

Sygn. akt **XXVI GC 390/14**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Karolina Toczyńska
Protokolant:	Sebastian Stulich

po rozpoznaniu 8 listopada 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **J. G.**

przeciwko **(...) sp. z o.o. z siedzibą w W.**

o zapłatę kwoty 497.500,41 zł

I zasądza od pozwanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz powoda J. G. kwotę 208.482,06 zł (dwieście osiem tysięcy czterysta osiemdziesiąt dwa złote sześć groszy) wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od kwoty:

a) 34.500 zł od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r.

b) 173.982,06 zł od dnia 3 października 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r.

wraz dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od w/w kwot od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;

II znosi wzajemnie między stronami koszty procesu;

III kwoty nieuiszczone przez strony tytułem wydatków przejmuje na rachunek Skarbu Państwa.

Sygn. akt XXVI GC 390/14

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 05 maja 2014r. (data nadania) powód J. G. wniósł zasądzenie od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 497.500,41 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od dnia wymagalności roszczenia do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Wezwany do sprecyzowania roszczenia odsetkowego wskazał, iż żąda odsetek ustawowych od kwoty 34.500 zł od dnia 20 czerwca 2013r. a od kwoty 463.000,41 zł od dnia 3 października 2013r. do dnia zapłaty.

Powód w uzasadnieniu wskazał, że był podwykonawcą inwestycji „Budowa boiska treningowego przy ul. (...) w K.” na podstawie umowy podwykonawczej z firmą (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.. Przedmiotem umowy było wykonanie

części wskazanego uprzednio zadania polegające na wykonaniu robót ziemnych, instalacji sanitarnych i elektrycznych, ogrodzenia oraz wykonania murów oporowych.

Powód zarzucił, iż pozwana nie uregulowała należności z tytułu faktur VAT nr (...)r. z dnia 02 sierpnia 2013r. z terminem płatności na dzień 02 października 2013r. oraz częściowo faktury VAT nr (...)r. z terminem płatności na dzień 19 czerwca 2013r. Wobec czego powód wniósł o naliczenie odsetek od kwoty 34.500,00 zł pozostałej z faktury VAT nr (...) od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 463.000,41 zł od dnia 03 października 2013r. do dnia zapłaty.

Powód podniósł, że skierował do pozwanej ostateczne wezwanie do zapłaty łącznej kwoty 497.500,41 zł, na które uzyskał odpowiedź że pozwana wystawiła noty księgowo, dokonała potrącenia oraz zobowiązała powoda do zapłaty kwoty 44.105,18 zł tytułem kary umownej.

Zdaniem powoda brak było podstaw do obciążenia do karami umownymi albowiem odstąpił on od umowy na skutek braku płatności i współpracy ze strony pozwanej, zaś opóźnienia były wynikiem siły wyższej w postaci ulewnych deszczy oraz braku dokumentacji technicznej, badań geologicznych co należało do obowiązków pozwanej. Podkreślił, iż wykonał zgodnie z umową wszystkie prace budowlane z należytą starannością, a odstąpienie od umowy nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (pозew k. 1-5).

W odpowiedzi na pozew z dnia 25 lipca 2014r. (data nadania) pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Pozwana ponadto dokonała zgłoszenia zarzutu potrącenia wzajemnych wierzytelności w wysokości 211.560,00 zł przysługującej pozwanej od powoda, tytułem kary umownej.

Uzasadniając odpowiedź na pozew pozwana zarzuciła, że podpisanie umowy poprzedzone zostało negocjacjami poczynionymi przez strony i złożoną ofertą, zgodną z wymaganiami postawionymi w SIWZ Zamawiającego, zatem powód znał nie tylko ogólne zarysy ale również szczegóły dot. wykonywania robót budowlanych (w tym posiadaną dokumentację budowlaną i wykonawczą) oraz terminy graniczne w jakich umowa ma być zrealizowana. Na tej zasadzie należy przyjąć że powód składając podpis pod Umową oraz dokonując przejścia terenu budowy i wprowadzając na ten teren swoich pracowników zaakceptował tak przedstawione warunki, terminy oraz ustalenia. Podpisując umowę powód doskonale wiedział, że roboty będą musiały być zrealizowane do dnia 10 czerwca 2013 roku i składając podpis pod umową termin ten zaakceptował. Tymczasem powód przy podpisywaniu Umowy nie zgłaszał żadnych uwag co do terminu wykonania prac, przejmując teren następnego dnia po podpisaniu umowy, zatem należy przyjąć że uznał iż w terminie umownym cały zakres przedmioty prac zostanie przez niego wykonany. Co więcej, pozwany do maila przesłanego w dniu 22.05.2013 roku dołączył harmonogram który potwierdza że uzgodniony termin rozpoczęcia robót to 25 kwietnia, a nie 12 kwietnia.

Pozwana zakwestionowała, jakoby otrzymała kiedykolwiek fakturę VAT nr (...), co potwierdza chociażby treść pisma pozwanej z dnia 3.10.2013r., w którym wzywa ona powoda do wystawienia faktury na kwotę 233.698,56 zł brutto, przesyłając ponownie protokół inwentaryzacyjny z dnia 25.06.2013 r. oraz notę odsetkową.

Pozwana podkreśliła również, że z uwagi na znaczne rozbieżności względem rozliczeń powoda a pozwanej, strona pozwana pismem z dnia 17.12.2013r. wyjaśniła powodowi, dlaczego prosi o wystawienie faktury VAT na kwotę 233.698,56 zł. Dodatkowo, korzystając z uprawnień, jakie przysługiwały pozwanej zgodnie z umową, na podstawie jej § 12 ust.2, naliczyła kary umowne oraz potrąciła je z należnościami powoda, tym samym roszczenia finansowe powoda wygasły na skutek potrącenia (odpowiedź na pozew k. 98-102).

Strony postępowania podtrzymały swoje stanowiska w dalszych pisma procesowych oraz na rozprawie w dniu 01 czerwca 2015r. (pismo procesowe powoda z dnia 30 października 2014r. k. 163, pismo procesowe pozwanej z dnia 22 grudnia 2014r. k. 184, protokół z rozprawy dnia 01 czerwca 2015r. k.222)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) Oczyszczania Ścieków J. G. zawarł dnia 22 kwietnia 2013r. wraz z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót polegających na wykonaniu części zadania Budowa boiska treningowego przy ulicy (...) w K. wg dokumentacji technicznej, SIWZ, specyfikacji technicznej przekazanej Wykonawcy przez Zamawiającego, kosztorysu ofertowego i harmonogramu rzeczowo - finansowego stanowiących Załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Wszelkie materiały niezbędne do wykonania w/w zadania dostarcza wykonawca. Wszelkie urządzenia, sprzęt, maszyny i inne niezbędne przedmioty służące do wykonania przedmiotu umowy dostarcza wykonawca.

Strony ustaliły, że zakres rzeczowy przedmiotu umowy obejmować będzie: wykonanie wszystkich robót z wyłączeniem wyposażenia boiska oraz nawierzchni ze sztucznej trawy przewidzianych w dokumentacji technicznej, SIWZ oraz przedmiarze robót, a także wykonanie niezbędnych pomiarów zgodnie z zakresem prac. Zamawiający oświadczył, że posiada decyzję o pozwoleniu na budowę niezbędną do wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca będzie przekazywał na bieżąco Zamawiającemu dokumenty (atesty, certyfikaty) potwierdzające, że wbudowane wyroby budowlane są zgodne z art. 10 ustawy Prawo budowlane. Zamawiający może zażądać w/w dokumentów przed wbudowaniem materiałów § 1 umowy). Zgodnie z § 4 umowy do obowiązków zamawiającego należał:

1. Wprowadzenie wykonawcy na teren budowy.
2. Odbiór robót wykonanych zgodnie z warunkami niniejszej umowy i przepisami prawa;
3. Zapłata wynagrodzenia należnego wykonawcy zgodnie z warunkami niniejszej umowy;
4. Zapewnienie współdziałania z wykonawcą w czasie realizacji przedmiotu umowy w uzgodnionych terminach i zakresie.
5. Zamawiający uprawniony jest do kontrolowania prawidłowości wykonywania robót, w szczególności ich jakości i terminowości.
6. Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia i żądać od wykonawcy usunięcia z terenu budowy każdej firmy lub osoby, która zdaniem zamawiającego nie posiada wymaganych kwalifikacji do wykonywania zadań lub której obecność na terenie budowy uznana przez zamawiającego za niepożądaną.
7. W przypadku, gdy opóźnienie wykonawcy w realizacji umowy i harmonogramu wynosi ponad 7 dni w terminie umownym lub w przypadku niewykonania części robót lub całego zadania przez wykonawcę w terminie umownym, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do wykonania robót, zamawiający po terminie 3 dni od wezwania wykonawcy do przyspieszenia prac lub ich zakończenia, ma prawo do powierzenia niewykonanej części robót lub całego zadania innym podmiotom, a odpowiedzialnością i kosztami, powiększonymi o 15% wartości danego zakresu robót, ma prawo obciążyć wykonawcę.

