

Sygn. akt VI GC 188/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: del. SSR Marta Zalewska

Protokolant: inspektor Agnieszka Chmiel

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. z/s w R.

przeciwko : Gminie M. R.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Gminy M. R. na rzecz powoda Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. z/s w R. kwotę 279.109,40 zł (dwieście siedemdziesiąt dziewięć tysięcy sto dziewięć złotych 40/100) z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 43.644,70 od dnia 22.04.2014r. do dnia zapłaty,

- 235.464,70 zł od dnia 31.10.2014r. do dnia zapłaty,

II. w pozostałej części oddala powództwo,

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwoty 14.018,82 zł (

czternaście tysięcy osiemnaście złotych 82/100) tytułem kosztów procesu,

IV. nakazuje ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwotę 108,65 zł tytułem wydatków.

Sygn. akt **VI GC 188/14**

UZASADNIENIE wyroku z dnia 23 grudnia 2015 r.

Powód (...) Sp. z o.o. w R. wniósł o zapłatę od pozwanego (...) R. w R. kwoty 87.289,41 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazał, iż w dniu 26 listopada 2012 r. zawarł z pozwanym umowę o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji „Przebudowa kanału deszczowego wzdłuż ulicy (...) F600-900 w formule „Zaprojektuj i wybuduj”, w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Termin wykonania przedmiotu umowy określony na 30 września 2013 r. protokolarny odbiór końcowy odbył się 16 kwietnia 2014 r. Opóźnienie zakończenia robót nastąpiło z przyczyn niezależnych od powoda jako wykonawcy. Pozwany obciążył powoda notą księgową na kwotę dochodzoną pozwem i potrącił ją z wynagrodzeniem powoda. Powód wykonał prawidłowo umowę i wynagrodzenie z tego tytułu objęte żądaniem pozwu nie jest sporne. Przyczyną nieterminowego wykonania umowy były następujące okoliczności niezależne od wykonawcy.

1. Przedłużająca się procedura uzyskania pozwolenia na budowę z powodu nieprzekazania przez pozwanego dokumentu, z którego wynikałoby prawo gminy do dysponowania działką nr (...). Gmina wprowadziła w błąd powoda o dysponowaniu umową użyczenia i na tej podstawie powód przygotował dokumentację projektową zakładającą wykonanie robót w miesiącach letnich, tymczasem zgodę na prowadzenie inwestycji na działce nr (...) powód otrzymał wiosną 2013 r., a zatem nie było możliwości wcześniejszego przedłożenia zamawiającemu tj. pozwanemu dokumentacji budowlanej do zatwierdzenia. Nie można było uzyskać pozwolenia na budowę bez dysponowania przez powoda dokumentem uprawniającym inwestora do dysponowania w/w nieruchomością. Z tych względów decyzja o pozwoleniu na budowę została wydana dopiero w dniu 30 sierpnia 2013 r., stała się ostateczna w dniu 18 września 2013 r.

2. Uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę skutkowało przesunięciem realizacji robót budowlanych z okresu letniego na okres jesienno – zimowy, w którym to okresie z uwagi na długotrwałe opady deszczu niemożliwym była realizacja robót, a chodziło o roboty dotyczące kanału deszczowego o dużej średnicy, gdzie przy dużych ilościach wody nie było możliwości przepompowania jej bez wykonania zbiornika retencyjnego. Wymagało to jednak zmiany decyzji o udzieleniu pozwolenia na budowę.

3. Kilukrotnie na terenie budowy doszło do aktów wandalizmu, co skutkowało zniszczeniem rurociągu i koniecznością odbudowania kanału deszczowego, uniemożliwiając na ten czas kontynuację robót.

4. (...) R. jako zarządca drogi nie wydała zgody na całkowite zamknięcie ul. (...), co powodowało konieczność zapewnienia przez wykonawcę możliwości poruszania się pojazdów po ulicy.

5. Z przyczyn leżących po stronie pozwanego doszło do unieważnienia I przetargu i rozpisano nowy przetarg, co skutkowało podpisaniem umowy w dniu 26 listopada 2012 r., a więc skrócił się czas niezbędny do realizacji umowy w dogodnych warunkach atmosferycznych.

Ponadto powód wskazał, iż kara umowna jest zbyt wygórowana, a gmina nie poniosła żadnej szkody przez opóźnienie w wykonaniu umowy.

Pismem procesowym (k. 175-180) powód rozszerzył żądanie pozwu o kwotę 470.929,40 zł domagając się odsetek od tej kwoty od dnia 31 października 2014 r., tj. dnia złożenia niniejszego pisma. W uzasadnieniu wskazał, iż został obciążony dalszymi karami umownymi na podstawie kolejnych not księgowych, w sumie na kwotę 658.027,86 zł. O powyższą karę umowną pozwany pomniejszył wpłatę wynagrodzenia na rzecz powoda objętego fakturą nr (...) z dnia 24 kwietnia 2014 r. Powód otrzymał jedynie kwotę 758.587,94 zł zamiast pełnej kwoty 1.229.517,34 zł. W piśmie tym powód dodatkowo wskazał nową przyczynę opóźnienia, tj. okoliczność, iż powód został zobowiązany przez (...) w R. do wykonania nowej nawierzchni asfaltowej zamiast odtworzenia dotychczasowej w uszkodzonych miejscach. Wykonanie tej nowej nawierzchni z przyczyn technologicznych nie mogło nastąpić w porze zimowej i dlatego nastąpiło w marcu i kwietniu 2014 r. Dodatkowo podniósł, iż kara umowna jest rażąco wygórowana, gdyż opóźnienie było niewielkie, niezawinione przez powoda, a wysokość kary pozostaje w rażącej dysproporcji do wysokości wynagrodzenia 7.714.570,00 zł brutto - omyłka powoda; w rzeczywistości chodziło o wynagrodzenie w wysokości 6.714.570,00 zł brutto. Na tej podstawie wniósł o zmniejszenie kary.

W kolejnym piśmie procesowym (k. 239-242) powód dodał, iż z uwagi na brak uregulowania prawnego zasad korzystania z działki nr (...) roboty na tej działce można było wykonać prace w okresie marzec – kwiecień 2014 r. Z uwagi na okres zimowy nie można było dokończyć prac w postaci obsiania trawników trawą, dlatego termin zakończenia umowy 8 stycznia 2014 r. był technologicznie niemożliwy do realizacji i został on przesunięty na ten dzień o zbyt krótki okres czasu. Również wykonanie powłoki ochronnej, które to prace przypadły w okresie zimowym z przyczyn technologicznych nie mogło zostać wykonane. Charakter robót był bardzo skomplikowany i trudny technologicznie, a wykonawca zmuszony był zapewnić w czasie prac dostęp mieszkańców do bloków, jak również petentów do zakładów pracy i instytucji położonych na tym terenie.

