

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, dnia 25 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu XVIII Wydział Cywilny w następującym składzie:

Przewodniczący:SSO Agnieszka Śliwa

Protokolant:p.o. stażysty Edyta Budzińska

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Poznaniu

na rozprawie sprawy z powództwa Skarbu Państwa - Komendanta 14 (...) Oddziału (...) w P. zastępowanego przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej

przeciwko Ł. S. i M. K.

o zapłatę

1. Zasądza solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 56.158,80 zł (pięćdziesiąt sześć tysięcy sto pięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 26 maja 2015 r. do dnia zapłaty.
2. W pozostałym zakresie powództwo oddala.
3. Kosztami procesu obciąża powoda w 65 %, a pozwanych solidarnie w 35% i z tego tytułu:
  - a) zasądza solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 1.890 zł
  - b) zasądza od powoda na rzecz każdego z pozwanych kwoty po 3.521,05 zł
  - c) nakazuje ściągnąć solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Poznaniu kwotę 2.784,60 zł nieuiszczonych kosztów sądowych.

SSO Agnieszka Śliwa

## UZASADNIENIE

Powód Skarb Państwa – Komendant 14 (...) Oddziału (...) w P., reprezentowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa (obecnie Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej) wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym i nakazanie pozwany: Ł. S. oraz M. K., aby zapłacili solidarnie powodowi kwotę 156.116,55 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 26 maja 2015 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenie solidarne od pozwanych Ł. S. oraz M. K. na rzecz powoda kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 7-15).

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że w dniu 9 lipca 2014 r. pomiędzy pozwany Ł. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo (...) S. Ł. oraz M. K., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: Doradztwo (...), została zawarta umowa konsorcjum, której celem było opracowanie i złożenie przez konsorcjum oferty na realizację zadania pn: „Remont ogrodzeń w kompleksie wojskowym przy ul. (...) w B.. Zadanie nr 2 – Remont ogrodzenia magazynu”. Na wykonanie tego zadania w lipcu 2014 roku został bowiem rozpisany przetarg nieograniczony. Następnie, w dniu 1 sierpnia 2014 roku, powód zawarł w trybie przetargu publicznego z konsorcjum (...) umowę, której przedmiotem było wykonanie wskazanego zadania. Zgodnie z postanowieniami w/w umowy

pozwani zobowiązali się wykonać przedmiot umowy do dnia 20 października 2014 roku. Za wykonanie przedmiotu umowy przewidziane zostało wynagrodzenie kosztorysowo-ilościowe w kwocie 467.979,85 zł netto (575.627,52 zł brutto). W § 14 umowy przewidziano również możliwość naliczenia kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 5% umówionego wynagrodzenia netto za pierwszy dzień opóźnienia i 1% umówionego wynagrodzenia netto za każdy kolejny dzień opóźnienia liczonego od dnia upływu terminu wykonania umowy. Strony umówiły się również, że porozumiewanie się stron w sprawach związanych z wykonaniem zadania odbywać się będzie w drodze korespondencji pisemnej (§ 21 ust. 1 umowy). Pismem z dnia 14 listopada 2014 roku pozwani poinformowali powoda, że w dniu 19 listopada 2014 roku na placu budowy ma odbyć się odebranie i potwierdzenie zakończenia robót. Faktyczne odebranie robót nastąpiło dopiero w dniu 26 listopada 2014 roku, jednak w protokole odbioru za dzień zakończenia robót wskazano 19 listopada 2014 roku. Z uwagi na 30-dniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, powód obciążył pozwanych zapłatą kary umownej w wysokości 159.116,55 zł w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania do zapłaty z dnia 23 grudnia 2014 roku (pismo z dnia 23 grudnia 2014 roku). Pozwani do dnia wytoczenia powództwa nie uiszcili żądanej przez powoda kwoty kary umownej.

W dniu 5 grudnia 2016 roku Referendarz Sądowy w tutejszym Sądzie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, zgodny z żądaniem pozwu.

W ustawowym terminie pozwany M. K. wniósł sprzeciw od nakazu zapłaty, zaskarżając go w całości, wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 5.417 zł, w tym 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Również w ustawowym terminie pozwany Ł. S., wniósł sprzeciw od nakazu zapłaty, zaskarżając go w całości, wnosząc o jego oddalenie oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 5.417,00 zł, w tym 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu obu sprzeciwów zarówno pozwany M. K., jak i pozwany Ł. S. zakwestionowali w całości roszczenie powoda oraz wskazali, że w uzasadnieniu pozwu powód pominął szereg okoliczności faktycznych mających podstawowe znaczenie dla prawidłowej oceny stanu faktycznego. Zdaniem obu pozwanych, opóźnienie w zakończeniu prac budowlanych było w całości zawinione przez powoda.

Pozwani w pierwszej kolejności potwierdzili, iż umowa została pomiędzy stronami zawarta oraz że zakończenie prac budowlanych nastąpiło w dniu 19 listopada 2014 roku. Pozwani wskazali, iż zgodnie z wiążącą strony umowy specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jeżeli w warunkach nie zostały przewidziane do wykonania określone prace, ich wykonanie mogło być zlecone pozwanym dodatkowo w trybie § 9 ust. 3 umowy wiążącej strony. W przypadku zatem wystąpienia prac dodatkowych pozwani musieli czekać na decyzję powoda w zakresie ewentualnego dodatkowego zlecenia. Co więcej, pozwani podnieśli, iż do umowy nie załączono jakiegokolwiek projektu dokładnie wskazującego trasy przebiegu nowych ogrodzeń oraz szczegółowych rozwiązań montażu na bramach i furtce drutów ostrzowych na wysięgnikach w kształcie litery „V”. Wskazali, że już po rozpoczęciu prac w sierpniu 2014 roku pojawiły się problemy z wytyczeniem przebiegu nowego ogrodzenia, a to z uwagi na fakt, że teren był porośnięty dużą ilością drzew. Dopiero z dniem 26 września 2014 roku przebieg trasy został ostatecznie ustalony i pozwani mogli kontynuować prace. Powiadomili jednak powoda, iż w związku z opóźnieniem z jego strony, termin zakończenia prac nie będzie dotrzymany. Następnie, okazało się, że na pewnym odcinku trasy (od punktu D do G) konieczne będzie ręczne wykonanie wykopów, co również wpłynęło na wydłużenie terminu zakończenia prac. Kolejnym problemem, który w trakcie wykonywania prac zasygnalizowali pozwani, były systemy korzeniowe drzew rosnących w pobliżu budowanego ogrodzenia. Ponieważ usuwanie korzeni nie leżało w zakresie obowiązków pozwanych, na spotkaniu w dniu 8 października 2014 r. zaproponowali oni usunięcie korzeni za dodatkowym wynagrodzeniem. Obecny na spotkaniu przedstawiciel powoda nie zaakceptował jednak propozycji, zobowiązując się do usunięcia korzeni we własnym zakresie do dnia 10 października 2014 roku. Do dnia 14 października 2014 roku korzenie nie zostały jednak usunięte. Co więcej, pracownicy powoda zniszczyli oznakowanie wytyczonego ogrodzenia, co spowodowało konieczność ponownego wytyczenia trasy na tym odcinku. Kolejną niewyjaśnioną pomiędzy stronami kwestią była, zdaniem pozwanych, sprawa sposobu montażu na bramach i furtce drutu ostrzowego na wysięgnikach w kształcie

