

Sygn. I C 226/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 kwietnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Słupsku I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Małgorzata Banaś
Protokolant:	sekr. sądowy Małgorzata Bugiel

po rozpoznaniu w dniu 15 kwietnia 2016 r. w Słupsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w B.

przeciwko Miastu S.

o zapłatę

- zasądza od pozwanego Miasta S. na rzecz powoda (...) Spółki Akcyjnej w B. kwotę 285.393,38 zł (słownie: dwieście osiemdziesiąt pięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote 38/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 13 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;
- oddala powództwo w pozostałym zakresie;
- ustala, iż powód ponosi koszty procesu w 12%, a pozwany w 88%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie ich referendarzowi sądowemu.

Na oryginale właściwy podpis

Sygnatura akt IC 226/13

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. w pozwie wniesionym do Sądu Okręgowego w Gdańsku Wydziału Gospodarczego domagał się od pozwanego Miasto S. zapłaty kwoty 324.635 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 13 stycznia 2012r. do dnia zapłaty z tytułu pozostałej części wynagrodzenia za prace budowlane wykonane w ramach zadania " Przebudowa ul. (...) na odcinku ulicy (...) do C. oraz budowa ulicy (...)". W uzasadnieniu pozwu wskazał, że powstanie należności oraz ich wysokość jest między stronami bezsporne, jednak strona pozwana odmówiła zapłaty składając oświadczenie o ich potrąceniu z należnościami z tytułu kary umownej. W ocenie powoda nie było podstaw do naliczania tych kar, gdyż przyczyny opóźnienia w zakończeniu robót w terminie ustalonym w umowie leżały po stronie pozwanej.

Postanowieniem z dnia 11 czerwca 2013r. Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał się niewłaściwym i sprawę do dalszego rozpoznania przekazał do Sądu Okręgowego w Słupsku Wydziału Cywilnego odwołując się w jego uzasadnieniu do

stanowiska wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w orzeczeniu z dnia 20 sierpnia 1996r. odnośnie definicji przedsiębiorcy i sprawy gospodarczej z udziałem Gminy.

Pozwany Miasto S. po otrzymaniu w dniu 5 sierpnia 2013r.. odpisu pozwu z pouczeniem działając przez fachowego pełnomocnika,, w pierwotnie zakreślonym do tego terminie złożył odpowiedź na pozew lecz bez dowodu doręczenia tego pisma dla pełnomocnika strony powodowej.

Z tego względu, na podstawie art. 132 §1 zd.3 k.p.c. Sąd Okręgowy w Słupsku zwrócił pismo (k. 98).

Strona pozwana po dokonanych zwrocie odpisu pozwu, odwołując się do treści art. 207 § 6 k.p.c. złożyła w dniu 17 września 2013r. do Sądu wraz z dowodem wysłania pisma pełnomocnikowi strony powodowej, pismo procesowe zawierające w swej treści wnioski dowodowe na okoliczność i przeciwko twierdzeniom powoda o nieprawidłowym przygotowaniu przez pozwanego tak od strony projektowej jak i organizacyjnej przedmiotowej inwestycji.

Obie strony wnosily o zasądzenie od strony przeciwnej na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

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

W dniu 7 kwietnia 2011r. pomiędzy Zarządem Dróg Miejskich w S. będącą jednostką budżetową Miasta S. jako zamawiającym, a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w B. jako wykonawcą została zawarta umowa o roboty budowlane. W rezultacie dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, powód zobowiązał się do wykonania robót budowlanych dotyczących realizacji zadania pn: „Przebudowa ul. (...) na odcinka od ul. (...) do ul. (...) w S." w ramach zadania „Przebudowa ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) oraz budowa ul. (...)", zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i z ofertą Wykonawcy. Zakres przebudowy ulic obejmował branże drogową, sanitarną, elektryczną, teletechniczna i zieleni. Szczegółowy zakres stanowiący przedmiot zamówienia określała dokumentacja projektowa oraz Szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Określone w umowie wynagrodzenie powoda za wykonanie zakresu prac stanowiących przedmiot umowy miało wynosić 3.569.820 zł brutto. Wykonawca zgodnie z postanowieniami umowy był zobowiązany do informowania Zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 7 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania. Termin na wykonanie prac został określony na 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednocześnie w umowie zastrzeżone zostały kary umowne w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego określonego na podstawie § 7 ust. 3, za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia, kiedy przedmiot zamówienia powinien być wykonany.