W kolejnym piśmie procesowym (k. 312-319) powód ustosunkował się do treści zeznań świadków i zarzucił, iż niemożliwym było prowadzenie robót równoległe z obu stron kanału deszczowego. W trakcie prac okazała się konieczność dokonania innej przebudowy kolektora sanitarnego z uwagi na jego budowę, sposób łączenia i stan techniczny, co nie wynikało z mapy i planu kolektora stanowiących dokumentację przetargową. Niemożliwym zatem było wykonanie rury osłonowej w ramach usunięcia kolizji kanału deszczowego z kolektorem sanitarnym, tak jak zaprojektował to powód w związku z czym należało wykonać przebudowę odcinka sieci sanitarnej, co wymagało uzgodnienia z (...). Oczekując na decyzję (...) wykonawca wykonywał roboty na pozostałych odcinkach, pozostawiając wykonanie komory wylotowej na końcowy etap prac. Ostateczne warunki i zgodę na rozwiązanie kolizji powód otrzymał od (...)w dniu 21 stycznia 2014 r. i dopiero po tej dacie mógł dokonać przełożenia kanału sanitarnego i wykonać komorę wylotową, co spowodowało opóźnienie w zakończeniu prac. Ponadto nie mógł wcześniej wykonać komory wylotowej z uwagi na brak dokumentacji regulującej zasady korzystania z działki nr (...), na której występowała kolizja, co nastąpiło dopiero dnia 22 sierpnia 2013 r., kiedy to gmina zawarła z (...) w K. umowę określającą czynsz dzierżawny.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości. W uzasadnieniu wskazał, iż termin wykonania umowy został ostatecznie zmieniony aneksem na dzień 8 stycznia 2014 r., umowę wykonano 16 kwietnia 2014 r., a więc opóźnienie powoda wyniosło 98 dni, za który to okres pozwany naliczył kary umowne wraz z odsetkami ustawowymi i potrącił z wynagrodzeniem powoda z tytułu realizacji spornej inwestycji. Pozwany wskazał, iż to na wniosek powoda z daty 20 września 2013 r. w związku z procedurą uzyskania pozwolenia wodno-prawnego i pozwolenia na budowę, które to obowiązki leżały po stronie powoda, termin wykonania umowy został anektowany. Pozwany dysponował prawem do dysponowanie nieruchomości jako warunkiem koniecznym do uzyskania pozwolenia na budowę na podstawie umowy użyczenia z dnia 27 września 2012 r. Umowa ta stanowiła podstawę do złożenia oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, a umowy użyczenia i dzierżawy zostały zawarte po uzyskaniu pozwolenia na budowę co wskazuje, iż nie były warunkiem koniecznym na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Powód dopiero 16 maja 2013 r. przekazał pozwanemu operat wodno-prawny, a pozwolenie wodno-prawne stało się ostateczne z dniem 27 sierpnia 2013 r., a projekt budowlany wraz z wnioskiem o pozwolenie na budowę po poprawce został ostatecznie przekazany pozwanemu w dniu 26 lipca 2013 r., a zatem doliczając ustawowy okres wydania i uprawomocnienia się decyzji o pozwoleniu na budowę powód mógłby najwcześniej podjąć roboty po 20 października 2013 r. W rzeczywistości powód wniosek o pozwolenie na budowę złożył dnia 9 sierpnia 2013 r. Warunki atmosferyczne nie miały wpływu na wykonanie robót w tym powłoki ochronnej, którą rozpoczęto 3 marca 2014 r., a więc po upływie terminu umownego. W okresie zimowym z uwagi na niską wilgotność powietrza wykonanie powłoki ochronnej jest optymalne w stosunku do okresu letniego, gdzie panuje wyższa temperatura. Powód wbrew zaleceniom inspektora nadzoru wykonanie powłoki ochronnej pozostawił na koniec prac, co nastąpiło w marcu, gdzie panowała duża wilgotność w rurze, tymczasem winien ją był wykonywać sukcesywnie wraz z postępowaniem robót. Ponadto w okresie wrzesień–styczeń 2014 r. było sucho, a temperatura dodatnia. Nie było również intensywnych i długotrwałych opadów deszczu, a powód nie zastosował wbrew dokumentacji projektowej pomp o właściwej wydajności, co powodowało przestoje w pracach. Odnośnie wandalizmu pozwany zarzucił, iż z chwilą przejścia przez powoda placu budowy 19 września 2013 r. był on zobowiązany zgodnie z prawem budowlanym zabezpieczenia terenu budowy przed szkodami, a akty wandalizmu spowodowane były nienależytym zabezpieczeniem. Wbrew twierdzeniom powoda w ofercie przetargowej nie przewidziano całkowitego zamknięcia ul. (...), a zatem powód posiadał wiedzę już wówczas, że nie będzie całkowitego zamknięcia ruchu. Unieważnienie I przetargu pozostawało bez znaczenia, gdyż powód ostatecznie zawarł umowę w dacie 27 listopada 2012 r. z terminem wykonania tam określonym. Termin wykonania umowy przewidywał 3,5 m-ca realizacji prac, tymczasem roboty budowlane trwały 7 m-cy. Powód nie podjął prowadzenia prac równoległe na kilku odcinkach. Odnośnie miarkowania kary pozwany zarzucił, iż naliczone kary stanowią 2% wynagrodzenia, termin wykonania umowy został dwukrotnie przekroczony, a brak szkody nie zwalnia powoda z obowiązku zapłaty kary umownej.

W piśmie procesowym (k. 199-200) w związku z rozszerzonym powództwem pozwany wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów procesu, zarzucając, iż wskazane przez powoda nowe przyczyny opóźnienia są nieprawdziwe. W szczególności na etapie przetargu przewidziano położenie nawierzchni asfaltowej na ul. (...), a

prace powoda spowodowały zniszczenie nawierzchni, co skutkowało koniecznością położenia jej na nowo. Powód ostatecznie podpisał protokół odbioru nawierzchni po wielokrotnych oględzinach pasa drogowego stwierdzających stan pasa, skutkującego położeniem nowej nawierzchni. Odtworzenie nowej nawierzchni przypadło na okres, kiedy powód wykonywał roboty budowlane w środku kanału niezależnie od robót związanych z odtworzeniem nawierzchni, a zatem opóźnienie prac nie było związane z odtworzeniem jezdni i chodników. Pozwany wskazał, iż wysokość potrąconych kar nie jest rażąco wygórowana, gdyż stanowi 8,31% wynagrodzenia. Powyższe wyliczenie odniósł jako stosunek kwoty wynagrodzenia umownego brutto 6.714.570 zł do kwoty tej części kary umownej i odsetkami od niej, którą potrącił z wynagrodzeniem powoda, tj. 563.449 zł.

