

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 27 marca 2015 roku powód A. W. wniósł o zasądzenie od pozwanego - Gminy M. - kwoty 78.339,62 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa oraz o zwrot kosztów procesu. W uzasadnieniu powód wskazał, iż dochodzona pozwem kwota stanowi nieuiszczone wynagrodzenie z tytułu wykonanych prac w postaci budowy chodnika z uwagi na nieuzasadnione naliczenie przez pozwanego kar umownych oraz weryfikację kosztorysu powykonawczego, a także naliczone odsetki za opóźnienie w zapłacie. Powód podniósł, iż opóźnienia w wykonaniu prac były wynikiem błędów w dokumentacji projektowej, konieczności wykonania prac dodatkowych, warunków atmosferycznych a także opóźniania czynności odbiorowych przez pozwanego.

[pozew k-3-8].

Postanowieniem z dnia 6 maja 2015 r. powód został zwolniony od obowiązku poniesienia opłaty od pozwu w kwocie powyżej 2.000,00 złotych natomiast w pozostałym zakresie wnioszek został oddalony (w tym co do zwolnienia od kosztów sądowych w całości)

[postanowienie k-138-138v].

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zwrot kosztów procesu podnosząc, iż pozwany zawyżył w kosztorysie powykonawczym wartość prac i nie sporządził inwentaryzacji stanu pierwotnego, co skutkowało wyliczeniem przez pozwanego wartości wykonanych prac na kwotę 410.493,10 złotych, a ponadto pozwany naliczył karę umowną za opóźnienie w wykonaniu prac na kwotę 53.067,49 złotych, którą to kwotę potrącił z należnego powodowi odszkodowania.

[odpowiedź na pozew k-145-149v].

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 9 kwietnia 2013 r. strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych w postaci budowy chodnika o długości 1541 mb. w miejscowości Ś. i Ś. w ramach projektu realizowanego ze środków (...) Funduszu Rolnego na rzecz (...) O. (...) na lata 2007-2013. Termin wykonania umowy strony ustaliły na dzień 30 sierpnia 2013 r., zaś teren budowy miał zostać przekazany powodowi do dnia 22 kwietnia 2013 r. [umowa k-41-54].

Zgodnie z § 3 umowy powód (wykonawca) zobowiązany był do informowania pisemnego pozwanego (zamawiającego) o konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych wraz z oszacowaniem ich wartości, a także o zagrożeniach mogących wpływać na tok realizacji inwestycji i jakość robót oraz opóźnienie planowanej daty zakończenia prac. W przypadku konieczności wykonania prac dodatkowych wykonawca nie miał prawa ich realizować bez zawarcia odrębnej umowy.

Do zgłoszenia odbioru końcowego wykonawca zobligowany był dołączyć certyfikaty i atesty materiałów, oryginał dziennika budowy, protokoły odbiorów technicznych, rozliczenie końcowe robót, protokoły badań i sprawdzeń oraz kosztorysy powykonawcze potwierdzone przez kierownika budowy i inspektora nadzoru. Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia czynności odbiorowych w terminie 5 dni od zawiadomienia, natomiast brak przedstawienia przez wykonawcę wymienionych wyżej wymaganych dokumentów uprawniało, zgodnie z umową (§ 6.5) zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem do czasu uzupełnienia dokumentów.

Strony przewidziały także kary umowne, przy czym z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy ustalona została kara w wysokości 0,2% dziennie szacunkowego wynagrodzenia brutto, w stosunku do umownego terminu zakończenia prac (§ 13.1a).

Wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy zostało ustalone jako wynagrodzenie kosztorysowe, szacunkowo wyliczone przez wykonawcę na kwotę 449.724,69 złotych z VAT. Ostateczna wartość wynagrodzenia miała zostać ustalona w oparciu o kosztorys powykonawczy przy zastosowaniu cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym. Sporządzenie protokołu bezusterkowego stanowić miało podstawę do wystawienia faktury, której termin płatności ustalony został na 21 dni od dostarczenia faktury zamawiającemu (§ 14).

Strony dopuściły także w umowie możliwość m.in. zmiany terminu wykonania prac w przypadku zmian w rozwiązaniach technicznych w dokumentacji projektowej, a także w przypadku gdy warunki atmosferyczne obiektywnie uniemożliwią prowadzenie robót zgodnie z technologią, przeprowadzanie prób i sprawdzeń oraz dokonywanie odbiorów oraz w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych. Warunkiem przesunięcia terminu jest złożenie przez wykonawcę pisma z uzasadnieniem i udokumentowaniem tych okoliczności w terminie 7 dni od powzięcia o nich wiedzy (§16)

[umowa k-41-54, SIWZ k-106-117].

Pozwany przekazał powodowi teren budowy w dniu 22 kwietnia 2013 r. [protokół k-55].

Pozwany pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. zwrócił się do powoda z zapytaniem w jakim terminie rozpoczną się prace związane z budową chodnika i przypomnieniem terminu umownego oraz zastrzeżeniem naliczenia kar umownych [pismo k-59].

W dniu 28 czerwca 2013 r. powód zawiadomił Starostę (...) i Policję o rzeczywistym terminie wprowadzenie organizacji ruchu wskazując dzień 8 lipca 2017 r.

[zawiadomienie k-56-57].

Kolejnym pismem z dnia 22 lipca 2013 r. pozwany wezwał powoda do przystąpienia do wykonania prac wskazując, iż nie występują żadne z określonych w umowie okoliczności uzasadniające przedłużenie terminu (warunki atmosferyczne, zmiany projektowe). Wójt wezwał powoda do zajęcia stanowiska do dnia 30 lipca 2013 r. z zagrożeniem odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych z tego tytułu [pismo k-58].

