

Sygn. akt VI GC 384/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział VI Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Barbara Frankowska

Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2013 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...)

w T.

przeciwko: (...) **w T.**

o zapłatę

I. **z a s ą d z a** od pozwanego (...) w T. na rzecz powoda (...) w T. kwotę 79.827,22 zł (siedemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset dwadzieścia siedem złotych 22/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 26 listopada 2012r. do dnia zapłaty,

II. **o d d a l a** powództwo w pozostałym zakresie,

III. **z a s ą d z a** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.085 zł (pięć tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych) tytułem kosztów procesu.

Sygn. akt VI GC 384/12

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 11 czerwca 2013 roku

Powód - (...)

w T., pozwem z dnia 26 listopada 2012 roku (data stempla pocztowego k. 32), wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) T. kwoty 119.740,83 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu od do dnia zapłaty i kosztami procesu według norm przepisanych. Kwota dochodzona pozwem stanowi brakującą część wynagrodzenia za wykonanie łączącej strony umowy o roboty budowlane, której pozwana nie uściła z uwagi na, zdaniem powoda, nienależnie naliczoną

i potrąconą karę umowną za zwłokę w wykonaniu robót. Powód wykonał roboty terminowo i nie ponosi odpowiedzialności za działanie pozwanej, które miało na celu opóźnienie odbioru prac. Naprowadził, że pierwotny termin zakończenia prac został zmieniony aneksem do umowy z dnia 30 sierpnia 2011 roku na dzień 10 grudnia 2011r. Aneks modyfikował również postanowienie umowy dotyczące kary umownej, prowadząc w konsekwencji, pomimo dokonanej prolongaty terminu, do naliczania kary umownej od pierwotnie zastrzeżonego terminu wykonania robót. Takie postanowienie umowne, w ocenie powoda, dotknięte jest sankcją bezwzględnej nieważności, ponieważ skutkuje naliczaniem kary umownej za okres, w którym powód nie był w zwłoce.

Z ostrożności procesowej powód podniósł, że kara umowna ustalona przez strony w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki jest rażąco wygórowana, skoro pozwana nie poniosła żadnej szkody. Na tej podstawie wniósł o dokonanie przez Sąd miarkowania kary umownej.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. Na uzasadnienie swego stanowiska zarzuciła, że zmodyfikowane przez strony zastrzeżenie kary umownej nie przewidywało, jak twierdzi powód, naliczania tej kary za okres, w którym powód nie był w zwłoce, a jedynie podwyższenie kary umownej o kwotę kary naliczonej za okres od upływu pierwotnego terminu wykonania robót (30 sierpnia 2011 roku) do zmodyfikowanego terminu ich wykonania (10 grudnia 2011 roku). Zamiarem stron w uregulowaniu § 1 pkt 2 aneksu było podwyższenie kary umownej we wskazany sposób w przypadku niedochowania przedłużonego terminu wykonania robót. Stąd, w ocenie pozwanej, zarzut nieważności tego zastrzeżenia umownego jest chybiony. Ponadto, pozwana zarzuciła, że pomimo zawiadomienia przez powoda pozwanej w dniu 9 grudnia 2011 roku

o zakończeniu prac, komisja mająca dokonać odbioru stwierdziła, że powód nie wykonał robót objętych umową ponieważ: - część obiektów była wyburzona równo z ziemią, a nie, jak przewidywała dokumentacja projektowa, 50 cm poniżej terenu, - teren po tych obiektach nie został wyrównany piaskiem

i ziemią, - gruz betonowy przekazany pozwanej w ilości 551,50 m³ nie odpowiadał wymaganiom, bo nie był wystarczająco rozdrobniony (bryły przekraczały średnicę 20 cm). Ostateczny odbiór dokonany z dniem 25 stycznia 2012 roku nastąpił, mimo iż powód i tak nie wykonał umowy należycie. Pozwana zarzuciła również nieważność postanowienia aneksu umowy dotyczącego prolongaty terminu wykonania robót przez powoda, z uwagi na treść art. 144 ustawy z 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; ze zm.; dalej: „p.z.p.”).