W § 5 umowy strony ustaliły, że termin rozpoczęcia przez wykonawcę robót rozpocznie się 24 kwietnia 2013r. Natomiast wykonawca zobowiązał się w terminie do 10.06.2013r. z włączeniem wykonania podbudowy pod boisko ze sztucznej trawy. Termin wykonania podbudowy do dnia 19.05.2013r. Od dnia protokolarnego przejęcia terenu budowy, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiednie warunki przechowywania i zabezpieczenia materiałów, urządzeń i wyposażenia, zapobiegające uszkodzeniu lub utracie ich pierwotnych właściwości i parametrów technicznych.

Strony umowy ustaliły również, że w przypadku nabywania przez wykonawcę materiałów lub urządzeń od zamawiającego na podstawie odrębnej umowy wykonawca nie może powoływać się na wadliwość materiału lub urządzenia nabytego od zamawiającego. Rękojmnią i gwarancją jakości objęte są roboty będące przedmiotem niniejszej

umowy wraz z materiałami i urządzeniami wbudowanymi lub użytymi przez wykonawcę, nie wyłączając nabytych od zamawiającego na podstawie odrębnej umowy (§ 7 ust. 3 umowy).

Zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 umowy za wykonanie przedmiotu Umowy określonego w § 1 umowy, strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe netto 860.000,00 złotych + należny podatek VAT brutto: w wysokości 1.057.800,00 zł wynikającej z oferty złożonej przez wykonawcę zamawiającemu na w/w zakres robót.

Powyższa kwota uwzględnia podatek VAT w wysokości wynikającej z obowiązujących przepisów. Powyższe wynagrodzenie jest stałe przez cały okres realizacji umowy, zostało ustalone w wyniku negocjacji z uwzględnieniem warunków płatności określonych poniżej.

Zamawiający zastrzega sobie prawo rezygnacji z wykonania przez niego (lub przez Inwestora) elementów robót z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia określonego w ust. 1 powyżej, o wartości tych robót lub wprowadzenia robót zamiennych z korektą wynagrodzenia dotyczącego danego zakresu.

Natomiast stosownie do § 8 ust. 3 umowy wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

Rozliczenie nastąpi na podstawie końcowego protokołu odbioru oraz końcowej faktury VAT (§ 8 ust. 4 umowy).

Płatność za faktury nastąpi w terminie 30 dni od daty dostarczenia do siedziby Zamawiającego oryginału prawidłowo wystawionej faktury wraz z bezusterkowym protokołem odbioru (§ 8 ust. 5 umowy).

W przypadku zwłoki w zapłacie wynagrodzenia wykonawca ma prawo do naliczenia odsetek ustawowych. (§ 8 ust. 6 umowy).

Stosownie do § 9 ust. 1 umowy zamawiający może, w każdym czasie, odstąpić od umowy w części lub w całości jeżeli:

- a) zostanie złożony zasadny wniosek o ogłoszenie upadłości wykonawcy albo ogłosi on likwidację firmy, zostanie otwarte postępowanie naprawcze z wierzycielami.
- b) wykonawca bez uzasadnienia przerwał realizację robót i nie realizuje ich bez uzasadnionych przyczyn przez 7 kolejnych dni roboczych lub opóźnia się w stosunku do harmonogramu o ponad 7 dni lub opóźnia się tak dalece z realizacją robót, że wątpliwe będzie ich terminowe zakończenie.
- c) wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z niniejszą umową dokumentacją projektową SIWZ, specyfikacjami technicznymi lub wskazaniem zamawiającego lub Inwestora.

Odstąpienie od umowy nastąpi w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez zamawiającego danej okoliczności.

Natomiast zgodnie z § 12 ust. 1 umowy w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania Umowy naliczane będą kary umowne. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych przewyższającego wysokość kar umownych, do wysokości poniesionej szkody. Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia z wynagrodzenia umownego Wykonawcy kar umownych. Kary umowne stają się wymagalne z chwilą powstania podstawy ich naliczenia.

Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej:

- a. za niedotrzymanie terminu zakończenia robót objętych przedmiotem Umowy - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia;

b. za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia.

c. w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, a także w razie odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezawinionych od Zamawiającego - w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego brutto (§ 12 ust. 1 umowy).

Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w razie odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto (§ 12 ust. 3 umowy).

Przy dotrzymaniu terminu zakończenia realizacji Przedmiotu umowy, Zamawiający może odstąpić od dochodzenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów robót (§ 12 ust. 4 umowy).

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przekazała J. G. front robót w dniu 23 kwietnia 2013r. Dnia 24 kwietnia 2013r. strony podpisały protokół przekazania placu budowy. Prace na terenie budowy rozpoczęły się 29 kwietnia 2013r., czyli po tygodniu od przekazania terenu budowy J. G..

Od dnia 29 kwietnia 2013r. do dnia 20 maja 2013r. nie odnotowano podjęcia prac przez J. G. na terenie budowy. Po 20 maja 2013r. miały miejsce dni kiedy wystąpiły ulewne deszcze oraz awaria sieci drenarskiej, co utrudniało pojawienie się i aktywną prace powoda na terenie budowy.

(dowód: umowa z dnia 22 kwietnia 2013r. wraz z aneksem k. 6-17, k. 109, kserokopia protokołu przekazania frontu robót z dnia 23.04.2013r. k. 19-20, protokół przekazania placu budowy k. 269, odpis z KRS pozwanej k. 105-108, dziennik budowy k. 236-250, dokumentacja badań podłoża gruntowego k. 112-143, zeznania świadków: K. Z. k. 223, D. S. k. 349, przesłuchanie stron: zeznania powoda J. G. k. 354, za pozwaną prezes zarządu M. M. k. 356, opinia biegłego k. 385-440)

Harmonogram prac budowy boiska wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną wykonany przez (...) sp. z o.o. wskazywał, iż roboty przygotowawcze I etapu winny być wykonane w okresie od 12.04.2013r. do 30.04.2013r., podczas, gdy J. G. przejął plac budowy dopiero 23 kwietnia 2013r.

(dowód: kserokopia harmonogramu prac wykonany przez pozwaną spółkę k. 21)

Pismem z dnia 30 kwietnia 2013r. (...) sp. z o.o. wezwała J. G. do natychmiastowego oznakowania i zabezpieczenia terenu budowy w sposób uniemożliwiający przebywanie tam osób trzecich. Jednocześnie poinformowano, iż w związku z krótkim terminem realizacji zamówienia, należy zwiększyć tempo prac, tak aby ich realizacja przebiegała zgodnie z przesłanym harmonogramem. Podkreślono jednocześnie, iż na dzień 30 kwietnia 2013r. prace nie są prowadzone zgodnie z ustaleniami, nie zostało wywiezione drzewo z wycinki, ilość sprzętu i pracowników jest niewystarczająca.

(dowód: pismo powoda z dnia 30 kwietnia 2013r. k. 110, zeznania świadków: D. S. k. 349).

Dnia 10 maja 2013r. spisany został protokół dotyczący budowy boiska przy ul. (...) w K..

Inwestor Urząd Miasta K. wniósł sprzeciw do wskazanej wyżej umowy. Podniósł, iż umowa zostanie zaakceptowana po zmianie § 8 ust. 4 i 5, tj. po wpisaniu, że rozliczanie powinno następować proporcjonalnie do postępu robót, zaś rozliczenie z podwykonawcą nastąpić winno przed rozliczeniem Generalnego Wykonawcy z Gminą.

(dowód : protokół z dnia 10 maja 2013r. k. 271-272, kserokopia pisma Urzędu Miasta K. z dnia 21.05.2013r. k. 18).

Pismem z dnia 20 maja 2013r. wezwano J. G. do zintensyfikowania prac, co zostało zamieszczone w dzienniku budowy przez Inspektora Nadzoru. Natomiast pismem z dnia 21 maja 2013r. (...) sp. z o.o. zwróciła uwagę J. G., że prace nie

są prowadzone zgodnie z przesłanym harmonogramem. Opóźnienia są znaczne, a termin zakończenia prac pozostaje niezmienny, tj. 10 czerwca 2013r. (...) sp. z o.o. wskazała, iż zaawansowanie prac na dzień 20 maja 2013r. wynosi:

1. roboty przygotowawcze – 10%,
2. drenaż – 30%,
3. przyłącze kanalizacyjne – 90%,
4. przyłącze wodociągowe – 80%,

pozostałe prace nie są rozpoczęte, w związku z czym wezwano J. G. do przyciszenia prac i prowadzenia ich zgodnie z harmonogramem.

(dowód: pismo pozwanej z dnia 21.05.2013r. k. 111, opinia biegłego sądowego k. 385-440)

Dnia 22 maja 2013r. J. G. zwracał się do (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o uregulowanie zaliczkowej faktury nr (...) z dnia 13 maja 2013r. wystawionej przez W. na poczet zakupu murów oporowych na budowę boiska treningowego w K..