Bezsporne, nadto umowa nr (...) z dnia 7.04.2011r. k. 16-21.

W dniu 8 kwietnia 2011r., a więc po podpisaniu umowy powód został poinformowany przez (...) Sp. z o.o., o równoległym prowadzeniu prac przez ten podmiot na odcinku od ul. (...) do ul. (...), związanych z likwidacją starego wodociągu i budową nowego, wraz z prośbą o uwzględnienie tego w harmonogramie robót związanych z przebudową ulicy.

dowód; pismo z dnia 1.04.2011r. k. 45.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011r. powód poinformował Zarząd Dróg Miejskich w S. o stwierdzonych po przystąpieniu do prac związanych z ustawianiem krawężników błędach w dokumentacji projektowej skutkujących tym, że na odcinku 400 metrów niweleta nowej drogi nie była dostosowana do istniejących wjazdów na prywatne posesje przylegające do tej drogi ani do ogrodzeń tych posesji. Jednocześnie w związku z koniecznością przerwania prac zaakceptowaną przez Kierownika Budowy w porozumieniu z Inspektorem Nadzoru, powód zwrócił się o przedłużenie terminu wykonania robót o czas od dnia 3 czerwca do dnia podjęcia decyzji odnośnie zgłoszonego problemu przez Zamawiającego.

dowód; pismo z dnia 6.06.2011r. k. 47, notatka służbowa k. 116.

Pismem z dnia 8 czerwca 2011r. powód poinformował Zamawiającego o kolejnej wadzie stwierdzonej w dokumentacji technicznej w zakresie usunięcia kolizji elektroenergetycznych. Ponownie w dniu 5 lipca 2011r. powód sygnalizował, że nadal nie otrzymał umowy zawartej między inwestorem a E. O. na przebudowę sieci, co uniemożliwia prowadzenia robót budowlanych. W kolejnych pismach odpowiednio z dnia 6 lipca, 21 lipca, 28 lipca i 4 sierpnia 2011r. powód informował Zamawiającego o nowo stwierdzonych brakach w dokumentacji projektowej przygotowanej przez pozwanego, polegających na tym, że nie przewidywała ona rozwiązania szeregu kolizji robót drogowych prowadzonych przez powoda z istniejącą infrastrukturą i ukształtowaniem terenu. Jednocześnie w ostatnim z nich wezwał Zamawiającego do współdziałania, poprzez udzielenie odpowiedzi w zakresie podniesionych w treści pism kwestii w terminie czterech dni od jego otrzymania.

dowód; pisma powoda k. 50-56.

W odpowiedzi Zarząd Infrastruktury Miejskiej w S., jako następcą prawnym Zarządu Dróg Miejskich w S. w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011r. ograniczył się do stwierdzenia, że argumenty podane przez wykonawcę robót nie mają jakiegokolwiek wpływu na realizację umowy, a z doświadczenia wiadomo, że regułą jest ujawnianie się „niespodzianek” podczas prowadzenia robót ziemnych, jednak dla ambitnej firmy nie powinno to stanowić żadnego problemu.

Kolejnymi pismami z dnia 9 sierpnia, 11 sierpnia, 26 sierpnia, 8 września, 14 września, 19 września, 4 listopada, 9 listopada, 30 listopada 2009r. powód informował Zamawiającego o wystąpieniu kolejnych problemów wpływających na prawidłową realizację zadania, a wynikających z błędów w dokumentacji projektowej i wskazywał na brak możliwości wykonania robót z przyczyn leżących po stronie pozwanego, prowadzących do opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający ograniczył się do jednego pisma w tonie jak poprzednio, informując, iż nie jest w gestii inwestora rozwiązywanie problemów firmy po wygranej przez nią przetargu.

dowód; pisma powoda k. 48, 59-72, pismo pozwanego k. 130.

Pozwany sukcesywnie dokonywał odbioru robót wchodzących w skład przedmiotu umowy.

dowód; protokół odbioru wykonanych robót (zieleń drogowa) protokół odbioru wykonanych robót (drogowych), protokół odbioru wykonanych robót (oświetlenie) protokół odbioru wykonanych robót (kanalizacja deszczowa) z dnia 2 grudnia 2011r. k. 25-34.