Sąd Okręgowy ustalił co następuje:

W dniu 19 listopada 2010 roku powód zawarł z pozwaną, w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z p.z.p., umowę, w której zobowiązał się do likwidacji i rozbiórki węzła suszącego – chłodzącego oraz obiektów instalacji kwasu siarkowego w Oddziale (...) SA, w terminie do 30 sierpnia 2011 roku. Jak wynika z treści umowy (k. 14 – 18), powód oświadczył, że zapoznał się z terenem prowadzenia robót. Warunkiem otrzymania wynagrodzenia był pozytywny odbiór przedmiotu umowy potwierdzony protokołem odbioru częściowego lub końcowego robót podpisanym przez obie strony bez zastrzeżeń. Odbiory częściowe i odbiór końcowy miały następować w ciągu 7 dni od daty pisemnego zgłoszenia przez powoda gotowości do odbioru wraz z niezbędną dokumentacją odbiorową. W umowie strony podały kwotę wynagrodzenia całkowitego brutto na kwotę 161.811,94 zł. Zastrzegły również, że powód wypłaci pozwanej karę umowną za zwłokę w przypadku niedotrzymania terminu wykonania prac w wysokości 0,5 % wynagrodzenia całkowitego brutto wskazanego w umowie za każdy dzień zwłoki. Z treści umowy wynikała również możliwość jej zmiany w przypadku m.in. wystąpienia okoliczności powodujących konieczność zmiany osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu przedmiotu zamówienia (przewidzianych w ofercie) na osoby o co najmniej równych kwalifikacjach (§ 12 pkt 3d umowy).

Załącznik nr 1 do umowy stanowił kosztorys ofertowy (k. 63 – 70), zgodnie z którym wartość robót wynosiła 531.959,94 zł, zaś w zakres tej sumy wchodziła wartość złomu brutto – 370.148,00 zł oraz wartość oferty brutto odpowiadająca kwocie wynagrodzenia określonej w umowie – 161.811,94 zł.

Z załącznika nr 2 do umowy (k. 71) wynikało, że materiały z rozbiórki (w tym złom stalowy i ołów) z wyłączeniem brył betonowych i gruzu betonowego stają się własnością powoda, które powód miał obowiązek zdeponować na składowisku wskazanym przez pozwaną w odległości do 5 km od miejsca prowadzenia prac. Pozwana miała wskazać powodowi miejsce poboru ziemi do wyrównania terenu po rozbieranych fundamentach i przekazać ziemię nieodpłatnie powodowi. Załącznik ten przewidywał również, że powód miał obowiązek zapewnić w pełni wykwalifikowaną kadrę techniczną, posiadającą odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, a także zapewnić odpowiedni sprzęt.

(okoliczności powyższe były w sprawie bezsporne, ponieważ strony przyznały je wzajemnie na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 roku – zapis elektronicznego protokołu k. 187)

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez pozwaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określono, że warunkiem uczestnictwa wykonawcy w przetargu było m.in. dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a ponadto na wykonawcy ciążył obowiązek dokonania wizji lokalnej przed złożeniem oferty z zastrzeżeniem, że w razie jej niedokonania wykonawca nie mógł wyciągnąć wobec pozwanej negatywnych konsekwencji wynikających z zaniechania dokonania tej czynności.

(dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 86 – 111)

Powód składając ofertę w postępowaniu przetargowym nie weryfikował w terenie warunków wykonania robót oraz zgodność warunków rzeczywistych z opisanymi w dokumentacji przetargowej.

(dowód: zeznania M. O., za powoda P. Ś.)

Wykonanie robót podzielone było na dwa etapy. Pierwszy etap dotyczył wyburzenia węzła susząco - chłodzącego na terenie (...) etap ten był wykonany w terminie i bez zastrzeżeń. Wynagrodzenie za ten etap było rozliczone poprzez odbiór złomu. Kolejny etap to były roboty wyburzeniowe na terenie Zakładów (...). W zakresie tych robót powód uznał, że nie jest w stanie wykonać ich w terminie i do ich wykonania zatrudnił specjalistyczną firmę rozbiórkową W..

(dowód: zeznania świadka R. O., za powoda P. Ś.)

W dniu 30 sierpnia 2011 roku pozwana otrzymała pismo powoda zawierające prośbę o przedłużenie terminu wykonania prac rozbiórkowych na terenie Zakładów (...). Powód oświadczył, że prace te zostaną wykonane do 30 grudnia 2011 roku, zaś powodem opóźnień jest rozbieżność stanu rzeczywistego wykonywanych prac a dokumentacji, co spowodowało nieprzewidziane prace, które powód musiał wykonać.

