

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 28 czerwca 2012 roku powód- W. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (...) z siedzibą w miejscowości Ś., reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, wniósł o zasądzenie od pozwanej- Firmy Budowlanej (...) spółki jawnej z siedzibą w C. kwoty 105.766,13 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot wskazanych w pozwie oraz kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu powód powołał się m.in. na zawartą między stronami umowę o wykonanie robót budowlanych przy budowie widowni oraz podscenia w parku im. J. W. w N. (pozew- k. 2-11).

W odpowiedzi na pozew z dnia 4 września 2012 roku pozwana spółka, reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwana podniosła m.in. że wierzycelność dochodzona przez powoda została umorzona na skutek dokonania przez pozwaną skutecznego potrącenia wzajemnych wierzycelności przysługujących pozwanej (z tytułu naliczenia kar umownych za opóźnienie oraz z tytułu szkody jaką poniosła pozwana w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda) (odpowieź na pozew- k. 100-109).

W replice na odpowiedź na pozew z dnia 24 września 2012 roku powód podtrzymał wszystkie twierdzenia zawarte w pozwie, podnosząc nieskuteczność oświadczenia o potrąceniu dokonanego przez pozwaną oraz wskazując, że powód ponosił winy za opóźnienie w wykonaniu umowy, którego przyczyną były warunki atmosferyczne oraz prowadzone na placu budowy prace archeologiczne (pismo- k. 182-184).

Na rozprawie w dniu 2 grudnia 2015 roku stanowiska procesowe stron nie uległy zmianie: pełnomocnik powoda poparł powództwo, zaś pełnomocnik pozwanej wniósł o oddalenie powództwa (e-protokół rozprawy z dnia 2 grudnia 2015 r.- k. 446-447).

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

Powód- W. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (...) z siedzibą w miejscowości Ś. jest wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej pod numerem (...). Do przedmiotu jego działalności należy m.in. sprzedaż hurtowa odpadów i złomu (wydruk z (...) k. 18).

Pozwana- Firma Budowlana (...) spółka jawna z siedzibą w C. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...). Do przedmiotu jej działalności należy m.in. wykonywanie robót ogólnobudowlanych związanych z wznoszeniem budynków (odpis z KRS- k. 15-17).

W dniu 23 listopada 2010 roku strony, w ramach prowadzonych działalności gospodarczych, zawarły umowę, na podstawie której pozwana zleciła powodowi (jako wykonawcy) wykonanie robót budowlanych przy budowie widowni oraz podscenia w parku im. J. W. w N.. Zlecenie nastąpiło w ramach inwestycji pod nazwą „Rewitalizacja P. im. J. W. w N.”. W umowie wskazano, że wykonawca wykona określony zakres robót w wynegocjowanych kwotach, tj. beton konstrukcyjny- 317 zł/m<sup>3</sup> + VAT, chudziak- 157 zł/m<sup>3</sup> + VAT, zbrojenie- 1 zł/kg + VAT, zbrojenie siatka- 0,5 zł/kg + VAT, izolacje powłokowe- 8 zł/m<sup>2</sup> + VAT oraz izolacje malowane- 2,50 zł/m<sup>2</sup> + VAT. Termin wykonania umowy ustalono na 5 tygodni od daty dostarczenia zlecenia. Kara za każdy dzień zwłoki w wykonaniu umowy miała wynosić 0,2%. Jednocześnie strony postanowiły, że termin wykonania ulegnie wydłużeniu w przypadku warunków pogodowych uniemożliwiających realizację robót (czas wydłużenia równy czasowi, w którym roboty nie są możliwe). Natomiast należność za wykonanie prac uregulowana miała być przelewem w terminie 35 dni od daty dostarczenia faktury lub na wniosek podwykonawcy w terminie 7 dni, potrącając w takim przypadku (skonto) 0,5% wysokości faktury brutto (okoliczność bezsporna, nadto: umowa- k. 19, dziennik budowy nr (...) - k. 46-78).

Prace miały polegać na wykonaniu konstrukcji żelbetowych, zasypki gruntowej i prac im towarzyszących. Wszystkie materiały oraz sprzęt towarzyszący (m.in. szalunki) miały być dostarczone przez firmę (...) (zeznania świadka B. P.

- e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:11:50-00:12:33- k. 208-210, zeznania świadka K. M.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:09:02- k. 237-239, zeznania świadka T. B.- e-protokół rozprawy z dnia 15 lipca 2013 r. 00:33:39- k. 269-271). Generalnym wykonawcą przedmiotowej inwestycji była (...) S.A. z siedzibą w W. (dziennik budowy- k. 51).

Powód rozpoczął prace na budowie w listopadzie 2010 rok, przystępując do prac przygotowawczych (dziennik budowy- k. 60, zeznania świadka B. P.- e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:16:30- k. 208-210, zeznania świadka D. W.- e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. - 00:45:52- k. 208-210, zeznania świadka K. M.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:09:47- k. 237-239). Na początku robót przystąpiono do wykonania betonów podkładowych, do zazbrojenia i zabetonowania łąw fundamentowych i wykonania ścian budynku (wpis w dzienniku budowy- k. 61, zeznania świadka B. P.- e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:22:52- k. 208-210).

Strona pozwana dostarczyła powodowi szalunki na 1/8 obwodu widowni, tj. na połowę jednej sekcji, które należało po zakończeniu betonowania rozebrać i przełożyć na drugą część tej samej sekcji (zeznania współnika pozwanej spółki (...)- e-protokół rozprawy z dnia 2 grudnia 2015 r. 00:12:37- k. 446-447, uzupełniająca opinia biegłego- k. 344).

W dniu 29 listopada 2010 roku (adnotacja z nadpisaną datą- „28.02.2011”) wystąpił brak możliwości prowadzenia robót przy podsceniu z uwagi na prowadzone badania archeologiczne w tym odcinku (wpis kierownika robót K. M. w dzienniku budowy- k. 61). Nadal prowadzone były prace m.in. w obrębie trybun i rampy dla niepełnosprawnych (zeznania świadka B. P. e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:16:04-00:16:25- k. 208-210).