litery „V”, w której to kwestii porozumienie osiągnięto dwa tygodnie po upływie planowanego terminu zakończenia prac. W opinii pozwanych, opóźnienie w zakończeniu robót wynikało ze wszystkich wskazanych powyżej okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi powód. Zbyt późne wytyczenie trasy przebiegu nowego ogrodzenia, zwłoka w usuwaniu uniemożliwiających dalszą pracę korzeni oraz zwłoka w przekazaniu rozwiązania technicznego dotyczącego wysięgników i montażu drutów ostrzowych na bramie oraz furtce ze strony powoda uniemożliwiła pozwanym terminowe wykonanie zlecenia. Pozwani zaprzeczyli również, jakoby pozostawili bez odpowiedzi wezwanie powoda do zapłaty, bowiem w piśmie z dnia 13 stycznia 2015 roku pozwani oświadczyli, że odmawiają zapłaty kary umownej z uwagi na bezpodstawność tego żądania. Nadto, kara umowna należy się wyłącznie za zawinione opóźnienie, a w tym wypadku wina leżała po stronie powoda z uwagi na wskazane wyżej okoliczności. Z ostrożności procesowej pozwani wnieśli jednak o miarkowanie kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie, a także z uwagi na fakt, iż ostatecznie prace zostały wykonane, a powód nie poniósł żadnej szkody wskutek powstałego opóźnienia. Pozwani zarzucili też, że działanie powoda stanowi rażące nadużycie prawa i nie zasługuje na ochronę.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 roku powód ustosunkował się łącznie do obu sprzeciwów podkreślając, że żaden z pozwanych nie kwestionuje przekroczenia umówionego terminu oddania robót, bezsporny jest również wskazany przez powoda uzgodniony termin zakończenia prac. Jednak, zdaniem powoda, opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanej. Powód nie dokonywał bowiem żadnych ustaleń dotyczących przesunięcia terminu zakończenia prac, przy czym należy podkreślić, że termin ten nie został przedłużony. Jednym z głównych kryteriów doboru ofert podczas przetargu był czas realizacji zadania, z czego pozwani zdawali sobie sprawę składając ofertę najkorzystniejszą nie tylko pod względem finansowym, jak również pod względem terminu wykonania przedmiotu umowy. Z tego względu, to pozwani nie dochowali należytej staranności, nie dokonując uzgodnień potrzebnych dla prawidłowego i terminowego wykonania umowy, gdy uznali, że takie uzgodnienia są im niezbędne. W ocenie powoda, rzeczywistą przyczyną opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy było nienależyte przygotowanie się pozwanych do realizacji zamówienia oraz niewłaściwe oszacowanie zarówno kosztów, jak i czasu wykonania przedmiotu umowy. Nadto, ustosunkowując się do zarzutów pozwanych dotyczących bezzasadności naliczenia kary umownej powód wskazał, iż odpowiedzialność z tytułu kar umownych co do zasady abstrahuje od wysokości poniesionej szkody oraz że bez znaczenia jest kwestia zawinienia bądź nie w zaistnieniu opóźnienia. Odnosząc się natomiast do kwestii miarkowania kary umownej powód wskazał, że wskutek opóźnienia w zakończeniu robót przez pozwanych, niemożliwe było rozpoczęcie kolejnych prac na terenie kompleksu w przewidzianym terminie. Powód wskazał, że zastrzeżona w umowie kara umowna, poza funkcją kompensacyjną, miała przede wszystkim pełnić funkcję prewencyjną. Pozwani jako podmiot profesjonalny powinni byli zdawać sobie sprawę z konsekwencji ewentualnego opóźnienia, a nadto znali wysokość kar umownych wynikających z umowy. Zdaniem powoda, żadna z powołanych przez pozwanych przyczyn nie stanowi uzasadnienia dla ewentualnego miarkowania kary umownej.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

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

W dniu 1 sierpnia 2014 roku powód Skarb Państwa - Komendant 14 (...) Oddziału (...) w P. (Zamawiający), zawarł w trybie przetargu publicznego z Konsorcjum (...) (Wykonawca), składającym się z członków: Ł. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo (...) S. Ł. oraz M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Doradztwo (...), a reprezentowanym przez M. K., umowę nr (...).

Bezsporne, nadto dowód: umowa nr (...) z dnia 1 sierpnia 2014 roku (k. 78-89), umowa konsorcjum (k. 22-26), wydruki z CEIDG (k. 18-21)

Przetarg na wykonanie tego zadania został ogłoszony w dniu 3 lipca 2014 roku. Przy ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał kierować się dwoma głównymi kryteriami – ceną (w 85%) oraz czasem realizacji zadania (w 15%). Punkty przyznawane były za skrócenie terminu wykonania przedmiotu umowy w stosunku do terminu granicznego, tj. 29 października 2014 roku.

Bezsporne, nadto dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia – SIWZ na „Remont ogrodzeń w kompleksie wojskowym przy ul. (...) w B.” wraz z załącznikami (k. 27-77)

Przedmiotem umowy z dnia 1 sierpnia 2014 r. – zgodnie z § 1 w/w umowy – było wykonanie zlecenia pn.: „Remont ogrodzeń w kompleksie wojskowym przy ul. (...) w B.. Zadanie 2 – Remont ogrodzenia magazynu.” Strony związane były ponadto postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Szczegółowy zakres robót budowlanych miały określać: kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przedmiar robót (kosztorys ślepy) oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (STW i ORB). Przedmiot umowy miał być wykonany zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, aktualną wiedzą i sztuką budowlaną, Polskimi Normami, przepisami i wymogami technicznymi oraz z zachowaniem przepisów ochrony środowiska.

Termin realizacji robót ustalono na dzień 20 października 2014 roku (§ 2 umowy). Ponadto Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z terenem robót (§ 3 umowy).

Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy (pozwanym) określone zostało w § 9 umowy, zgodnie z którym za wykonanie przedmiotu Zamawiający (powód) miał zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 575.627,52 zł brutto (467.989,85 zł netto).

Strony umowy w § 14 ust. 1 ppkt b) zawarły zapis, zgodnie z którym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 5% za pierwszy dzień opóźnienia i 1% za każdy następny dzień opóźnienia, wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia umownego terminu wykonania umowy.

Bezsporne, nadto dowód: umowa nr (...) z dnia 1 sierpnia 2014 roku (k. 78-89), specyfikacja istotnych warunków zamówienia – SIWZ na „Remont ogrodzeń w kompleksie wojskowym przy ul. (...) w B.” wraz z załącznikami (k. 27-77)

Wykonawca nie zapoznał się jednak przed zawarciem umowy z terenem prac. Przed zawarciem umowy nie domagał się przedstawienia planu przebiegu ogrodzenia ani nie przedstawiał pytań co do tego przebiegu. Plan przebiegu ogrodzenia nie był też częścią dokumentacji przetargowej.

Bezsporne, nadto dowód: zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Plac budowy został przekazany Wykonawcy w terminie trzech dni od dnia zawarcia umowy. Wówczas też M. K. przeszedł teren przez jaki miało przebiegać ogrodzenie. Wykonawca przystąpił do wykonywania prac na terenie budowy na przełomie sierpnia i września 2014 r.

Bezsporne, nadto dowód: zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania świadka J. K. (k. 211), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

W sierpniu 2014 r., krótko po podpisaniu umowy, Wykonawca otrzymał od Zamawiającego szkic, na którym zaznaczony był przebieg dotychczasowego ogrodzenia oraz budynku. Wykonawca miał określić trasę przebiegu ogrodzenia w oparciu o dostarczony mu schemat, w ramach do 10 metrów od istniejącego ogrodzenia, jednak konieczna była konsultacja z Zamawiającym przy określaniu trasy, a w sytuacji, w której ogrodzenie miałoby wejść głębiej niż o 10 metrów, np. w związku z usytuowaniem drzew, zgoda Zamawiającego.