(dowód: pismo powoda z 29 sierpnia 2011 roku k. 72)

Decydując o przedłużeniu terminu wykonania umowy zarząd pozwanej kierował się okolicznością, że skoro część wynagrodzenia w postaci złomu powód już zabrał, ekonomicznie uzasadnione było kontynuowanie z nim współpracy.

(dowód: zeznania Z. B. (1))

W dniu 1 września 2011 roku strony zmieniły treść powyższej umowy aneksem (k. 19), w którym ustaliły nowy termin wykonania przedmiotu umowy na 10 grudnia 2011 roku oraz podwyższyły karę umowną zapisem, że kara ta będzie naliczana począwszy od dnia 31 sierpnia 2011 roku.

Zgłoszenie robót do odbioru przez powoda nastąpiło w dniu 9 grudnia 2012 roku.

(okoliczności powyższe były w sprawie bezsporne, ponieważ strony przyznały je wzajemnie na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 roku – zapis elektronicznego protokołu k. 187)

W toku odbioru komisja, w skład której wchodziła przedstawiciele obu stron, stwierdziła, że powód przekazał pozwanej 387,19 m³ gruzu pokruszonego zgodnie z zapisem w projekcie budowlanym i umowie oraz 551,5 m³ gruzu betonowego nie odpowiadającego wymaganiom umowy, ponieważ bryły gruzu przekraczały rozmiar 20 cm średnicy, co odpowiadało stanowi rzeczywistemu. Zobowiązanie powoda do skruszenia gruzu betonowego do frakcji nieprzekraczających 20 cm nie zostało całkowicie wykonane do chwili obecnej.

Komisja stwierdziła również, że część obiektów (10, o numerach szczegółowo podanych w protokole) została zlikwidowana równo z terenem, a nie, jak wymagała umowa, do głębokości 50 cm poniżej terenu. W związku z tym, komisja uznała, że roboty objęte umową nie zostały przez powoda zakończone. Protokół został podpisany bez zastrzeżeń przez przedstawiciela powoda – R. O..

Ponieważ plac robót był zasypywany, komisja stwierdziła, że nie jest w stanie sprawdzić prawidłowości wyburzeń fundamentów. Powód zasypywał plac budowy przed odbiorem, ponieważ wywożenie gruzu na składowisko wymagało wynajęcia specjalistycznego transportu. Żeby samochody transportujące gruz nie wracały na plac budowy puste ładowano na nie ziemię, która służyła do zasypywania wykopów.

(dowód: protokół odbioru końcowego z 13 grudnia 2011 roku k. 74 – 75, , notatka służbowa (...) k. 76, częściowo zeznania R. O., zeznania W. M., zeznania Z. B. (1))

Pozwana pismem z 19 grudnia 2011 roku poinformowała powoda, że zasypywanie placu budowy i równanie terenu może nastąpić dopiero po uzyskaniu zgody Komisji, w skład której wchodził przedstawiciel Zakładów (...), pozwanej i powoda.

(dowód: pismo pozwanej z 19 grudnia 2011 roku k. 113)

Po dniu 10 grudnia 2011 roku powód wykonał poprawki robót poprzez wyburzenie fundamentów, które były uprzednio przykryte złomem pochodzącym z innej rozbiórki, co wchodziło w umówiony zakres prac.

(dowód: przesłuchanie P. Ś. w charakterze przedstawiciela powoda)

Powód ponownie zgłosił ukończenie prac z dniem 23 grudnia 2011 roku. W dniu 28 grudnia 2011 roku zespół złożony z przedstawicieli pozwanej i Zakładów (...) stwierdził, że pomimo zakazu zasypywania wykopów po rozbiórce fundamentów powód roboty te wykonał, w związku z czym nie jest możliwe stwierdzenie, do jakiej głębokości zostały usunięte fundamenty.

(dowód: pismo powoda z 23 grudnia 2011 roku k. 114, notatka służbowa z 28 grudnia 2011 roku k. 115)

W dniu 3 stycznia 2012 roku komisja odbiorowa składająca się z przedstawicieli powoda, pozwanej i Zakładów (...) przystąpiła do odbioru robót wykonanych przez powoda. W toku odbioru przedstawiciele pozwanej stwierdzili, że teren został wyrównany bez wcześniejszego zgłoszenia, co było warunkiem przystąpienia do zasypywania. Ponadto stwierdzili oni, że przy dokonaniu czterech przypadkowych wykopów przy użyciu koparki, nie we wszystkich miejscach koparka bez problemu zagłębia się na głębokość 50 cm, a ponadto, że w urobku znajdują się bryły gruzu lub muru przekraczające średnicę 20 cm. Wobec oddalenia się przedstawiciela powoda, prezesa P. Ś., do odbioru nie doszło.