W dacie z dnia 29 listopada 2010 roku widnieje również wpis J. C. (kierownika robót drogowych firmy (...) S.A.) o wstrzymaniu robót budowlanych na terenie parku w związku z nagłym atakiem zimy (dziennik budowy- k. 61, zeznania świadka J. C.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:45:35- k. 237-239).

Z uwagi na niskie temperatury powód w celu wykonywania robót, na swój koszt, zamawiał specjalny podgrzewany beton (zeznania świadka B. P. e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:17:37-00:18:01- k. 208-210). Prace były wykonywane, jeżeli pozwalały na to warunki atmosferyczne (zeznania świadka K. M.-e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:12:45- k. 237-239, zeznania świadka B. P. e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:43:29- k. 208-210 ).

Następna informacja w dzienniku budowy została zamieszczona w dniu 7 marca 2011 roku- wpis dokonany przez kierownika robót K. M. dotyczący zabetonowania ścian fundamentu części wschodniej. Brak jest wpisów dokonywanych w datach wcześniejszym (dziennik budowy- k. 62).

Prace przy podsceniu (związane z wykopem) zostały wznowione w dniu 16 kwietnia 2011 roku (wpis w dzienniku budowy- k. 66). W dniu 20 kwietnia 2011 roku pozwana zakończyła roboty związane z wykopem pod budynek sceny (dziennik budowy- k. 66, zeznania świadka B. P. e-protokół rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. 00:21:15- k. 208-210).

W trakcie realizacji prac strona powodowa informowała pozwaną o tzw. obmiarze (etapie zrealizowanych prac jednostkowych) i na tej podstawie wystawiała pozwanej faktury częściowe za wykonanie prac: - w dniu 23 grudnia 2010 roku na kwotę 59.823,31 zł (faktura VAT nr (...)- k. 149, obmiar- k. 150), - w dniu 2 lutego 2011 roku na kwotę 61.295,82 zł (faktura VAT nr (...)- k. 151, obmiar- k. 152), - w dniu 2 marca 2011 roku na kwotę 50.730,86 zł (faktura VAT nr (...)- k. 153, obmiar- k. 154, 155, 158), - w dniu 5 kwietnia 2011 roku na kwotę 77.397,75 zł (faktura VAT nr (...)- k. 156), - w dniu 16 maja 2011 roku na kwotę 51.418,58 zł (faktura VAT nr (...)- k. 159, obmiar- k. 160) oraz w dniu 7 lipca 2011 roku na kwotę 87.895,80 zł (faktura VAT nr (...)- k. 161, obmiar- korespondencja mailowa z dnia 20 czerwca- k. 162).

Powyższe faktury zostały częściowo, tj. w kwocie 282.795,99 zł, uregulowane przez pozwaną spółkę, za wyjątkiem faktury VAT nr (...), która nie została zapłacona w całości (okoliczność bezsporna).

Nadto w trakcie realizacji fundamentów (prac związanych z zaszalowaniem ław fundamentowych trybun) inwestor zmienił koncepcję ułożenia ław- podjął decyzję o niewycinaniu dwóch starych drzew (pisemna opinia biegłego- k. 284, ustna opinia biegłego- e-protokół rozprawy z dnia 2 września 2015 r. 00:03:04-00:14:42- k. 432). Decyzja o sposobie zabezpieczenia i wykonania nowego układu ław została podjęta po dłuższym okresie czasu (pisemna opinia biegłego- k. 284). Następnie w dniu 27 maja 2011 roku zgłoszono jednak wycięcie drzewa (wpis J. C. w dzienniku budowy- k. 70).

Powód wykonał zakres robót w całości (okoliczność bezsporna).

O wykonaniu prac jednostkowych kierownik robót budowlanych podwykonawcy poinformował mailowo kierownika budowy prac ogólnobudowlanych- K. M. w dniu 20 czerwca 2011 roku, a następnie w dniu 29 czerwca 2011 roku zgłosił gotowość do odbioru robót, określając wartość szacunkową zlecenia na kwotę 320.000 zł netto oraz wskazując proponowany termin odbioru na dzień 29 czerwca 2011 roku (mail z dnia 20 czerwca 2011 r.- k. 21, protokół zgłoszenia robót budowlanych do odbioru- k. 22).

Odbiór robót (amfiteatru i budynku technicznego) nastąpił w dniu 1 lipca 2011 roku, co zostało potwierdzone w protokole odbioru, podpisanym przez kierownika budowy- K. M. oraz kierownika robót podwykonawcy- B. P.. Protokół zawierał uwagi i zastrzeżenia m.in. co do posadzki, poprawienia styku części poziomej, kolorystyki elementów, pęknięć oraz zabezpieczenia schodów. W części dotyczącej ogólnego stanu i wartości robót brak jest adnotacji (protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu- k. 20, odpowiedź na pozew- k. 104).

Po dokonaniu odbioru stwierdzono występowanie usterek (okoliczność bezsporna). Usterki były usuwane przez pracowników firmy powoda, natomiast części poprawek dokonywała sama pozwana (zeznania świadka J. C.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:48:27- k. 237-239, zeznania świadka K. M.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013r. 00:21:47-00:22:23- k. 237-239).

Ostateczne zgłoszenie robót do odbioru przez generalnego wykonawcę nastąpiło w październiku 2011 roku (dziennik budowy- k. 49, zeznania świadka K. M.- e-protokół rozprawy z dnia 18 marca 2013 r. 00:18:43-00:19:02- k. 237-239).

W dniu 7 lipca 2011 roku powód wystawił pozwanej spółce fakturę VAT nr (...) na kwotę 87.895,80 zł brutto tytułem prac żelbetowych wykonanych w parku w N. (faktura VAT nr (...) - k. 26).

Pismem z dnia 4 października 2011 roku Firma Budowlana (...) odesłała powodowi niezaksięgowaną fakturę VAT nr (...) z dnia 7 lipca 2011 roku na kwotę 87.895,80 zł brutto oraz poinformowała, że nie może ująć w swoich księgowaniach faktury z dnia 7 lipca 2011 roku z terminem płatności 6 sierpnia 2011 roku z powodu braku możliwości odliczenia podatku VAT (pismo- k. 23).