Pierwszym etapem były prace geodezyjne, a ponadto istniał wymóg powiadomienia archeologa, który miał stwierdzić czy teren należy do objętych ochroną archeologiczną, natomiast technologia i racjonalność wykonania prac i zamawiania materiałów uniemożliwiała rozpoczęcie i prowadzenie prac w różnych punktach, w zależności od stopnia zawilgocenia podłoża [wyjaśnienia powoda e-protokół z dnia 28 listopada 2017 r., transkrypcja k-230 i n.].

Został wykonany przez geodetę pomiar stanu pierwotnego oraz kolejny pomiar geodezyjny po wykorytowaniu i zakończeniu robót ziemnych (które odbiegały od wartości projektowych). Inwentaryzacja geodezyjna stanu pierwotnego została przesłana w formie e-mail do pozwanego, ale nie została uwzględniona przez inspektora nadzoru, który weryfikował kosztorys [zeznania św. J. S. e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-186-186v, adnotacje 00.36.53-00.42.37; zeznania św. M. D. – S. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-226, adnotacje 00.24.51 i 00.40.09].

W maju, czerwcu i w lipcu zdarzały się opady deszczu, które uniemożliwiały wykonywanie prac, z uwagi na wilgotność podłoża i konieczność oczekiwania na jego osuszenie bądź wymagało to wymiany podłoża (piasku) [zeznania świadków: J. S. e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-186v, adnotacje 00.42.37; M. K. e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-186v-187, adnotacje 00.57.32; T. L. e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-188, adnotacje 01.54.17-02.08.44; Ł. B. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-224, adnotacje 00.08.26 – 00.19.23].

Z dziennika budowy wynika, iż pierwszy wpis został dokonany w dniu 8 lipca 2013 r. i tego dnia również zostały dokonane oględziny terenu i dokumentacja fotograficzna przez archeologa. Następny wpis został dokonany w dniu 6 sierpnia 2013 r. przez inspektora nadzoru i wynika z niego, że wykonawca rozpoczął prace w dniu 5 sierpnia 2013

r. Inspektor zawarł także szereg zastrzeżeń dotyczących braku wytyczenia robót i wpisu geodety oraz harmonogramu prac, a także podkreślił zagrożenie zachowania terminu zakończenia prac [kserokopia dziennika budowy k-158-159].

Prace rozpoczęły się na początku sierpnia 2013 r. [zeznania św. M. D. – S. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-226, adnotacje 00.24.51; zeznania św. T. W., e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-187, adnotacje 01.20.55; zeznania św. M. M. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-226, adnotacje 01.03.15; zeznania św. A. S. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-228, adnotacje 01.40.30].

W piśmie z dnia 5 sierpnia 2013 r. pozwany wstrzymał wykonanie prac powoda w związku z wejściem na budowę tego dnia pracowników powoda bez powiadomienia zamawiającego i inspektora nadzoru oraz braku przedstawienia projektu organizacji ruchu, BIOS, Dziennika budowy i harmonogramu prac. Z kolei w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r. pozwany zarzucił powodowi prowadzenie prac niezgodnie z dokumentacją projektową i SIWZ [pisma k-96,95].

Z przedstawionych wydruków prognozy pogody za miesiące maj-październik 2013 r. (ze strony AccuWeather) wynika, że w miesiącu maju prognozowane były opady podczas 17 dni, w czerwcu podczas 14 dni, w lipcu podczas 8 dni, w sierpniu podczas 5 dni, we wrześniu podczas 17 dni natomiast w październiku podczas 5 dni, tj. łącznie 66 dni. Jednocześnie z wydruków tych wynika, iż w połowie tych dni (35 dni) wielkość prognozowanych opadów wahała się w granicach od 1-5 mm [wydruki k-79-90].

Z danych Instytutu (...) - ze stacji pomiarowej w S. – wynika, że w maju opady deszczu miały miejsce w czasie 16 dni, przy czym przekraczały ilość 5 mm na 1 m² na dobę w czasie 9 dni. Z kolei w czerwcu opady występowały w czasie 12 dni, zaś powyżej 5 mm w czasie 7 dni, natomiast w lipcu opady miały miejsce w ciągu 7 dni, a powyżej 5 mm - 1 dnia. W sierpniu, gdy prace były już prowadzone opady miały miejsce w czasie 9 dni, a powyżej 5 mm w czasie 4 dni. We wrześniu opady występowały w czasie 16 dni, a powyżej 5 mm – w czasie 3 dni [tabela dobowej sumy opadów k-203].

Pomimo kilkakrotnie stwierdzanego braku oznakowania i zabezpieczenia prac prowadzonych przy drodze, prace nie były wstrzymane z tego powodu [zeznania św. M. S. e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-185v-186, adnotacje 00.23.32 – 00.31.54].

Powód do końca sierpnia 2013 r. nie zgłaszał braku możliwości wykonywania prac z uwagi na warunki pogodowe. Dziennik budowy często nie był dostępny inspektorowi nadzoru [zeznania św. T. W., e-protokół z dnia 10 marca 2016 r. k-187, adnotacje 01.31.03; zeznania św. M. M. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-226-227, adnotacje 01.03.15 i 01.20.09; zeznania św. M. D. – S. e-protokół z dnia 2 lutego 2017 r., k-225, adnotacje 00.36.20, wyjaśnienia powoda e-protokół z dnia 28 listopada 2017 r., transkrypcja k-231].

Pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r. powód zwrócił się o przedłużenie terminu realizacji robót do dnia 27 września 2013 r. na ponadnormatywne opady deszczu [pismo k-78].

Pozwany wzywał powoda do złożenia aktualnych dokumentów (organizacji ruchu i polisy OC) pismem z dnia 5 września 2013 r. z uwagi na upływ terminów ważności poprzednio złożonych. Starosta (...) przedłużył stosowanie organizacji ruchu do dnia 10 października 2013 r. [pismo k-76, przedłużenie k-75].