(dowód: kserokopia pisma powoda z dnia 22.05.2013r. k. 22, przesłuchanie stron: zeznania powoda J. G. k. 354, za pozwaną prezes zarządu M. M. k. 356, opinia biegłego sądowego k. 385-440).

Jednocześnie w tym samym dniu J. G. skierował pismo do (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wskazując zakres wykonanych robót:

1. roboty przygotowawcze wykonane w 100 %,
2. przyłącze wody wykonane w 95 %,
3. przebudowa kanalizacji sanitarnej wykonana w 95 %,
4. kanalizacja deszczowa wykonana w 95 %,
5. drenaż boiska wykonany w 70 %,
6. zdjęcie warstwy pod podbudowę na boisku wykonane w 70 %.

Jednocześnie poinformowano (...) sp. z o.o., że przyjął do wykonania ogrodzenie boiska, instalację energetyczną z oświetleniem i monitoringiem, wskazując, iż wbudowanie zleconych robót jest w chwili obecnej trudne z uwagi na prowadzone roboty ziemne na płycie boiska.

J. G. wskazał na trudności finansowe i zwrócił się z prośbą do (...) sp. z o.o. o dokonanie przejściowego odbioru robót już wykonanych i wyrażenie zgody na wystawienie za nie faktury.

(dowód: kserokopia pisma powoda skierowanego do pozwanej spółki w dniu 22.05.2013r. k. 23, zeznania świadków: K. Z. k.223, I. T. k. 292, J. P. k. 295, D. S. k. 349, przesłuchanie stron: zeznania powoda J. G. k. 354, za pozwaną prezes zarządu M. M. k. 356, opinia biegłego sądowego k. 385-440)

W odpowiedzi (...) sp. z o.o. pismem z dnia 29 maja 2013r. podniosła, iż J. G. dopuszcza się zwłoki w stosunku do harmonogramu robót i wezwała do zakończenia prac naprawczych do dnia 31.05.2013r., z jednoczesnym przypomnieniem o upływie terminu zakończenia robót dotyczących wykonania podbudowy pod boisko ze sztucznej murawy.

Dnia 29 maja 2013r. Gmina K. reprezentowana przez burmistrza podpisała z (...) sp. z o.o. aneks nr (...) do umowy nr (...) z dnia 22 kwietnia 2013r. na wykonanie robót budowlanych zgodnie z którym zmieniony został § 2 ust. 1 przedmiotowej umowy w ten sposób, że zobowiązano wykonawcę do zrealizowania przedmiotu umowy w terminie do dnia 14 czerwca 2013r.

(dowód: kserokopia faksu pozwanej spółki z dnia 29.05.2013r.k. 24, aneks nr (...) do umowy nr (...) z dnia 29 maja 2013r. k. 251)

W dniu 01 czerwca 2013r. J. G. poinformował (...) sp. z o.o., iż opóźnienia w głównej mierze są spowodowane niekorzystnymi warunkami pogodowymi, ulewnymi deszczami, które z kolei spowodowały znaczne zniszczenia drenażu i płyty boiska, z której nie można było odprowadzić wody z uwagi na niesprawną kanalizację sanitarną. Naprawa wyrządzonych szkód oraz praca na rozmokniętym terenie w znacznym stopniu opóźniły roboty.

Powód poinformował również (...) sp. z o.o. o podstawowym braku w projekcie technicznym badań geologicznych określających zdolność ponoszenia obciążeń ściany oporowej na niestabilny grunt w części północno-wschodniej, wobec czego firma (...) była zmuszona do wykonania wymiany gruntu pod stopę ściany, co pozwoliło na ustabilizowanie osiadających na niestabilnym gruncie prefabrykatów ściany oporowej, stąd wniosek o przedłużenie terminu wykonania robót.

J. G. opóźnił się z wykonywaniem prac w terminie z uwagi na problemy finansowe oraz początkowo z uwagi na pogodę niesprzyjającą pracom. (...) sp. z o.o. wypłacała J. G. zaliczki.

(dowód: kserokopia pisma powoda z dnia 01.06.2013r. k. 25, k. 177, zeznania świadków: K. Z. k. 223, P. Ć. k. 294, J. P. k. 295, przesłuchanie stron: zeznania powoda J. G. k. 354, za pozwaną prezes zarządu M. M. k. 356)

Pismem z dnia 10 czerwca 2013r. J. G. poinformował (...) sp. z o.o. o swojej aktualnej sytuacji finansowej oraz kosztach tłucznia i komór drenażowych. (...) sp. z o.o. zarzuciła mu brak reakcji na wezwania do przyspieszenia prac oraz brak reakcji w przedmiocie podjęcia działań naprawczych.

Aneksem nr (...) z dnia 14 czerwca 2013r. do umowy nr (...) z dnia 22 kwietnia 2013r. strony umowy przedłużyły termin do zrealizowania umowy do dnia 26 lipca 2013r. Jednocześnie strony umowy zawarły porozumienie zgodnie z którym postanowiły, że przyczyny które wystąpiły oraz stanowiły powód zmiany terminu zakończenia realizacji umowy nr (...) z dnia 22 kwietnia 2013r. zmienionej aneksem nr (...), nie będą stanowiły zmiany wartości umowy podstawowej.

W tym okresie sporządzona została przez (...) sp. z o.o. jednostronna inwentaryzacja, a dalsze prace zlecono do wykonania J. P. i innym podwykonawcom. Prace zostały zlecone innym podwykonawcom przed dokonaniem jednostronnej inwentaryzacji.

Dnia 14 czerwca 2013r. (...) sp. z o.o. zawarła z J. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod formą (...) J. P. umowę o wykonanie robót budowlanych, na podstawie której J. P. zobowiązał się do wykonania robót polegających na wykonaniu całości zadania z wyłączeniem robót elektrycznych, ogrodzenia, nawierzchni z trawy syntetycznej, instalacji i kanalizacji sanitarnej, wodociągowej drenażu wg dokumentacji technicznej, SIWZ, specyfikacji przekazanej wykonawcy przez zamawiającego, kosztorysu ofertowego i harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

Pismem z dnia 17 czerwca 2013r. (...) sp. z o.o. poinformowała J. G., iż w związku z brakiem reakcji na wezwanie do przyspieszenia prac oraz brakiem wprowadzenia jakichkolwiek działań naprawczych mających na celu prowadzenie robót zgodnie z harmonogramem, że z dniem 17 czerwca 2013r. zgodnie z § 9 pkt. 5 umowy roboty polegające na wykonaniu podbudowy boiska, oświetlenia oraz ogrodzenia zostały powierzone innym podmiotom na koszt i ryzyko wykonawcy. Jednocześnie wniosła o przygotowanie w trybie pilnym frontu robót oraz nieutrudnianie prowadzenia prac przez inne podmioty działające na zlecenie (...) sp. z o.o.

Natomiast w dniu 19 czerwca 2013r. J. G. wniósł o rozwiązanie umowy wraz z aneksem z dnia 22 kwietnia 2014r.

(dowód: kserokopia pisma z dnia 10.06.2013r., pisma z dnia 17.06.2013r., i pisma z dnia 19.06.2013r. k. 26-27, pismo pozwanej dnia 17.06.2013r. k. 31, k. 257, aneks nr (...) z dnia 14 czerwca 2013r. k. 255, porozumienie z dnia 14 czerwca 2013r. k. 256, umowa z dnia 14.06.2013r. zawarta pomiędzy (...) sp. z o.o. a J. P. o wykonanie robot budowlanych k. 258-267, zdjęcia – płyta CD k. 283,281, protokoły robot innych podwykonawców k.275, k. 277-279, zeznania świadków: K. Z. k. 223, I. T. k. 292, P. Ć. k. 294, D. S. k. 349, przesłuchanie stron: zeznania powoda J. G. k. 354, za pozwaną prezes zarządu M. M. k. 356)

W odpowiedzi (...) sp. z o.o. pismem z dnia 25 czerwca 2013r. odstąpiła od umowy z zastrzeżeniem naliczenia kar umownych wraz z wezwaniem do dostarczenia zestawienia wykonanych robót, atestów i certyfikatów na wbudowane materiały, geodezyjną inwentaryzacją na wykonanie sieci i przyłącza.

W dniu 25 czerwca 2013r. rozpoczęła prace Komisja Inwentaryzacyjna. W skład weszła Kierownik Budowy K. Z.. W ramach prac komisji wykonano wizję w terenie oraz pomiary wykonanych i niewykonanych robót wraz z dokumentacją fotograficzną, określono zakres rzeczowy prac do wykonania w celu zakończenia projektu, rozliczono zakres wykonanych robót. Efektem był jednostronny protokół z inwentaryzacji wykonanych robót, dokumentacja zdjęciowa z okresu inwentaryzacji i z dnia 18 czerwca 2013r. oraz załącznik nr 2 do protokołu w postaci Rozliczenia wykonanych robót.