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 11 października 2011 roku powód ponowił próbę dostarczenia pozwanej faktury nr (...), informując o tym, iż P.P.H.U. (...) wystawiło oraz zaksięgowało w/w fakturę na podstawie protokołu odbioru i obmiaru robót podpisanych przez kierownika budowy firmy (...) (pismo- k. 24, potwierdzenie nadania- k. 27, potwierdzenie odbioru- k. 28).

W piśmie z dnia 19 października 2011 roku strona pozwana poinformowała powoda, że pozostała kwota z faktury nr (...) z dnia 16 maja 2011 roku pomniejszona o kaucję w wysokości 5% zostanie uregulowana sukcesywnie w ciągu dwóch tygodni (pismo- k. 30).

W dniu 24 października 2011 roku powód ponownie wystąpił do pozwanej o wyjaśnienie przyczyny nieprzyjęcia przez nią do zaksięgowania faktury nr (...), podając, iż faktura jest do odbioru w siedzibie firmy powoda (pismo- k. 35). Jednocześnie w tym samym dniu W. O. skierował do pozwanej wezwanie do zapłaty kwoty w łącznej wysokości 45.870,33 zł tytułem pozostałej do zapłaty należności wynikającej z faktur oznaczonych numerami: (...), (...), (...), (...) i (...), wraz z odsetkami ustawowymi, w terminie 7 dni (wezwanie do zapłaty- k. 34).

Natomiast w dniu 27 października 2011 roku oraz w dniu 16 listopada 2011 roku powód skierował do pozwanej wezwanie do zapłaty kwoty 87.895,80 zł tytułem zapłaty za fakturę nr (...) w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma („drugie” wezwanie do zapłaty- k. 31, potwierdzenie odbioru- k. 33, ostateczne wezwanie do zapłaty- k. 38, potwierdzenie odbioru- k. 40).

W dniu 16 listopada strona powodowa skierowała do pozwanej również wezwanie do zapłaty kwoty 29.870,33 zł (w łącznej wysokości) tytułem pozostałej części niespłaconych należności wynikających z faktur, wskazanych również w piśmie z dnia 24 października 2011 roku (wezwanie do zapłaty- k. 39, potwierdzenie odbioru- k. 41).

Następnie w piśmie z dnia 17 stycznia 2012 roku pełnomocnik powoda wezwał Firmę Budowlaną (...) do zapłaty kwoty 105.766,13 zł w terminie 7 dni wraz z ustawowymi odsetkami od kwot wymienionych w piśmie pod rygorem natychmiastowego skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego (wezwanie do zapłaty- k. 42, kserokopia książki nadawczej- k. 43).

W odpowiedzi na wezwanie, w piśmie z dnia 8 lutego 2012 roku (oznaczonym omyłkowo datą „08 lutego 2011r.”), skierowanym do powoda, pozwana spółka złożyła oświadczenie o potrąceniu przysługującej pozwanej wierzytelności w łącznej kwocie 208.023,62 zł z wzajemną wierzytelnością powoda w kwocie 105.766,13 zł. Pozwana wskazała, że powodowi została naliczona kara umowna za niewykonanie umowy w terminie w wysokości 125.117 zł, w związku z czym pozwana poniosła szkodę w wysokości 82.906,62 zł, na którą złożyły się koszty: naprawy wynajętych szalunków w wysokości: 7.014,23 zł, koszt ich wynajmu, koszt wynajmu kontenera za okres zwłoki, koszt ochrony, koszt wynagrodzenia zastępczego oraz koszty związane z robotami dodatkowymi. Jednocześnie strona pozwana wezwała powoda do zapłaty kwoty 102.257,49 zł w terminie 7 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego (pismo wraz z załączoną notą księgową z dnia 8 lutego 2012 r.- k. 163-165, potwierdzenie odbioru- k. 166).

Pozwana nie uiściła na rzecz powoda pozostałej należności wynikającej z wystawionych faktur, zaś powód nie uiścił na rzecz pozwanej żądanej przez nią kwoty powstałej po potrąceniu przez nią należności (okoliczność bezsporna).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie wyżej wskazanych dowodów w postaci dokumentów, zeznań świadków i przesłuchania stron. Treść, wiarygodność ani moc dowodowa dokumentów nie została przez żadną ze stron procesu skutecznie zakwestionowana. Natomiast przeprowadzone w sprawie dowody z zeznań świadków potwierdzają jedynie okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd poczynił również ustalenia faktyczne w oparciu o wnioski z opinii pisemnej, uzupełniającej oraz ustnej opinii biegłego sądowego ds. budownictwa- inż. K. W. powołanego na okoliczność ustalenia czy prace musiały być wykonywane w określonej kolejności i czy ewentualna zmiana kolejności wykonywania tych prac skutkowałą wydłużeniem ich czasu, a także czy warunki atmosferyczne panujące w okresie wykonywania prac przez powoda oraz zmiany projektowe zachodzące w toku wykonywania prac wpłynęły na długość okresu potrzebnego do ich wykonania, w wypadku zaś odpowiedzi pozytywnej na te pytania również wskazania, jaki był uzasadniony termin przedłużenia prac. Przedmiotowa opinia wyjaśniła w sposób dostateczny okoliczności przedmiotowej sprawy. Opinia ta, będąc wiarygodną, w wystarczającym zakresie dała odpowiedź na kluczowe pytania: odnośnie kolejności wykonywania prac, warunków atmosferycznych czy zmian projektowych. Biegły dokonał analizy technicznej, jak również przeprowadził wizję lokalną na terenie wykonanego obiektu. Powyższa opinia nie została skutecznie zakwestionowana przez żadną ze stron postępowania, a podnoszone przez pełnomocnika pozwanej zastrzeżenia co do treści opinii zostały rozwiane w wydanej przez biegłego pisemnej opinii uzupełniającej, nadto do poczynionych ustaleń oraz podniesionych zastrzeżeń biegły odniósł się również w ustnej opinii wydanej na rozprawie w dniu 2 września 2015 roku. Sąd podzielił wnioski zawarte w opinii, albowiem została ona sporządzona rzetelnie i dokładnie. Udziela wyczerpujących odpowiedzi na zadane pytania, jest logiczna, spójna i pozbawiona nieścisłości, została również wskazana metodologia badania przyjęta przez biegłego. Nie zaszły przy tym żadne okoliczności osłabiające zaufanie do wiedzy, kompetencji, doświadczenia czy bezstronności sporządzającego ją biegłego. Nie sposób było tym samym odmówić wiarygodności opinii wydanej przez biegłego (pisemna opinia biegłego- k. 281-290, uzupełniająca opinia biegłego- k. 342-349, ustna opinia biegłego- e-protokół rozprawy z dnia 2 września 2015 r. 00:03:04-00:14:42- k. 432).