(dowód: notatka spisana na okoliczność odbioru prac z 3 stycznia 2012 roku k. 116)

Końcowy odbiór robót wykonanych przez powoda nastąpił z dniem 25 stycznia 2012 roku. Jako datę rozpoczęcia robót określono dzień 20 grudnia 2010 roku. Ocena jakości robót była dobra, nie stwierdzono wad. Powód odrębnie zobowiązał się jednak do zrehabilitowania terenu za pomocą brony talerzowej, do naprawy studzienki i oczyszczenia drogi z błota nie później niż do 31 maja 2012 roku, a także do pokruszenia gruzu złożonego na składowisku nie później niż do 29 lutego 2012 roku.

(dowód: protokół odbioru z 31 stycznia 2012 roku k. 119 – 120, pismo powoda z 31 stycznia 2012 roku k. 121, pismo powoda z 2 lutego 2012 roku k. 122)

Pozwana nie poniosła żadnej straty finansowej w związku z wykonaniem robót przez powoda, kary nie zostały jej naliczone, ponieważ dostała zgodę na rozliczenie zadania będącego przedmiotem umowy z powodem w następnym roku.

(dowód: zeznania W. W. (2) i Z. B. (1))

Jak wynika z doręczonego powodowi pisma pozwanej z 7 lutego 2012 roku (k. 26), pozwana zgodnie z postanowieniami łączącej strony umowy naliczyła powodowi karę umowną na dzień zakończenia robót, tj. na dzień 25 stycznia 2012 roku w wysokości 119.740,83 zł i złożyła oświadczenie o potrąceniu jej z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia.

(okoliczność powyższa była w sprawie bezsporna, ponieważ strony przyznały ją wzajemnie na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 roku – zapis elektronicznego protokołu k. 187)

Poszczególnych ustaleń faktycznych Sąd dokonał na podstawie dowodów wskazanych w toku dotychczasowego wyводу.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków W. W. (2), J. T., S. R., M. O., W. M. i Z. B. (1) (w tym przypadku co do braku poniesienia szkody przez pozwaną oraz przesłanek jakimi kierowała się pozwana przedłużając termin do wykonania umowy) oraz dowodowi z przesłuchania P. Ś. w charakterze przedstawiciela powoda, albowiem ich twierdzenia są wzajemnie spójne i znajdują potwierdzenie w pozaosobowym materiale dowodowym.

Zasadniczo zasługują na wiarę zeznania R. O., jako spójne z zeznaniami innych świadków, których Sąd uznał za godnych zaufania, jednakże w części, w której świadek ten twierdzi, że niewyburzone w dacie 10 grudnia 2011 roku fundamenty przykryte złomem z innej rozbiórki stanowiły robotę dodatkową nieobjętą umową, na podstawie której powód dochodzi w niniejszej sprawie wynagrodzenia, jego zeznania są sprzeczne nawet z twierdzeniami P. Ś., słuchanego w charakterze przedstawiciela powoda, któremu Sąd dał wiarę.

Zeznania świadka Z. B. co do pozostałych okoliczności (dat odbiorów, ilości odbiorów robót ustaleń w trakcie odbiorów) były bezużyteczne z tego względu świadek zeznawał niespójnie, z uwagi na upływ czasu mylił czynności, zaślaniał się niepamięcią.

W ocenie Sądu wiarygodny jest pozaosobowy materiał dowodowy w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k. 86 – 111), pism powoda z 29 sierpnia 2011 roku (k. 72), z 23 grudnia 2011 roku (k. 114), z 31 stycznia 2012 roku (k. 121) oraz z 2 lutego 2012 roku (k. 122), pisma pozwanej z 19 grudnia 2011 roku (k. 113), protokołów odbioru z 13 grudnia 2011 (k. 74 – 75) oraz z 31 stycznia 2012 roku (k. 119 – 120), notatek z 13 grudnia 2011 roku (k. 76), z 28 grudnia 2011 roku (k. 115) oraz z 3 stycznia 2012 roku (k. 116), albowiem dokumenty te zostały sporządzone przez uprawnione do tego podmioty w sposób zgodny z prawem, zaś ich autentyczność nie była przez strony kwestionowana.