Po zgłoszeniu przez powoda w dniu 27 września 2013 r. gotowości do odbioru pozwany wskazał, iż na dzień 1 października 2013 r. stan zaawansowania robót jest daleki od zakończenia, a ponadto jakość prac nie kwalifikuje ich do odbioru [pismo k-74].

W dniu 28 października 2013 r. powód zgłosił gotowość do odbioru po usunięciu wad i usterek oraz przedstawił dokumentację powykonawczą inspektorowi nadzoru. Pismem z dnia 5 listopada 2013 r. pozwany wezwał powoda do jej uzupełnienia poprzez złożenie szeregu dokumentów wymienionych w tym piśmie. W dniu 6 listopada 2013 r. powód przesłał ponownie w innym formacie inwentaryzację geodezyjną stanu przed rozpoczęciem robót, (...) [zgłoszenie k-72, pismo k-71 i k-70, wpisy w dzienniku budowy k-169].

Pozwany powiadomił powoda pismem z dnia 13 listopada 2013 r. o planowanym terminie odbioru na dzień 15 listopada 2013 r. [pismo k-69].

Kosztorysowa wartość robót wyliczona w 2012 r. wynosiła 510.250,47 złotych z VAT dla miejscowości Ś. i 415.487,19 złotych z VAT dla miejscowości Ś. [kosztorysy inwestorskie z grudnia 2012 r. k-152-157].

Zgodnie ze sporządzonym przez powoda kosztorysem powykonawczym wartość prac zrealizowanych w ramach zawartej umowy wyniosła łącznie 428.316,74 złotych z VAT. Kosztorys ten został zweryfikowany przez pozwanego do kwoty 410.493,10 złotych [kosztorys wraz z naniesionymi odręcznie korektami k-97-100].

Powód w piśmie doręczonym pozwanemu w dniu 3 grudnia 2013 r. wyjaśniał, iż przyczyną odmowy podpisania protokołu odbioru w dniu 25 listopada 2013 r. było zaniżenie wielkości wykonanych prac pomimo wcześniejszego braku kwestionowania ich wykonania i odbiorów częściowych i zweryfikowanie do wartości przedmiaru robót [pismo z potwierdzeniem odbioru k-61].

W odpowiedzi pozwany pismem z dnia 5 grudnia 2013 r. wezwał powoda do podpisania protokołu odbioru i wystawienia faktury zgodnie z wyliczeniem dokonany przez pozwanego [pismo k-62-63].

W kolejnym piśmie powód odmówił podpisania protokołu z zaniżonym zakresem wykonanych prac i zastrzegł wystąpienie na drogę postępowania sądowego [pismo k-65-66].

Powód wystawił w dniu 12 grudnia 2013 r. fakturę nr (...) za wykonane prace na kwotę 428.316,74 złotych z VAT, z terminem płatności do dnia 2 stycznia 2014 r. Pozwany dokonał w dniu 3 lutego 2014 r. zapłaty kwoty 357.425,55 złotych.

[faktura k-39, potwierdzenie przelewu k-40].

Instytucja finansująca (Samorząd Województwa (...)) odmówiła wypłaty części przyznanej pomocy w kwocie 544,20 złotych z uwagi na brak dokumentacji geodezyjnej powykonawczej. Ostatecznie dokonano płatności dofinansowania w kwocie 148.772,67 złotych [pismo k-181, raport z czynności kontrolnych k-180].

Pozwany, oprócz weryfikacji kosztorysu powoda do kwoty 410.493,10 złotych dokonał również naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu prac za okres 59 dni (tj. za okres od 31 sierpnia 2013 r. do dnia 28 października 2013 r.) w kwocie 53.067,49 złotych (tj. według stawki z umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień) i dokonał potrącenia tej kary z wynagrodzeniem powoda [okoliczności niesporne i przyznane].

Powód nie wykonywał prac dodatkowych, nieuwjętych w kosztorysie ofertowym, a jedynie ilość i wartość wykonanych prac (zmiana wielkości obmiarów) były odmienne niż w projekcie, który przewidywał wartości szacunkowe. Zwiększenie tej ilości prac nie wpływało na czas wykonania umowy, bowiem korekta dotyczyła zarówno obmiarów „na plus” i „na minus”. Wartość rzeczywiście wykonanych przez powoda prac wyniosła **425.737.55 złotych**. Dokumentacja projektowa nie zawierała wad [opinia biegłego k-287-288; transkrypcja opinii ustnej biegłego k-375-376].

Warunki pogodowe nie miały wpływu na czas realizacji robót biorąc pod uwagę termin umowny wykonania prac, nie było żadnych wpisów w dzienniku budowy, które dokumentowałyby brak możliwości wykonania prac z uwagi na opady deszczu [opinia biegłego k- 285-286, k-288; opinia uzupełniająca k-331-333; transkrypcja opinii ustnej biegłego k-377-378, k-382, k-388-389, k-396

Prace wykonane przez powoda są dobrej jakości [transkrypcja opinii ustnej biegłego k-414-415].

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci dokumentów, których prawdziwości żadna nie kwestionowała oraz uzupełniająco w oparciu o zeznania świadków, wyjaśnienia powoda i opinię biegłego. Wydana w sprawie opinia biegłego, stanowiąca również istotną podstawę

ustaleń faktycznych dokonanych w sprawie (co do zakresu i wartości prac powoda oraz częściowo co do przeszkód w możliwości wykonania prac w terminie), została sporządzona w sposób profesjonalny i fachowy oraz nie wzbudzający wątpliwości co do przedstawionych tez i ich uzasadnienia, co pozwoliło uznać ją za kompletną i wyczerpującą. Biegły udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania zawarte w tezie dowodowej, jak również ustosunkował się do zastrzeżeń poczynionych przez strony sporu. Wnioski sprecyzowane przez biegłego w treści opinii nie zostały skutecznie podważone przez żadną ze stron procesu i nie budziły wątpliwości również w świetle zasad doświadczenia życiowego.