Sąd nie dał wiary zeznaniom pozwanego (wspólnika pozwanej spółki- (...)) w zakresie w jakim wskazał, że omawiał z powodem kolejność wykonywania prac, tj. wykonanie w pierwszej kolejności widowni, a potem budynku technicznego. Zeznaniami tym przeczy treść odpowiedzi na pozew, w której pozwany podkreślił, że nie ingerował w kolejność wykonania prac oraz brak było ustaleń w tym przedmiocie (k. 105). Nadto zeznaniom tym przeczy zeznania powoda oraz świadków B. P., D. W. oraz K. M..

Sąd nie dał wiary także zeznaniom świadka J. C. w zakresie w jakim zeznał, że dokonywano skreśleń dat w dzienniku budowy na kartach nr 60-61, gdyż wpisane daty były nieprawidłowe oraz że jego zdaniem owe prace wykonywane były w grudniu. Zeznaniami tym przeczy zeznania świadka K. M.- kierownika budowy firmy (...), który podał, że to daty skreślone są prawdziwe, nadto przeczy temu pismo pozwanej z dnia 15 grudnia 2014 roku, ustosunkowujące się do opinii biegłego, w którym sama pozwana podała, że powód rozpoczął prace w listopadzie 2010 roku, co „jednoznacznie potwierdzają terminy dostaw betonu, szalunków oraz informacje o wykonanych pracach do końca stycznia 2011 roku” (k. 396-398).

Ponadto Sąd odmówił wiary zeznaniom świadka T. B. w zakresie w jakim podał, iż prace archeologiczne na budowie były prowadzone tylko w kwietniu, albowiem zeznaniom tym przeczy wpis w dzienniku budowy (k. 61), zeznania strony powodowej oraz zeznania świadków: K. M. oraz B. P..

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

Powództwo w przeważającej części tj. co do kwoty 88.714,68 złotych, zasługiwało na uwzględnienie, w pozostałej zaś części podlegało oddaleniu.

Bezspornym jest, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie widowni oraz podscenia w parku im. J. W. w N..

Zgodnie z treścią przepisu art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, a w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie z przepisami tytułu XVI Kodeksu Cywilnego przepisy o umowie o roboty budowlane stosuje się również do robót wykonywanych przez podwykonawcę na rzecz wykonawcy.

Poza sporem pozostaje również to, że w przedmiotowej umowie jako termin wykonania robót ustalono termin 5 tygodni od daty dostarczenia zlecenia, tj. od dnia 23 listopada 2010 roku, jak również, to że umowa zawierała w swej treści postanowienie dotyczące naliczenia kary umownej- za każdy dzień zwłoki w wykonaniu umowy w wysokości 0,2% (wynagrodzenia brutto).

Stosownie do treści art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543). Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c.) – wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400. Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego

(wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400). Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 k.c. – także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353<sup>4</sup> k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.) – wyrok SN z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, LEX nr 515710; zob. także P. D. (w:) (...)..., s. 958).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż trakcie realizacji prac strona powodowa informowała pozwaną o tzw. obmiarze (zrealizowanych pracach jednostkowych) i na tej podstawie wystawiała faktury za częściowe wykonanie prac (w okresie od dnia 23 grudnia 2010 roku do 7 lipca 2011 roku). Łączna wartość wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy przez powoda wyniosła 388.562,12 zł brutto. Pozwana uregulowała częściowo, tj. w wysokości 282.795,99 zł należności wynikające z przedmiotowych faktur (przy czym faktura nr (...) z dnia 7 lipca 2011 roku nie została zapłacona w całości). W związku z tym powód wystąpił z niniejszym pozwem o zapłatę pozostałej kwoty, tj. 105.766,13 zł. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że strona pozwana odmówiła zapłaty wynagrodzenia w pozostałej wysokości uznając powyższą wierzytelność za umorzoną wobec potrącenia jej z wierzytelnością strony pozwanej z tytułu kary umownej, którą pozwana obciążyla powoda oraz z wierzytelnością pozwanej z tytułu szkody poniesionej w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Kara umowna została obliczona jako iloczyn dni zwłoki, które strona pozwana ustaliła na 161 dni oraz 0,2% wartości kontraktu brutto. Nadto pozwana wezwała powoda do zapłaty na jej rzecz pozostałej po potrąceniu kwoty w wysokości 102.257,49 zł.

Sporną kwestią pozostaje zatem m.in. ocena skuteczności powyższego potrącenia, w szczególności zasadności naliczenia kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy. Strona pozwana zarzucała bowiem, że opóźnienie związane z terminową realizacją robót, których podjęła się strona powodowa, nastąpiło z przyczyn przez nią zawinionych. Z kolei powód podnosił, że oświadczenie o potrąceniu nie jest skuteczne, a opóźnienie w wykonaniu przez niego prac powstało wyłącznie wskutek okoliczności, za które nie ponosi on żadnej odpowiedzialności (tj. wstrzymanie prac m.in. z uwagi na prace archeologiczne).

Poza sporem w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność wykonania przez powoda robót budowlanych w całości, co potwierdza dokonanie przez pozwaną protokolarnego odbioru końcowego robót w dniu 1 lipca 2011 roku, a zatem wykonanie robót nastąpiło już po umówionym terminie, ostatecznie ustalonym na 5 tygodni od daty dostarczenia zlecenia (tj. na dzień 28 grudnia 2010 roku). Spór w niniejszej sprawie koncentrował się zatem głównie wokół okoliczności, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu umowy, bowiem w ocenie strony pozwanej były one zawinione przez wykonawcę (tj. powoda).