Sąd pominął dowody z wyciągów z projektów budowlanych (k. 77 – 86), pism powoda z 3 stycznia 2012 roku (k. 21 – 22), 21 marca 2012 roku (k. 28 – 29), 10 stycznia 2012 roku (k. 23), 9 grudnia 2011 roku (k. 73), 25 stycznia 2012 roku (k. 131), 28 marca 2012 roku (k. 132 – 133) oraz 27 czerwca 2012 roku (k. 126), aneksu z 1 września 2011 roku (k. 19), pism pozwanej z 1 września 2011 roku (k. 20), 7 lutego 2012 roku wraz z notą obciążeniową (k. 26 – 27), 28 marca 2012 roku (k. 30 – 31), 16 grudnia 2012 roku (k. 112), 9 stycznia 2012 roku (k. 117 – 118), 6 marca 2012 roku (k. 123), 15 maja 2012 roku (k. 124) oraz 13 czerwca 2012 roku (k. 125), a także z oferty przetargowej powoda (k. 192 – 216), ponieważ dotyczyły one okoliczności, które okazały się między stronami bezsporne (art. 229 kpc).

Sąd odmówił mocy dowodowej dowodowi z dzienników budowy (k. 240 – 263), albowiem brak wpisów o dokonywaniu przez powoda robót po

10 grudnia 2011 roku nie może przesądzać, iż takie roboty nie były w tym okresie wykonywane, tym bardziej, że fakt niewyburzenia całości fundamentów potwierdza przesłuchanie P. Ś., a roboty zostały w tym zakresie bezsprzecznie wykonane do dnia 25 stycznia 2012 roku (bez żadnego zapisu w dzienniku budowy - k. 120), co potwierdziła w dniu 31 stycznia 2012 roku komisja odbiorowa.

Sąd zważył, co następuje:

W myśl art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych

z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że umowa ta stanowi odrębny typ umowy nazwanej kreującej zobowiązanie rezultatu, która charakteryzuje się dwoma cechami specyficznymi. Po pierwsze, przedmiotem świadczenia niepieniężnego, który stanowi przedsięwzięcie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, któremu z reguły towarzyszy wymóg projektowania i zinstytucjonalizowany nadzór. Po drugie, w ramach obowiązków kontraktowych występuje szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania

i wykonywania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy (por. uchwała 7 sędziów SN z 11 stycznia 2002 roku, III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106). W rozumieniu prawa budowlanego przez roboty budowlane rozumie się także prace polegające również na rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7.07.1994r. prawo budowlane – t.j z 2010r. Dz.U. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.).

W świetle nakreślonych powyżej kryteriów, nie ulega wątpliwości, że powoda z pozwanym łączył stosunek prawny oparty na tego typu umowie. Stanowiące przedmiot umowy przedsięwzięcie, tj. likwidacja i rozbiórka węzła suszącego – chłodzącego oraz obiektów instalacji kwasu siarkowego w Oddziale (...) Spółka akcyjna, wymagało bowiem zaangażowania ze strony powoda znacznych nakładów organizacyjnych i finansowych, użycia specjalistycznego sprzętu i wykwalifikowanej kadry pracowniczej, zaś jego realizacja zaplanowana była pierwotnie na okres ok. ośmiu miesięcy. Ponadto został sporządzony projekt budowlany przedłożony powodowi, przekazano mu również teren robót. Przepis art. 647 k.c. kreuje po stronie inwestora obowiązek odebrania obiektu. Obowiązek ten aktualizuje się jednak dopiero w chwili stwierdzenia, że przedmiot umowy został wykonany prawidłowo. Czym innym jest bowiem obowiązek przystąpienia do czynności odbioru po zgłoszeniu wykonania robót, a czym innym samo dokonanie odbioru, które nastąpi dopiero po stwierdzeniu, że roboty zostały istotnie wykonane zgodnie z umową (por. T. Sokołowski [w:] A. Kidyba, Komentarz do art. 654 Kodeksu cywilnego, LEX 2010). Skoro zaś w umowie łączącej strony zastrzeżono, że zapłata wynagrodzenia nastąpi w wypadku pozytywnego odbioru przedmiotu umowy potwierdzonego protokołem odbioru częściowego lub końcowego robót podpisanym przez obie strony bez zastrzeżeń, roszczenie powoda o zapłatę stało się wymagalne dopiero z dniem 25 stycznia 2012 rok, tj. z datą, z którą nastąpił odbiór robót przez pozwaną bez zastrzeżeń.