W piśmie procesowym (k. 355-358) pozwany odniósł się do podanych przez powoda w toku procesu nowych przyczyn nieterminowego wykonania umowy, jako nieprawdziwych. Zarzucił, iż sam powód w swym harmonogramie prac przewidział ich równoległe prowadzenie, ponadto powód zgodnie z treścią oferty przetargowej (program funkcjonalno – użytkowy) miał za zadanie wykonać i zaktualizować mapy do celów projektowych, zatem zarzut nieaktualności map był niezasadny. Nowe rozwiązanie w zakresie likwidacji kolizji kolektora sanitarnego nie spowodowało wydłużenia terminu umownego, a przebudowa sieci stanowiła inicjatywę i samodzielną decyzję powoda, nie wymagała zmiany pozwolenia na budowę, upraszczała realizację robót, ponadto zmiana ta nastąpiła po upływie umownego terminu wykonania umowy. Powód mógł realizować roboty budowlane po przekazaniu placu budowy i przyczyną ich wstrzymania nie było brak umowy użytkowania czy dzierżawy działki nr (...), tym bardziej, iż powód rozpoczął prace od strony centrum. Brak aktualności map nie był zgłaszany na etapie wykonawstwa, roszczenie rur w zimie nie występowało.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

Pozwany ogłosił przetarg w trybie ustawy o zamówieniach publicznych na przebudowę kanału deszczowego F 600-900 wzdłuż ul. (...) w R. na zasadzie „zaprojektuj i wybuduj”. Przetarg ten został unieważniony, o czym powód został poinformowany w dniu 30 lipca 2012r. Pozwany w dniu 26.10.12r. rozpiął nowy przetarg tej samej treści, a więc z zachowaniem pierwotnego terminu wykonania umowy: 30.09.2013r. i na tej podstawie powód wygrywając przetarg, podpisał z pozwanym umowę w dniu 26 listopada 2012 r. Zgodnie z umową powód miał obowiązek wykonać dokumentację projektową, postarać się o wszelkie dokumenty wymagane do pozwolenia na budowę i do prowadzenia prac, w tym pozwolenie wodno-prawne, zezwolenie na prowadzenie robót w pasie drogowym oraz wykonać roboty budowlane w oparciu o opracowaną dokumentację i uzyskane pozwolenie na budowę. Prace obejmowały przebudowę kanału deszczowego oraz przebudowę w miejscach kolizji sieci sanitarnej, budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej, likwidację zbędnego uzbrojenia wylotów itp., odtworzenie nawierzchni zniszczonych ulic. Strony dopuściły możliwość zmiany terminów ujętych w harmonogramie rzeczowo – finansowym oraz wskazały w umowie podstawy zmiany terminu wykonania umowy, który ustaliły na 30 września 2013 r., tj.: warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót, w szczególności intensywne lub długotrwałe opady deszczu, długotrwałe mrozy, co wymagało wpisu do dziennika budowy przez obie strony, okoliczności leżące po stronie zamawiającego, w szczególności wstrzymanie robót przez zamawiającego, wystąpienie w trakcie robót nieprzewidzianych okoliczności np. kolizja z niezaznaczonymi na mapie sieciami, przekroczenie przez organy administracji terminów wydawania zezwoleń i decyzji, na które wykonawca nie miał wpływu. Wynagrodzenie umowne strony ustalił w kwocie 6.714.570 zł brutto. Za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy strony przewidziały kary umowne: 0.1 % wynagrodzenia całkowitego za każdy dzień zwłoki (dowód: ogłoszenie o zamówieniu nr (...) -2012 z dnia 28 września 2012 r. – k. 16-21, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – k. 22-31, umowa z dnia 26 listopada 2012 r. – k. 32-47, pismo pozwanego k...) Strony dwukrotnie aneksowały termin zakończenia umowy z przyczyn leżących po stronie inwestora i ostatecznie aneksem nr (...) ustaliły ten termin na 08.01.2014r. (dowód: aneks nr (...) k...). Powód podpisując umowę sporządził harmonogram prac projektowych na okres 01.13r. – 16.09.13r. oraz harmonogram rzeczowo – finansowy z dnia 30.09.13r.. W harmonogramie tym powód przewidział prowadzenie prac wykonawczych w m-cach październik, listopad, grudzień 2013r., przy czym przewidział równoległe prowadzenie prac w postaci komory wylotowej do rzeki Wisłok i wykopów kanału, jak również po zakończeniu prac obsianie terenu trawą wykonanie powłoki ochronnej na okres zimy 2013r. (dowód: harmonogram prac projektowych k. 129, harmonogram robót k. 161)

Na podstawie ww. umowy pozwany przekazał powodowi plac budowy w dniu 19.09.2013r. zgodnie z terminem wynikającym z umowy, powód powołał również kierownika budowy (okoliczność niesporna). Poza sporem było, iż po zakończeniu prac w dniu 16 kwietnia 2014 r. nastąpił odbiór końcowy całości przedmiotu umowy, potwierdzony pisemnym protokołem bezusterkowym podpisanym przez obie strony.

(dowód: dziennik budowy – k. 48-64)

Ustalenia faktyczne dotyczące przyczyn opóźnienia:

Pozwany dysponował prawem do nieruchomości, tj. m.in. do działki nr (...) (...), na której miały być m.in. prowadzone prace budowlane na podstawie umowy użyczenia z dnia 27.09.2012 r. i informacja o powyższym została przekazana powodowi w postępowaniu przetargowym

w treści SiWZ. Na podstawie tejże umowy U. K. w imieniu pozwanego złożyła oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, który to dokument był niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę. (dowód: umowa użyczenia z dnia 27.09.2012 r. – k. 133, oświadczenie

o prawie do dysponowania nieruchomością wraz z pełnomocnictwem – k. 134 – 135; okolicznością niesporną, tj. przyznaną na ostatniej rozprawie przez pełnomocników było, iż prawo do dysponowania nieruchomością warunkowało uzyskanie pozwolenia na budowę). Dnia 16.09.2013 r. została zawarta umowa między pozwanym, a Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w K. oddania w użytkowanie w/w nieruchomości, zaś dnia 25.09.2013 r. umowa dzierżawy w/w nieruchomości (dowód: umowy – k. 136-139).