(dowód: Protokół z jednostronnej inwentaryzacji k. 121 – 125, zdjęcia k. 126 – 140, szczegółowe rozliczenie k. 141 – 144)

Prace kontynuował J. P.. W dniach 10 lipca 2013r. dokonano częściowego odbioru robót wykonywanych przez J. P. dla (...) sp. z o.o., natomiast dnia 11 lipca 2013r. dokonano częściowego odbioru robot pomiędzy (...) sp. z o.o. a Gminą K..

W odpowiedzi dnia 24 lipca 2013r. J. G. przekazał (...) sp. z o.o. protokół przekazania dokumentów budowy wraz z zestawieniem wykonanych robót.

Dnia 31 lipca 2013r. spisany został protokół zdawczo odbiorczy.

(dowód: kserokopia pisma pozwanej spółki z dnia 25.06.2013r., kserokopia protokołu przekazania dokumentów budowy wraz z zestawieniem wykonanych robót k. 28-30, protokoły częściowego odbioru robót z dnia 10 i 11 lipca 2013r. k. 147-148, 274, protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 31 lipca 2013r. k. 273, opinia biegłego sądowego k. 385-440)

Pismem z dnia 02 sierpnia 2013r. J. G. wobec nie zakwestionowania zestawienia wykonanych robót wniósł o uregulowanie należności dostawców: (...), (...) Sp. z o.o. i Firmy Usługowo Budowlanej (...). J. G. dokonał również zestawienia robót zafakturowanych oraz załączył fakturę VAT nr (...), fakturę FV nr (...) wystawioną przez (...), FV nr (...) wystawioną przez spółkę (...) kserokopii faktur 9 szt. wystawionych przez W. oraz wezwanie do zapłaty wystawione przez firmę (...).

Zestawienie przygotowane przez J. G. nieznacznie rozbieżne było z zestawieniem sporządzonym przez (...) sp. z o.o. i stanowiącym o faktycznym rozliczeniu dokonanym między stronami i jego wysokości, a przedstawionym w załączniku nr 2 do jednostronnego protokołu z inwentaryzacji, tj.: wartość zestawienia robót do zafakturowania określono na:

1. roboty przygotowawcze – 15.900,00 zł netto (19.557,00 zł brutto),
2. drenaż – 83.693,75 zł netto (102.943,31 zł brutto),
3. przyłącze kanalizacyjne – 43.860,00 zł netto (53.947,83 zł brutto),
4. przyłącze wodociągowe – 4.130,00 zł netto (5.079,00 zł brutto),

5. postawienie w całości muru w części północno wschodniej boiska, postawienie w części zachodniej boiska muru na odcinku 35 mb w jego najwyższej części, nadbudowa całości skarpy w części północno wschodniej i ukształtowanie terenu do projektowanej rzędnej 480m³ x 6,30, zdjęcie i odwiezienie na wskazane miejsce nadmiaru ziemi w obmiarze 7.500,00³ m, postawienie obrzeża na długości 120 mb, dostarczenie na plac budowy całości elementów muru oporowego zgodnie z załączonymi fakturami i protokołami dostaw – 236.670,56 zł brutto.

Razem wykonano roboty za wartość brutto: 418.198,57 zł. Kwotę tą wyliczył i zaakceptował E., uwzględniając już koszty wykonania zastępczego przez podmioty takie jak J. P., (...), (...), (...) Przedsiębiorstwo (...). Pozwany wskazał, że skoro wystawiono faktury za wartość brutto: 184.500,00 zł, otrzymano w postaci zaliczek 110.000,00 zł i przelew na konto 40.000,00 zł – pozostało do zapłaty 34.500,00 zł. Pobrano zaliczki na poczet robót: zaliczka do (...) brutto 38.560,50 zł.

Dnia 07 sierpnia 2013r. spisany został protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy między Gminą K., a (...) sp. z o.o.

(dowód: kserokopia pisma powoda z dnia 02.08.2013r., wraz z oświadczeniem powoda jako kierownika budowy z dnia 08.08.2013r. k. 32-33, protokół odbioru końcowego z dnia 07.08.2013r. k. 276, zeznania świadków: K. Z. k. 223, opinia biegłego sądowego k. 385-440, załącznik nr 2 k. 141-143)

Dopiero na początku października 2013r., (...) sp. z o.o. poinformowała J. G. o naliczeniu kar umownych zgodnie z umową, na kwotę 211.560,00 zł oraz poinformowała, iż kwota należnego J. G. wynagrodzenia wynosi 418.198,57 zł brutto (339.998,84 zł netto). (...) sp. z o.o. wskazała, iż otrzymała jedynie fakturę VAT nr (...) na kwotę 184.500,01 zł i wezwała do wystawienia faktury na kwotę 233.698,56 zł brutto (netto: 189.998,83 zł).

(dowód : kserokopia pisma pozwanej spółki z dnia 01.10.2013r., i z dnia 03.10.2013r. k. 34-35, k. 144, zeznania świadków: D. S. k. 349, opinia biegłego sądowego)

J. G. odmówił przyjęcia not obciążeniowych z tytułu kar umownych odsyłając je (...) sp. z o.o., która nie uregulowała należności z tytułu faktury nr (...)r. z dnia 02.08.2013r. z terminem płatności na dzień 02.10.2013r. oraz częściowo za fakturę nr (...)r. z terminem płatności na dzień 19.06.2013r.

J. G. skierował do (...) sp. z o.o. ostateczne wezwanie do zapłaty łącznej kwoty 497.500,41 zł, które zostało odebrane w dniu 14 listopada 2013r.

(dowód: kserokopie faktur (...) k. 36-37, k. 171, k. 176, noty księgowe k. 145, wezwaniem do zapłaty i potwierdzeniem odbioru wezwania dn. 13.11.2013r. k. 38-39)

Pismem z dnia 12 listopada 2013r. J. G. odmówił uznania dokonanej przez (...) sp. z o.o. jednostronnej inwentaryzacji, wskazał na zniszczenia wykonanych przez niego robót przez wprowadzoną na teren budowy inną firmę podwykonawczą.

Pismem z dnia 17 grudnia 2013r. (...) sp. z o.o. poinformowała J. G. o wystawionych notach księgowych, dokonanych potrąceniach oraz o konieczności zapłaty przez niego kwoty 44.105,18 zł z tytułu kary umownej.

(dowód: pismo powoda z dnia 12 listopada 2013r. k. 42-44, kserokopia pisma pozwanej spółki z dnia 17.12.2013r. k. 40-41, k. 146, zeznania świadków: D. S. k. 349).

Pismem z dnia 27 grudnia 2013r. J. G. wezwał (...) sp. z o.o. do zapłaty kwoty 497.500,41 zł tytułem nieuregulowanej częściowo faktury VAT nr (...) i całości faktury VAT nr (...) w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

(dowód: wezwanie do zapłaty z dnia 27.12.2013r. k. 44-45).

Pismem z dnia 12 czerwca 2017r. (...) sp. z o.o. została wezwana przez Urząd miejski w K. do usunięcia usterek w postaci:

-miejscowego uszkodzenia siatki ogrodzeniowej,

-spękania na łączeniu muru oporowego,

-miejsca ogniskowe rdzy na słupach pilko chwytu – naprawa poprzez oczyszczenie ognisk rdzy, wykonanie podkładu antykorozyjnego oraz malowanie z obowiązkowym zachowaniem istniejącej kolorystyki słupów. Termin usunięcia usterek wyznaczono na dzień 30 czerwca 2016r.

Usterki zostały stwierdzonego dokonaniu przeglądu gwarancyjnego/w inwestycji przeprowadzonego dnia 15 maja 2017r. oraz otrzymaniu pisma wykonawcy z dnia 31 maja 2017r.

(dowód: pismo z dnia 12 czerwca 2017r. wraz z załącznikami k. 503-510).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów dołączonych pozwu, odpowiedzi na pozew oraz dalszych pism procesowych, w szczególności umowy nr (...) z dnia 22 kwietnia 2013r. wraz z aneksem, protokołu przekazania frontu robót z dnia 23 kwietnia 2013r., harmonogramu prac, korespondencji między stronami postępowania, faktur VAT, wezwań do zapłaty, dziennika budowy, dokumentacji fotograficznej, a także zeznań świadków: K. Z., I. T., P. Ć., J. P. i D. S. oraz przesłuchania powoda J. G., a także prezesa zarządu pozwanej spółki w osobie M. M., w zakresie w jakim były one przydatne dla ustalenia stanu faktycznego.

Dowody z dokumentów nie były kwestionowane przez strony ani pod kątem ich autentyczności, ani zgodności z prawdą (art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c.).

Podkreślić należy, iż zeznania świadków wnioskowanych w niniejszej sprawie są wiarygodne, logiczne i spójne z pozostałym, zebrany w sprawie materiałem dowodowym, ponadto były podstawą do dokonania ustaleń stanu faktycznego w sprawie w zakresie w jakim Sąd dał im wiarę. Zeznania w/w świadków są zgodne z dokumentami zgromadzonymi w sprawie przedłożonymi przez obie strony sporu.