Dowód: zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania świadka J. K. (k. 211), zeznania świadka A. H. (k. 211v-212), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Nadto w sierpniu 2014 r., krótko po podpisaniu umowy odbyło się spotkanie, w którym uczestniczyli ze strony Wykonawcy M. K., a ze strony Zamawiającego R. Ś. – kierownik infrastruktury powoda, A. H. – kierownik sekcji ochrony obiektów. Na spotkaniu tym ustalono, jakie wymogi ma spełniać ogrodzenie zgodnie z instrukcją ochrony

obiektów, w tym grubość prętów, wielkość oczek w siatce, naciągi drutu kolczastego, poruszono kwestie wymogów co do bramy i furtki, wysięgników.

Dowód: zeznania świadka R. Ś. (k. 210), zeznania świadka A. H. (k. 211v-212), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Pismem z dnia 22 września 2014 roku (doręczonym w dniu 23 września 2014 roku) pozwani poinformowali powoda, iż pomimo licznych monitów, dotyczących braku określenia przebiegu ogrodzenia między punktami A-B-C-D-E-F-G-H-I-J, przebieg ten nie został do dnia sporządzenia pisma określony, w związku z czym pozwani nie będą w stanie dotrzymać uzgodnionego terminu zakończenia prac. Ustalenie nowego terminu zakończenia przedmiotu umowy będzie możliwe po rozwiązaniu powyższego problemu.

W związku z tym pozwany M. K. przygotował wówczas na otrzymanym od Zamawiającego schemacie proponowany przebieg trasy ogrodzenia, przygotował też szkic sytuacyjny ogrodzenia. Został on zaakceptowany przez Zamawiającego i w dniu 26 września 2014 roku szkic sytuacyjny obrazujący ustalony przez strony przebieg ogrodzenia na ww. odcinku A-B-C-D-E-F-G-H-I-J został podpisany przez M. K. i K. Ł. ze strony Zamawiającego.

Dowód: pismo pozwanych z dnia 26 września 2014 roku (k. 114) wraz z potwierdzeniem odbioru w dniu 23 września 2014 roku (k. 115), szkic sytuacyjny sporządzony w dniu 26 września 2014 roku (k. 117), pismo pozwanych z dnia 4 października 2014 roku (k. 116) wraz z potwierdzeniem odbioru (k. 120), zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Po ustaleniu trasy przebiegu ogrodzenia na odcinku A-B-C-D-E-F-G-H-I-J, pojawiła się kwestia wykonania wykopów pod ogrodzenie, które zdaniem Wykonawcy, na odcinku D – G musiały być wykonane ręcznie, co zdaniem Wykonawcy wydłużyło czas wykonywania na tym odcinku prac. W piśmie z dnia 4 października 2014 roku, doręczonym powodowi w dniu 7 października 2014 r., pozwani poinformowali o tym fakcie powoda, wskazując, że wykonanie przedmiotu zamówienia w umówionym terminie nie będzie możliwe i proponując nowy termin, tj. do dnia 14 listopada 2014 roku. Pozwany zaproponował nowy „Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zadania”.

Dowód: pismo pozwanych z dnia 4 października 2014 roku (k. 116-119) wraz z potwierdzeniem odbioru (k. 120), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Przy wykonaniu wykopów pod ogrodzenie na odcinku A – G, okazało się, że znalazły się w nim korzenie drzew rosnących na trasie przebiegu ogrodzenia, które dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy należało usunąć. Z uwagi na fakt, że umowa oraz SIWZ nie przewidywały wykonania tego typu prac, pozwani poinformowali powoda o zaistniałym problemie na spotkaniu w dniu 8 października 2014 roku. Podczas tego spotkania ustalono, że powód we własnym zakresie usunie korzenie drzew w terminie do dnia 10 października 2014 roku.

Na dzień 14 października 2014 roku powód nadal nie wykonał tych prac. Prace te zostały wykonane w ciągu do 7 dni od dnia poinformowania o tym problemie Zamawiającego.

Dowód: pismo pozwanych z dnia 15 października 2014 roku (k. 122), notatka ze spotkania z dnia 8 października 2014 roku (k. 121), zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania świadka Z. N. (k. 208-209), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Pismem z dnia 15 października 2014 roku pozwani poinformowali powoda, iż pracownicy powoda zniszczyli oznakowanie i wytyczenie budowanego ogrodzenia na jednym z odcinków, co spowodowało konieczność ponownego wytyczenia geodezyjnego, a w konsekwencji kolejne opóźnienia. Sytuacja ta faktycznie miała miejsce. Wytyczenie ogrodzenia zostało poprawione przez K. Ł. – nadzorującego prace ze strony powodowej w ciągu jednego dnia po zgłoszeniu problemu.

Dowód: pismo z dnia 15 października 2014 roku (k. 122), zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

W piśmie z dnia 16 października 2014 roku, doręczonym powodowi w dniu 20 października 2014 r., pozwani wezwali powoda do przedstawienia sposobu rozwiązań konstrukcyjnych montażu na bramach oraz furtce drutów ostrzowych umieszczonych na wysięgnikach w kształcie litery „V”, gdyż zaproponowane dotychczas rozwiązania techniczne były niemożliwe do wykonania. Pozwani ponadto ponownie wskazali na kwestię zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, wnosząc o ustosunkowanie się powoda do ich propozycji.

Dowód: pismo z dnia 16 października 2014 roku (k. 123) wraz z potwierdzeniem odbioru w dniu 20 października 2014 roku (k. 124), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Pozwani w dniu 29 października 2014 roku sporządzili własną propozycję rozwiązań konstrukcyjnych dotyczących bramy i furtki „Szkic rozwiązania montażu wysięgników w rejonie brama – ogrodzenie” i tego samego dnia przedstawili ją przedstawicielom Zamawiającego, tj. Z. N. (Zastępcy Kierownika Infrastruktury), A. H. (Kierownikowi Sekcji Ochrony Obiektów), J. N. (Technikowi Sekcji Ochrony Obiektów), którzy zaakceptowali przedstawiony przez Wykonawcę sposób montażu.

Dowód: szkic rozwiązania montażu wysięgników w rejonie brama ogrodzenie z dnia 29 października 2014 roku wraz z akceptacją powoda (k. 125-126), pismo pozwanych z dnia 5 listopada 2014 roku (k. 127) wraz z potwierdzeniem odbioru w dniu 10 listopada 2014 roku (128), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

Zamawiający odmówił Wykonawcy przedłużenia terminu realizacji umowy, o co Wykonawca zwracał się pismami z dnia 22 września 2014 r. i z dnia 4 października 2014 r.

Bezsporne, nadto dowód: pismo pozwanych z dnia 5 listopada 2014 roku (k. 127) wraz z potwierdzeniem odbioru w dniu 10 listopada 2014 roku (128).

Pozwani wystosowali do Zamawiającego wezwanie do stawienia się w dniu 19 listopada 2014 roku na placu budowy, w celu potwierdzenia zakończenia i odbioru robót. W tym to dniu przedstawiciele obu stron podpisali pismo potwierdzające fakt zakończenia robót, jednocześnie przedstawiając operat i kosztorys powykonawczy oraz obmiar robót. Podpisany w dniu 26 listopada protokół odbioru robót wskazuje jako datę zakończenia prac dzień 19 listopada 2014 roku. Przedmiot umowy został więc wykonany 30 dni po ustalonym przez strony terminie. W protokole wykonawca oświadczył, że w jego ocenie wykonanie umowy w terminie do 19 listopada 2014 r. wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Z kolei reprezentujący zamawiającego oświadczył, że przyczyny nieterminowego wykonania umowy leżą po stronie wykonawcy. Jakość wykonania robót strony określiły jako dobrą. Zaznaczyły problem z otwieraniem prawego skrzydła bramy z uwagi na kąt nachylenia istniejącej drogi. Wykonawca uznał, że wyrównanie terenu w tym zakresie nie było objęte umową, co też Zamawiający ostatecznie przyznał, sam dokonując wyrównania terenu już po odbiorze robót.