Jednym z warunków uzyskania pozwolenia na budowę było wykonanie operatu wodno- prawnego, który to dokument powód przekazał pozwanemu w dniu 16.05.2013 r., zaś pozwolenie wodno – prawne zostało wydane w dniu 7.08.2013 r. i stało się ostateczne z dniem 27.08.2013 r. (dowód: w/w dokumenty – k. 140, 141-144). Powód przekazał pozwanemu po raz pierwszy projekt budowlany w dniu 10.07.2013 r. , który został zwrócony powodowi z uwagi na braki, a następnie projekt ten po uzupełnieniu wraz z wnioskiem o pozwolenie na budowę został przekazany pozwanemu w dniu 26.07.2013 r. Dnia 9.08.2013 r. powód złożył wniosek o pozwolenie na budowę i po wezwaniu na mocy postanowienia z dnia 19.08.2013 r. do usunięcia niezgodności z przepisami prawo budowlane w dniu 30.03.2013 r. zostało wydane pozwolenie na budowę i zatwierdzony projekt budowlany, a decyzja w tym przedmiocie stała się ostateczna z dniem 18.09.2013 r., co pozwoliło w dniu 19.09.2013 r. przekazać powodowi plac budowy celem rozpoczęcia prac. Powyższy przebieg czynności związanych z pozwoleniem na budowę był zgodny z harmonogramem prac projektowych , objętym załącznikiem do umowy stron. (dowód: pismo pozwanego z dnia 15.07.2013 r. o zwrocie projektu budowlanego – k. 144-146, wniosek o wydanie pozwolenia na budowę z dnia 9.08.2013 r. – k. 148, okoliczności niesporne, tj. data wydania pozwolenia na budowę oraz data ostateczności tejże decyzji).

Powód rozpoczął prace po 19.09.2013 r. Roboty były wykonywane na czynnym P. rz. M., z płynącą wodą. Był to okres jesienno - zimowy, gdzie zanotowano w dzienniku budowy opady atmosferyczne: dnia 16.10, 28.10, 31.10, 6-7.11, 9.12., 16.12, które to opady, nawet nie będąc intensywnymi, powodowały zalewanie kanału i każdorazową konieczność przepompowywania nadmiaru wody, Powód używał pomp o zbyt małej wydajności, dopiero w końcowej części robót do odpompowania wody użył agregatu o odpowiedniej wydajności, co poprawiło sytuację. Konieczność zastosowania pomp o dużej wydajności wynikała z projektu wykonawczego powoda z dnia 8.07.13r.(dowód: zezn. św. R. P. k.425/2, J. C. k. 424, wyciąg z projektu wykonawczego – k. 149-150, dziennik budowy – k. 51-56).

W trakcie prac budowlanych doszło do aktów wandalizmu: zniszczono rurociąg wewnątrz kanału deszczowego, co doprowadziło do zalania kanału na długość około 10 metrów, a skutkowało wstrzymaniem prac na czas jego odbudowy na okres czterech dni.(dowód: pismo z 14.01.2014 r. – k. 101).

W trakcie prac, po robotach odkrywkowych okazywało się, iż część starej instalacji deszczowej i sanitarnej była inaczej położona na mapach, niż

w rzeczywistości, co wiązało się z koniecznością zmiany położenia krućców oraz zamówienia nowych elementów do kanału deszczowego. Ponadto mapy nie obrazowały rzeczywistego położenia instalacji elektrycznej pod ziemią: kable

przesunięte, bądź niezinventaryzowane. Były też sytuacje skorodowanych słupów, które według projektu miały być po zakończeniu prac z powrotem zamontowane, lecz z uwagi na korozję należało postawić nowe. Dezorganizowało to i wydłużało prace, choć w okresach wydłużonych prac z tego tytułu z zasady były wykonywane inne prace. (dowód: zezn. św. R. K. R. – k. 427/2, św. A. K. – k. 428, św. M. M. k. 424/2).

Prace budowlane były prowadzone przy wykorzystaniu ul. (...), w centrum miasta, przy bliskiej odległości urzędów oraz bloków mieszkalnych, co powodowało konieczność zapewnienia przez powoda dojazdu tąże ulicą zarówno mieszkańcom, jak i petentom, przy konieczności czasowego wstrzymywania ruchu i kierowania nim, bowiem ruch na tej ulicy nie zastał zamknięty. Prace te polegały między innymi na konieczności wyjazdów na ulicę ciężkiego sprzętu w związku z pracami ziemnymi oraz dostawami materiałowymi, jak również zachodziła konieczność wywozu ziemi z wykopu. Warunki zamówienia w trybie zamówień publiczno – prawnych zakładały czasowe okresowe zamknięcie ulicy (...), a zatem okoliczność, że nie dojdzie do całkowitego zamknięcia ruchu na tej ulicy była wiadoma wykonawcy na etapie zawierania umowy. Powód zgodnie z treścią umowy: zaprojektuj i wybuduj, przygotował projekt organizacji ruchu, który zakładał zabezpieczenie dojazdu mieszkańcom do posesji. W projekcie tym założył, iż ulica (...) od ulicy (...) do ulicy (...) zostanie wyłączona z ruchu. Powyższy projekt został pozytywnie zaopiniowany przez (...) w R. oraz zatwierdzony decyzją Prezydenta Miasta R. w dniu 16.09.2013 r. (dowód: zezn. św. J. C. k. 423/2, M. M. k. 424/2 - 425, w/w dokumenty – k. 87-94, .)

Program funkcjonalno - użytkowy część I zakładał położenie nowej nawierzchni asfaltowej. (dowód: wyciąg – k. 228-229). W związku ze zniszczeniem przez powoda nawierzchni przy pracach budowlanych przy użyciu ciężkiego sprzętu zaszła konieczność jej odtworzenia w postaci położenia nowej

(dowód: notatki służbowe z dnia 21.01.2014 r., 6.03.2014 r. – k. 230-231, dokumentacja zdjęciowa – k. 209-216, 221-224, 226 z daty z 21.01.2014 r., dokumentacja zdjęciowa sprzed rozpoczęcia prac” z daty 6.05.2013 r. – k. 217. 219-220, 223, 225, 227, zgłoszenie przez powoda wykonania nowej nawierzchni z dnia 14.03.2014 r. – k. 232, protokół odbioru tych prac z dnia 8.04.2014 r.

– k. 233a). Zarówno położenie w całości nowej nawierzchni asfaltowej, jak i odtworzenie starej w postaci uzupełnienia ubytków wymagały dodatnich temperatur. W okresie prac polegających na położeniu nowej nawierzchni, tj. w marcu 2014r. wykonawca prowadził równoległe prace w kanale (dowód: dziennik budowy – k. 61-63, zezn. św. J. C. – k. 424. R. P. k. 426-426/2). W trakcie prac mieszkańcy pobliskich bloków skarżyli się na hałas z tym związany, zwłaszcza w godzinach popołudniowych, co powodowało interwencje u wykonawcy, prace odbywały się w wodzie, przy użyciu sprzętu elektrycznego, z uwagi na porę roku wcześniej zapadał zmrok (dowód: zez. św. J. C. – k. 424. M M. k. 425)