W tym miejscu podkreślić należy, iż co do warunków pogodowych Sąd dostrzega, iż zeznania świadków do których odwołuje się strona powodowa i zeznania świadków strony pozwanej pozostają ze sobą w istotnej sprzeczności. Część świadków podaje, iż prac nie można było prowadzić bo było kolokwialnie rzecz ujmując „bagny”, natomiast druga grupa świadków wskazuje, że pogoda była bardzo dobra, nie było żadnych ponadnormatywnych opadów. Załączone przez powoda wydruki z aplikacji (...) nie mogą stanowić podstawy do czynienia ustaleń pewnych gdyż mają one charakter prognozy, a nie potwierdzenia faktu. Z nadesłanych danych z Instytutu (...) wynika, iż owszem zdarzały się opady w maju i czerwcu, jednakże ilość dni z opadami powyżej 5 mm/1m² miała miejsce w czasie 16 dni przez te dwa miesiące. Ilość dni z opadami była większa w sierpniu niż lipcu (i ich intensywność też była większa). Ze zdjęć złożonych przez powoda (k-366) również nie wynika aby były zastoiny wody (poza dwoma zdjęciami, z których jednakże trudno odczytać jaki fragment prac przedstawiają). Co do tych fotografii również nie można określić z jakiej daty pochodzą, a zatem czy dotyczą okresu przed sierpniem 2013 r. czy też czasu trwania już intensywnych prac. Z tych też względów Sąd uznał, iż w okresie maj-lipiec występowały opady, jednakże ich ilość ani częstotliwość nie utrudniała w sposób nadmierny możliwości prowadzenia prac (co potwierdza także opinia biegłego). Wskazać także należy, iż żadna ze stron nie zgłosiła wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu meteorologii, zaś jedynie tego typu opinia stanowiłaby w miarę pewne i obiektywne źródło wiedzy co do warunków pogodowych.

Sąd nie uwzględnił wniosku powoda o powołanie biegłego z zakresu geologii uznając, iż strona powodowa nie powoływała się ani w pozwie ani wcześniej aby występowały przy wykonywaniu prac jakieś szczególne warunki gruntowe, które nadmiernie utrudniały prowadzenie prac w powiązaniu z warunkami pogodowymi, a zatem wniosek ten należało uznać po pierwsze za bezprzedmiotowy a w dalszej kolejności za spóźniony w świetle art. 207 § 6 k.p.c. Strona powodowa jako profesjonalista w tym zakresie niewątpliwie była w stanie jeszcze przed przystąpieniem do przetargu zapoznać się z warunkami gruntowymi dokonując chociażby odkrywek, a jednocześnie jak już wskazano, nie powoływała się aby te warunki gruntowe były istotnie różne od występujących na innych budowach. Na marginesie tylko dodać można, że z zeznań świadków (M. D. – S., M. M., A. S., czy też M. S. i T. W.) wynika, że grunty w tamtym obszarze są raczej przepuszczalne, za wyjątkiem okolic rzeczki. Mając na względzie powyższe Sąd uznał, iż w sprawie nie powstała potrzeba powołania biegłego z zakresu geologii.

Podobnie Sąd nie uwzględnił wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa. Okoliczność, iż strona nie podziela wniosków płynących z opinii, przy jednoczesnym braku jej skutecznego podważenia, nie stanowi podstawy do powołania innego biegłego. Podnoszone natomiast przez powoda zarzuty dotyczące braku wskazania nazwisk osób z Instytutu (...) z którymi biegły czy podana ilość opadów jest określana dobowo oraz poszczególne zakresy intensywności opadów nie mają znaczenia. Wskazanie nazwisk tych osób nie miało bowiem znaczenia, gdyż strona powodowa nie zgłaszała zastrzeżeń co do przedziałów, w jakich ilość opadów (mm) jest klasyfikowana jako niewielka czy intensywna, a zatem nawet ewentualny wniosek o ich przesłuchanie nie miałby podstaw. Jednocześnie podkreślić należy, że zastrzeżenia co do ilości opadów mogłyby być ewentualnie przedmiotem opinii biegłego z zakresu meteorologii.

Niezależnie jednak od powyższego najistotniejsze znaczenie ma w niniejszej sprawie nie tyle kwestia czy były mniej lub bardziej intensywne opady, ale to czy w świetle treści umowy zwalniało to powoda od obowiązku dotrzymania terminu. Powód w swoich obszernych wyjaśnieniach kilkakrotnie odwoływał się do zapisów umowy dotyczących obowiązku uwzględnienia warunków pogodowych dla zachowania terminu zakończenia prac. Najwyraźniej jednak uwadze strony powodowej umyka, iż z treści umowy wynika prawo żądania przesunięcia terminu zakończenia prac m.in. z uwagi na warunki pogodowe uniemożliwiające prowadzenie prac zgodnie z technologią, przy czym okoliczności te nie tylko muszą być udokumentowane, ale przede wszystkim przesunięcie terminu może nastąpić na pisemny wniosek złożony

w terminie 7 dni od daty po powzięciu wiadomości o takiej okoliczności (§16 pkt 7 in fine umowy). Szerzej na temat skutków niedochowania tego wymogu w rozważaniach prawnych.