Dowód: pismo pozwanych z dnia 14 listopada 2014 roku (k. 90), pismo z dnia 19 listopada 2014 roku dokumentujące zakończenie robót budowlanych (k. 91), protokół odbioru robót z dnia 26 listopada 2014 roku (k. 93-94), zeznania świadka K. Ł. (k. 209-210), zeznania pozwanego M. K. (k. 212-213)

W dniu 30 grudnia 2014 roku powód wystosował do pozwanych pismo z dnia 23 grudnia 2014 roku, w którym informował powodów, iż z uwagi na opóźnienie realizacji zamówienia, Zamawiający obciąża Wykonawcę karą umowną w wysokości 159.116,55 zł, płatną w terminie 7 dni od dnia doręczenia przedmiotowego pisma. Pozwani otrzymali pismo w dniu 2 stycznia 2015 r. Pismem z dnia 13 stycznia 2015 roku pozwani ustosunkowali się do przedmiotowego pisma, podnosząc, iż naliczenie kary umownej jest nieuzasadnione, wobec czego odmawiają jej zapłaty.

Dowód: pismo powoda z dnia 23 grudnia 2014 roku wraz z wyliczeniem kar umownych (k. 95-96) wraz z potwierdzeniem nadania (k. 97-98), pismo pozwanych z dnia 13 stycznia 2015 roku wraz z potwierdzeniem nadania (k. 130-131).

Zgodnie z zawartą pomiędzy Ł. S. a M. K. umową konsorcjum z dnia 9 lipca 2014 r. członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego w ramach realizowanego kontraktu.

Bezsporne, nadto dowód: umowa konsorcjum (k. 22-26)

Powód wezwał pozwanych do próby ugodowej w sprawie zapłaty kary umownej. Sprawa toczyła się przed Sądem Rejonowym w Lesznie pod sygnaturą akt I Co 769/15. Do zawarcia ugody nie doszło.

Bezsporne, nadto dowód: protokół (k. 99)

**Powyższy stan faktyczny** Sąd ustalił na podstawie wyżej powołanych dokumentów, zeznań świadków: Z. N. - zastępcy kierownika infrastruktury u powoda, K. Ł. – kierownika sekcji obsługi infrastruktury u powoda, R. Ś. – kierownika infrastruktury u powoda, J. K. inspektora technicznego utrzymania nieruchomości u powoda, A. H. - kierownika sekcji ochrony obiektów, pozwanego M. K..

Bezspornym pozostawało, że strony postępowania zawarły umowę w dniu 1 sierpnia 2014 roku, polegającą na wykonaniu remontu ogrodzenia przy ul. (...) w B.. Nadto bezspornym pozostawało, że pozwani, mając 81 dni na wykonanie zamówienia (do dnia 20 października 2014 roku), opóźnili się w jego wykonaniu o 30 dni, uznając za dzień zakończenia robót 19 listopada 2014 roku. Spór dotyczył kwestii zawinienia pozwanych w wystąpieniu opóźnienia, a zatem czy nienależyte wykonanie zobowiązania było zależne od okoliczności, za które odpowiedzialność ponosili pozwani.

Zeznaniom świadka Z. N. Sąd nie dał wiary co do tego, że nie było problemów z przebiegiem ogrodzenia, gdyż od samego początku był szkic obrazujący przebieg. Przeczą temu nie tylko zeznania pozwanego, lecz również świadka K. Ł.. Wynika z nich, że co prawda po zawarciu umowy był schemat przebiegu ogrodzenia, jednak nie dokładny, wymagający podjęcia decyzji w konsultacji z Zamawiającym w części, w której znajdowała się grupa drzew i że Zamawiający na prośbę Wykonawcy wskazał ten przebieg.

Świadek K. Ł. wyjaśnił, że pozwani pojawili się z opóźnieniem na placu budowy (teren został przekazany Wykonawcy 3 dni po zawarciu umowy, prace rozpoczęły się dużo później), co przyznał pozwany przedstawiając własne uzasadnienie tej sytuacji. Świadek przyznał, że miało miejsce spotkanie w dniu 8 października 2014 r. dotyczące usunięcia korzeni drzew i że ustalania co do tego były takie, jak wskazane w notatce z tego spotkania złożonej do akt przez pozwanych. Świadek przyznał też, że Zamawiający nie dochował uzgodnionego terminu usunięcia korzeni, co według niego uczyniono w 5-7 dni po spotkaniu z dnia 8 października 2014 r. Zeznania świadka były co do tego zagadnienia niewiarygodne jedynie w zakresie określenia, że miało to miejsce we wrześniu, podczas gdy z dokumentów wynika, że w październiku. Sąd nie dał wiary zeznaniom tego świadka, że zniszczenie przygotowanego przez Wykonawcę wytyczenia ogrodzenia nie spowodowały przestoju w pracach – sam świadek przyznał, że zajęło mu dzień poprawienie tego wytyczenia. Również niewiarygodne były zeznania świadka, że Wykonawca mógł sam ustalić trasę przebiegu ogrodzenia w oparciu o dostarczony mu schemat. Świadek dalej rozpytywany przyznał, że to użytkownik określał trasę i że konieczna był konsultacja z Zamawiającym przy określaniu trasy, a nawet zgoda Zamawiającego w sytuacji, w której ogrodzenia miałyby wejść głębiej niż o 10 metrów, np. w związku z usytuowaniem drzew.

Sąd nie dał wiary zeznaniom R. Ś., J. K., A. H., że schemat przebiegu ogrodzenia był już na etapie przetargu, gdyż przeczą temu zeznania nie tylko pozwanego, lecz także K. Ł., który przyznał, że był tylko szkic wymagający dalszych decyzji. Również dokumenty przetargu nie wskazują, aby jednym z nich był projekt czy chociażby schemat przebiegu ogrodzenia.

W pozostałym zakresie Sąd dał wiarę zeznaniom świadków Z. N., K. Ł., R. Ś., J. K., A. H.. Zeznania te były bowiem spójne wewnętrznie, korespondowały ze sobą wzajemnie oraz z pozostałym materiałem dowodowym uznanym za wiarygodny.

Pełnomocnicy stron wnieśli o ograniczenie dowodu z zeznań pozwanych do pozwanego M. K. (k. 212), co też Sąd uczynił w oparciu o art. 302 k.p.c. Zeznanie pozwanego M. K. Sąd ocenił jako wiarygodne w części. Sąd dał im wiarę co do tego, że wśród dokumentów przetargowych brak było projektu czy schematu przebiegu ogrodzenia – a to z przyczyn wskazanych powyżej przy ocenie zeznań R. Ś., J. K., A. H.. Również za wiarygodne Sąd uznał twierdzenia pozwanego, że krótko po podpisaniu umowy otrzymał szkic - schemat przebiegu dotychczasowego ogrodzenia z budynkami, który sam pozwany uzupełnił poprzez naniesienie linii przebiegu nowego ogrodzenia z punktami literowymi. Potwierdzają to dokumenty złożone przez pozwanych, zeznania K. Ł..