Końcowy protokół odbioru został spisany przez strony w dniu 14 grudnia 2011r. Za wykonanie ostatniej części przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią protokołów odbioru wykonanych robót dla poszczególnych zakresów robót powód, w dniu 9 grudnia 2011r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 1083 328,21 zł. Zgodnie z § 8 ust. 4 umowy pozwany był zobowiązany do zapłaty wystawianych przez powoda faktur w terminie trzydziestu (30) dni od ich otrzymania wraz z wymaganymi załącznikami. Termin dla zapłaty ostatniej faktury upłynął 12 stycznia 2012r. Dnia 19 grudnia 2011r. pozwany dokonał jedynie częściowej zapłaty. Jednocześnie pismem z tego samego dnia Zamawiający poinformował, iż dokonał potrącenia należnej mu kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy przedstawiając stosowne rozliczenie w nocie księgowej stanowiącej załącznik pisma.

dowód; końcowy protokół odbioru wykonanych robót k. 22-24, faktura VAT nr (...) wraz z potwierdzeniem odbioru k.35, pismo pozwanego i nota księgowa k. 155-156.

Z opinii biegłego sądowego A. M. (1) biegłego z zakresu budownictwa jak i opinii biegłego sądowego E. F. (1) z zakresu budownictwa drogowego wynika, iż główna wina za 91 dniowe opóźnienie w zakończeniu realizacji inwestycji leży po stronie pozwanego. Powodowi można przypisać odpowiedzialność za 11 dni.

Dowód; opinia biegłego A. M. k. 247-271, k. 303-308, wysłuchanie biegłego na rozprawie k. 355-356, opinia biegłego E. F. k.371-379, k. 404-416 .

## ***Sąd zważył co następuje;***

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd dokonując subsumcji w płaszczyźnie art. 483 kodeksu cywilnego uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie, aczkolwiek nie w całości.

Przed przystąpieniem do rozważań merytorycznych Sąd na wstępie zważył, że niniejsza sprawa jest sprawą gospodarczą. Począwszy od dnia 3 maja 2012 roku po wejściu w życie ustawy z dnia 16 września 2011r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2011 r. Nr (...) poz. (...)), zmieniono definicję legalną sprawy gospodarczej zawartą w art. 2 ust.1 ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz. U. Nr (...), poz. (...), z późn. zm), i zostały uchylone przepisy kodeksu postępowania cywilnego normujące postępowanie w sprawach gospodarczych (art. 479 1 - 479 22<sup>(())</sup> k.p.c). Z kolei na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy nowelizującej zmieniony stan prawny stosuje się do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie, z zastrzeżeniem ust. 2-7. Z tego względu w sprawie miarodajne dla procesowej kwalifikacji sprawy są przepisy nowe. Według stanu prawnego sprzed tej nowelizacji, sprawa miała charakter gospodarczy, jeżeli spełniała kumulatywnie trzy przesłanki: dotyczyła stosunku cywilnego, występujące w niej strony były przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na zasadach określonych w odrębnych przepisach i spór związany był z działalnością gospodarczą stron. Obecnie art. 2 ust 1 ustawy w wersji obowiązującej od dnia 3 maja 2012 r. stanowi, że sprawami gospodarczymi są stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Wobec wyeliminowania szczególnego postępowania w sprawach gospodarczych i uchylecia art. 479<sup>1</sup> § 2 k.p.c., określającego pojęcie sprawy gospodarczej na użytek tego postępowania odrębnego, oraz art. 479<sup>2</sup> k.p.c, zawierającego definicję pojęcia przedsiębiorcy, już na wstępie trzeba zastrzec, że na użytek postępowania cywilnego pozostało tylko ustrojowe szerokie określenie sprawy gospodarczej zawarte w 2 ust. 1 ustawy, przy czym w obecnym unormowaniu pojęcie to zostało oderwane od pojęć przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą określonych w odrębnych przepisach. Po dniu 3 maja 2012r. pojęcie "sprawa gospodarcza" funkcjonuje wyłącznie w płaszczyźnie ustrojowej jako wyznacznik przynależności sprawy do kompetencji wydziału gospodarczego sądu rejonowego lub okręgowego. W doktrynie postępowania cywilnego przyjmowało się, że pojęcie sprawy gospodarczej, w ujęciu art. 2 ust. 1 ustawy, obejmuje trzy elementy: podmiotowy, przedmiotowy i funkcjonalny.