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

Zgodnie z art. 476 k.c. zd. I, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy

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

W sytuacji gdy strony umowy przewidziały kary umowne za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy (rozumianego jako całości robót) to wierzyciel nie ma prawa do naliczania kar umownych za faktyczny okres opóźnienia albowiem art. 476 k.c. przez zwłokę rozumie tylko takie opóźnienie, które jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2013r., IV CSK 299/12, LEX nr 1314429). W związku z tym w przedmiotowej sprawie pozwana była uprawniona do naliczenia powodowi kary umownej tylko za okres opóźnienia spowodowany okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność. Zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art. 471 k.c. w niniejszej sprawie to na powodzie spoczywał ciężar wykazania, iż opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy było spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Na gruncie przedmiotowej sprawy niewątpliwym jest, że doszło do wykonania przedmiotu umowy, jednakże nie w terminie ustalonym przez strony. Nie można mówić o tym, aby zwłoka powoda w wykonaniu przedmiotu umowy obejmowała okres od dnia 1 stycznia 2011 roku do 31 czerwca 2011 roku (z wyłączeniem jedynie okresu od 1 kwietnia 2011 roku do 20 kwietnia 2011 roku- jak to wskazywała pozwana).

Jak wynika z zeznań powoda, świadka B. P. oraz z pisemnej opinii biegłego sądowego powołanego w niniejszej sprawie inż. K. W., powód nie miał pełnego dostępu do placu budowy z uwagi na prowadzone prace wykopaliskowe- prace związane z realizacją budynku technicznego (tzw. podscenia) zostały wstrzymane z powodu badań archeologicznych prowadzonych w tym rejonie przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Co za tym idzie pełnego dostępu do placu budowy nie miała również pozwana. Biegły nadmienił, że strona pozwana w umowie z generalnym wykonawcą inwestycji (...) S.A. ustaliła, że termin zakończenia prac mija po 8 tygodniach od dnia pełnego dostępu do terenu budowy po zakończeniu prac wykopaliskowych. Prace archeologiczne zakończyły się dopiero w kwietniu 2011 roku, co potwierdzają przede wszystkim wpisy w dzienniku budowy dokonane przez J. C. (k. 66). Fakt ten przedłużał fizyczną konieczność realizacji umowy o de facto cztery miesiące (od grudnia 2010 roku do kwietnia 2011 roku). Ponadto biegły wskazał, że powstały w międzyczasie problem ze zmianą dokumentacji projektowej (zmiana przez inwestora koncepcji ułożenia ław oraz decyzja co do drzew w powierzchni trybun) miał wpływ na wydłużenie okresu wykonywania prac przez powoda, gdyż prace te dotyczyły konieczności zaszalowania sekcji w taki sposób, aby zabezpieczyć drzewa przed uszkodzeniem, zaś samo oczekiwanie na podjęcie decyzji projektowej również mogło spowodować powstanie kolejnego opóźnienia w terminie zakończenia umowy. Dodatkowo biegły inż. K. W. nadmienił, że brak pełnego dostępu do terenu budowy skutkuje tym, że wykonawca musi zmienić pierwotną koncepcję realizacji zadania, a fakt braku możliwości skorzystania z większej ilości szalunków spowodował, że powód nie mógł wykonać prac szybciej. Brak zapewnienia odpowiedniej ilości szalunków przez firmę (...) (za co pozwana ponosiła odpowiedzialność) potwierdził również świadek K. M.- kierownik budowy ze strony pozwanej spółki oraz świadek T. B.. Z obliczeń biegłego wynika, że minimalny czas wykonania samej widowni winien wynosić około 80 dni roboczych (przy założeniu wykonania każdej sekcji w dwóch etapach), a należy podkreślić, że prace wykonywane w obrębie widowni również nie mogły być wykonywane w sposób ciągły z powodu wspomnianej wyżej kwestii formalnej co wycięcia drzew.

Zauważyć jedynie należy, że dla oceny terminowości wykonania umowy nie bez znaczenia pozostają także przestoje w wykonywaniu prac związane z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi w okresie zimowym. Z wpisów w dzienniku budowy wynika, że w dniu 29 listopada 2010 roku w związku z nagłym atakiem zimy zgłoszono wstrzymanie robót na terenie parku (k. 61). Do dnia 7 marca 2011 roku brak jest wpisów w dzienniku budowy, jednakże z zeznań m.in. świadka B. P. wynika, że z uwagi na niskie temperatury i duże opady śniegu występowały przerwy w wykonaniu robót: - w grudniu prace trwały około 13-14 dni roboczych, w styczniu i w lutym- po około 10 dni

robotniczych. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego pracownicy firmy powoda wykonywali prace, jeżeli pozwalały na to warunki atmosferyczne, jednakże dodatkową trudnością była wspomniana już niewystarczająca ilość szalunków, która pozwalałaby na zaszalowanie większej ilości sekcji w tzw. jednym rzucie oraz brak możliwości dostarczenia przez pozwaną betonu o odpowiednich składnikach, które umożliwiają betonowanie w obniżonych temperaturach (taką odpowiednią mieszankę zamówił powód z własnej inicjatywy). Dodatkowo powód dysponował niewielką ilością pracowników (zeznania świadków wskazują na około 6-7 osób na placu budowy), jednakże przy braku możliwości zaszalowania większej powierzchni fundamentów, czyniło to umowę- jak wskazał biegły- właściwie nierealną do wykonania w umówionym terminie 5 tygodni.