Sąd z przywołanych wyżej względów nie dał jednocześnie wiary wyjaśnieniom powoda co do braku realnej możliwości prowadzenia prac z uwagi na warunki pogodowe, ilość robót dodatkowych oraz zmian i wad projektowych, a także twierdzeniom strony powodowej, że dziennik budowy miał charakter jakiegoś „zeszytu” prowadzone tylko na wnioski inspektora nadzoru i nie mającego dla żadnej ze stron większego znaczenia z uwagi na rodzaj prowadzonych prac (wyjaśnienia powoda e-protokół z dnia 28 listopada 2017 r., transkrypcja k-241, k-247). Strona powodowa nie wykazała także aby zgłaszała pozwanemu – przed końcem sierpnia 2013 r. - brak możliwości prowadzenia prac z uwagi na warunki pogodowe. Powód wskazywał, iż ustnie informował o tym przedstawicieli pozwanego, co jednakże pozostaje w sprzeczności z zeznaniami świadków M. D.-S., M. M. i T. W. oraz postanowieniami umowy. Przywoływana przy tym na okoliczność dokonywania takiego zgłoszenia korespondencja mailowa (pозew) nie została złożona (oświadczenie pełn. powoda, e-protokół z dnia 20 lutego 2018 r. k-278, adnotacja 00.07.41).

Stosownie do treści art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Treść art. 6 k.c. zawiera dwie ogólne reguły: po pierwsze wymóg generalny udowodnienia powołanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, oraz drugą regułę, która obciąża obowiązkiem wykazania (dowodu) danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ze względów racjonalnych „zasada obowiązku udowodnienia powoływanego faktu” jest niezbędna, ponieważ odmienna regulacja powodowałaby powstanie niedopuszczalnej łatwości wywodzenia skutków prawnych z prostego powołania się na fakt bez potrzeby jego udowodnienia. Reguła druga zaś stanowi „ogólną zasadę rozkładu ciężaru dowodu”, od której wyjątki wskazywać mogą niektóre przepisy szczególne.

W ocenie Sądu strona powodowa nie sprostала spoczywającemu na niej ciężarowi dowodu co do wykazania, iż opóźnienie w wykonaniu prac powstało z przyczyn niezależnych (warunki pogodowe) bądź leżących po stronie pozwanego (wady dokumentacji, roboty dodatkowe i opóźnianie odbioru). W tym miejscu wskazać należy, iż podnoszone w pozwie opóźnianie dokonania odbioru prac powoda nie znalazło żadnego potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Owszem powód zgłosił gotowość odbioru z końcem września 2013 r. jednakże strona pozwana zakwestionowała nie tylko jakość prac ale przede wszystkim wykonanie całości prac, co skutkowało dokonaniem rzeczywistego odbioru w dniu 28 października 2013 r. Powód nie wykazał przy tym, ani nawet nie podjął takiej próby, aby odmowa dokonania odbioru na koniec września była nieuzasadniona. Z dziennika budowy również wynika, że kierownik budowy dokonał zgłoszenia do odbioru końcowego prac w dniu 28 października 2013 r.

Sąd poczynił także ustalenia przy zastosowaniu art. 230 k.p.c. w zw. z art. 210 § 2 k.p.c. Zgodnie z treścią art. 210 § 2 k.p.c. każda ze stron obowiązana jest do złożenia oświadczenia co do twierdzeń strony przeciwnej, dotyczących okoliczności faktycznych. Brak zajęcia stanowiska może stanowić podstawę do zastosowania art. 230 k.p.c. (por. Bodio J., Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O., Telenga P., Wójcik M.P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna, 2008, wyd. III). „Przyznanie może być [...] dorozumiane, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach. W takim wypadku sąd może uznać te fakty za przyznane (art. 230 k.p.c.). Zatem bierność pozwanego może prowadzić do ustalenia faktów wyłącznie na podstawie twierdzenia powoda. Jeżeli więc pozwany nie wypowie się co do żadnego faktu przytoczonego przez powoda, sąd może oprzeć rozstrzygnięcie na stanie faktycznym ustalonym tylko na podstawie twierdzeń powoda.”.

W przedmiotowej sprawie w oparciu o treść art. 210 § 2 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. Sąd uznał za ustaloną w drodze przyznania (przez obie strony – w pozwie i odpowiedzi na pozew) okoliczność naliczenia kar umownych w kwocie 53.067,49 złotych i dokonanie potrącenia tej kwoty z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 647 k.c. stronami umowy o roboty budowlane są inwestor i wykonawca, na których ciążyą określone ustawowo obowiązki. Wykonawca jest zobowiązany do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego

zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, zaś inwestor do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W przedmiotowej sprawie pomiędzy stronami kwestią sporną pozostawała wartość wykonanych prac (biorąc pod uwagę przewidziane umową rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym) oraz zasadność naliczenia kar umownych w kontekście pomniejszenia wynagrodzenia powoda (w wyniku potrącenia).

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności opinii biegłego, wynika, że wartość prac powoda została zaniżona przez pozwanego w wyniku dokonanej korekty sporządzonego przez powoda kosztorysu powykonawczego. Powyższe wynikało w szczególności z pomniejszenia obmiarów wykonanych prac ziemnych, czego przyczyną było najprawdopodobniej nieuwzględnienie obmiarów stanu pierwotnego. Z zeznań świadka T. W. wynika wprost, że nie została mu przekazana przesłana pozwanemu w drodze mailowej inwentaryzacja geodezyjna stanu pierwotnego (abstrahując od przyczyny – czy był to brak możliwości otwarcia pliku – bowiem pozwany nie wzywał powoda do złożenia tego dokumentu w innej formie, czy formacie). Dokonane przez stronę pozwaną korekty kosztorysu powykonawczego powoda były w znacznej mierze niezasadne. Powód wykonał prace, których wartość była i tak niższa niż zakładana w kosztorysie ofertowym. Za wykonane prace należało się zatem powodowi wynagrodzenie w wysokości 425.737,55 złotych (z podatkiem VAT). Różnica pomiędzy wartością ustaloną przez pozwanego (410.493,10 złotych, k-98) a wartością wykonanych rzeczywiście prac wynosi zatem 15.244,45 złotych (z uwzględnieniem VAT). Sąd uznał zatem za uzasadnione żądanie pozwanego z tytułu dopłaty do wartości rzeczywiście wykonanych prac w zakresie kwoty 15.244,45 złotych i taką też kwotę zasądził na rzecz powoda, oddalając powództwo w pozostałym zakresie (tj. co do żądania z tego tytułu kwoty 2.579,19 złotych).

