powodów była w posiadaniu młota pneumatycznego i koparki, potrzebne było połączenie młota z koparką i wykonanie złączki zlecono tokarzowi, a pracownicy powodów zespawali połączenie. Powodowie nie wykazali w sprawie, kiedy zlecieli tokarzowi wykonanie połączenia i jak długo to trwało. Powód w swoich zeznaniach podawał, że równoległe z wykonywaniem przedmiotowego przetargu realizował przetargi na remont ulicy (...) w M. i to zdaniem sądu mogło być także przyczyną zaprzestania prac przy realizacji przedmiotowego przetargu od połowy października do początku grudnia 2011r. Uwzględniając powyższe sąd uznał, że opóźnienie po stronie powodów w oddaniu inwestycji miało charakter kwalifikowany i było podstawą do naliczenia kary umownej.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem powodów, że w niniejszej sprawie pozwana nie wykazała, aby na skutek opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia poniosła szkodę i zasadny jest wniosek powodów zmniejszenia kary umownej ze względu na jej rażące wygórowanie. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r., sygn. akt I CSK 270/07, Lex nr 5300614). Zatem okoliczność, iż w niniejszej sprawie potrącenie jest już faktem dokonany nie stoi na przeszkodzie miarkowaniu naliczonej kary. Stosownie do art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku jeżeli kara umowna jest rażąco wygórowana. Zdaniem Sądu w sprawie istnieją podstawy do uznania naliczonych przez pozwanego kar za rażąco wygórowane. Choć powołany przepis nie wskazuje kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej, jednakże zarówno w orzecnictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że przy rozstrzygnięciu o miarkowaniu kary umownej z powodu jej nadmiernego wygórowania należy uwzględniać okoliczności danego wypadku. Za jedno z kryteriów przyjmuje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Wprawdzie zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody, jednakże brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukcji wysokości kary umownej (zobacz: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., sygn. akt IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, Lex nr 784914). Brak jest przeszkód aby powyższe kryterium zastosować w niniejszej sprawie, tym bardziej, że pozwany nie wykazał szkody.

Kolejnym miernikiem oceny wysokości kary umownej może być także jej wartość do wartości całego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt V CSK 34/06, Lex nr 195426; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, Lex nr 784914). Porównanie tych liczb jasno wskazuje, że w niniejszej sprawie kara miała charakter rażąco wygórowany. Kwota całego wynagrodzenia brutto wynosiła 670.928,53 zł (545.470,35 zł netto), a naliczona kara opiewała na 476.359,26 zł, a więc stanowiła 71 % kwoty wynagrodzenia brutto (87,33 % kwoty netto). Stosunek tych wartości przemawia, aby stosując art. 484 § 2 k.c. przeciwdziałać tak dużym dysproporcjom między wysokością kary, a godnym ochroną interesem wierzyciela.

W umowach występujących w obrocie gospodarczym kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy zazwyczaj nie przekraczają 20% wynagrodzenia, jednakże przy zmniejszeniu kary umownej nie można ograniczyć

się jedynie do porównania wysokości zastrzeżonych stawek procentowych kar umownych do stawek stosowanych przy zastrzeganiu takich kar w obrocie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, niepubl.). Koniecznym jest bowiem wzięcie pod uwagę indywidualnych okoliczności sprawy, a te jak już wyżej wskazano wskazują na brak rzetelności i niedbałość po stronie powodów. Wiedząc o wysokości ustalonych kar i co ważniejsze mając realną możliwość wykonania inwestycji na czas, zbagatelizowali ten obowiązek, mieli także możliwość - wynikającą z umowy - wystąpienia o przedłużenie realizacji zadania to z wnioskiem takim wystąpili już po terminie obowiązywania umowy. Należało także wziąć pod uwagę zaniedbania ze strony pozwanej w należyтым opisie przedmiotu zamówienia co powodowało wydłużenie terminu robót dotyczących odcinka wykopu, w którym wystąpił nieuwzględniony w specyfikacji grunt kategorii VI i VII

Mając powyższe okoliczności na uwadze sąd uznał, iż zasadnym jest zmniejszenie kary umownej do poziomu 25 % wynagrodzenia netto, czyli do kwoty 136.367,58 zł. Kwotę tę należało zatem odjąć od potrąconej kwoty 476.359,26 zł co dało zasądzoną od pozwanego na rzecz powodów kwotę 339.991,68 zł z tytułu należnego im wynagrodzenia. Powyższą kwotę sąd zasądził z ustawowymi odsetkami od 2 września 2012r., bowiem od tej daty pozwany pozostaje w opóźnieniu w spełnieniu świadczenia. Zasadzając od tej daty odsetki Sąd orzekł zgodnie z art. 481 § 1 k.c. i art. 455 k.c. Umowa o roboty budowlane z dnia 25 lipca 2011r. wiążąca strony przewidywała termin zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane. Zgodnie z § 5 umowy zapłata wynagrodzenia miała nastąpić w terminie 30 dni od dostarczenia przez wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury. W oświadczeniu pozwanego z dnia 3 września 2012r. o potrąceniu kar umownych pozwany przyznał, że faktura wykonawcy z dnia 31 lipca 2012 r. wpłynęła do urzędu w dniu 2 sierpnia 2012r. stąd też pozwany był zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia dla powodów do 1 września 2012r. Sąd nie podzielił stanowiska pozwanego co do terminu od którego winny być zasądzone odsetki, wprawdzie wyrok miarkujący karę ma charakter konstytutywny, jednak wywiera on skutek ex tunc, gdyż reguluje wysokość kary umownej od chwili wymagalności ( zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt IV CSK 644/12, Lex nr 1365722).