Już tylko z powyższych rozważań wynika, że strona powodowa została obciążona karą umowną za niewykonanie umowy w terminie niezasadnie za cały okres opóźnienia - ustalony przez pozwanego na 161 dni. Jak wynika z opinii biegłego, co do której brak podstaw aby odmówić jej wiarygodności, po uwzględnieniu czasu niezbędnego do uzyskania pełnej wytrzymałości betonu w nośnych elementach konstrukcyjnych budynku zaplecza technicznego (ław, ścian nośnych i stropu- konieczność przerw technologicznych związanych z tzw. wiązaniem betonu) termin zakończenia prac powinien być przedłużony o około 1,5 miesiąca od dnia zakończenia prac wykopaliskowych, ponieważ od dnia zakończenia owych prac istniała faktyczna możliwość budowy tzw. podscenia. Prace archeologiczne zostały zakończone w dniu 20 kwietnia 2011 roku (dopiero wtedy został wykonany wykop pod budynek sceny- k. 66), jeżeli więc na gruncie powołanych wyżej ustaleń od tego dnia należałoby przedłużyć termin wykonania robót o 1,5 miesiąca, to prace powinny zostać zakończone w dniu 8 czerwca 2011 roku. Powód nie wykazał, że po zakończeniu prac archeologicznych występowały jakiegokolwiek przerwy niezależne od niego ani nie wykazał, że nastąpiły jakiegokolwiek okoliczności, za których nie ponosi odpowiedzialności, a zatem w ocenie Sądu okres pozostawania powoda w zwłocę w wykonaniu zobowiązania (tzw. kwalifikowane opóźnienie) należy liczyć począwszy od 8 czerwca 2011 roku. Odbiór robót przez pozwaną nastąpił w dniu 1 lipca 2011 roku. W związku z tym, zdaniem Sądu, zawinione opóźnienie powoda zaistniało w okresie od 9 czerwca 2011 roku do 30 czerwca 2011 roku, a więc zasadnym było naliczenie stronie powodowej kary umownej jedynie za okres 21 dni. Zgodnie z postanowieniem umowy kara za każdy dzień zwłoki w wykonaniu umowy miała wynosić 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, które wyniosło ostatecznie 388.562,12 zł. Wobec tego (wbrew obliczeniom pozwanej) za zasadną należy uznać karę umowną w wysokości 16.319,60 zł (tj. 0,2% x 388.562,12 zł x 21 dni opóźnienia).

Na marginesie dodać należy, iż pomimo lakoniczności zapisów umowy stron co do kary umownej i wbrew zarzutom strony powodowej, samo zastrzeżenie kary umownej w umowie uznać należało za skuteczne. Postanowienie umowy w tym zakresie zawierało bowiem wszystkie niezbędne elementy, konieczne dla ustalenia podstawy i zasad naliczenia takiej kary w świetle przepisów k.c. ją regulujących.

Nadmienić jedynie należy, że stosownie do treści art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Co prawda pełnomocnik powoda wniósł w pozwie z tzw. ostrożności procesowej o miarkowanie kary umownej do 1/10 kwoty uznanej przez Sąd, podnosząc że powód wykonał zobowiązanie w całości oraz, że kara została naliczona w wysokości rażąco wygórowanej, jednakże w ocenie Sądu brak jest podstaw do zastosowania powyższego przepisu. Miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać przede wszystkim dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Należy podkreślić, iż wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. Zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2013 r., V ACa 780/12, LEX nr: 1289452). W przedmiotowej sprawie Sąd uznał za zasadne naliczenie kary umownej za okres zwłoki obejmujący de facto 3 tygodnie (21 dni), zaś wysokość tak ustalonej kary umownej (kwota 16.319,60 zł) wynosi zaledwie 13% pierwotnie naliczonej przez pozwaną kary umownej w kwocie 125.117 zł. W związku z powyższym Sąd nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej.

Odnosząc się natomiast do oświadczenia o potrąceniu dokonanego przez pozwaną pismem z dnia 8 lutego 2011 roku (k. 92-93), jak i zarzutu potrącenia podniesionego w odpowiedzi na pozew, należy wskazać, że stosownie do treści art. 498 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym; na skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Potrącenie (kompensacja, kompensata, od łac. compensatio) polega na umorzeniu wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie – wartość jednej wierzytelności zalicza się na poczet drugiej. W wyniku potrącenia wprawdzie żaden z wierzycieli nie otrzymuje efektywnego świadczenia, ale za to zwolniony zostaje z zobowiązania albo całkowicie, albo do wysokości wierzytelności niższej (zob. wyr. SN z dnia 14 czerwca 1974 roku, III CRN 395/73, LEX nr 7520; W. Bryl (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, pod red. Z. Resicha, Warszawa 1972, s. 1204; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System..., t. 6, s. 1091). Potrącenie definiuje się również jako umorzenie dwóch przeciwstawnych sobie wierzytelności w następstwie złożenia oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi (zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania..., s. 350).

Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności. Natomiast skuteczność i ważność potrącenia zależy od kilku elementów, w ramach których należy odróżnić zaistnienie przesłanek do potrącenia (określonych w art. 498 § 1 k.c.) od prawidłowości oświadczenia o potrąceniu (co do formy, treści, uprawnienia osoby składającej oświadczenie i właściwego adresata) oraz od skutków oświadczenia o potrąceniu (art. 498 § 2 k.c. i art. 499 zd. II k.c.). Aby było możliwe złożenie skutecznie oświadczenia o potrąceniu to wierzytelności muszą spełniać określone wymogi (wzajemność, jednorodzaowość, wymagalność oraz zaskarżalność). Doręczenie wezwania do zapłaty nie jest rzeczywiście warunkiem bezpośrednio samego złożenia oświadczenia o potrąceniu, ale w pewnych wypadkach jest niezbędnym warunkiem wymagalności wierzytelności, która z kolei jest przesłanką dopuszczalności potrącenia. Dopiero gdy wierzytelność przedstawiana do potrącenia jest wymagalna oświadczenie o potrąceniu wywoła skutek w postaci umorzenia wierzytelności. Wymagalność zaś jest stanem, w którym wierzyciel ma prawną możliwość zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a dłużnik jest zobowiązany spełnić świadczenie. W przypadku wierzytelności termin wymagalności w zasadzie pokrywa się z terminem spełnienia świadczenia. Roszczenia mogą stać się wymagalne w dniu oznaczonym w umowie, w przepisach albo wynikać z natury zobowiązania. Występują jednakże również tzw. zobowiązania bezterminowe (przy których termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania), które stają się wymagalne dopiero po podjęciu przez wierzyciela określonej czynności – czyli wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia (art. 455 k.c.).