Drugą kwestią istotną dla rozstrzygnięcia sprawy była zasadność naliczenia kar umownych i ich potrącenia z wynagrodzeniem powoda.

Pozwany w toku procesu nie kwestionował zasadności roszczenia powoda tytułem wynagrodzenia (w zakresie wyliczonym w zweryfikowanym kosztorysie), powołując się na fakt złożenia oświadczenia o potrąceniu przysługującej powodowi wierzytelności z wzajemną wierzytelnością pozwanego z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Strona pozwana przyznała fakt istnienia wzajemnego zobowiązania względem powoda, które jednak, przy założeniu skuteczności prawnej potrącenia, doprowadziło w myśl art. 498 § 2 k.c. do umorzenia wierzytelności objętej pozwem, a tym samym do wygaśnięcia zobowiązania.

Podstawową zatem kwestią podlegającą rozstrzygnięciu była zatem ocena skuteczności i zasadności dokonanego potrącenia z tytułu naliczonych kar umownych.

Zgodnie z art. 483 §1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 §1 k.c.). W orzecznictwie dominuje pogląd, iż zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w tym sensie, że wierzyciel wykazać powinien jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Dłużnik zaś nie może zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej poprzez wykazanie, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 06.11.2003r. - zasada prawna, III CZP 61/03, Biuletyn SN 2003/11/5, OSNC 2004/5/69, LEX nr 81615). Stosownie zaś do treści art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Niewątpliwie kwestia wystąpienia po stronie zamawiającego szkody jak i jej wysokość nie mają co do zasady wpływu na roszczenie z tytułu kar umownych.

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543). Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy

zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 kc – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX).

Jednocześnie ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 544; A. Rembieniński (w:) Kodeks..., s. 478). Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 957). Zastrzeżenie kary umownej jest więc środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie więzi między stronami (W. C., A. B., M. S., E. S.-B., Zobowiązania..., s. 340).

Funkcja symplifikacyjna kary umownej wiąże się z ułatwieniem dla wierzyciela w dochodzeniu kary umownej w procesie. Wierzyciel bowiem nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 957).

Źródłem zastrzeżenia kary umownej może być umowa, przy czym nie jest konieczne, by była to ta sama umowa, której naruszenie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej. Kara umowna zastrzeżona może być zarówno co do zobowiązania już istniejącego, jak i przyszłego (por. W. Popiołek (w:) Kodeks..., s. 76; K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 866).

Jak wynika z tego przepisu, zastrzeżenie kary umownej określać musi zobowiązanie pierwotne i rodzaj jego naruszenia, z którym związany będzie obowiązek świadczenia kary oraz oznaczenie sumy pieniężnej, stanowiącej karę umowną. Elementy te są obligatoryjne. Są to przedmiotowo istotne elementy zastrzeżenia kary umownej (por. J. Jastrzębski, Kara umowna..., s. 181; P. Drapała (w:) System..., s. 959).

Kara umowna może zostać zastrzeżona – z przedmiotowego punktu widzenia – na wypadek wystąpienia jednej z trzech grup zdarzeń: a) niewykonania zobowiązania, b) nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, c) konkretnych uchybień w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (np. co do jakości). Przy czym w jednej umowie można przewidzieć odrębną karę za niewykonanie, a odrębną za nienależyte wykonanie zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 roku, I CSK 240/08, LEX). Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 k.c. – także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc) – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, LEX; zob. także P. D. (w:) (...)..., s. 958).

W realiach niniejszej sprawy strony w umowie przewidziały dopuszczalność naliczenia kary umownej między innymi z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy, zaś zastrzeżona ich wysokość wynosiła 0,2% umówionego wynagrodzenia brutto za każdy dzień. Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 383 § 1 k.c. i art. 384 § 1 k.c. zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność

(art. 471 k.p.c.), to jest, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli z jego winy w postaci co najmniej niedbalstwa. Oznacza to, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 in fine k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Uzależnienie obowiązku zapłaty kary umownej od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wiąże się z ujęciem kary umownej w art. 483 i 484 k.c., jako z góry ryczałtowo określonego odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej. Wyrazem takiego ujęcia kary umownej jest zamieszczenie art. 483 i 484 k.c. w tym samym dziale kodeksu cywilnego, w którym znajduje się art. 471 k.c. Podkreślić także należy, iż zgodnie z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W orzecznictwie w kontekście powołanego przepisu podnosi się jednak, iż odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. W związku z tym uznaje się za zasadę, iż w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.), natomiast dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010r., II CSK 180/10, Lex; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, Biuletyn SN 2008/1/15; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2015 r., I ACa 577/15, Lex).