Sąd, co do zasady uznał za wiarygodne wszystkie dowody z dokumentów stanowiących podstawę ustalenia stanu faktycznego. Ich treść nie była kwestionowana przez strony, również i Sąd nie widział podstaw, by czynić to z urzędu. Dokumenty te korelowały bowiem ze sobą pozwalając stworzyć spójny i logiczny obraz stanu faktycznego, który następnie został potwierdzony i uzupełniony zeznaniami świadków, w zakresie w jakim były one przydatne dla ustalenia stanu faktycznego.

Ustalenia faktyczne Sąd poczynił także w oparciu o okoliczności bezsporne, które na mocy art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c. zostały przyjęte za udowodnione.

Strony nie kwestionowały autentyczności przedstawionych dokumentów, ani ich treści, zaś sąd również nie miał wątpliwości, co do ich wartości dowodowej, stąd były one przydatne dla ustalenia stanu faktycznego, zwracając jednakże uwagę, że część z nich stanowiły jedynie dokumenty prywatne w rozumieniu art. 245 k.p.c., które nie korzystają z domniemań zawartych w treści art. 244 k.p.c. (domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych), jak ma to miejsce w przypadku dokumentów urzędowych a jedynie – poza domniemaniem autentyczności – korzystają z domniemania wyłączającego potrzebę dowodu, że osoba, która dokument podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie (post. Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1982 roku, III CRN 65/82). Materiałna moc dowodowa dokumentu prywatnego zależy od jego treści merytorycznej, o czym rozstrzyga sąd zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 233; też K. Knoppek: Głosa do wyroku SN z 25 września 1985 roku, IV PR 200/85, PiP 1988, nr 5).

Nieprzydatne dla ustalenia stanu faktycznego okazały się częściowo zeznania świadka D. S., bowiem nie wiedział on czy to była pierwsza inwestycja wykonywana przez powoda na rzecz pozwanej. Świadek nie wiedział także jak doszło do nawiązania kontaktu z powodem, czy to powód zgłosił się do pozwanej, czy też pozwana zgłosiła się do powoda.

Świadek nie pamiętał też, aby przed przystąpieniem do przetargu powód poinformował pozwaną o swoich problemach finansowych. Świadek nie wiedział również, czy wykonywane były prace poprawkowe prac wykonanych przez powoda, jak też nie wiedział kto wprowadził J. P. na teren budowy (k. 349).

Celem ustalenia jak przebiegał proces inwestycyjny i rozliczenia stron na inwestycji „ (...) przy ulicy (...) w K.”, tj. czy w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach sprawy oraz zeznaniach powołanych świadków można określić zakres i wartość wykonanych przez powoda robót, a w szczególności za jaką wartość powód wykonał prace należycie, jaka wartość prac została rozliczona i jak przebiegało samo rozliczenie stron, a także czy można stwierdzić iż fundament pod mur oporowy wykonano prawidłowo, po dokonaniu analizy dołączonych do akt sprawy zdjęć oraz deklaracji zgodności zakupionego materiału (betonu towarowego) przekazanego generalnemu wykonawcy. Ponadto celem ustalenia, czy można było zasypać zestawione elementy muru oporowego bez odbioru fundamentowania muru i czy ściana oporowa mogła wytrzymać napór luźnych mas ziemnych przetrzucanych koparką bez jakiegokolwiek zagęszczania ziemi, jak również czy praca ciężkiej gąsiennicowej spycharki na luźnym podłożu piaskowym mogła doprowadzić do przemieszczenia piaskowego podłoża, tym samym uszkodzenia płytko położonego drenażu, oraz przemieszczenia krawężników, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa (postanowienie z dnia 24 marca 2016r. k. 363).

W sporządzonej opinii biegły sądowy wskazał, że jeżeli miały miejsce zmiany projektowe, to nie zostały wpisane przez projektanta w Dzienniku Budowy (k-236 do k-253 akt sprawy). Brak jest również dokumentów potwierdzających, czy potencjalne zmiany miały miejsce przed podpisaniem Umowy przez strony, czy też już po podpisaniu Umowy. Na podstawie dostępnych w aktach informacji brak jest podstaw, do sformułowania wniosku, że miały miejsce zmiany projektowe wprowadzone przez projektanta, w tym że miały miejsce takie zmiany które wpływały na realizację robót budowlanych stanowiących zakres Umowny, a które miał wykonać Powód (Wykonawca).

Zdaniem biegłego sądowego rozpoczęcie robót budowlanych datowane jest wpisem kierownika budowy na 29.04.2013r. (k-245 akt sprawy). Zatem do dnia 29.04.2013r. nie została odnotowana na budowie aktywność pracowników, czy też podwykonawców strony powodowej. Okres od 22.04.2013r. do 29.04.2013r. stanowi 7 dni kalendarzowych, które stanowią ponad 14% (7/49) czasu przeznaczzonego na realizację przedmiotu umowy.

Biegły podkreślił, że już w miesiącu kwietniu 2013r. - tj. na dzień 29.04.2013r. istniało duże prawdopodobieństwo wystąpienia opóźnień z uwagi na fakt, że nie zostały rozpoczęte żadne roboty budowlane.

Biegły podkreślił, że poza aspektami organizacyjnymi nie odszukał w aktach sprawy informacji o braku możliwości wykonywania robót budowlanych od rozpoczęcia robót budowlanych tj. 29.04.2013r. do dnia 20.05.2013r. (wpis kierownika budowy, k-247 akt sprawy) oraz pismo powoda z dnia 22.05.2013r. (k-23 akt sprawy).

Biegły wskazał również, że brak jest informacji, aby zamawiający nie przekazał z dniem podpisania umowy dostępu do obiektu lub inni podwykonawcy realizowanym frontem robót wpływali na dostępność terenu.

Tym samym, w ocenie biegłego brak jest podstaw, aby sformułować wniosek, że powód (wykonawca) nie mógł realizować przedmiotu umowy w dniach od 29.04.2013r. do dnia 20.05.2013r. Natomiast po 20.05.2013r. miały miejsce dni w których aktywność ta została odnotowana jako trudna do realizacji w miejscu budowy, argumentowana tym, że wystąpiły ulewne deszcze oraz awaria sieci drenarskiej, co potwierdzają wpisy kierownika budowy w Dzienniku Budowy (k-247 akt sprawy). Biegły stwierdził, że nie odszukał w aktach sprawy, w tym w dzienniku budowy, potwierdzonych przez inspektorów nadzoru inwestorskiego informacji związanych z brakiem możliwości realizacji przedmiotu umowy ze względu na mające miejsce warunki atmosferyczne oraz skutki awarii sieci drenarskiej. W konsekwencji należy przyjąć założenie, że były to utrudnienia jednak nie wyłączały możliwości wykonywania robót budowlanych w miejscu budowy. Brak jest również podstaw aby uzasadnić, że od przekazania placu budowy wystąpiły czynniki niezależne od powoda, czy też zależne od pozwanego uniemożliwiające między innymi identyfikację braku możliwości zastosowania rozwiązań zawartych w Projekcie Budowlanym, w tym nie wystąpiły czynniki nie

pozwalające na niezwłoczne - po przekazaniu placu budowy zidentyfikowanie braku w Projekcie Budowlanym przywoływanej Dokumentacji Geotechnicznej.

Zdaniem biegłego sądowego można przyjąć założenie, że na dzień 20.05.2013r. (brak wystarczającej aktywności na budowie) to działanie przemyślane i w pełni kontrolowane przez powoda i uznawał powód, że termin umowny jest „realizowalny” - czyli wykonane roboty budowlane zadeklarowane w piśmie Powoda z dn. 22.05.2013r. (k-23 akt sprawy) praktycznie prawie w dwóch trzecich terminu umownego t.j. 63.26% (31/49) już tylko w zakresie wykonania podbudowy nie zostały wykonane terminowo - termin umowny upłynął dnia 19.05.2013r. (k-10 akt sprawy).

Natomiast, zdaniem biegłego taki wynik - z nałożeniem jednocześnie doświadczenia i statystyki, a także koniecznością założenia bufora czasowego (kalkulacja czasowa w górę) na zdarzenia nieprzewidziane - dla profesjonalisty jest informacją, że mobilizacja związana z kadrą pracowniczą (zarówno instalatorzy jak i pracownicy budowlani), dla wykonania przedmiotowego zadania nie była wystarczająca. I wymaga bardzo dużej intensyfikacji przeprowadzanych robót bez straty dnia, na poziomie o wiele wyższym niż w założeniach przedrealizacyjnych (te założenia biegłemu nie są znane).

Rozważając w sposób łączny okoliczności związane z:

- warunkami miejscowymi (warunki atmosferyczne, awaria);
- zaistniałym brakiem aktywności w wymienionych dniach od przekazania placu budowy
- umownym zakresem robót ziemnych i budowlanych;
- umownym zakresem technologicznym;
- koniecznością utrzymania kolejności robót tj. brak możliwości wykonywania „wszystkiego na raz”, zarówno ze względów organizacyjnych jak i technologii robót - rozumianej jako wykonywanie robót budowlanych zgodnie z warunkami technicznymi; zdaniem biegłego, nawet przy utrzymaniu założeń dotyczących „przedłużonego dnia pracy” w wymiarze 220h przez każdego pracownika miesięcznie, na dzień 22.05.2013r. istniało bardzo małe (bardzo niskie) prawdopodobieństwo wykonania zakresu umowy w terminie umownym.