Odnosnie kolizji kolektora sanitarnego z kanalizacją deszczową, która to kolizja w przekroju poprzecznym polegała na przechodzeniu istniejącego kanału sanitarnego w mający być budowany kanał deszczowy, a którą należało rozwiązać na etapie projektowym, wiedzę o niej wykonawca posiadał jeszcze przed przystąpieniem do prac, bowiem kolizja ta była przedstawiona powodowi na etapie postępowania przetargowego w programie funkcjonalno użytkowym, przy czym ostateczny sposób rozwiązania kolizji kolektora sanitarnego z kanałem deszczowym należał do wykonawcy, któremu umożliwiono zaproponowanie innego sposobu rozwiązania kolizji, które nie powodowałyby zwiększenia wynagrodzenia. W marcu 2013 r., a więc przed pozwoleniem na budowę powód wystąpił do (...) o wydanie warunków technicznych zabezpieczenia kanału sanitarnego i przez okres 2013 r. trwały prace uzgodnieniowe z (...) w przedmiocie przebudowania tej kolizji. Zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie zostało zaakceptowane w dniu 21.01.2014 r. Proponowana zmiana nie wymagała zmiany pozwolenia na budowę, nie powodowała wydłużenia prac, były to prace tańsze i łatwiejsze. W trakcie prac w lutym 2014 r., po odkrywcę wykonawca stwierdził, iż kanał sanitarny był z złym stanie technicznym, a ponadto kształtu kwadratowego, co uniemożliwiło założenie według projektu okrągłej rury osłonowej. W związku z powyższym wykonawca dokonał przebudowy kanału w postaci położenia nowych lekkich rur i puszczania wody do tymczasowo wykonanych komór częściowych w związku z koniecznością połączenia starego i nowego kanału sanitarnego. Powyższa zmiana wymagała zamówienia dodatkowych materiałów, wykonania komór żelbetowych, zatamowania ścieków, niemniej na czas zamówienia materiałów i wykonywania tych prac były wykonywane inne prace przebudowy kanału. (dowód: pismo z dnia 21.01.2014 r. - k. 329, notatka ze spotkania z dnia 16.01.2013 r. - k. 323-325, pismo (...) do (...) z dnia 7.04.2015 r. k. 326-328, pismo powoda – k. 331, zezn. św. R. P.

– k. 400, rysunek – k. 369-370, pismo Prezydenta z dnia 8.08.2013 r. – k. 363, odpowiedź na zapytanie ofertowe nr 20 – k. 374, zeznania świadka M. M. – k. 388/2, J. C. – k. 395, zezn. świadka R. K. – 426/.2, R. P. – k. 427).

Powód po zakończeniu prac ziemnych i po położeniu kanału przystąpił do wykonania powłoki ochronnej, co przypadło na marzec 2014 r., po upływie terminu umownego zakończenia umowy. Z zeznań świadka R. P. wynika, iż z uwagi na brak różnic temperatur w zimie z zewnątrz oraz wewnątrz rury nie występuje zjawisko roszczenia, a w każdym razie jest ono mniej intensywne, niż w lecie, gdzie panuje wyższa różnica temperatur i wyższa wilgotność, co prowadzi do skraplania się pary wodnej na wewnętrznej powierzchni rury (tzw. zjawisko roszczenia). Wykonywanie powłoki ochronnej po zakończeniu prac pozostawało bez wpływu na termin realizacji całej umowy, bowiem w tym samym czasie powód wykonywał inne równoległe prace.

(dowód: zeznania świadka J. C. – k. 396/2. R. P. k. 426, dziennik budowy k. 61-62)

Zgodnie z aneksem nr (...) podpisanym przez obie strony termin wykonania umowy z daty 30.09.2013 r. został przesunięty na dzień **8.01.2014 r.**, zaś przedmiot umowy został wykonany przez powoda dnia **16.04. 2014 r.** (okoliczności niesporne, przyznane na ostatniej rozprawie przez pełnomocników). Z uwagi w/w na opóźnienie pozwany obciążył powoda notą księgową nr (...) w dniu 2.01.2014 r. na kwotę 87.269,41 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy na podstawie § 15 ustęp 1 pkt 1 umowy, zakreślając termin płatności tej kary 14 dni, a następnie w dniu 25.02.2014 r. złożył oświadczenie powodowi o potrąceniu tej kwoty z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury nr (...) z dnia 31.01.2014 r. Z uwagi na w/w oświadczenie o potrąceniu należność powoda dochodzona tym pozwem na kwotę 87.289,41 zł nie była sporna między stronami i wynikała z w/w faktury. Ponadto poza sporem było, iż w dniu 24.02.2014 r. pozwany obciążył powoda notą księgową z tego samego tytułu za okres opóźnienia 22.01.2014 r. – 31.01.2014 r. na kwotę 67.145,70 zł, za okres 1.02.2014 r. – 25.02.2014 r. na kwotę 167.864,25 zł, za okres 26.02.2014 r. – 31.03.2014 r. na kwotę 228.295,38 zł, 1.04.2014 r. – 15.04.2014 r. a kwotę 100.718,55 zł oraz za dzień 16.04.2014 r. na kwotę 6.714,57 zł, tj. łącznie z tytułu kary umownej za cały okres opóźnienia od 9.01.2014 r. – do 16.04.2014 r. kwota stanowiła 658.027,86 zł, z czego przedmiotem potrącenia z tytułu kary umownej była łącznie kwota 550.594,74 zł, zaś kwota naliczonych odsetek z tytułu kary umownej stanowiła 12.854,26 zł, a potrącone z częścią kary umownej odsetki z stanowiły kwotę 7.624,07 zł. Powyższe kary umowne z poszczególnych not pozwany potrącił z wynagrodzeniem powoda za wykonane prace według zestawienia (k. 203), które to zestawienie co do prawidłowości jego sporządzenia w zakresie kwot tam wskazanych jako przedmiotu potrącenia, naliczonych odsetek nie było przez strony kwestionowane.

Sąd dał wiarę w/w dowodom z dokumentów urzędowych w postaci decyzji administracyjnych, jak również dokumentów prywatnych w postaci korespondencji stron oraz pism do urzędów itp., jako że treść tych dokumentów i fakt ich sporządzenia przez osoby w nich wskazane nie była kwestionowana przez strony. Sąd dał wiarę w/w zeznaniom świadków, jako że znajdowały one pokrycie w dokumentach prywatnych, a wiarygodność tych zeznań w inny sposób nie została przez strony w procesie podważona.

Sąd nie był w stanie stwierdzić, nie dysponując wiedzą specjalną (brak dowodu z opinii biegłego sądowego), czy zjawisko roszczenia

w okresie jesienno - zimowym występowało w sposób bardziej nasilony, niż w lecie i czy uniemożliwiało ono prace zgodnie z harmonogramem i czy analogiczne zjawisko występuje w okresie letnim. Nie dysponował również wiedzą specjalną w zakresie, czy można było w tym samym czasie wykonywać prace od strony wylotowej i od strony wlotu do kanału, jak też czy można było wykonywać powłokę ochronną etapami, co skróciłoby prace. W tym zakresie zeznania świadków nie były jednolite: świadkowie strony powodowej zeznawali, iż nie było takiej możliwości, przeciwnie zaś zeznania złożyli świadkowie strony pozwanej. W związku z powyższym Sąd nie poczynił jednoznacznych ustaleń w tym przedmiocie.