Sąd nie dał wiary zeznaniom pozwanego, że usuwanie przez Zamawiającego wiat uniemożliwiało wykonywanie prac na okres około 2 tygodni i że przebieg ogrodzenia kolidował z wiatami. Nie potwierdził tego żaden materiał dowodowy, w szczególności pozwani nie podnosili tej okoliczności w korespondencji między stronami umowy, zaprzeczyły temu zeznania świadka K. Ł., który choć przyznał, że wiaty te usuwano, jednak zaprzeczył, aby wiaty czy prace rozbiórkowe kolidowały z wykonywaniem prac przez pozwanych. Także schemat sporządzony przez pozwanego nie wskazuje, aby wiaty kolidowały z przebiegiem ogrodzenia. Również niewiarygodne były zeznania pozwanego, że jeszcze przed 22 września 2014 r., a więc przed pisemnym informowaniem pozwanego o problemach w wykonaniu umowy, ustnie, telefonicznie zgłaszał te problemy, monitował o odpowiedź, że R. Ś. i Z. N. zapewniali o przedłużeniu terminu realizacji umowy. Nie potwierdza tego żaden materiał dowodowy. Nielogicznym jest też, że skoro termin wykonania umowy był oznaczony na 20 października 2014 r., Wykonawca aż do drugiej połowy września i października zwlekał z ich zgłaszaniem na piśmie, mimo jak twierdzi braku odpowiedzi na wcześniejsze ich ustne zgłaszanie. Niewiarygodne były też zeznania pozwanego, że nie zaproponował krótszego terminu wykonania prac, a wybrał zaproponowany mu termin – przeczy temu przede wszystkim dokumentacja przetargowa, z której wynika termin do 29 października 2014 r., a za krótszy termin przyznawanie punktów w ramach wyboru ofert. Pod koniec zeznań pozwany przyznał, że prace zostały rozpoczęte pod koniec sierpnia, mimo że wcześniej twierdził, iż w drugiej połowie sierpnia już były wykonywane. Pozwany przyznał, że przed zawarciem umowy nie zapoznał się z terenem prac, a zrobił to po przejściu placu budowy. Przyznał też, że na przełomie sierpnia i września zorientował się, że na części przebiegu ogrodzenia od A-J będą musiały być zmiany.

Sąd uznał za nieprzydatne dla poczynienia ustaleń faktycznych zeznanie świadka P. F. (byłego kierownika technicznego utrzymania nieruchomości), gdyż nie posiadała wiedzy o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia.

Sąd dał wiarę dokumentom zebranych w aktach sprawy, albowiem ich prawdziwość ani autentyczność nie była kwestionowana przez żadną ze stron procesu, a Sąd nie znalazł ku temu podstaw z urzędu. Należy jednak podkreślić, że większość zebranych w sprawie dokumentów to dokumenty prywatne, a więc stanowiące jedynie dowód tego, że osoba, który taki dokument podpisała, złożyła oświadczenie o treści w nim zawartej. Większość okoliczności wskazanych w dokumentach została jednak potwierdzona przez pozwanego jak i przez świadków, zwłaszcza K. Ł., w tym co do poczynienia ustaleń jak w notatce z dnia 8 października 2014 r.

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

Roszczenie powoda dochodzone pozwem dotyczyło zapłaty kary umownej przewidzianej w § 14 ust. 1 ppkt b) łączącej strony umowy z dnia 1 sierpnia 2014 roku.

W niniejszej sprawie bezspornym jest, że pozwani nie wykonali przedmiotu umowy w terminie przewidzianym w § 2 umowy, tj. do dnia 20 października 2014 roku. Głównym spornym zagadnieniem pomiędzy stronami była kwestia zawinienia pozwanych w niewykonaniu przedmiotu umowy w terminie. Zdaniem powoda, pozwani z własnej winy opóźnili się w wykonaniu przedmiotu umowy, niewłaściwie oceniając swoją ofertę, w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia. Z kolei pozwani utrzymywali, że wina leży po stronie powoda, gdyż w wyniku braku współpracy powoda z pozwanymi, niedostarczenia potrzebnych informacji oraz niewykonaniu prac koniecznych dla kontynuowania realizacji przedmiotu umowy, pozwani nie byli w stanie wykonać umowy w określonym przez nich terminie. W konsekwencji spór dotyczył kwestii, czy naliczenie kary umownej przez powoda było zasadne.



Definicję legalną kary umownej zawiera art. 483 § 1 k.c. Kara umowna stanowi zastrzeżenie, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Regułą jest, iż kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 26 września 1969 roku, sygn. III CZP 8/69 i uchwały składu 7 sędziów z dnia 15 maja 1976 roku, sygn. II CZP 2/76). Jedną z wątpliwości, pojawiających się przy omawianiu zagadnienia kary umownej jest kwestia, czy dłużnik odpowiada jedynie za zawinione niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, czy też karę umowną zastrzega się na każdą okoliczność uchybień w wykonaniu zobowiązania, także tych, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W doktrynie i judykaturze przyjmuje się, które to stanowisko Sąd w niniejszym składzie podziela, że w braku innych postanowień umownych, obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania powstaje na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 7 maja 2015 roku, sygn. I ACa 250/15). Kara umowna przewidziana w art. 483 k.c. stanowi przecież odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricte kara umowna różni się jedynie tym, że należy się ona bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.); jeżeli zaś chodzi o podstawy odpowiedzialności, to ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że owo niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.) (tak: Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 23 września 2016 roku, sygn. I ACa 302/16). W konsekwencji w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zawinionego opóźnienia (art. 476 k.c.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Oczywiście, stosownie do art. 473 § 1 k.c., który stanowi, że dłużnik może przyjąć w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu oznaczonych, niezawinionych okoliczności, strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegłyby karę umowną w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 czerwca 2016 r. I ACa 116/16, z dnia 23 września 2016 roku, sygn. I ACa 302/16, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10, z dnia 27 czerwca 2000 roku, I CKN 791/98). Wówczas zastrzeżenie takie przybiera charakter gwarancyjny, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu”, „bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 maja 2015 roku, sygn. I ACa 250/15).

W niniejszej sprawie, stosownie do art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia rozszerzonej odpowiedzialności Wykonawcy spoczywał na stronie powodowej. Dowodu takiego jednak nie przeprowadziła. Treść umowy stron z dnia 1 sierpnia 2014 r., w szczególności zapisu z § 14 ust. 1 ppkt b) nie wskazuje, aby Wykonawca przyjął rozszerzoną odpowiedzialność w zakresie kary umownej. Mowa jest tu jedynie o tym, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. W świetle wyżej poczynionych uwag nie jest to wystarczające dla przyjęcia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. Nie zmieszczono w umowie wyraźnego uzgodnienia, aby odpowiedzialność Wykonawcy miała miejsce w każdej sytuacji, także niezawinionego przez Wykonawcę opóźnienia. Powód nie wykazał też, aby strony tak rozumiały zapis § 14 ust. 1 ppkt b) umowy. W tym też miejscu podkreślić należy, że obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje jedynie wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia

7 maja 2015 roku, sygn. I ACa 250/15 i wskazane w nim precedensy: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10).

Na marginesie jedynie zaznaczyć trzeba, że nawet przy zastrzeżeniu kary umownej na wypadek niezawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, brak winy dłużnika powinien być brany pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 791/98).