Definicję przedsiębiorcy zawiera przepis art. 43<sup>1</sup> k.c. zgodnie z którego treścią przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Pojęcie sprawy gospodarczej w wymienionych ustawach zawiera w swej definicji trzy elementy, są to sprawy pomiędzy przedsiębiorcami, ze stosunków cywilnych oraz mieszczące się w zakresie prowadzonej przez przedsiębiorców działalności gospodarczej. W świetle powyższego zatem aby sprawa mogła być zakwalifikowana jako gospodarcza, muszą być spełnione trzy warunki, a mianowicie: 1) stronami są przedsiębiorcy, 2) sprawa wynika ze stosunku cywilnego, 3) spór związany jest z działalnością gospodarczą obu stron.

W rozpoznawanej sprawie dwa pierwsze warunki nie budzą wątpliwości. Rozważenia wymagało zatem czy spełniony został ostatni warunek dotyczący pojęcia działalności gospodarczej, a właściwie ujmując zagadnienie nieco inaczej, czy umowa pomiędzy powodem (...) spółką z o.o. w B. a pozwanym Miastem S. o wykonanie robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w którym oferta powoda została wybrana, jako najkorzystniejsza, i z której przedmiotem związane jest roszczenie w niniejszej sprawie była zawarta w związku z prowadzoną działalnością pozwanego, a zatem czy wykonywanie zadań własnych gminy może być uznane za działalność gospodarczą czy zawodową. Do tak postawionego problemu Sąd Najwyższy odnosił się wielokrotnie, i tak już w uzasadnieniu uchwały z dnia 13 stycznia 2006 roku, sygn. akt (...), stwierdził, że w prawie polskim pojęcie „działalność gospodarcza” nie ma jednolitej treści, w szczególności brak dostatecznych podstaw, aby przyjąć, że ustawodawca w każdym przypadku posługuje się jako wyznacznikiem tego pojęcia kryterium zarobkowego charakteru. W świetle jednak całokształtu regulacji prawnych

dotyczących gminy należy uznać, że w celu realizacji zadań własnych gmina może prowadzić działalność gospodarczą, zadania własne gminy mogą bowiem być realizowane bądź przez podejmowanie działalności gospodarczej bądź działalności nie mającej takiego charakteru. Wychodząc z założenia, że o gospodarczym charakterze podejmowanej działalności decyduje przedmiot tej działalności, Sąd Najwyższy na gruncie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych działalność niegospodarczą gminy związał jedynie z działalnością naukową, kulturalną, dobroczynną. Tożsamy stanowisko zostało zaprezentowane w treści uzasadnienia najnowszej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013r. z której wynika, iż sprawa o wykonanie umowy o roboty budowlane zawartej w ramach realizacji zadań własnych gminy jest sprawą gospodarczą w rozumieniu art.2 ust.1 ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz. U. z 2011r.Nr(...), poz. (...))

Reasumując, działalność gminy w ramach wykonywania jej zadań własnych może stanowić działalność gospodarczą, musi ona jednak odpowiadać kryteriom takiego rodzaju aktywności, tzn. musi mieć charakter zorganizowany i ciągły oraz podlegać regułom racjonalnego gospodarowania oraz stanowić formę udziału w obrocie gospodarczym. Nie jest natomiast niezbędne, aby działalność taka przynosiła określony dochód (zysk). Warto przy tym zauważyć, że możliwość prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej wynika wprost z art. 9 ustawy o samorządzie gminnym.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy, trzeba zauważyć, że przeprowadzenie przez pozwanego na rzecz którego postępowanie prowadził Zarząd Dróg Miejskich w S. przetargu nieograniczonego w celu zawarcia z powodem umowy o wykonanie robót budowlanych było profesjonalnym działaniem i wskazywało na zorganizowany charakter działalności. Zorganizowanie to wynika m.in. z dysponowania przez Zamawiającego środkami z budżetu Miasta pozwalającymi sprostać wymaganiom wynikającym z obowiązku stosowania przepisów prawa o zamówieniach publicznych, natomiast powtarzalność działań, przedmiot zamówienia publicznego w postaci umowy o roboty budowlane, oraz planowany sposób jego realizacji przemawiają za spełnieniem także tego kryterium działalności gospodarczej. Niniejsza sprawa ma więc charakter gospodarczy wbrew temu co postanowił Sąd Okręgowy w Gdańsku.

Wobec powyższego, zważywszy na treść pozwu a nadto dołączonych do niego dokumentów w tym oznaczenie stron, należało uznać, iż niniejsza sprawa dotyczy stosunków cywilnoprawnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, a wobec faktu, iż powód dochodzi w sprawie roszczenia majątkowego w kwocie ponad 75.000zł, należało uznać, iż właściwym rzeczowo i miejscowo do rozpoznania niniejszej sprawy był Sąd Okręgowy w Gdańsku - Wydział Gospodarczy, do którego pozew został prawidłowy wniesiony.