Stan na dzień 22.05.2013r. przedstawiał się następująco: kalendarzowo – upłynęło 63% terminu umownego, nie zostały wykonane roboty związane z podbudową boiska, wykonane zostały (stanowisko Powoda - pismo z 22.05.2013r., K-23 akt sprawy oraz Pozwanego - pismo z 21.05.2013r., K - 111 akt sprawy):

- roboty przygotowawcze (wg Powoda w 100%, wg Pozwanego 10%),

powód – 32.226 zł brutto (26.200 zł netto) / pozwany 19.557 zł

- przyłącze wodociągowe (wg Powoda w 95%, wg Pozwanego 80%),

powód – 19.001 zł (23.001 – pomniejszone o 4.000 za brak odbudowy drogi)

pozwany – 5.079,90

- przebudowa kanalizacji sanitarnej (wg Powoda w 95%, wg Pozwanego 90%),

powód – 56.211, / pozwany 53.947,80 zł

- kanalizacja deszczowa (wg Powoda w 95%, wg Pozwanego 0,0 %),

- drenaż (wg Powoda w 70%, wg Pozwanego 30%),

powód 115.005,00 / pozwany 102.943,31 zł

- zdjęcie warstwy pod podbudowę boiska (wg Powoda w 70%, wg Pozwanego - brak informacji)

powód 153.000

- nie zostały zgłoszone niezgodności projektu ze stanem zidentyfikowanym na budowie,
- nie zostały rozpoczęte roboty ujęte w pozycjach od 6 do 9 Harmonogramu (k- 109 akt sprawy).

wg powoda za boisko piłkarskie należna wartość to 463.617,72 zł (w tym za wywóz ziemi sporne 153.000) / wg pozwanego 236.670,56 zł

W opinii biegłego, przyjmując ten dzień tj. 22.05.2013r jako punkt wyjścia, to powinno mieć miejsce (w formule programu naprawczego) wykonywanie działań mających na celu zniwelowanie potencjalnego opóźnienia w wykonaniu zakresu umowy.

Biegły stwierdził, iż na podstawie dokumentów dostępnych w aktach sprawy nie ma możliwości stwierdzenia bezpośredniego związku przyczynowo skutkowego pomiędzy warunkami atmosferycznymi i awariami a przywołanymi przez stronę powodową opóźnieniami z tego tytułu. Prawidłowo organizowany proces budowlany to taki, który charakteryzuje się optymalizacją w zakresie organizacyjnym, przy zachowaniu warunków jakościowych (Wymagania Inwestora), warunków terminowych wynikających z Umowy oraz kosztowych (przyjętych wewnętrznie przez Wykonawcę - Powoda).

Biegły nie doszukał się w aktach sprawy, typowego cyklicznego raportowania co do dziennego zaangażowania osobowego oraz sprzętowego Powoda na przedmiotowym zadaniu. Przybliżonych informacji na ten temat również nie odszukał biegły w dokumentacji towarzyszącej. W rezultacie ten aspekt nie może podlegać ocenie przez biegłego ponieważ nie odszukano danych z czasu realizacji pozwalających na dalszą analizę. W związku z brakiem w aktach sprawy raportów dziennych z prac w okresie realizacji oraz w trakcie czynności odbiorowych, nie można jednoznacznie stwierdzić, w jakiej sile (liczba osób na budowie) aktywność powoda była faktycznie realizowana.

W ocenie Sądu, opinia powyższa, wydana przez biegłego specjalistę, posiadającego wiedzę i wieloletnią praktykę w zakresie budownictwa, jest jasna i spójna, wnioski w niej zawarte logicznie i przekonująco uzasadnione, a rzetelność i fachowość powyższych ustaleń nie budzi wątpliwości sądu i pozwala na uznanie ich za w pełni wiarygodne (k. 385-440).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo w niniejszej sprawie zasługuje na uwzględnienie w zakresie kwoty 208.482,06 zł.

Art. 647 k.c. określa istotne elementy umowy o roboty budowlane, stanowiąc, że jest to umowa, przez którą wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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.

Powód zarzucił, iż pozwana nie uregulowała należności z tytułu faktur VAT nr (...)r. w kwocie 463.000,41 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 03 października 2013r. do dnia zapłaty oraz częściowo faktury VAT nr (...)r. tj. kwoty 34.500,00 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia zapłaty.

Pozwana natomiast zakwestionowała, jakoby otrzymała kiedykolwiek fakturę VAT nr (...). Pisma z dnia 3.10.2013r. pozwana wezwała powoda do wystawienia faktury na kwotę 233.698,56zł brutto, przesyłając ponownie powodowi protokół inwentaryzacyjny z dnia 25.06.2013r. oraz notę odsetkową. Ponadto pozwana podkreśliła, że na podstawie jej § 12 ust.2 umowy naliczyła kary umowne w wysokości 211.560,00 zł oraz potrąciła swoje należności z należnościami powoda.

Biegły w opinii prawidłowo i należycie uznał, iż „nie można określić zakresu i wartości wykonanych przez powoda robót, a w szczególności za jaką wartość powód wykonał prace należycie i jaka wartość prac została rozliczona”, na co od początku wskazywała strona pozwana, a w myśl art. 6 k.c., to na powodzie leży ciężar udowodnienia swoich racji, a także przedstawienia w poczet materiału dowodowego sprawy takich dowodów, które uzasadniałyby jego roszczenie. To powód w toku wykonywania robót, jak również po powzięciu wiedzy o braku możliwości kontynuowania prac, powinien gromadzić dowody na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawianego później w procesie.

Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Strona nie może zatem liczyć na to, że sąd zainicjuje przeprowadzenie dowodów, które mogłyby służyć poparci jej twierdzeń. Sytuacje, w których sąd dopuszcza i przeprowadza dowód z urzędu należą do wyjątków. (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lutego 2015r., sygn. akt I ACa 1425/14). Natomiast zgodnie z przepisem art. 232 zd. 1 k.p.c. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślić należy, że reguły dowodzenia w procesie cywilnym (art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c.) zobowiązują strony do wskazywania dowodów, z których wywodzą one skutki prawne. Ogólna zasada rozkładu ciężaru dowodu, jest regułą w znaczeniu materialnym wskazującą, kto poniesie skutki nieudowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast przepis art. 232 k.p.c. wskazuje, kto ponosi ciężar dowodu w znaczeniu formalnym: "kto powinien przedstawiać dowody". Ukształtowany jest pogląd, że postępowanie strony, które uniemożliwia lub poważnie utrudnia przeprowadzenie dowodu na występowanie pewnych okoliczności, powoduje przejście na nią ciężaru udowodnienia, że okoliczności takie nie zachodziły, a tym samym powództwo podlegało oddaleniu.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Sąd ustalił, iż pozwana zobowiązana jest do zapłaty na rzecz powoda kwoty 208.482,06 zł. Kwota powyższa wynika z rozliczenia robót zgodnie z zawartą umową nr (...) dokonanego przez samą stronę pozwaną.

Mając na uwadze stanowisko biegłego sądowego przedstawione w opinii z dnia 13 grudnia 2016r. oraz stanowiska stron postępowania i zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego, a także podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia oraz kwestionowanie przez nią otrzymania faktury nr (...) na kwotę wskazaną w pozwie oraz jednocześnie odwołanie się do treści pisma z dnia 3.10.2013r., w którym wezwała ona powoda do wystawienia faktury na kwotę 233.698,56 zł brutto, przesyłając ponownie protokół inwentaryzacyjny z dnia 25.06.2013r oraz notę odsetkową, Sąd przyjął iż bezsporna między stronami była kwota 233.698,56 zł brutto należna powodowi od pozwanej, ponad roboty już rozliczone. Sąd ustalił, iż zestawienie robót do zafakturowania wynosiło:

- a) roboty przygotowawcze – 15.900,00 zł netto (19.557,00 zł brutto),
- b) drenaż – 83.693,75 zł netto (102.943,31 zł brutto),
- c) przyłącze kanalizacyjne – 43.860,00 zł netto (53.947,83 zł brutto),
- d) przyłącze wodociągowe – 4.130,00 zł netto (5.079,00 zł brutto),
- e) prace dotyczące boiska, tj.: postawienie w całości muru w części północno wschodniej boiska, postawienie w części zachodniej boiska muru na odcinku 35 mb w jego najwyższej części, nadbudowa całości skarpy w części północno wschodniej i ukształtowanie terenu do projektowanej rzędnej 480m³ x 6,30, zdjęcie i odwiezienie na wskazane miejsce nadmiaru ziemi w obmiarze 7.500,00³ m, postawienie obrzeża na długości 120 mb, dostarczenie na plac budowy całości elementów muru oporowego zgodnie z załączonymi fakturami i protokołami dostaw – 236.670,56 zł brutto.