Podsumowując, w niniejszej sprawie, dochodzona pozwem kara umowna z § 14 ust. 1 pkt b) umowy została zastrzeżona na wypadek niewykonania przez pozwanych zobowiązania niepieniężnego, określonego w § 1 umowy, polegającym na realizacji zadania pn. „Remont ogrodzeń w kompleksie wojskowym przy ul. (...) w B.. Zadanie nr 2 – remont ogrodzenia magazynu”. W braku dodatkowych uzgodnień, dotyczących kwestii zawinienia Wykonawcy, należy uznać, że w umowie zawartej pomiędzy stronami kara umowna została zastrzeżona jedynie w przypadku zawinonego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanych.

W związku z tym należy rozważyć kwestię zawinienia pozwanych w opóźnieniu w wykonywaniu umowy. Odnosnie winy zauważyć należy, że w obszarze prawa cywilnego rozróżnia się dwie postacie winy, tj. winę umyślną i nieumyślną. Przy winie umyślnej zobowiązany ma świadomość szkodliwego swojego zachowania się i przewiduje jego nastąpienie, celowo do niego zmierza lub co najmniej się na wystąpienie tych skutków godzi. Z kolei przy winie nieumyślnej zobowiązany wprawdzie przewiduje możliwość wystąpienia szkodliwego skutku, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że zdoła go uniknąć, albo też nie przewiduje możliwości nastąpienia tych skutków, choć powinien i może je przewidzieć. W obu formach winy nieumyślnej mamy do czynienia z niedbalstwem. Pojęcie niedbalstwa wiąże się w prawie cywilnym z niezachowaniem należytej staranności. Dla oceny, kiedy mamy do czynienia z winą w postaci niedbalstwa, decydujące znaczenie ma miernik staranności, jaki przyjmuje się za wzór prawidłowego postępowania. W tej kwestii podstawowe znaczenie ma art. 355 k.c. Zgodnie z tym przepisem, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Jednak należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zarzut niedbalstwa będzie więc uzasadniony wówczas, gdy sprawca szkody zachował się w sposób odbiegający od modelu wzorcowego, ujmowanego abstrakcyjnie. Ustalenie, że w konkretnych okolicznościach sprawca szkody mógł się zachować w sposób należyty, uzasadnia postawienie mu zarzutu nagannej decyzji. Niedbalstwo polega więc na niedołożeniu wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności, niezbędnej do uniknięcia skutku, którego sprawca nie chciał wywołać.

Pozwani po pierwsze wskazali, że istniał problem z ustaleniem przebiegu trasy ogrodzenia na odcinku od A do J. Jak wynika z ustaleń faktycznych rację mają pozwani, że konieczna była konsultacja z Zamawiającym przy określaniu trasy, a w sytuacji, w której ogrodzenie miałyby wejść głębiej niż o 10 metrów, np. w związku z usytuowaniem drzew, zgoda Zamawiającego. Pozwani wykazali jednak, że o konieczności uzgodnienia przebiegu trasy na odcinku A – J poinformowali w piśmie z dnia 22 września 2014 roku, doręczonym Zamawiającemu w dniu 23 września 2014 r. Tymczasem z zeznań pozwanego M. K. wynika, że już na przełomie sierpnia i września 2014 r. wiedział on o problemach z przebiegiem ogrodzenia w tej części. Pozwani zaniechując zatem wcześniejszego zwrócenia się do Zamawiającego o stosowne konsultacje czy zgody, zawinili powstałemu z tej przyczyny opóźnieniu. Niezależnie od tego podkreślić należy, że w umowie z dnia 1 sierpnia 2014 roku pozwani potwierdzili, iż zapoznali się już z terenem robót (zgodnie z § 3 ust. 2 umowy). Pozwany M. K. przyznał, że nie uczynił tego przed podpisaniem umowy. Zaniechanie sprawdzenia terenu przed podpisaniem umowy w całości obciąża pozwanych. Skoro podpisali umowę bez sprawdzenia terenu, a mimo to ją zawarli i złożyli takie oświadczenie, pozwani przejęli na siebie ryzyko co do ewentualnych trudności w realizacji zamówienia w związku z przebiegiem ogrodzenia, tym bardziej że jak wynika z zeznań pozwanego wielokrotnie realizował tego typu zamówienia i to dla jednostek wojskowych. Ponadto, pozwany M. K. w swoich zeznaniach wskazał, że szkic przebiegu ogrodzenia bez dodatkowych dopisków otrzymał w terminie około tygodnia po podpisaniu umowy, a przy objęciu placu budowy obszedł też teren stanowiący trasę przebiegu ogrodzenia. W tych wszystkich okolicznościach, mając na względzie wskazane doświadczenie pozwanych w realizacji takich zamówień, pozwani mogli i powinni byli przy dochowaniu należytej staranności już wówczas stwierdzić konieczność

dokonania uzgodnień co do przebiegu trasy ogrodzenia na odcinku A-J z Zamawiającym, czego nie uczynili. Wówczas dysponowali wystarczającą ilością czasu na zgłoszenie tych kwestii powodowi, dokonanie uzgodnień, tym bardziej że po otrzymaniu w dniu 23 września 2014 r. informacji o problemie od pozwanych, już w dniu 26 września 2014 r. (a więc w ciągu zaledwie trzech dni) doszło do stosownych uzgodnień w tej kwestii. Nie można w takiej sytuacji mówić o niezawinionym opóźnieniu pozwanych. Wykonawca zamówienia (tutaj – pozwani), jako profesjonalista, winien jest bowiem dochować wszelkiej staranności nie tylko w wykonaniu robót, ale i w przygotowaniu do wykonania zamówienia. Skoro zatem Wykonawca uznał, iż otrzymany szkic ogrodzenia nie jest wystarczający i potrzebuje w tym zakresie konsultacji z powodem, powinien był jak najszybciej zgłosić tę kwestię i wspólnie z powodem wypracować stosowane rozwiązanie. Podkreślenia wymaga fakt, że jeśli wykonawca zaniedbał jako profesjonalista domagania się dokładnego projektu przebiegu ogrodzenia w dacie zawarcia umowy, potwierdził, że otrzymał dokumentację niezbędną do wykonania umowy i że zapoznał się z terenem robót oraz przystąpił do wykonywania prac, to powyższa okoliczność obciąża wykonawcę i nie może stanowić usprawiedliwienia w opóźnieniu wykonywania prac z powołaniem się na przyczyny leżące po stronie zamawiającego (tak podobnie Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 19 listopada 2015 roku, sygn. I ACa 500/15). W niniejszej sprawie Wykonawca złożył oświadczenie o zapoznaniu się z terenem robót, otrzymał dokumentację zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także rozpoczął wykonywanie robót, nie sygnalizując jakichkolwiek braków do dnia 22 września 2014 roku. Podkreślić należy również, iż umowa zawierana była w trybie przetargu publicznego, a zatem pozwani mieli wcześniej wgląd w projekt umowy. Tym bardziej więc powinni byli znać treść umowy, a także mieli możliwość uprzedniego zapoznania się z terenem robót. Nieuzasadnione jest zatem podnoszony przez pozwanych zarzut braku współdziałania powoda w ostatecznym ustaleniu przebiegu trasy. To nie bierność powoda, a pozwanych doprowadziła do powstania opóźnienia. Podkreślić należy też, że umowa została zawarta 1 sierpnia 2014 roku, teren budowy przekazany został 3 dni później, a wszelka korespondencja pomiędzy stronami pochodzi dopiero z połowy września.