W myśl 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, nazywanej przez Kodeks karą umowną. Z kolei art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi

w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W judykaturze utrwalił się słuszny pogląd, że „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” (por. uchwała 7 sędziów SN – zasada prawna z 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69). Skoro bowiem kara umowna należy się „bez względu na wysokość szkody” (art. 484 § 1 k.c.), dla zasadności roszczenia o jej zapłatę fakt poniesienia szkody nie ma żadnego znaczenia. Ponadto, „gdyby wierzyciel nie miał być zwolniony z obowiązku udowodnienia wysokości poniesionej szkody, podważony zostałby w ogóle sens określenia kary umownej, zmierzający w istocie do uproszczenia postępowania dowodowego i przyspieszenia uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie” (tamże). W związku z tym, okoliczność nieponiesienia przez pozwaną szkody nie ma znaczenia dla zasadności zarzutu potrącenia kary umownej. Podstawową przesłanką jej żądania jest natomiast niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W tym kontekście należy zauważyć, że zobowiązanie powoda w dniu upływu umownego terminu zakończenia prac nie było w całości wykonane, ponieważ nie zostały skruszone fundamenty przykryte złomem z innej rozbiórki, co powód przy użyciu dostępnej mu dokumentacji zweryfikować, a ponadto część fundamentów została, jak wynika z niezakwestionowanego przez niego protokołu odbioru, wyburzona równo

z gruntem, a nie, jak wymagała umowa, do głębokości 50 cm poniżej terenu.

W końcu gruz nie został przez powoda pokruszony do frakcji nieprzekraczających 20 cm. Zgodnie z art. 476 k.c., 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. Skoro więc powód nie wykazał, aby opóźnienie w spełnieniu świadczenia było wynikiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, pozostaje

w mocy domniemanie zwłoki wynikające z art. 476 k.c. Istniały zatem podstawy naliczenia przez pozwaną kary umownej. Twierdzenia powoda o tym, że wyburzane obiekty w rzeczywistości odbiegały od przewidywanych w projekcie po pierwsze nie zostały udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości

a ponadto powód nie mógł się skutecznie powoływać się na powyższą okoliczność jako uzasadniającą nienaliczenie kar umownych skoro uprzednio, na etapie ofertowania, nie sprawdził w terenie jaki jest stan wyburzanych obiektów. Poza tym powód już na etapie postępowania przetargowego zapewniał o dysponowaniu potencjałem technicznym i personalnym do wykonania zobowiązania. Dokonanie wizji lokalnej mogło umożliwić prawidłowe ofertowanie realizacji robót. Aktualnie, zgodnie z zapisami SIWZ nie może wywodzić negatywnych konsekwencji dla pozwanego w związku

z zaniechaniem zapoznania się z warunkami realizacji robót.

Zobowiązania z tytułu kary umownej są bezterminowe. Znajduje do nich zatem zastosowanie norma art. 455 k.c., które stanowi, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Skoro zaś pozwana pismem z dnia 7 lutego 2012 roku naliczyła powodowi karę umowną, jej roszczenie o zapłatę kary umownej było wymagalne.

W myśl art. 498 § 1 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. Z kolei § 2 tego artykułu stanowi, że wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Art. 499 k.c. stanowi natomiast, że potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, które to oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. W realiach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że zarówno roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia, jak i roszczenie pozwanej o zapłatę kary umownej były równocześnie wymagalne i zaskarżalne, zaś oświadczenie pozwanej

o potrąceniu, złożone w piśmie z 7 lutego 2012 roku, było skuteczne, spowodowało zatem umorzenie obu wierzytelności do wysokości roszczenia pozwanej.