Razem wykonano roboty o wartości brutto: 418.198,57 zł (k. 143).

Kluczowe zatem dla rozstrzygnięcia było porównanie dokumentów sporządzonych z jednej strony przez powoda – k. 33 i pozwanego – k. 141 – 143 i przyjęcie do rozliczenia kwot przyznanych przez pozwanego. W efekcie tego porównania za podstawę dalszych wyliczeń sąd przyjął kwotę 418.198,57 zł.

W toku współpracy wystawiono faktury o wartości brutto: 184.500,00 zł. Powód otrzymał w postaci zaliczek kwoty w wysokości 110.000,00 zł i przelew na konto w wysokości 40.000,00 zł, tym samym do zapłaty przez pozwaną pozostała kwota 34.500,00 zł.

Wobec powyższego różnica wartości zestawienia robót do zafakturowania w kwocie 418.198,00 zł i wartości zafakturowanych w kwocie 184.500,00 zł, stanowi kwotę 233.698,56 zł brutto, która stanowi niedopłatę z tytułu wystawionych faktur VAT.

Powód natomiast w swoim rozliczeniu robót wskazał na kwoty: 32.226,00 zł brutto tytułem robót przygotowawczych, kwoty 115.005,00 zł brutto tytułem drenażu, kwoty 56.211,00 zł brutto przyłącza kanalizacyjnego, kwoty 19.001,00 zł brutto tytułem przyłącza wodociągowego, a zatem na tym etapie różnice między stronami postępowania były niezbyt wielkie.

Największa różnica w rozliczeniu dotyczyła kosztów związanych z budową boiska piłkarskiego, wskazanych w pkt. 5-10, a szczególnie pkt. 8 pisma z dnia 02 sierpnia 2013r. powoda, a rozliczenia sporządzonego przez pozwaną stanowiącego załącznik nr 2 do protokołu jednostronnego z inwentaryzacji wykonanych robót zadania inwestycyjnego.

Pozwany wskazał, iż wartość robót przy założeniu, że wszystkie zrealizowane prace wykonane zostały prawidłowo wyniosła 263.287,85 zł netto, co również pokrywało się z kwotą 236.670,56 zł wskazaną przez powoda, jednakże powód wskazał jeszcze na kwotę 153.000,00 zł tytułem zdjęcia i odwiezienia na wskazane miejsce nadmiaru ziemi, co nie zostało udowodnione przez niego. Rozliczenie strony pozwanej nie zostało ponadto zakwestionowane przez biegłego sądowego w sporządzonej opinii.

W konsekwencji należy zbadać czy z bezspornej kwoty 233.698,56 zł stronie pozwanej przysługuje prawo potrącenia jakichkolwiek kwot.

Zgodnie z art. 498 k.c. można potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony w sytuacji, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, 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 (§1). Wówczas, wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (§2).

Stosownie do jego treści, potrącenie może być skutecznie dokonane, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki: wierzytelności muszą być wzajemne oraz jednorodnjowe, ponadto wierzytelność strony korzystającej z potrącenia ma być wymagalna i zaskarżalna. Wierzytelność jest wymagalna, gdy wierzyciel może żądać od dłużnika, by spełnił on świadczenie. Wymagalność następuje z upływem terminu do spełnienia świadczenia, czyli dnia następnego po tym, kiedy dłużnik miał świadczyć. Należy zwrócić uwagę na to, że jeśli treść zobowiązania albo jego właściwość nie wskazują terminu spełnienia świadczenia, to konieczne będzie skorzystanie z art. 455 k.c., zgodnie z którym świadczenie staje się wymagalne niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela.

Pozwana przedstawiła do potrącenia wierzytelność z tytułu kar umownych.

Obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt: II CSK 331/12).

Nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2008r. sygn. akt V CSK 385/07).

Przepis art. 472 k.c. statuuje odpowiedzialność dłużnika w reżimie odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie winy (za niezachowanie należytej staranności). Przepis ten ma jednak charakter względnie obowiązujący, dopuszcza więc możliwość modyfikowania granicy i zasady odpowiedzialności dłużnika. Dłużnik może więc przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, także tych niezależnych od niego (art. 473 § 1 k.c.). W świetle art. 476 k.c. zwłoka jest kwalifikowanym przypadkiem opóźnienia dłużnika, wynikającym z okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność.

Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej:

a. za niedotrzymanie terminu zakończenia robót objętych przedmiotem Umowy - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia;

b. za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia.

c. w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, a także w razie odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezawinionych od Zamawiającego - w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego brutto.

Strony przyjęły zatem odpowiedzialność również za opóźnienie zwykłe w wykonaniu robót.

Umowa o roboty budowlane ma charakter umowy dwustronnie zobowiązującej i wzajemnej. Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. układ praw i obowiązków strony umowy wzajemnej polega na tym, że świadczenie jednej ze stron ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Zawarta w art. 647 k.c. definicja umowy o roboty budowlane jednoznacznie wskazuje na ekwiwalentność świadczeń, wyrażającą się w funkcjonalnym sprzężeniu jako że na inwestora nakładany jest obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia a wykonawca obowiązany jest wykonać określone w umowie roboty.

Zdaniem Sądu wysokość ustalonej przez strony kary umownej jest jednak rażąco wygórowana i Sąd uznał za zasadne karę tę miarkować. Zgodnie z art. 484 § 1 zd. 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jeżeli jednak zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty (tak też. SN w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004).

Jak wskazuje bogata linia orzecznicza, najczęściej kara umowna określona jest jako konkretna kwota lub kwota wyrażona procentowo w odniesieniu do wartości świadczenia lub świadczenia zaległego bądź też według konkretnej stawki pomnożonej przez dni zwłoki.

W przedmiotowym stanie faktycznym, treść postanowienia umownego dotyczącego kar umownych, określona §12 ust. 2 umowy, na co wskazano wcześniej. Pozwana dokonała potrącenia kary umownej w wysokości 211.560,00 zł, co stanowiło 20% zgodnie z § 12 ust. 2 pkt c) umowy z kwoty 1.057.800,00 zł.

Podkreślenia wymaga, że przy zastrzeganiu kar umownych warunkiem skuteczności takich zastrzeżeń jest ich precyzyjne i klarowne sformułowanie. Istnieją szerokie granice możliwości zastrzegania przez strony kar umownych i dopuszczalne jest posługiwanie się innymi niż kwotowymi miernikami wysokości, na przykład ułamkiem wartości rzeczy lub ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu). Warunkiem skuteczności takich zastrzeżeń jest jednak, aby ustalenie należnej kwoty było tylko czynnością arytmetyczną (por. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r. w sprawie II CSK 428/07).

Natomiast karę umowną w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. określa się konkretną kwotą lub przez podanie sposobu jej wyliczenia, na przykład procentowo od wartości zamówienia, co powoduje, że jest prosta do obliczenia i wysokość jej nie wymaga żadnego dowodzenia. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie I Wydział Cywilny z dnia 7 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 231/13). Zastrzeżenie kary umownej w umowie powinno jasno określać zobowiązanie lub pojedynczy obowiązek strony, którego wykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej (por. wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie I ACa 373/12).

Powód podniósł, że z uwagi na warunki pogodowe, panujące w kwietniu 2013 r. (opady deszczu), nie mógł wykonywać prac budowlanych i ziemnych bez uszczerbku dla ich jakości. Powód jednak nie zdołał wykazać, aby opady te skutkowały koniecznością wstrzymania prac.

Nawet biegły sądowy stwierdził brak podstaw do przyjęcia, że powód nie mógł realizować przedmiotu umowy okresie od dnia 29 kwietnia 2013r. do dnia 20 maja 2013r. Po 20 maja 2013r. miały miejsce dni kiedy wystąpił ulewne deszcze oraz awaria sieci drenarskiej, co utrudniało pojawienie się i aktywną prace powoda na terenie budowy.

Powód nie potwierdził w żaden sposób, że opady w określonym czasie miały nieprzewidywalny, nadzwyczajny charakter tzn. taki, że powód nie mógł ich przewidzieć i że nie pozwoliły wykonawcy na wykonywanie jakichkolwiek prac.

Powód wskazał jedynie, że były to uporczywe i długotrwałe opady, które uniemożliwiały mu jakąkolwiek pracę. W ocenie Sądu Okręgowego, takimi argumentami powód de facto działała na swoją niekorzyść, ponieważ potwierdza tym samym, że nie był przygotowany do przeprowadzenia takiej operacji budowlanej, skoro w naszej szerokości geograficznej opady deszczu nie stanowią nadzwyczajnych zjawisk atmosferycznych a rzeczą naturalną jest, że należy wówczas zabezpieczyć plac budowy przed jego zalaniem. Innymi słowy, wykonawca wykazał się brakiem podstawowej staranności, wymaganej od przedsiębiorcy zawodowo zajmującego się tego typu pracami, skoro nie zabezpieczył placu budowy przed opadami atmosferycznymi, które w Polsce zdarzają się na porządku dziennym. Nie można mówić o sile wyższej odnosząc się do 2 dniowych opadów. Nawet jeżeli opady te byłyby wyjątkowo obfite, to już na tamten moment powód był w znaczącym niedoczasy względem przyjętego harmonogramu robót.