W przypadku wierzytelności przedstawionej (obok kary umownej) do potrącenia w niniejszym przypadku - odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania mamy do czynienia z wierzytelnością o wspomnianym bezterminowym charakterze, dla której, aby stać się wymagalną, konieczne musiało być w pierwszej kolejności wezwanie do zapłaty. Dopiero wówczas po nadejściu terminu spełnienia świadczenia wierzyciel - pozwany mógłby złożyć oświadczenie o potrąceniu i dopiero wówczas to oświadczenie mogłoby wywołać oczekiwany skutek - umorzenie wzajemne wierzytelności do wierzytelności niższej. W piśmie z dnia 8 lutego 2012 roku z oświadczeniem o potrąceniu pozwana podała wprawdzie jakie kwoty przedstawia do potrącenia, zarówno z tytułu naliczenia kary umownej, jak i z tytułu szkody poniesionej na skutek nienależytego wykonania zobowiązania (m.in. koszty naliczone przez (...) S.A., koszty robót dodatkowych wykonanych przez firmę (...)), jednakże strona pozwana nie udowodniła wysokości wierzytelności przysługującej jej w stosunku do strony powodowej z tytułu odszkodowania. Nie załączyła w poczet materiału dowodowego żadnego dokumentu, czy jakiegokolwiek innego dowodu, z którego wynikałoby, iż podane koszty m.in. naprawy szalunków, wynajmu kontenera czy wykonania zastępczego obciążają powoda. Jedynie na fakturze VAT nr (...) z dnia 31 marca 2011 roku widnieje adnotacja co do obciążenia firmy powoda kwotą 595 zł + VAT za wynajem szalunków i w ocenie Sądu tylko taka kwota zasługuje na uwzględnienie w zakresie żadanego przez pozwaną odszkodowania. Pozostałe twierdzenia zaprezentowane przez pozwaną w żadnej mierze nie stanowią dowodu istnienia jakichkolwiek innych wierzytelności z tego tytułu.

Co więcej w momencie, gdy oświadczenie o potrąceniu dotarło do adresata (tj. powoda) brak było wymagalności wierzytelności przedstawionej do potrącenia w postaci odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy, wobec czego potrącenie przynajmniej w tej części nie mogło wywołać zamierzonego skutku. Nawet gdyby w dniu wniesienia pozwu czy odpowiedzi na pozew owa wierzytelność była już wymagalna, z uwagi na upływ 7- dniowego terminu wskazanego w piśmie zawierającym oświadczenie o potrąceniu (k. 164, 166), nie ma to większego znaczenia, gdyż wymagalność musi występować na dzień złożenia oświadczenia o potrąceniu (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 7 listopada 2013 r., I ACa 476/13, LEX nr: 1402940). Skoro pozwana spółka przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu nie wzywała powoda do zapłaty wierzytelności z tytułu kar umownych ani z tytułu odszkodowania, to oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o charakterze bezterminowym jest bezskuteczne, gdyż nie są one wymagalne (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015/7-8/86, LEX nr 1532595, www.sn.pl, Biul.SN 2014/11/6, (...)). Pomijając powyższe rozważania zastanawiające jest, że pozwana dokonała potrącenia wierzytelności dopiero pismem z dnia 8 lutego 2012 roku, w którym jednocześnie wezwała do zapłaty kwoty pozostałej z potrącenia, a nie wzywała powoda do uiszczenia kary umownej w okresie wcześniejszym na przykład tuż po zakończeniu odbioru robót, który to miał miejsce w dniu 7 lipca 2011 roku.

Ponadto nawet gdyby uznać powyższe oświadczenie o potrąceniu za skuteczne i przychylić się do twierdzeń pozwanej należy podnieść, że zgodnie z art. 481 § 1 zd. 2 k.c., żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Z woli ustawodawcy wyraźnie więc wynika reguła, że jeżeli szkoda przewyższa wysokość zastrzeżonej kary umownej, to wierzyciel i tak nie może obok niej domagać się uzupełniającego odszkodowania („odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary”). Nie jest dopuszczalne domaganie się zapłaty odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, jeżeli ani w umowie, ani w przepisach regulujących dany rodzaj zobowiązania nie zastrzeżono możliwości żądania zapłaty odszkodowania do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody (vide: teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1981 r., IV CR 91/81, OSP 1982/5-6/67). Niewątpliwie wysokość żądanego przez pozwaną odszkodowania w kwocie 82.906,62 zł znacząco przewyższa wysokość kary umownej należnej pozwanej w kwocie 16.319,60 zł. Z tożsamyh względów nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja współnika pozwanej spółki, przytoczona na rozprawie w dniu 2 grudnia 2015 roku, iż zasadne jest żądanie odszkodowania od strony powodowej z uwagi na fakt, że generalny wykonawca inwestycji (...) S.A. naliczył karę umowną firmie (...) (jako wykonawcy).

Niezależnie od naliczenia kary umownej pozwanej przysługiwało prawo do żądania naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na zasadach ogólnych wynikających z art. 471 k.c. Tak więc oprócz przesłanki niewłaściwego wykonania umowy, pozwana zobowiązana była wykazać istnienie szkody i związek przyczynowy pomiędzy działaniem (nienależytym wykonaniem umowy) przez powoda a zaistniałą szkodą (art. 471 k.c. w zw. z art. 6 k.c.). Tymczasem w odniesieniu do wysokości szkody pozwana nie w pełni sprostала temu zadaniu. O ile dla formalnej możliwości dochodzenia odszkodowania wystarczy wskazać jednostkową należność pełnej szkody, o tyle dla wykazania jej zasadności niezbędne jest udowodnienie powstania i wysokości wszystkich poszczególnych elementów w skład jej wchodzących. Jedynie w ten sposób można ustalić, jaka jest wysokość poniesionej szkody i czy ma ona związek z nagannym działaniem kontrahenta (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 grudnia 2012 r., V ACa 601/12, LEX nr 1236672). Zaniechanie zatem sprecyzowania tej należności, mimo podnoszonych przez pozwaną zarzutów w tym względzie w toku postępowania, ma przełożenie na brak możliwości oceny zasadności roszczenia. Wysokość swoich szkód pozwana określiła na łączną kwotę 82.906,62 zł w piśmie z dnia 8 lutego 2012 roku, zawierającym oświadczenie o potrąceniu. Wymieniła w nim sześć rodzajów należności wchodzących w zakres szkody: - koszty naprawy wynajętych szalunków w wysokości 7.014,23 zł, - koszt wynajmu szalunków za okres zwłoki w wysokości 51.192,39 zł, - koszty wynajmu kontenera za okres zwłoki w wysokości 550 zł, koszty ochrony, nadzoru oraz ogrodzenia za okres zwłoki w wysokości 10.000 zł, koszt wykonania zastępczego w wysokości 2.500 zł oraz koszty związane z robotami dodatkowymi wykonanymi przez firmę (...), w następstwie stwierdzonych wad i usterek w wysokości 11.650 zł. W powołanym piśmie, jak również w odpowiedzi na pozew pozwana wymieniła jedynie rodzaje poniesionych kosztów, nie załączając właściwie żadnych dowodów na ich rzeczywiste poniesienie. Pozwana przedłożyła tylko faktury VAT za wynajem szalunków od firmy (...) S.A. wraz z zestawieniami wynajmu za okres od stycznia 2011 roku do maja 2011 roku, z których bynajmniej nie wynika, aby tymi kosztami miał zostać obciążony