Nie można zgodzić się z zarzutem powoda, że postanowienie umowy łączącej strony prowadzące, pomimo dokonanej prolongaty terminu oddania robót, do naliczania kary umownej od pierwotnie zastrzeżonego terminu ich wykonania, jest bezwzględnie nieważne (art. 58 kc). Z treści tego postanowienia, jak też okoliczności faktycznych w których je uzgodniono, nie wynika bowiem, że kara umowna miała być naliczana za okres, w którym powód nie był w zwłoce. Kara ta została bowiem powiększona, za zgodą stron, o stałą kwotę odpowiadającą sumie 82.524,03 zł, która stanowiłaby karę umowną za okres od 31 sierpnia 2011 roku (dzień po upływie pierwotnego terminu wykonania zobowiązania przez powoda) do dnia 10 grudnia 2011 roku (termin prolongowany). Takie podwyższenie miało dla powoda stanowić dodatkowy argument skłaniający go do terminowego zakończenia prac. Nie można dyskwalifikować takiego zastrzeżenia umownego z punktu widzenia jego ważności. Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Postanowienia dotyczące kary umownej zastrzeżonej przez strony mieściły się w zakresie służącej stronom swobody kontraktowej.

Nie można również przychylić się do zarzutu pozwanej, że dokonana przez strony prolongata terminu wykonania robót była bezwzględnie nieważna

z uwagi na naruszenie art. 144 p.z.p. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Jednakże, już sama treść ust. 2 art. 144 p.z.p. wskazuje, że ustawodawca obwarował naruszenie ust. 1 sankcją wzruszalności, ponieważ *verba legis* zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Prezes Urzędu Zamówień publicznych nie wystąpił zaś na podstawie art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p. z powództwem o unieważnienie zmian umowy. Ponadto, w ocenie Sądu, prolongata terminu wykonania robót nie stanowiła istotnej zmiany postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 p.z.p., skoro termin prolongowany mieścił się ramach tego samego okresu rozrachunkowego pozwanej.

W związku ze zgłoszonym przez powoda wnioskiem o miarkowanie kary umownej należy zatem rozważyć to żądanie z punktu widzenia regulacji art. 484 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Miarkowanie kary umownej należy do instytucji tzw. prawa sędziowskiego, umożliwiających rozstrzygnięcie sporu między stronami z uwzględnieniem szerokiego zakresu swobody sądu, oparte na racjonalnie umotywowanych przesłankach. W zakresie uznania kary umownej za rażąco wygórowaną doktryna prawa cywilnego proponuje różnorakie kryteria. Sugeruje się m.in. uwzględnienie stosunku między wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego, wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, wartości szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, stopień winy dłużnika, zakresu i czasu trwania naruszenia przez dłużnika obowiązków kontraktowych, wagi naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne) oraz stopień przyczynienia się wierzyciela do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. P. Drapała i A. Olejniczak [w:] E. Łętowska (red.), System prawa prywatnego. Tom. V – Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s. 974 – 975). W tym kontekście należy zauważyć, że zastrzeżenie kary umownej w wysokości 0,5 % za każdy dzień zwłoki prowadziło do jej ukształtowania w wysokości 182,5 % w razie rocznej zwłoki powoda. Co prawda, nie jest trafne posługiwanie się przez powoda kryterium porównania tej stopy z wysokością odsetek ustawowych

i maksymalnych, z uwagi na odmienne funkcje kary umownej, która pełni prócz funkcji kompensacyjnej również funkcje represyjną i stymulującą dłużnika do należytego wykonania zobowiązania, jednakże tak wysoka stopa kary umownej zrelacjonowana do wskazanej w umowie wysokości wynagrodzenia musi budzić wątpliwości z punktu widzenia zachowania właściwej dla prawa cywilnego równowagi kontraktowej. Nie zmienia tej oceny także fakt, iż całkowite wynagrodzenie, przy uwzględnieniu wartości pobranego przez powoda złomu, opiewało na kwotę 531.959,94 zł. Kara umowna, jako dodatkowe zastrzeżenie umowne, powinna bowiem pozostawać w odpowiedniej relacji do świadczenia głównego, zwłaszcza w sytuacji, gdy przewyższa wysokość szkody wierzyciela. Następnie, należy wziąć pod uwagę, że okres zwłoki powoda, tj. od 11 grudnia 2011 roku do 25 stycznia 2012 roku, wynosił 46 dni, co stanowi ok. 13 % przewidzianego w umowie (z uwzględnieniem prolongaty) okresu jej wykonywania od 20 grudnia 2010 roku do 10 grudnia 2011 roku – 355 dni. Przede wszystkim jednak na rozmiar miarkowania kary umownej musi istotnie wpływać bezsporny w niniejszej sprawie fakt, iż pozwana nie poniosła szkody z powodu niewykonania przez powoda zobowiązania w terminie. W realiach niniejszej sprawy kara ta nie mogła zatem pełnić funkcji odszkodowawczej,