W sytuacji zatem zastrzeżenia w umowie kary umownej za opóźnienie, uznać należy, iż jest ona należna jedynie w przypadku zaistnienia zwłoki (opóźnienia kwalifikowanego), jednakże nie oznacza to nieważności zapisu umowy dotyczącego kar umownych.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu powód nie obalił domniemania że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem w sposób w zasadzie jednoznaczny, iż żadna z podnoszonych przez powoda przyczyn braku dotrzymania terminu nie znalazła potwierdzenia. Strona powodowa, o czym już była mowa wcześniej nie wykazała ani wad w dokumentacji projektowej ani zawinionych przez pozwanego opóźnień w czynnościach odbiorowych. Z kolei w zakresie robót dodatkowych również takowych nie było, zaś nieznacznie większy zakres prac ziemnych (który nota bene powinien być w zasadzie przewidziany przez powoda jako profesjonalistę, który zapewne dokonywał oględzin i przedmiaru terenu przed przystąpieniem do przetargu) również nie powinien skutkować przedłużeniem terminu wykonania prac, który był na tyle długi aby uwzględniać ewentualne okoliczności dodatkowe (co wynika także z opinii ustnej biegłego). Za jedyną w zasadzie okoliczność uzasadniającą częściowo opóźnienie w wykonaniu prac powoda można byłoby uznać opady deszczu. Jednakże po pierwsze, jak już wyżej wskazano, również w tym zakresie strona powodowa nie udowodniła aby warunki pogodowe w istotnym zakresie uniemożliwiały prowadzenie prac, a po drugie, co znacznie ważniejsze powód nie dochował podstawowych elementów staranności, w tym wprost przewidzianych w umowie.

Łącząca bowiem strony umowa przewidywała wprost (co bynajmniej nie jest często spotykane) możliwość wydłużenia czasu zakończenia prac w przypadku występowania warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe technologicznie wykonywanie prac. Dla możliwości skorzystania z tego zastrzeżenia strony jednocześnie przewidziały konieczność dokonania stosownego pisemnego zgłoszenia w terminie 7 dni od zaistnienia takich okoliczności. Sądowi nie jest przy tym znana przyczyna dla której powód, powołujący się na występowanie takich okoliczności (opadów), uniemożliwiających jego zdaniem prowadzenie prac przez okres trzech miesięcy, nie dokonał nawet jednego zgłoszenia i wniosku o przedłużenie terminu. Złożony przez niego w dniu 30 sierpnia 2013 r. (a więc w dniu upływu terminu umownego!) wniosek o przedłużenie terminu zakończenia prac nie można bowiem uznać za spełniający wymogi umowy (do których zresztą sam się odwołuje). To pozwany co najmniej dwukrotnie pisemnie wzywał

powoda do podjęcia prac, a zatem gdyby rzeczywiście warunki pogodowe uniemożliwiały prowadzenie tych prac to niewątpliwie powód chociażby w odpowiedzi na wezwania przedstawiłby te okoliczności jako uzasadnienie braku rozpoczęcia i prowadzenia robót. Skoro opady deszczu (według stanowiska powoda) uniemożliwiały wykonywanie tych prac w maju, czerwcu i lipcu (choć pogoda w lipcu była w zasadzie nawet lepsza niż w sierpniu, gdy prace trwały – patrz tabela Instytutu (...) k-203) to powód, w świetle zapisów umowy powinien w zasadzie co tydzień dokonywać kolejnych zgłoszeń. Twierdzenia powoda, że dokonywał ich ustnie bo pozwany nie wymagał takich zgłoszeń pisemnie, po pierwsze pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadków – pracowników pozwanego, a po drugie nie spełniałyby warunków umowy. Powoływanie się przez stronę powodową, że budowa była niewielka i nie przywiązywano wagi do formalności wzbudza istotne wątpliwości również w świetle zasad doświadczenia życiowego. Inwestycje ze środków publicznych, a w szczególności korzystające z dofinansowania, nigdy nie są mało sformalizowane, zaś dotrzymanie terminu wykonania prac ma w nich podstawowe znaczenie, gdyż opóźnienie może skutkować utratą dofinansowania.

Dodatkową okolicznością przemawiającą za uznaniem, iż powód z własnej winy nie dochował terminu (który przecież mógł zostać przedłużony w oparciu o § 16 pkt 7 umowy, gdyby pozwany wnioskował o to w stosownych momentach) jest także brak jakichkolwiek zapisów potwierdzających brak możliwości prowadzenia prac w dzienniku budowy. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z przepisami Prawa budowlanego dziennik budowy stanowi dokument urzędowy. Skoro zatem dokument taki był prowadzony, to do obowiązków kierownika budowy należało dokumentowanie poszczególnych prac wpisami w dzienniku. Wpisów w dzienniku budowy dokonują przede wszystkim kierownik budowy i inspektor nadzoru inwestorskiego. Przypomnieć także należy, że zatrudnienie kierownika budowy leżało po stronie wykonawcy (powoda), a zatem to strona powodowa ponosi odpowiedzialność za prawidłowe prowadzenie takiego dziennika budowy. Inspektorowi nadzoru inwestorskiego dziennik budowy powinien być udostępniany, natomiast sam dziennik pozostawać powinien na budowie w gestii kierownika budowy. To kierownik budowy powinien na niej przebywać a nie inspektor nadzoru, którego czynności polegają na sprawdzeniu prawidłowości wykonywanych prac z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz norm technicznych. Przedstawiony dziennik budowy rzeczywiście wzbudza istotne zastrzeżenia (co zostało także podkreślone przez biegłego). Brak w nim ciągłości zapisów, dat poszczególnych wpisów, informacji chociażby o obecności archeologa. Z dziennika budowy także nie wynika aby prac nie można było prowadzić z uwagi na warunki pogodowe (brak wpisów o wstrzymaniu robót z tego powodu). Nie wiadomo także czy były prowadzone jakieś prace w lipcu (z dziennika to nie wynika, zaś z wpisu inspektora nadzoru wynika, że zostały podjęte prace dopiero 5 sierpnia 2013 r., co koresponduje z zeznaniami świadków – przedstawicieli pozwanego). Jeśli nawet były podejmowane w tym czasie jakieś prace, to nie znalazło to odzwierciedlenia w dzienniku budowy.