Dodać należy, iż powód jako profesjonalista i doświadczony przedsiębiorca, winien zawrzeć w umowie zapisy mówiące o możliwości przesunięcia terminu realizacji właśnie ze względu na opady atmosferyczne, nie pozwalające na prawidłową pracę. Zwyczajowo zapisy takie wskazują, iż strony protokolarnie potwierdzają, że w konkretnych dniach wykonywanie prac było niemożliwe a tym samym termin wykonania całego zadania zostaje o odpowiednią ilość dni przedłużony. W przedmiotowej sprawie zapisy takie nie znalazły się w umowie łączącej strony, co więcej strony nie określiły, co rozumieć można by za „siłą wyższą”, zaś opady atmosferyczne nie są traktowane jako "siła wyższa".

Podkreślić należy, że powód znacząco spóźnił się z wykonywaniem robót budowlanych, rozwiązanie umowy nastąpiło z powodu jego opóźnień, gdyż nie zapewnił w odpowiednim czasie niezbędnych maszyn, sprzętów czy pracowników do wykonania robót, a dodatkowo nie posiadał odpowiednich środków finansowych na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, do czego był zobowiązany zgodnie z warunkami umowy. Powód nie ma racji twierdząc, iż nie było podstaw do naliczenia kar umownych, „albowiem odstąpił on od umowy na skutek braku płatności i współpracy z pozwaną spółką zaś opóźnienia były wynikiem siły wyższej w postaci ulewnych deszczy”.

Zgodzić się należy z pozwaną, iż nie była ona zobowiązana do zaliczkowych płatności za wykonane przez powoda prace, a fakt ich kilkukrotnego zrealizowania był jedynie przejawem jej dobrej woli, a zatem istniała współpraca między stronami.

Ostatecznie zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, zasadnie pozwany obciążył powoda karą umowną, na podstawie art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i postanowień umowy.

W kwestii natomiast wysokości kary umownej Sąd zważył, że na gruncie niniejszej sprawy zaistniała konieczność miarkowania kary umownej do 10% jej wartości tj. do kwoty 21.156,00 zł. Przepis art. 484 § 2 k.c. zezwala na

obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, czyli wówczas, gdy w przekonaniu organu orzekającego istnieje dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej, ale podkreślić jednak trzeba, że przewidziana komentowanym przepisem możliwość modyfikowania kary umownej osłabia jej rolę w umacnianiu wykonania umowy i dlatego winna być stosowana w wyjątkowych wypadkach. Jednocześnie należy zauważyć, że to dłużnik, który zamierza zgłosić swoje żądanie oparte na art. 484 § 2 k.c., obowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować oraz wykazać jego zasadność za pomocą zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (wyrok SN z dnia 06 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437), aczkolwiek samo żądanie nieuwzględnienia naliczonych kar umownych samo w sobie inkorporuje taki zarzut (por. wyrok SN z dnia 04 grudnia 2003 r., sygn. akt II CK 271/02, LEX nr 151630 w kwestii żądania oddalenia powództwa). Z tych też względów należało się odnieść do tak sformułowanego zarzutu z punktu widzenia zagadnienia rażącego wygórowania kary umownej i znacznego wykonania umowy.

W doktrynie wskazuje się, że „rażące wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej (B. K., Uwagi o miarkowaniu kar umownych w obrocie społecznym, PiP 1970, z. 3-4, s. 520) a kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (P. Drapała, glosa do wyroku SN z dnia 08 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2005, z. 7-8, poz. 97; P. Granecki, glosa do wyroku SN z dnia 08 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2006, z. 1, poz. 2; K. Zagrobelny, glosa do wyroku SN z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05, OSP 2007, z. 6, poz. 66; wyrok SN z 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243; wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 48). Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej, bowiem pamiętać trzeba, że celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Stan „rażącego wygórowania” zaistnieje wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależycie a wierzyciel nie poniesie szkody, ale oznacza to odrzucenie tezy o automatycznym uzasadnieniu miarkowania kary umownej, ilekroć wierzyciel w wyniku niewykonania zobowiązania nie poniósł szkody. Zachodzi tutaj potrzeba indywidualnej oceny zastrzeżenia kary umownej i skutków zachowania się dłużnika uchylającego zobowiązaniu.

Dodatkowo okolicznością uzasadniająca miarkowanie kary umownej może być w szczególności dysproporcja pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą takiej kary. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia (...) (tak SA w Katowicach w wyroku z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACA 483/08, LEX nr 491137).

Miarkowanie kary umownej ma zapewnić dłużnikowi ochronę przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji kontraktowej, zwłaszcza w sytuacji swoistej dysproporcji pozycji zamawiającego i wykonawcy w toku realizacji umowy zawartej w wyniku przetargu nieograniczonego – kary umowne, nie podlegające, co do zasady negocjacom, są zazwyczaj wysokie i narzucane przez zamawiającego.

Zdaniem Sądu, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie ulega wątpliwości, iż na dzień 22.05.2013r. kalendarzowo – upłynęło 63% terminu umownego, nie zostały wykonane roboty związane z podbudowa boiska, wykonane zostały w znacznej części (stanowisko powoda - pismo z 22.05.2013r., k. 23 oraz pozwanej - pismo z 21.05.2013r., k. 111 akt):

- roboty przygotowawcze (wg powoda w 100%, wg pozwanego 10%),
- przyłącze wodociągowe (wg powoda w 95%, wg pozwanego 80%),
- przebudowa kanalizacji sanitarnej (wg powoda w 95%, wg pozwanego 90%),

- kanalizacja deszczowa (wg powoda w 95%, wg pozwanego 0,0 %),
- drenaż (wg powoda w 70%, wg pozwanego 30%),
- zdjęcie warstwy pod podbudowę boiska (wg powoda w 70%, wg pozwanego - brak informacji)
- nie zostały zgłoszone niezgodności projektu ze stanem zidentyfikowanym na budowie,
- nie zostały rozpoczęte roboty ujęte w pozycjach od 6 do 9 Harmonogramu (k. 109), co zostało potwierdzone pismem pozwanej spółki z dnia 21 maja 2013r. oraz w opinii biegłego sądowego sporządzonej w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego w ocenie Sądu, między wysokością kary umownej dochodzonej przez pozwaną na podstawie postanowienia § 12 ust. 2 umowy, tj. kwoty 211.560,00 zł, a uszczerbkiem w interesie pozwanej zachodzi znaczna dysproporcja, wobec czego Sąd zmiarkował karę umowną do 10%, tj. do kwoty 21.156,00 zł, przyjmując że wyższa kara umowna pozostawałaby w rażącej dysproporcji do wielkości uszczerbku poniesionego przez pozwaną w związku z rozwiązaniem umowy.

Ponadto podkreślić należy, iż koszty wykonawstwa zastępczego, czy dodatkowych prac zostały już w rozliczeniu k. 141 – 143 ujęte przez pozwanego. W związku z tym zakres doznanej szkody został ograniczony przy rozliczaniu tych kwot, które były powodowi bezspornie należne.

Wobec powyższego od kwoty należnej powodowi od pozwanej, tj. kwoty 233.698,56 zł należało odjąć kwotę 38.560,50 zł, którą powód pobrał tytułem zaliczki na poczet robót: zaliczka do (...), co w efekcie dało nam kwotę 195.138,06 zł, jaką pozwana winna zapłacić powodowi. Kwotę 195.138,06 zł należało pomniejszyć o kwotę 21.156,00 zł tytułem zmiarkowanej kary umownej, a tym samym kwota jaką pozwana winna zapłacić na rzecz powoda tytułem faktury VAT nr (...) stanowi kwotę 173.982,06 zł.

Nie ulega wątpliwości, iż pozwana nie zakwestionowała zasadności roszczenia powoda w zakresie zapłaty kwoty 34.500,00 zł tytułem niezapłaconej części faktury VAT nr (...). Zatem łączna kwota jaką pozwana winna zapłacić na rzecz powoda to kwota 208.482,06 zł (173.982,06 zł + 34.500,00 zł), co orzeczono w pkt. I wyroku.

Na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2015 r., Sąd zasądził odsetki ustawowe od kwoty 34.500,00 zł od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r., od kwoty 173.982,06 zł od dnia 3 października 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. wraz z dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od w/w kwot od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty na podstawie aktualnego brzmienia art. 481 § 1 i 2 k.c.

Mając na uwadze powyższe, Sąd orzekł jak w sentencji.

O kosztach procesu rozstrzygnięto na podstawie art. 100 k.p.c. znosząc wzajemnie między stronami koszty procesu (pkt. II wyroku).

Na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych orzeczono, iż kwoty nieuiszczone przez strony tytułem wydatków przejmuje się na rachunek Skarbu Państwa (pkt. III wyroku).

SSO Karolina Toczyńska

ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...).

SSO Karolina Toczyńska