Z uwagi na profesjonalność podmiotów występujących w tym postępowaniu, których obciąża tzw. podwyższony miernik staranności, to na stronach spoczywa obowiązek odpowiedniego przygotowania się do sprawy i przedstawienia materiału, którym zamierzały się posłużyć do udowodnienia swych racji (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 stycznia 2001 roku, (...)).

Przechodząc teraz do merytorycznej oceny zgłoszonego powództwa, to bezsporny był między stronami fakt podpisania umowy o roboty budowlane, to że powodowi należało się wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane zrealizowane w ramach zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i sportowej na odcinku od ul. (...) do ul. (...) w S.” w ramach zadania „Przebudowa ul. (...) na odcinku ul. (...) do Cienistej oraz budowa ul. (...)”, które jak wynika z końcowego protokołu odbioru zostały przyjęte bez żadnych zastrzeżeń, oraz termin zakończenia robót.

Spornymi pomiędzy stronami były natomiast okoliczności odnoszące się do przyczyny niedochowania umownego terminu wykonania robót, a tym samym podstawy naliczania przez pozwanego powodowi kar umownych i potrącenia ich wysokości z wynagrodzenia powoda. Dla skuteczności potrącenia w rozumieniu art. 499 k.c. nie jest wymagane zachowanie określonej formy, oświadczenia o potrąceniu. Istotne jest, by zostały w nim określone wzajemne wierzycelności stron podlegające potrąceniu i by spełniały one warunki określone w art. 498 k.c. Po złożeniu faktury przez powodów pozwany pismem z dnia 19 grudnia 2011r. poinformował o zamiarze potrącenia, konkretyzując wysokość kary umownej w załączonej do pisma nocie obciążeniowej. W świetle treści umowy i pisma pozwanego

strona powodowa nie mogła mieć wątpliwości co do woli potrącenia przez zamawiającego jak również tego, z jaką jej wierzycielnością pozwany dokonuje potrącenia oraz co do rodzaju wierzycielności, którą zgłosił on do potrącenia.

Rozważaniom poddana została zatem kwestia zasadności zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia wzajemnej wierzycielności (art. 498 k.c.) z tytułu naliczonych na podstawie § 12 umowy kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Poza sporem było, iż na wypadek nieterminowego wykonania umowy strony ustaliły możliwość obciążenie wykonawcy karami umownymi. Przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określane przez pryzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, przy czym stosownie do art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z przepisu art. 471 k.c. wynika domniemanie, iż nie wykonując lub nienależycie wykonując zobowiązanie, dłużnik działa w sposób zawiniony. Oznacza to, że również w przypadku dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania z powołaniem się na kary umowne, dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Strona powodowa wymieniała jako przyczyny opóźnienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia, które były od niej niezależne, błędy i braki w dokumentacji projektowej dostarczonej przez pozwanego, skutkujące koniecznością wprowadzania zmian w trakcie budowy, prowadzenie - na terenie budowy powoda - równoległych robót przez (...), wysoki poziom wód gruntowych, które uniemożliwiały prowadzenie robót zgodnie z dokumentacją projektową przygotowaną przez pozwanego, błędne rozwiązanie kolizji robót powoda z siecią elektroenergetyczną, kolizja robót powoda z siecią gazową w bocznym odcinku ul. (...). Strona pozwana zaś zwracała uwagę na zbyt małą liczbę pracowników wykonujących roboty budowlane, niewłaściwą organizację pracy, słaby nadzór, oraz wskazywała na konieczność rozeznania się przez powoda co do warunków wykonania prac budowlanych przed zgłoszeniem oferty w postępowaniu przetargowym.