Odnosząc się do żądania zasądzenia kwoty 32.800,95 zł z tytułu wykonanych koniecznych robót zamiennych to niewątpliwie zmiana technologii wykonania robót związana z użyciem sprzętu do odspajania skał w wykopach – grunt kat. VI i VII – oraz załadunku i wywozu gruzu prowadziła do wzrostu kosztów ich wykonania w porównaniu do kosztów przy gruncie kat. III i IV co bezsprzecznie wynika z opinii biegłego z zakresu budownictwa. W tym zakresie nie dokonano na piśmie zmiany umowy o roboty budowlane łączącej strony. Sytuacja powyższa otwiera drogę do rozważań co do możliwości zastosowania art. 632 k.c. , który mógł być stosowany w niniejszej sprawie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33; wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 63/07, Biul. SN 2007, nr 12, s. 11). Uznanie tego przepisu jako podstawy prawnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego (art. 144 ust. 1 p.z.p.) ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w odniesieniu do art. 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego jest dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33; wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 184/08, Lex nr 479317; wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 143/10, Lex nr 785535). Niewątpliwie podwyższenie wynagrodzenia powodów nie łączy się z korzyścią zamawiającego. Rozważenia zatem wymagało, czy zmianę wynagrodzenia usprawiedliwiają okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a nadto z racji treści wskazanego przepisu, czy w wyniku tego zdarzenia powstała rażąca strata po stronie powodów.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. W tym aspekcie zauważenia wymaga, że co prawda zamawiający miał obowiązek dokładnego określenia warunków zamówienia i tego nie dopełnił, to jednak o tej niezgodności i występowaniu skał w terenie

wiedział powód L. S.. Nie podjął w tym zakresie jednakże żadnych działań i dopiero w październiku 2011 r. kiedy był już wykonawcą inwestycji poinformował pozwanego o ujawnionych gruntach kategorii VI i VII.

Należy mieć na względzie, iż powodowie decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe przyjęli na siebie ryzyko z tym związane. Zasadniczo bowiem ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności) lub kosztów prac (w tym wynajmu specjalistycznego sprzętu) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. W tej sytuacji nie ma podstaw dla przyjęcia odpowiedzialności strony pozwanej.

O bezzasadności omawianego roszczenia przesądza także niewykazanie w sprawie przesłanki „rażącej straty” w rozumieniu wskazanego przepisu. W szczególności art. 632 § 2 k.c. nie przewiduje ochrony prawnej przyjmującego zamówienie przed utratą oczekiwanego dochodu. W realiach sprawy powodowie wskazywali na zysk rzędu 8 – 9 % wartości zamówienia netto czyli mieszczący się w przedziale 43.637,63 zł – 40.092,33 zł. Koszty związane z koniecznością wdrożenia innej technologii nie prowadziły zatem w ocenie Sądu Okręgowego do wystąpienia u powodów rażącej straty i mieściły się w przyjętym ryzyku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego. W oparciu o powyższe powództwo w tym zakresie zostało w całości oddalone.

Wobec cofnięcia żądania co do zapłaty kwoty 22.179,22 zł Sąd umorzył postępowanie na podstawie art. 355 § 1 k.p.c., o czym orzeczono jak w punkcie II sentencji wyroku.

W świetle zapadłego rozstrzygnięcia zasadnym było orzeczenie o kosztach postępowania zgodnie z wyrażoną w art. 100 k.p.c. zasadą stosunkowego ich rozdzielenia. Biorąc pod uwagę zakres żądania (531.339,43 zł) i zasądzoną kwotę (339.991,68 zł) stwierdzić należy, iż powództwo okazało się zasadne w 64 %, a więc w tym zakresie powodowie wygrali sprawę, wobec czego obciążą ich koszty w zakresie pozostałych 34 %.

Rozliczając w pierwszej kolejności stosownie do art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1025 ze zm.) wydatki tymczasowo poniesione przez Skarb Państwa na wynagrodzenie za opinię biegłego (328,50 zł) – które nie zostały pokryte z zaliczek powodów, przy uwzględnieniu powyższych proporcji - należało od powodów solidarnie zasądzić kwotę 118,26 zł, a od pozwanego 210,24 zł.

Rozliczając koszty poniesione między stronami, Sąd miał na uwadze, iż na sumę poniesionych wydatków w łącznej kwocie 46 984 zł złożyły się poniesione - po obu stronach - koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł, ustalone w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2013 r., poz. 461) i analogiczne przepisy rozporządzenia dotyczącego opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2013 r. poz. 490), opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa w przypadku powodów ( 17 zł), zaliczki na koszty opinii biegłego po stronie powodów na sumę 6 000 zł, uiszczona opłata od pozwu przez powodów w kwocie 26 567 zł. Uwzględniając stosunek, w jakim pozwana sprawę przegrała (64%), winna ona zatem zwrócić solidarnie powodom kwotę 22 869,76 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kwotami jakimi winna koszty te ponieść tj. 30 069,76 zł (46 984 zł x 64%), a faktycznie poniesionymi na sumę 7 200 zł.