powód. Ponadto skoro za zawinione opóźnienie w wykonywaniu robót należy uznać opóźnienie jedynie za okres trzech tygodni czerwca, to pozwana byłaby uprawniona do dochodzenia odszkodowania za najem szalunków w czerwcu, a za ten okres pozwana nie przedstawiła żadnych faktur ani innych dowodów, nadto nie podnosiła w toku postępowania, że szalunki najmowała również w czerwcu.

Dodatkowo w piśmie generalnego wykonawcy z dnia 2 kwietnia 2013 roku również brak jest precyzyjnego wyliczenia kosztów związanych z przedłużeniem terminu zakończenia robót, bowiem (...) S.A. wskazała, iż po długim okresie od zakończenia inwestycji trudno jest odtworzyć szczegóły elementów rozliczenia końcowego. Podała że firma (...) miała pokryć około 32% kosztów, wskazując, iż koszty robót dodatkowych wykonanych przez firmę (...) z winy (...) zostały określone na kwotę 13.450 zł. Mimo nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda (wykonanie przedmiotu umowy po upływie umówionego terminu) niewątpliwie pozwana powinna była dążyć do wykonania swoich obowiązków względem generalnego wykonawcy, a wynikających z zawartej pomiędzy nimi umowy. Ciężar wykonania umowy względem generalnego wykonawcy spoczywał zatem na pozwanej, która, jako profesjonalista, powinna dążyć do wykonania przedmiotu umowy w terminie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 grudnia 2012 r., V ACa 601/12, LEX nr 1236672). Za adekwatną oraz udowodnioną przez pozwaną wysokość szkody Sąd uznał kwotę 595 zł + VAT za wynajem szalunków w związku z adnotacją poczynioną na fakturze VAT nr (...) z dnia 31 marca 2011 roku (k. 172), z której wynika, iż tylko taką kwotą pozwana spółka zdecydowała się obciążyć powoda. W ocenie Sądu jest to jedyny dowód, którym można się posiłkować w celu ustalenia wysokości poniesionej szkody.

Mając na uwadze powyższe, Sąd uznał powództwo za uzasadnione w przeważającej części i zasądził na rzecz powoda kwotę 88.714,68 zł, powstałą po potrąceniu wzajemnych wierzytelności tj. należności powoda z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane w żądanej w pozwie wysokości w kwocie 105.766,13 zł z wierzytelnościami przysługującymi pozwanej wobec powoda w wysokości 17.051,45 zł, na którą złożyły się:

- kwota 16.319,60 zł ( $0,2\% \times 388.562,12 \text{ zł} \times 21 \text{ dni opóźnienia}$ ) z tytułu kary umownej za zwłokę powoda w wykonaniu przedmiotu umowy, zasadnej na podstawie umowy z dnia 23 listopada 2010 roku łączącej strony w związku z art. 483 § 1 k.c.,

- kwota 731,85 zł (tj. 595,00 zł + VAT w wysokości 23%) za wynajem szalunków (k. 172) z tytułu szkody poniesionej przez pozwaną w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania, na podstawie art. 471 k.c.

Wobec tego powództwo w pozostałym zakresie (tj. co do kwoty 17.051,45 zł) podlegało oddaleniu.

O odsetkach ustawowych orzeczono w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c., zasądzając je od kwoty 818,88 zł (wynikającej z niespłaconej części należności z faktury VAT nr (...) - k. 87) od dnia 24 maja 2011 (tj. od dnia następnego po upływie terminu zapłaty oznaczonego na fakturze) oraz od kwoty 87.895,80 zł (wynikającej z faktury VAT nr (...) - k. 26) od dnia 7 sierpnia 2011 roku (tj. od dnia następnego po upływie terminu zapłaty oznaczonego na fakturze).

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c. stosując zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu. Z kwoty 105.766,13 zł stanowiącej wartość przedmiotu sporu, zasądzona została na rzecz powoda kwota 88.714,68 zł, stanowiąca około 84% wartości przedmiotu sporu. Zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu, strony powinny ponieść jego koszty w takim stopniu, w jakim przegrały sprawę, a zatem powód w 16%, a pozwana w 84%. Koszty postępowania wyniosły łącznie 17.726,53 zł, a złożyły się na nie – po stronie powoda – opłata od pozwu w wysokości 5.289 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł oraz zaliczka na koszty opinii biegłego w wysokości 3.000 zł, natomiast po stronie pozwanej – koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł oraz koszt opinii biegłego w wysokości 2.203,53 zł. Pozwaną, zgodnie z podaną zasadą, powinny obciążać koszty w kwocie 14.890,28 zł ( $17.726,53 \text{ zł} \times 84\%$ ), tymczasem poniosła je w wysokości 5.820,53 zł. Dlatego też należało zasądzić od pozwanej na rzecz powoda kwotę 9.069,75 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W punkcie 4 wyroku na podstawie art. 84 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2014, poz. 1025 j.t.) orzeczono o zwrocie ze Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi na rzecz pozwanej kwoty 796,47 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki na koszty opinii biegłego.

Natomiast na podstawie art. 113 ust. 1 u.k.s.c. w zw. z art. 100 zd. I k.p.c. Sąd nakazał pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 292,92 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych, zaś od powoda nakazał ściągnąć z zasądzonego w punkcie 1 wyroku roszczenia kwotę 55,80 zł na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych związanych ze stawiennictwem świadka K. M. na rozprawie w dniu 18 marca 2013 roku (k. 253).

Z/ Odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron

29-01-2016