Celem ustalenia, czy niedotrzymanie terminu nastąpiło z winy powodowej spółki, czy wręcz przeciwnie Sąd przeprowadził postępowanie dowodowe. Zawnioskowani przez powoda świadkowie M. B., S. K., S. S., M. K. byli zgodni co do tego, że opóźnienia w realizacji umowy powstały głównie z uwagi na złe przygotowanie inwestycji do realizacji tak od strony organizacyjnej jak i projektowej za co odpowiadał pozwany. Z zeznań świadków jawi się bałagan decyzyjny po stronie pozwanego, przejawiający się odwlekaniem w czasie odpowiedzi na pisma powoda w których zgłaszał problemy odnoszące się do wad projektu, który dostarczył pozwany, lub udzielaniem odpowiedzi w nieprofesjonalnym i aroganckim tonie ..."Z doświadczenia wiadomo, że regułą stało się ujawnianie „niespodzianek” podczas prowadzenia robót ziemnych. Dla ambitnej firmy nie stanowi to żadnego problemu"..., "Wykonawca przed przystąpieniem do przetargu powinien dokładnie przeanalizować warunki zawarte w (...) i zastanowić się, czy podola zadaniu, zanim złoży ofertę"...

Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania tych świadków stanowiły wartościowy dowód w sprawie, gdyż są logiczne, zbieżne ze sobą, a także z pozostałym materiałem dowodowym, zgromadzonym w aktach sprawy, w postaci korespondencji kierowanej przez powoda do pozwanego, w której ten zwracał uwagę na niemożność przystąpienia do niektórych prac lub niezasadność takiego działania, z uwagi na niezakończone inne prace, czy też braki projektu, i to co najważniejsze, że zeznania tych świadków zbieżne były z wnioskami biegłych. Przytoczoną korespondencję można traktować zarówno jako wywiązanie się z obowiązku zawiadamiania inwestora o napotkanych przez wykonawcę przeszkodach, jak również wezwanie Zamawiającego do współdziałania niezbędnego w wykonaniu inwestycji.

Takiego waloru nie można przypisać zeznaniom świadków zawnioskowanym przez pozwanego w tym J. B. czy G. K.. Ton ich wypowiedzi podobnie jak argumentacja sprowadzał się wyłącznie do negowania zarzutów, ale również bezspornych faktów takich jak wady projektu, które w ich ocenie winny zostać zauważone ( wykryte ) na etapie składania oferty, a tym samym obciążać wykonawcę, a nie zamawiającego który zlecał jego wykonanie ( protokół k. 179v 02:04:16).

W art. 651 k.c. nałożony został na wykonawcę robót budowlanych obowiązek niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, a także o tym, że wystąpiły inne okoliczności mogące przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.

W literaturze wskazuje się, że przepis ten konkretyzuje obowiązek ścisłego współdziałania stron umowy o roboty budowlane (podobnie, jak przy umowie o dzieło czyni to art. 634 k.c.). Analizując tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W rozpoznawanej sprawie wady i braki dostarczonego projektu zostały stwierdzone dopiero po przystąpieniu przez Wykonawcę do specjalistycznych obliczeń w terenie inwestycji. Nie sposób zatem przyjąć, że wykonawca robót, miał obowiązek dokonania takich obliczeń i wykrycia wady dostarczonego projektu. Trzeba bowiem mieć także na względzie tę okoliczność, że dostarczony powodowi projekt został wykonany przez (...) przedsiębiorstwo Usługi (...) w S., a więc profesjonalistę. Powyższego wniosku nie podważa treść łączącej strony umowy z dnia 7 kwietnia 2011r. W § 1 pkt 2 Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z warunkami umówionych robót budowlanych przy uwzględnieniu, że objęte są one zamówieniem publicznym, ponadto zapoznał się z dokumentacją projektową, Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi oraz miejscem wykonania robót, a w § 2 pkt 7, że umówione roboty przyjmuje do wykonania bez zastrzeżeń. Z takiego sformułowania treści umowy nie wynika, aby powód jako wykonawca przyjął na siebie obowiązki dalej idące niż wynikające z art. 651 k.c. Jakkolwiek bowiem strony umowy mogą rozszerzyć zakres obowiązków określonych ustawą, jednak wymaga to jednoznacznego określenia

W związku z tym, że spór dotyczył kwestii wymagających dla ich rzeczowej oceny wiadomości specjalnych, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia przyczyn które spowodowały opóźnienie w realizacji przez powoda robót budowlanych w ramach zamówienia publicznego pn. "Przebudowa ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) w S. ramach zadania" Przebudowa ul. (...) na odcinku ul. (...) do C. oraz budowa ul. (...)" w stosunku do terminu ustalonego w umowie tj. 7 września 2011r.