Sąd nie dał wiary zeznaniom zarządu powoda na okoliczność, iż brak umowy Miasta z Zarządem R. w K. odnośnie działki nr (...) uniemożliwił uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego i pozwolenia na budowę. Brak również zeznań

strony powodowej oraz innych dowodów w sprawie na okoliczność, iż brak umowy z Zarządem Gospodarki wodnej w K. o oddanie Gminie M. działki nr (...) w użytkowanie oraz umowy dzierżawy uniemożliwił wejście w teren. Ponadto twierdzeniom tym przeczy temu chronologiczny ciąg zdarzeń wydawanych kolejno decyzji w tym przedmiocie i umowy dzierżawy i użyczenia wydanych na w/w działkę, które to umowy noszą datę późniejszą niż w/w pozwolenia. Pozostała część zeznań strony powodowej nic do sprawy nie wносиła.

Sąd zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 476 kc dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (k. art. 477 § 1 kc). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wierzycielowi należy się kara umowna w umówionej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. (art. 484 § 1 kc).

Treść art. 476 kc definiuje pojęcie „zwłoki”, które to zdarzenie prawne ustawodawca ustawił na zasadzie domniemania winy w opóźnieniu spełnienia świadczenia. Przepis art. 476 i 477 kc stanowi zatem konsekwencję ogólnej zasady odpowiedzialności kontraktowej opartej na przepisie art. 471 kc. Również przepis art. 484 kc stanowiący o nienależytym wykonaniu zobowiązania, bez wskazywania na zawinienie, pozostaje spójny z w/w przepisem art. 471 kc. Nie ma racji zatem strona powodowa, która powołując się na zapis § 15.1 pkt 1 wskazuje, iż to pozwany jako dochodzący od powoda w procesie kary umownej za „zwłokę” (poprzez potrącenie swej wierzytelności z tego tytułu z należnością objętą żądaniem pozwu) winien wykazać okoliczności świadczące o winie powoda. Po pierwsze w/w postanowienie umowne powoływało się na pojęcie „nieterminowego wykonania przedmiotu umowy”, co już samo przez się wskazuje, iż chodziło o prawo do naliczenia kary umownej za sam fakt opóźnienia; po drugie, wprawdzie w dalszej części postanowienia użyto pojęcia „zwłoki”, niemniej również przepis art. 476 kc definiuje zwłokę jako wyłącznie brak terminowego spełnienia świadczenia. Dopiero zdanie drugie tegoż przepisu pozwala dłużnikowi z tytułu opóźnienia uwolnić się od odpowiedzialności za to opóźnienie poprzez wykazanie okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. W związku z powyższą interpretacją zapisu umowy w powiązaniu z art. 476 kc w zw. z art. 471 kc i 484 kc, sąd nie podziela stanowiska Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku (IV CSK 299/12, I ACa 910/14), w których to orzeczeniach w/w sądy poprzez sam zapis „zwłoki” w umowie przerzuciły ciężar dowodzenia okoliczności zawinionych na inwestora. Podziela natomiast sąd w tym składzie pogląd odmienny, zaprezentowany w uzasadnieniu SA w Warszawie VI ACa 198/14 oraz teza w: VI ACa 32/14, jako odpowiadający wykładni i spójny z przepisem art. 476 kc. Zatem to powód jako wykonawca w niniejszym procesie wedle wymogu art. 6 kc powinien był wykazać okoliczności, które wskazywały, iż opóźnienie było następstwem okoliczności, za które nie ponosi winy, czy też szerzej: odpowiedzialności. Powód z tego obowiązku się nie wywiązał. Wszystkie okoliczności naprowadzane przez powoda w kolejnych pismach procesowych zostały w sposób logiczny podważone przez stronę pozwaną, jak również wyżej powołanymi w stanie faktycznym środkami dowodowymi strony pozwanej obalone. Wskazać przy tym należy, iż powód mimo unieważnienia pierwszego przetargu na sporną umowę, co w efekcie spowodowało skrócenie okresu jej wykonania (w ostatecznej umowie w wyniku kolejnego postępowania przetargowego utrzymano termin wykonania umowy według pierwotnego założenia na 30.09.2013 r., przy czym powód nie twierdził, ani nie wykazał w sposób jednoznaczny, o ile miesięcy ta umowa w związku z powyższym uległa skróceniu), wiedząc o terminie wykonania umowy 30.09.2013 r.

w sposób dobrowolny przystąpił do postępowania przetargowego, które to postępowanie wygrał i podpisał umowę. Liczył się zatem z koniecznością wykonania wszystkich prac projektowych i wykonawczych w okresie krótszym, niż zakładała to pierwotna oferta w pierwszym postępowaniu przetargowym. Zresztą termin wykonania umowy został za zgodą obydwu stron przedłużony na do dnia 8.01.2014 r. Z logicznego punktu widzenia sąd, dysponując w tym procesie jedynie informacją od inwestora z 30 lipca 2012 r.

o unieważnieniu pierwszego przetargu, oraz okolicznością niesporną,

tj. zawarciem na podstawie drugiego przetargu umowy w dniu 26.11.2012 r., przyjął, iż mniej więcej o okres skrócenia czasu realizacji umowy pierwotnej uległa o analogiczny okres wydłużeniu umowa ostatecznie zawarta w dniu 26.11.12r., tj. z terminu : 30.09.2013 r. na termin: 8.01.2014 r. Powód jako wykonawca podpisał ten aneks, a zatem przyjął na siebie odpowiedzialność, iż roboty wykonawcze na placu budowy przypadną na okres jesienno - zimowy. Nie potwierdziły się zarzuty strony powodowej, iż z uwagi na tę porę roku szereg prac mogło zostać wykonanych dopiero w okresie wiosennym,

w szczególności odnosi się to do zgłoszonego już w pozwie zarzutu intensywnych opadów deszczu, które, jak pokazało postępowanie dowodowe, nie były nad wyraz intensywne. Jak pokazuje historia ostatnich lat intensywność opadu deszczu przypada na porę letnią, zresztą powód nie wykazał w żaden obiektywny sposób, ani ilości opadów na okres realizacji umowy, w tym, by przekraczały one średnią przypadającą na daną porę roku, jak również wysokości temperatur ujemnych, które to wg twierdzeń powoda uniemożliwiały kładzenie nowej nawierzchni asfaltowej, bo ta z technologicznego punktu widzenia musiała być położona po zakończeniu prac, co nastąpiło w marcu. Biorąc pod uwagę specyfikę prac od początku wiadomą wykonawcy: przy czynnym potoku rzeki M., powód nie zapewnił właściwego sprzętu w postaci pomp, odprowadzających nadmiar wody, bądź agregatów o mocy dostosowanej do potrzeb zadania. Potwierdzają to również świadkowie strony powodowej, którzy w zeznaniach wskazywali, że w zasadzie każdy opad deszczu powodował konieczność użycia pompy pod właściwej wydajności. Powód taką pompę stosował, ale zbyt małej wydajności, zmienił sprzęt dopiero w końcowym etapie prac, co znacząco złagodziło problem realizacji umowy związanym z opadami deszczu. Z tych samych względów nie sposób było przyjąć,