Podobnie wygląda kwestia z uzgodnieniem rozwiązania technicznego, związanego z montażem na bramach i furtce wysięgników. Sąd również tutaj uznał, że opóźnienie powstało jedynie z winy pozwanych. Brak rozwiązania technicznego, pozwalającego na wykonanie tej części zamówienia pozwani zgłosili dopiero pismem datowanym na 16 października 2014 roku, które doręczone zostało powodowi dopiero w dniu 20 października 2014 roku, a więc w uzgodnionym terminie wykonania przedmiotu umowy. W dniu 29 października 2014 roku został sporządzony przez pozwanych szkic proponowanego rozwiązania i w tym samym dniu powód tę propozycję zaakceptował. Po raz kolejny Sąd jednak podkreśla, że pozwani jako profesjonalści powinni wcześniej zorientować się, czy dotychczasowe rozwiązanie techniczne jest możliwe do wykonania, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż jak sam zeznał na rozprawie pozwany M. K., pozwani zajmują się pracami wykonywanymi w wojsku przy tego typu ogrodzeniach, i już wcześniej zwrócić się o stosowne uzgodnienia do Zamawiającego, a nie dopiero w dniu upływu terminu na wykonanie prac.

Odnosnie powstałej podczas wykonywania robót konieczności ręcznego wykonywania wykopów, należy wskazać, że pozwani nie wyjaśnili, o jaki czas wydłużyło to prace na tym odcinku. Pozwani jedynie zgłosili tę okoliczność w piśmie z 4 października 2014 roku, w żadnym jednak z dalszych pism kierowanych do powoda nie wykazali, o ile dni wydłużył się z tej przyczyny termin realizacji zamówienia. Przede wszystkim jednak pozwani nie wykazali czy, a jeśli tak o ile ręczne wykonanie wykopów na tym odcinku wydłużyło wykonanie umowy. Nie przedstawili na te okoliczność żadnego dowodu. Tak samo pozwani nie wykazali (o czym była już mowa przy analizie dowodów), aby usytuowanie budynków gospodarczych – wiat i ich rozbiórka przez powoda utrudniały czy uniemożliwiały im realizowanie prac, a jeśli tak w jakim terminie. Przy tym nawet jeśli przyjąć, że ręczne wykonywanie wykopów i rozbiórka wiat przez powoda wpłynęły na wydłużenie prac, stwierdzić trzeba, że Wykonawca jako profesjonalista, z przyczyn omówionych już powyżej, powinien był przewidzieć konieczność tych prac i ich ewentualny wpływ na termin realizacji zamówienia przed zawarciem umowy (skoro miał możliwość zapoznania się z terenem, zażądania projektu ogrodzenia – czego zaniechał, co obciąża Wykonawcę z przyczyn wyżej wskazanych), a już najpóźniej w pierwszym tygodniu po podpisaniu umowy, kiedy doręczony został mu schemat przebiegu ogrodzenia i kiedy faktycznie pozwany M. K. zapoznał się z terenem prac.

Inaczej wygląda natomiast sprawa opóźnienia związanego z usuwaniem korzeni drzew z wykopów. Usuwanie korzeni przez Wykonawcę nie było objęte umową, co było bezsporne. Stwierdzenie problemu, którego strony wcześniej nie mogły przewidzieć oraz sposób jego rozwiązania został ustalony na spotkaniu w dniu 8 października 2014 roku, z którego sporządzona została notatka. Zgodnie z treścią notatki, której wiarygodności strony nie podważały, a potwierdził prawdziwość zawartych w niej ustaleń K. Ł. (kierownik sekcji obsługi infrastruktury u powoda), Zamawiający zobowiązał się do usunięcia z wykopów pod ogrodzenie korzeni drzew do dnia 10 października 2014 roku. W piśmie z dnia 15 października 2014 roku kierowanym do powoda pozwani wskazali, iż do dnia 14 października 2014 roku Zamawiający nie usunął korzeni drzew, co uniemożliwiło prowadzenie dalszych prac na tym odcinku. K. Ł. przyznał, że usunięcie tych korzeni miało miejsce do 7 dni od zgłoszeniu mu tego problemu, czyli od 8 października 2014 r., a zatem nastąpiło do 15 października 2014 r. Pozwani nie mogą ponosić odpowiedzialności za opóźnienie powoda w tym zakresie, w stosunku do uzgodnionego terminu usunięcia korzeni. Należy zatem uznać, że pozwani nie ponoszą odpowiedzialności za 5 dni, podczas których oczekiwali na usunięcie korzeni przez powoda ponad ustalony termin dwóch dni, tj. od dnia 11 października 2014 roku do dnia 15 października 2014 roku. Pozwani nie mogą ponadto ponosić odpowiedzialności za zniszczenie wytyczenia ogrodzenia przez pracowników powoda. Przerwa w wykonywaniu prac na odcinku, gdzie doszło do uszkodzeń wytyczenia, nie jest zatem przez pozwanych zawiniona. Świadek K. Ł. osobiście poprawiał zniszczone wytyczenia geodezyjnie fragmentu ogrodzenia. Wykazane zostało, że naprawa tych uszkodzeń trwała jeden dzień od momentu zgłoszenia problemu. Brak jest podstaw do uznania, że opóźnienie to było zawinione ze strony pozwanych. To pracownicy powoda zniszczyli wytyczenia potrzebne do kontynuowania prac, zatem to powód ponosi odpowiedzialność za opóźnienie 1 dnia, kiedy konieczna stała się naprawa wytyczenia przebiegu trasy ogrodzenia.

Podsumowując powyższe rozważania, Sąd uznał, iż powstałe opóźnienie bez winy pozwanych wynosi 6 dni. Pozwani zatem odpowiadają z własnej winy za opóźnienie w wysokości 24 dni i taką też liczbę dni opóźnienia Sąd przyjął dla ustalenia wysokości należnej powodowi kary umownej. Tym samym kara umowna wyliczona zgodnie z postanowienia umowy wynosi 131.037,16 zł ( $5\% \times 467.989,85 \text{ zł} + 23 \text{ dni} \times 1\% \times 467.989,85 \text{ zł}$ ).

Sąd uznał jednak za zasadne miarkowanie kary umownej – o co wnosili pozwani. Zgodnie z 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. Ustawodawca nie wskazuje przy tym żadnych ustawowych kryteriów miarkowania kary umownej, pozostawiając ich zdefiniowanie w gestii Sądu. W judykaturze utworzono jednak swoisty katalog kryteriów odniesienia dla dokonywanej przez sąd oceny wysokości danej kary umownej, a są to między innymi: stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością całego zobowiązania głównego; zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych; waga naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne); zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości (tak: Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 27 kwietnia 2015 roku, sygn. I ACa 1608/14). W przekonaniu Sądu, w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki z art. 484 k.c. Zastosowane w § 14 ust. 1 pkt b) stawki kary umownej należy uznać za rażąco wygórowane. Ustalona jw. kara umowna stanowi aż 28% wynagrodzenia netto pozwanych. Ponadto, żadne okoliczności nie uzasadniają zasadności naliczenia za pierwszy dzień opóźnienia kary umownej w wysokości aż 5% wynagrodzenia netto należnego pozwany, przy karze umownej za pozostałe dni ustalonej na 1%. Co więcej, nawet zastosowana dla pozostałych dni opóźnienia stawka 1% jest zawyżona w stosunku do wartości zamówienia i długości zawinionego opóźnienia. Strony nie kwestionowały też faktu, że zamówienie zostało w całości prawidłowo wykonane. Na zakres miarkowania szkody ma również wpływ fakt, iż wierzyciel nie wykazał, aby poniósł jakąkolwiek szkodę z tytułu opóźnienia. Nie wykazał też swoich twierdzeń, aby opóźnienie ze strony pozwanych spowodowało opóźnienie w rozpoczęciu innych prac na terenie kompleksu wojskowego.