a jedynie represyjną i stymulującą. Ponadto, okoliczność, że zwłoka spowodowana była w znacznej części przedwczesnym zasypaniem przez powoda placu robót wpływa na ocenę, iż jego stopień winy nie był wysoki. Przyczyny takiego postępowania powoda były bowiem ekonomicznie zrozumiałe, skoro chciał on wykorzystać potencjał wynajętych przez siebie transportów gruzu do przewożenia ziemi służącej do zasypania terenu robót. Kolejne wynajęcie osobnych transportów spowodowałoby podwojenie jego kosztów w powyższym zakresie.

Należy ponadto podnieść, że doliczenie do sumy kary umownej stałej kwoty 82.524,03 zł, która stanowiłaby karę umowną za okres od 31 sierpnia 2011 roku (dzień po upływie pierwotnego terminu wykonania zobowiązania przez

powoda) do dnia 10 grudnia 2011 roku (termin prolongowany), również wskazuje na nadmierną wysokość tej kary, skoro sama pozwana również była zainteresowana kontynuowaniem współpracy z powodem.

W końcu, wykonana została znaczna część robót, skoro nie jest sporne, że ich I etap, obejmujący ok. 2/3 wartościowej całości robót, został w całości wykonany prawidłowo. W tym świetle godne pokreślenia jest, że za miarkowaniem kary umownej przemawiają kumulatywnie obie przesłanki wymienione w art. 484 § 2 k.c., tj. rażące wygórowanie kary umownej i wykonanie zobowiązania w znacznej części.

Wobec powyższego, Sąd uznał, że funkcję represyjną i stymulacyjną adekwatnie wypełniała kara umowna zmiarkowana do 1/3 wysokości, tj. do 39.913,61 zł. Dlatego też Sąd zasądził na rzecz powoda kwotę stanowiącą różnicę jego żądania i powyższej kwoty, zaś pozostałą część roszczenia powoda oddalił, na podstawie przepisów materialnoprawnych powołanych powyżej.

W myśl art. 359 § 1 k.c., odsetki od sumy pieniężnej należą się tylko wtedy, gdy to wynika z czynności prawnej albo z ustawy, z orzeczenia sądu lub z decyzji innego właściwego organu. Art. 481 § 1 k.c. stanowi, iż jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei § 2 tego artykułu stanowi, że jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była z góry oznaczona, należą się odsetki ustawowe. Skoro zaś pozwana nie spełniła po odbiorze robót swego świadczenia pieniężnego, roszczenie o zasądzenie odsetek od kwoty głównej żądanej pozwem od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty znajduje uzasadnienie w treści art. 359 § 1 k.c. oraz art. 481 § 1 i 2 k.c.

Orzeczenie w przedmiocie kosztów procesu Sąd oparł na normie art. 100 w zw. z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Na sumę kosztów stron w wysokości 13.697 zł składały się po stronie powoda opłata sądowa od pozwu (5986 zł), koszty zastępstwa procesowego (3600 zł; por. § 6 punkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz. U. z 2002 roku, Nr 163, poz. 1349, ze zm.) i opłata skarbową od pełnomocnictwa (17 zł), zaś po stronie pozwanego koszty zastępstwa procesowego (3600 zł; por. § 6 punkt 6 wspomnianego rozporządzenia), opłata skarbową od pełnomocnictwa oraz koszty stawiennictwa świadka S. R. (475 zł; por. k. 188). Żądanie pozwu – 119.740,83 zł, Sąd uwzględnił częściowo zasądzając kwotę 79.827,22 zł, co oznacza, iż powód utrzymał się ze swym żądaniem w 67 %, zaś pozwany skutecznie obronił się co do 33 % roszczenia. W związku z powyższym, pozwany winien ponieść 67 % sumy kosztów procesu obu stron, co daje kwotę ok. 9.177 zł. Skoro zaś poniósł koszty w kwocie 4092 zł, różnicę dwóch powyższych sum (9.177 zł – 4092 zł = 5.085 zł) należało zasądzić od niego na rzecz powoda, co też Sąd uczynił uwzględniając żądanie zasądzenia na rzecz powoda od pozwanego zwrotu kosztów procesu co do kwoty 5.085 zł.

Zarządzenie:

1. Odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełn. powoda;

2. K.. 2 tyg.