Stosując powyższe wytyczne, w wydanej przez siebie opinii biegły jednoznacznie przesądził, że po przeanalizowaniu przedstawionego przez strony materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy należy stwierdzić, że wina za opóźnienie jest obustronna jednak główna wina za opóźnienie leży po stronie pozwanego. Biegły dokonał dwu wariantowego rozliczenia przyczyn opóźnienia analizując indywidualnie każdy z zarzutów przywołanych przez powoda co ostatecznie pozwoliło na ustalenie, iż powodowi można przypisać odpowiedzialność za 11 z 91 dni zwłoki w terminowym zakończeniu realizacji zadania.

Sąd w całości podzielił wydaną przez biegłego opinię. Opinia biegłego A. M. (1) charakteryzuje się dużą fachowością i jest wynikiem pełnej i dogłębnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego. Przede wszystkim należy ocenić ją jako opinię wyjaśniającą kwestie wskazane w zleceniu. Jest ona logiczna i jednoznaczna, a co istotne wnioski w niej zawarte nie zostały skutecznie zakwestionowane przez strony procesu. Ponadto wskazać należy, iż przy jej opracowywaniu biegły wykorzystał fachową literaturę przedmiotu, co świadczy zdaniem Sądu o rzetelnym i profesjonalnym jej przygotowaniu. Zarzuty strony pozwanej do powyższej opinii w ocenie Sądu sprowadzały się jedynie do polemiki z wnioskami z niej płynącymi, opartej na subiektywnej ocenie materiału dowodowego.

Nadto opinia jest spójna, zrozumiała, stanowcza i weryfikowalna z uwagi na jasność zawartych w nich treści. Nie istniały też wątpliwości co do wiedzy i biegłego, którą starała się końcowo zakwestionować pełnomocnik pozwanego.

Sporządzone w sprawie opinie Sąd rozpatrywał całościowo, albowiem konieczność dopuszczenia dowodu z opinii drugiego biegłego tej samemu specjalności nie była wynikiem dyskwalifikacji opinii pierwszego biegłego, a jedynie potrzeba ta wynikała z jednego tylko zarzutu pozwanego, iż biegły tego rodzaju opinię obejmującą specyfikę robót drogowych wykonywał po raz pierwszy, co potwierdził w trakcie ustnej opinii wyjaśniającej. Sąd zwrócił się zatem o opinię do innego - drugiego biegłego sądowego spoza okręgu działania biegłego A. M. (1), o niekwestowanych kwalifikacjach z zakresu budownictwa drogowego, dla uzyskania niepodważalnego przekonania, że opinia biegłego

A. M. (1) stanowi miarodajne źródło dowodowe dla stwierdzenia istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okoliczności. Wnioski płynące z treści opinii biegłego E. F. (1) nie tylko były zbieżne z wcześniejszą opinią, ale wręcz zmiażdżyły linię obrony pozwanego. Obie opinie oceniane łącznie Sąd uznał za pełne, wyczerpujące, udzielające odpowiedzi na zadane pytania, dlatego też nie można odmówić im wiarygodności i mocy dowodowej. Wniosków płynących z powyższych opinii strona pozwana nie zakwestionowała. Obaj biegli zgodnie wywiedli, że ilość błędów i niedociągnięć po stronie pozwanego jako odpowiedzialnego za przygotowanie inwestycji do realizacji, była tego rodzaju, że dużą dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, że już w dacie zawierania umowy dotrzymanie określonych w niej terminów było w zasadzie niemożliwe.

Opinia biegłego podlega, tak jak i inne dowody ocenie według art.233 §1 k.p.c., lecz odróżniają ją szczególne kryteria oceny. Stanowią je zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej wniosków. Przedmiotem opinii biegłego nie jest przedstawienie faktów, lecz ich ocena na podstawie wiedzy fachowej ( wiadomości specjalne ). Nie podlega ona zatem weryfikacji jak dowód na stwierdzenie faktów na podstawie kryterium prawdy i fałszu. Zgodnie z art.233 §2 k.p.c. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego.