iż z uwagi na porę roku (jesień - zima) niemożliwym było wykonanie powłoki ochronnej kolektora jako zabezpieczenie stalowej powłoki. Powyższe prace powód wykonywał w marcu, gdzie również jako pora wiosenna występują opady deszczu, analogicznie jak we wrześniu, ponadto w analogicznym okresie wykonywał również inne prace, co pokazuje, iż przyczyna opóźnienia leżała gdzie indziej. Nie potwierdziły się też zarzuty powoda, odnoszące się z kolei do niemożliwości zasiania trawy w okresie zimowym jako jednego z warunków wykonania umowy. Sam powód przewidział te prace w swym harmonogramie w grudniu, po drugie inwestor był w stanie odstąpić od tego wymogu z uwagi na porę roku i niecelowość tych prac, lecz wykonawca je wykonał na własne życzenie (dowód: zezn. św. R. P. k. 400). Co do ujemnych temperatur zimowych, rzekomo uniemożliwiających wykonanie nawierzchni asfaltowej zgodnie z umówionym terminem umowy, przypadającym na okres zimowy, co wskazywałoby, zdaniem powoda, na nierealność anektowanego terminu na 8.01.14r., brak w tym przedmiocie jednoznacznych zeznań świadków, obiektywnych danych odnośnie wysokości panujących wówczas temperatur i wiedzy specjalnej sądu, by przyjąć, że takie, a nie inne temperatury uniemożliwiały poprawne wykonanie takich prac o tej porze roku. Ponadto, na co słusznie zwrócił uwagę pozwany w jednym z pism procesowych również i ta przyczyna nie była powodem opóźnienia, jako że w okresie, gdy powód kładł nową nawierzchnię asfaltową wykonywał również inne prace równolegle pozostając już wówczas w okresie opóźnienia. Wreszcie powód nie wykazał, jak obiektywne przyczyny w postaci nieaktualnych, nierzetelnych map dotyczących rozmieszczenia pod ziemią przewodów instalacji elektrycznej i sanitarno- deszczowej wpływały na przedłużenie okresu wykonania umowy. Zgodzić się należy, iż ta okoliczność wyłączała odpowiedzialność wykonawcy, nawet przy założeniu, jak to zeznał świadek M. M. k. 424/2, że stanowi ona element normalny w polskiej rzeczywistości przy wykonywaniu prac podziemnych. Zeznania świadka A. K. k. 428, iż wydłużyło to prace „o co najmniej 40-30 dni” nie były wiarygodne: po pierwsze brak innych środków dowodowych na tą okoliczność; po drugie sam powód nie powoływał tej okoliczności w pozwie, nie zgłaszał też inwestorowi powyższego problemu na etapie realizacji prac, a była to jedna z obiektywnych przyczyn wskazana w umowie, uzasadniająca aneksowanie terminu zakończenia prac; po trzecie wskazany przez świadka termin wydłużenia umowy o 30 – 40 dni nie został w żaden sposób poparty żadnymi logicznymi argumentami, a zatem było to zeznanie subiektywne i czysto ocenne. W konsekwencji nie mogło stanowić podstawy do czynienia przez sąd jednoznacznych ustaleń w tym przedmiocie. Tym samym powód nie udowodnił, o ile w/w przeszkoda w prawidłowej realizacji prac wpłynęła na okres opóźnienia. Historia realizacji etapu wykonania umowy w postaci przygotowania dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę, a obowiązek ten spoczywał na wykonawcy, wskazuje, iż nie doszło do przedłużenia tejże procedury z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Skoro podstawą rozpoczęcia prac na podstawie pozwolenia na budowę miał być dokument, z którego wynikałoby prawo dysponowania nieruchomością przez inwestora, to tym dokumentem była umowa użyczenia zawarta już 27.09.2012 r., a zatem data ta nie wpłynęła na wydłużenie procesu uzyskania pozwolenia a budowę, który to proces przypadła na rok 2013. Rację należy przyznać pozwanemu, iż daty

umów: pierwszej użyczenia, a kolejnej dzierżawy, przypadające na okres po dacie uzyskania pozwolenia na budowę nie miały wpływu z logicznego punktu widzenia na uzyskanie pozwolenia na budowę, a tym samym wejście w teren, gdzie do przekazania terenu budowy doszło dzień później po uprawomocnieniu się decyzji o pozwoleniu na budowę. Tym samym zarzut powoda zgłoszony w pozwie, iż pozwany wprowadził go w błąd powołując się we (...) na prawo dysponowania przez gminę działką nr (...) był bezzasadny, a w rzeczywistości oświadczenie o posiadaniu prawa do dysponowania tą działką złożone dopiero w dniu 13.08.2013 r. (k. 134) na podstawie umowy z dnia 27.09.2012 r., wynikało z faktu, iż powód takiego oświadczenia potrzebował dopiero w sierpniu 2013 r., skoro zezwolenie wodno - prawne warunkujące, uzyskanie pozwolenia na budowę zdobył dopiero 7.08.2013 r.

Odnosząc się do aktów wandalizmu wskazać należy, iż obowiązek zabezpieczenia terenu oraz urządzeń tam znajdujących się spoczywał na wykonawcy, co słusznie zauważył pozwany, powołując się w tym przedmiocie na przepisy prawa budowlanego. Dodać jedynie należy, iż potwierdza to odpowiedni przepis kodeksu cywilnego, tj. art. 652 kc. Powód w tym procesie nie podał żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że podjął właściwe z punktu widzenia tych konkretnych prac i na tym konkretnym terenie czynności zabezpieczające teren przed zniszczeniem urządzeń na nim znajdujących się.

Odnosnie braku zgody Gminy M. R. na całkowite zamknięcie ruchu zarzut ten był chybiony, gdyż zgodnie z ofertą przetargową: programem funkcjonalno - użytkowym, który zakładał okresowe częściowe wyłączenie z ruchu – k. 157 powód nie miał podstaw, przystępując do przetargu, by zakładać, że zarządca drogi (...) w R. wyrazi zgodę na całkowite zamknięcie ulicy (...). Zresztą powód w ramach tego twierdzenia przedłożył ofertę wykonaną przez siebie właśnie, zakładającą całkowite wyłączenie z ruchu, która została zatwierdzona zarówno przez zarządcę drogi, jak i Prezydenta Miasta R.. Powyższej niejasności nie był w stanie wyjaśnić powód na ostatniej rozprawie.