Z drugiej strony, należy przyznać rację stronie pozwanej w kwestii funkcji pełnionej przez karę umowną określoną w zawartej przez strony umowie. Kara umowna może bowiem pełnić szereg różnych funkcji. Podstawową funkcją kary umownej jest funkcja kompensacyjna, która przejawia się w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela pewien surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Za kolejną z funkcji kary umownej uznaje się funkcję symplifikacyjną, przejawiającą się w tym, że celem zastrzeżenia kary

umownej jest ułatwienie wierzycielowi uzyskania rekompensaty pieniężnej, bowiem określenie z góry wysokości kary ułatwia proces jej dochodzenia przed sądem. Trzecią z funkcji jest funkcja stymulacyjna, która w niniejszej sprawie ma największe znaczenie. Wyraża się ona w tym, że zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego i terminowego wykonania zobowiązania. Świadomość ewentualnego świadczenia kary umownej w przypadku zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, zwiększa realność wykonania zobowiązania przez dłużnika. Jest to swoisty bodziec do działania dla zobowiązanego (tak: Witold Borysiak [w:] Konrad Osajda (red.), Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania, część ogólna, s. 1094-1096).

W niniejszej sprawie kara umowna miała przede wszystkim pełnić funkcję stymulacyjną. Powodowi bowiem zależało na wykonaniu zamówienia w jak najkrótszym terminie, czego wyraz dał już w rozpisany przez siebie przetargu. Czas realizacji zamówienia był jednym z istotnych warunków, dla których do wykonania zadania wybrano właśnie pozwanych. Jak już wskazano, oferenci otrzymywali punkty za skrócenie terminu wykonania zamówienia w stosunku do tego zaproponowanego przez Zamawiającego (29 października 2014 roku). Zastrzeżenie kary umownej miało chronić interes powoda polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania. Pozwani zatem zdawali sobie sprawę ze znaczenia terminu zakończenia prac. Okoliczność, że zdaniem powoda, opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy spowodowało opóźnienie w rozpoczęciu kolejnych prac na terenie kompleksu wojskowego, pozostaje bez znaczenia, gdyż powód nie przytoczył żadnych dowodów na jej poparcie. Bardzo istotny pozostaje jednak fakt, że już w przetargu powód podkreślał istotność określenia jak najkrótszego terminu wykonania zamówienia.

Konkludując, Sąd uznał za zasadne obniżenie kary umownej do 0,5% wynagrodzenia netto określonego w § 9 ust. 1 umowy z dnia 1 sierpnia 2014 roku za każdy dzień opóźnienia. Z jednej strony bowiem, wysokość niemiarkowanej kary umownej stanowiłaby prawie 1/3 wynagrodzenia netto pozwanych, co jest sumą zbyt wygórowaną. Z drugiej strony jednak Sąd miał na uwadze funkcję prewencyjną zastrzeżonej kary umownej i istotność terminu wykonania zamówienia dla stronie powodowej. Zbyt niskie określenie wysokości kary umownej mogłoby bowiem nie spełnić przyznanej jej funkcji. W opinii Sądu, określenie kary umownej w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia będzie wystarczające, by kara spełniała swoje funkcje, a jednocześnie nie będzie to wysokość rażąco wygórowana.

Podsumowując, kara umowna została miarkowana do 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia. Jak wynika z przedstawionych rozważań, liczba dni zawinionego przez pozwanych opóźnienia wynosi 24. Łączna wysokość kary umownej, jaką zobowiązani są uiszczyć pozwani na rzecz powoda, wynosi zatem 56.158,80 zł (24 dni x 0,5% x 467.989,85 zł), tj. około 12% wynagrodzenia netto.

W związku z tym Sąd zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 56.158,80 zł, w pozostałym zakresie powództwo oddalając.

Solidarna odpowiedzialność pozwanych wynika z umowy konsorcjum i zawartej między stronami.

O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Roszczenie o zapłatę kary umownej jest roszczeniem bezterminowym, a zatem staje się ono wymagalne, zgodnie z art. 455 k.c., po wezwaniu dłużnika do zapłaty. Pozwani zostali wezwani do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni pismem z dnia 23 grudnia 2014 r., doręczonym im w dniu 2 stycznia 2015 r. Tym samym od dnia 10 stycznia 2015 r. pozostają w opóźnieniu w jej zapłacie. Powód domagał się jednak odsetek od dnia 26 maja 2015 r., a Sąd nie może orzekać ponad żądanie (art. 321 k.p.c.). W związku z tym zasądzono odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia 26 maja 2015 r. do dnia zapłaty.

W tym miejscu należy jeszcze wskazać, że pozwani w sprzeciwach od nakazu zapłaty zarzucili, że działanie powoda stanowi rażące nadużycie prawa i nie zasługuje na ochronę. Co prawda podniesienie zarzutu nadużycia prawa podmiotowego w sprawie o zasądzenie kary umownej jako takiej jest dopuszczalne, a zgłoszenie go nie jest równoznaczne ze zgłoszeniem wniosku o miarkowanie (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 października 2016 r. III CSK 312/15). Z kolei miarkowanie – trwałe zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 5 k.c. jest niedopuszczalne, gdyż instytucję obniżenia kary umownej ustawodawca uregulował w art. 484 § 2 k.c., szczegółowo określając przesłanki obniżenia. Nadto wyrok zmniejszający karę umowną kształtuje w tym zakresie

prawo podmiotowe wierzyciela. Zastosowanie art. 5 k.c. chroni natomiast przed nadużyciem prawa podmiotowego, nie można więc na podstawie wskazanego przepisu kształtować tego prawa. Zastosowanie art. 5 k.c. może jedynie pozbawić prawo podmiotowe ochrony przez pewien czas (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 października 2016 r. III CSK 312/15, Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 20 sierpnia 2013 r. I ACa 367/13 ). Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem pozwanych, że powód domagając się zasądzenia kary umownej nadużywa swojego prawa i dlatego powództwo powinno zostać oddalone w całości. Jak wskazano powyżej to pozwani ponoszą winę za nieterminowe wykonanie zobowiązania w zakresie 24 dni opóźnienia, a wyłącznie w zakresie 6 dni opóźnienia winy tej nie ponosili. Brak jest jakichkolwiek okoliczności świadczących o nadużyciu przez powoda prawa.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., rozdzielając poniesione koszty w stosunku w jakim strony przegrały proces. Roszczenie powoda zostało uwzględnione w 35%, stąd konieczność obciążenia powoda kosztami postępowania w 65%, a pozwanych 35%. Sąd obciążył zatem powoda poniesionymi przez pozwanych kosztami zastępstwa procesowego radców prawnych, tj. 65% z kwot po 5.417 zł, (w tym 17 zł opłat skarbowych i 5.400 zł wynagrodzenia zgodnie z żądaniem pozwanych ze sprzeciwu), co dało kwoty po 3.521,05 zł na rzecz każdego z nich. Sąd zasądził z kolei od pozwanych solidarnie (art. 105§2 k.p.c.) na rzecz powoda kwotę 1.890 zł, co stanowi 35% z kwoty 5.400 zł wynagrodzenia pełnomocnika powoda. Nadto, Sąd na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nakazał ściągnąć solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Poznaniu kwotę 2.784,60 zł, stanowiącą 35% z należnej Sądowi opłaty od pozwu, od której uiszczenia powód jest ustawowo zwolniony. Wysokość wynagrodzenia pełnomocników stron została ustalona w oparciu o Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r.

SSO Agnieszka Śliwa