Zagadnienie czy Sąd powinien powoływać innych biegłych i wzbogacać materiał dowodowy o kolejne opinie , zostało wyjaśnione w wyroku SN z dnia 15.02.1974r., (...) ( nie publ.), zgodnie z którym do dowodu z opinii biegłego nie mogą mieć zastosowania wszystkie zasady prowadzenia dowodów, a w szczególności art.217§1 k.p.c. Jeżeli więc sąd uzyskał od biegłych wiadomości specjalne niezbędne do merytorycznego i prawidłowego orzekania , to nie ma potrzeby żądania ponowienia lub uzupełnienia tego dowodu. Powołanie kolejnego biegłego jest uzasadnione wówczas tylko, gdy sporządzona przez dotychczasowego biegłego opinia jest niepełna, niezrozumiała, i nie udziela odpowiedzi na postawione w zleceniu pytanie. Jak podniesiono już we wcześniejszych uwagach, w przedmiotowej sprawie żadna z przytoczonych przesłanek nie zachodziła. Wielokrotnie też Sąd Najwyższy stwierdzał, że potrzeba powołania innego biegłego powinna wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii, gdyż odmienne stanowisko oznaczałoby przyjęcie, że należy przeprowadzić dowód z wszystkich możliwych opinii biegłych, aby upewnić się, czy niektórzy z nich nie byli tego samego zdania, co strona (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 1999 r., (...), z dnia 14 maja 1997 r., (...), wyrok z dnia 18 września 1997 r., (...), oraz wyrok z dnia 10 grudnia 1997 r., (...))

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, które zgodnie z zasadą swobody umów może być wprowadzone do treści umowy, mając na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami poprzez skłonienie strony zobowiązanej do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Stanowi ona niejako gwarancję spełnienia świadczenia przez dłużnika. Kara umowna może być zastrzeżona we wszelkich rodzajach umów, zarówno nazwanych, nienazwanych, rezultatu, jak i starannego działania, jeżeli tylko przedmiotem umowy jest świadczenie niepieniężne. Jak już wskazano, kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011r. (...), z dnia 6 października 2010r., (...), z dnia 11 stycznia 2008r (...) OSP 2012, nr 7-8. poz. 76).

Tym samym, o ile nic innego nie wynika z umowy, a taka jest sytuacja w niniejszej sprawie, powód winien wykazać, iż nie ponosi winy za powyższe opóźnienie (odwrócony ciężar dowodu w art. 471 k.c.).

Mając na uwadze wyżej wskazane rozważania należy uznać, iż materiał dowodowy zebrany w sprawie, wskazał, że powód przeprowadził skuteczną ekskulpację, tym samym nie odpowiada on za całe powstałe opóźnienie w wysokości 91 dni. Oznacza to tym samym, iż pozwany nie zasadnie przystąpił do naliczania kary umownej za cały ten okres.



Biegli w oparciu o materiał dowodowy zaoficerowany przez obie strony procesu, zgodnie uznali, że wynoszące 91 dni opóźnienie w znacznej części ( 80 dni) obciąża pozwanego, który nie należycie przygotował inwestycje od strony projektowo-technicznej, a później nie współpracował z powodem, i pomimo tego, że już po miesiącu wiedział, iż termin umowy z przyczyn leżących po jego stronie nie zostanie dotrzymany, nie uzgodnił z powodem nowego terminu zakończenia realizacji robót, tylko wykorzystał postanowienia umowy dla własnej korzyści.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że niewątpliwie doszło do przedłużenia terminu wykonania umowy łączącej strony, tym niemniej z okoliczności sprawy wynika, że pozwany niezasadnie obciążył powoda spółkę (...) karą umowną za zwłokę w realizacji umowy. Powodowi bowiem udało się dowieść istnienia przesłanki ekskulpacyjnej, a mianowicie, że opóźnienie w zakończeniu zleconych mu w umowie robót budowlanych, było spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialności w całości nie ponosi (art. 476 zd. 2 k.c.). Z tych też względów, podniesiony zarzut potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, nie mógł odnieść skutku co do kwoty 285.393,38 zł.

Zważywszy na wnioski opinii biegłych zasadnym było pomniejszenie wynagrodzenie o kwotę 39.241,62 zł stanowiącą iloczyn 11 dni i kwoty 3.567,42 zł stanowiącej 0,1 % wynagrodzenia umownego określonego w umowie.

Z tych względów jak powyżej wskazano Sąd orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Na podstawie art. 481 kc Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda ustawowe odsetki. Jako datę początkową, od której biegną odsetki za opóźnienie od zasądzonej kwoty Sąd przyjął, zgodnie z żądaniem pozwu, datę terminu płatności określoną w fakturze czego pozwany w odpowiedzi na pozew nie kwestionował.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i art. 100 k.p.c., mając na uwadze zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów oraz zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Przesądziwszy o zasadzie ponoszenia kosztów procesu Sąd – stosownie do możliwości wyrażonej w dyspozycji art. 108 k.p.c. – pozostawił szczegółowe określenie wysokości kosztów referendarzowi sądowemu.

Na oryginale właściwy podpis