Odnosząc się wreszcie do ostatniej wskazywanej przez powoda przyczyny opóźnienia w wykonaniu prac, mianowicie kolizji kolektora sanitarnego z kanalizacją deszczową, nie jest prawdą, jak twierdził pierwotnie powód i zeznawali jego świadkowie, iż o kolizji tej dowiedział się na etapie odkrywki jesienią 2013r., gdyż kolizja ta była wiadoma już w postępowaniu przetargowym, natomiast powód już w marcu 2013 r. wystąpił do (...) o wydanie warunków technicznych zabezpieczenia kanału sanitarnego z proponowanym własnym rozwiązaniem technicznym, prace uzgodnieniowe w tym przedmiocie trwały przez okres 2013 r. Proponowana zmiana nie wymagała pozwolenia na budowę, a ostateczne uzgodnienie z (...) nastąpiło 21 stycznia 2014 r. i nie powodowało wydłużenia prac, co wynika z zeznań świadka R. P.. W trakcie natomiast realizacji prac po robotach odkrywkowych powód w dniu 7.02.2014 r. wystąpił do (...) o zmianę trasy, tj. jej skrócenie, czyli należy uznać tym samym, iż skróciło ta czas realizacji, co (...) zaakceptował niezwłocznie, bo 17.02.2014 r. i powyższe nie wymagało również pozwolenia na budowę (pismo (...)) z dnia 7.04.2014 r. – k. 326-327). W sprawie brak jakichkolwiek wiarygodnych dowodów, by brak w/w decyzji (...) wydłużył czy uniemożliwił kontynuację prac.

Tym samym powód nie zwolnił się z obowiązku zapłaty kary umownej poprzez udowodnienie okoliczności, które po pierwsze wyłączałyby jego odpowiedzialność za opóźnienie, po drugie pozwalałyby ustalić, na jaki okres okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność przedłużyły termin realizacji umowy.

Sąd na podstawie jednak w/w okoliczności faktycznych sprawy znalazł podstawy do zamiarkowania kary umownej na podstawie przepisu art. 484 § 2 kc. Z zeznań praktycznie wszystkich świadków, w tym również świadków strony pozwanej, M. M. – k. 381/2, 382, R. P. – k. 399/2, 400/2 wynikało, iż inwestycja ta miała charakter pionierski, była inwestycją trudną do realizacji, zaś powód prace wykonał należycie, bez wad, co wskazuje na leką postać zawinienia wykonawcy w przekroczeniu terminu. Ponadto niewątpliwie brak właściwej inwentaryzacji przewodów był okolicznością obiektywną, której powód nie musiał wcale przewidywać na etapie podpisywania umowy, niemniej powód nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości w jaki sposób wpłynęło to na przekroczenie terminu umownego wykonania umowy. Niemniej okoliczność ta, zdaniem sądu, winna wpłynąć na miarkowanie kary umownej. Niesporne było między stronami, iż pozwany nie poniósł szkody z tytułu przekroczenia terminu umownego, a na postawienie takiej tezy pozwoliło domniemanie faktyczne poczynione na podstawie zakresu przedmiotu umowy, jak również fakt, iż umowa ta była zawarta bezpośrednio między inwestorem, tj. Gminą M. R., a głównym wykonawcą i nie sposób nawet

teoretycznie zakładać, jaką to szkodę miałyby ponieść gmina z tytułu nieterminowego wykonania tej umowy. Wreszcie nieznaczny był też okres przekroczenia terminu umownego: umowa została zawarta na okres 13 miesięcy, tymczasem termin umowny został przekroczony o 3 miesiące i jeden tydzień. W tych okolicznościach sąd uznał, iż zamiarkowanie kary umownej o 50% będzie chronić interesy obu stron procesu: zarówno represyjny po stronie inwestora (cel stymulacyjny na etapie procesu są wobec wykonania umowy już odpadł), jak i ekonomiczny po stronie wykonawcy (sąd miał na względzie, iż cała kara umowna w pełnej wysokości stanowiła 9,8 % całego wynagrodzenia umownego, co w zasadzie z reguły stanowi równowartość zysku wykonawcy przy tego typu umowach, a nawet przy zamówieniach publicznych ten procent zysku jest jeszcze mniejszy) (odnośnie podstaw miarkowania kary umownej por. II CSK 261/03, V CSK 139/07, III CKN 50/01, V CSK 55/06). Sąd zamiarkował karę umowną, biorąc za podstawę jej pełną wysokość, tj. kwotę 658.027,86 zł, przy czym przedmiotem tego procesu była tylko część kary, tj. ta potrącona z niespornymi między stronami kwotami wynagrodzenia powoda z tytułu realizacji umowy. W związku z miarkowaniem kary również i odsetki ustawowe od niej naliczone należało pomniejszyć o połowę jako niezasadne. Skutkowało to uwzględnieniem powództwa o zapłatę wynagrodzenia w 1/2 wysokości dochodzonych przez powoda kwot, objętych pierwotnym żądaniem pozwu i rozszerzonym powództwem (art. 647 i 654 kc oraz art. 498 i 499 kc), skoro skuteczność oświadczeń o potrąceniu poza zakwestionowaniem przez powoda w tym procesie istnienia wierzytelności wzajemnej pozwanego nie budziły wątpliwości strony powodowej, ani sądu.

Początkowa data odsetek ustawowych od reszty wynagrodzenia uwzględnionego po wzajemnym umorzeniu wierzytelności, nie kwestionowana przez pozwanego, wynikała z art. 481 kc.

O kosztach procesu sąd orzekł na podstawie art. 108 kpc w związku z art. 98 § 3 kpc, stosunkowo je rozdzielając według procenta wygranej na podstawie art. 100 kpc. Na koszty po stronie powoda złożyły się: opłata od pozwu: 27.912 zł, wynagrodzenie minimalne radcowskie: 7.217 zł i kwota obciążająca powoda tytułem wydatków na świadka strony powodowej: 108,65 zł, co dało kwotę 35.237,65 zł, a przy uwzględnieniu 50% wygranej powoda dało to kwotę należnych mu kosztów: **17.618,82 zł**. Po stronie pozwanego złożyły się koszty w postaci minimalnego wynagrodzenia radcowskiego: 7.200 zł, co przy uwzględnieniu 50% wygranej pozwanego dało kwotę **3.600 zł**. Wzajemna kompensata tych kwot dała wynik, jak w punkcie III wyroku. W punkcie IV sąd orzekł na podstawie art. 83.2 w związku z art. 113 ustawy o kosztach sądowych...