Z tych też względów w ocenie Sądu strona powodowa nie wykazała, aby nie doszło do zawinonego przez nią opóźnienia robót. Naliczenie zatem kar umownych z tytułu zawinonego opóźnienia wykonania umowy uznać należało za uzasadnione.

W orzecznictwie dominuje pogląd, iż zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w tym sensie, że wierzyciel wykazać powinien jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Dłużnik zaś nie może zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej poprzez wykazanie, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 06.11.2003r. - zasada prawna, III CZP 61/03, Biuletyn SN 2003/11/5, OSNC 2004/5/69, LEX nr 81615). W orzecznictwie prezentowany jest także pogląd, zgodnie z którym wniosek o oddalenie żądania kary umownej zawiera również żądanie zmniejszenia tej kary (vide wyroki SN z: 14 lipca 1976 r. I CR 221/76, OSNC 1977, z. 4, poz. 76; 16 lipca 1998 r. I CKN 802/97, OSNC 1999, z. 2, poz. 32). Stosownie zaś do treści art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Niewątpliwie kwestia wystąpienia po stronie zamawiającego szkody jak i jej wysokość nie mają co do zasady wpływu na roszczenie z tytułu kar umownych. Jednakże nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie, iż brak szkody może wpływać na możliwość miarkowania kary umownej, podobnie jak i wykonanie większości zobowiązania (zob. J. Jastrzębski Kara umowna, Oficyna 2006, s. 303 i n., uchwała Sądu Najwyższego z dnia z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/2003, Lex).

Za zasadne należy przy tym uznać stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r., (V CSK 34/06, LEX nr 195426) zgodnie z którym, możliwość miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie jest wyłączona w stosunkach między podmiotami gospodarczymi, w ramach prowadzonej przez nie działalności. Z kolei ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona. Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Lex).

Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Lex).

Pierwszą przesłanką miarkowania kary umownej jest to, że zobowiązanie zostało w znacznej części przez dłużnika wykonane. Oznacza to, że interes wierzyciela, jaki miał on w wykonaniu zobowiązania, został zaspokojony w części zbliżającej się do pełnego jego zaspokojenia. Drugą przesłanką miarkowania kary umownej jest jej rażące wygórowanie. Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym wskazującym na fakt ewidentnej niewspółmiernej wysokości kary umownej do tej, która powinna być należna wierzycielowi w danej sytuacji. Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2008 r., II CSK 364/08, LEX), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (wyrok Sądu Najwyższego z 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC 2008, Nr 2, poz. 48), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., V CSK 34/06), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 1980 r., I CR 229/80, LEX). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13, LEX). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, (w:) System Pr.Pryw, t. 5, 2013, s. 1164). W każdym razie sąd, stosując miarkowanie, powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, lecz przede wszystkim funkcja kompensacyjna, gdyż przepisy art. 483 i 484 KC ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13 października 2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 maja 2013 r., V ACA 229/13, L.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 7 lutego 2013 r., I ACA 1107/12, Lex). O wygórowaniu zastrzeżonej kary umownej świadczy także to, iż nie określono w umowie jej górnej wysokości. Istnienie rażącej dysproporcji pomiędzy wysokością kary umownej a słusznym interesem wierzyciela powoduje możliwość odwołania się do art. 484 § 2 k.c. i redukcji kary umownej jako rażąco wygórowanej (P. Granecki, Glosa do wyroku SN z dnia

8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2006/1/2). Jednocześnie ani ustawodawca ani orzecznictwo czy doktryna nie wypracowały kryteriów miarkowania pozostawiając w tym względzie rozstrzygnięcie sądowni.

W przedmiotowej sprawie biorąc pod uwagę umówioną wartość prac w stosunku do wysokości naliczonej kary umownej uznać należy, iż zachodzi takie rażące wygórowanie (kara umowna stanowiłaby 1/8 wartości całej umowy) zwłaszcza w świetle braku wykazania, a nawet wskazania, wysokości szkody po stronie pozwanego i wykonania zobowiązania przez powoda. Do pozwanego należała bowiem decyzja, czy ujawnić i wyjaśnić swój interes przed sądem badającym "rażące wygórowanie" kary umownej. W przypadku braku ujawnienia, jak słusznie podnosi to doktryna prawa, wierzyciel (z tytułu kary umownej) ryzykuje, że sąd uzna wysokość kary umownej za bezzasadnie wygórowaną [zob. J. J., K. umowna, 2006, Lex/el. – rozdział 3.2.2. – i przywołana tam literatura]. Jednocześnie ani ustawodawca ani orzecznictwo czy doktryna nie wypracowały kryteriów miarkowania pozostawiając w tym względzie rozstrzygnięcie sądowni.

W przedmiotowej sprawie po pierwsze wskazać należy, że całość zobowiązania powoda została wykonana, co już przemawia za miarkowaniem kary umownej, a także została wykonana prawidłowo, o czym świadczy okoliczność braku zgłaszania wad w okresie gwarancji i potwierdzone zostało także w opinii biegłego.

Po drugie pamiętać należy, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. V ACa 483/08, LEX), a kryterium oceny rażącego wygórowania takiej kary może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (vide wyrok SN z 11 października 2007 r. IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, z. 2, poz. 48).

Niezależnie od tego można wskazać, że za okoliczność przemawiającą za miarkowaniem kary umownej należy uznać fakt, że była ona zastrzeżona na wypadek samego opóźnienia powoda, a więc niezależnie od jego winy; o ile dopuszczalność takiego zastrzeżenia nie może budzić wątpliwości (szczególnie w świetle art. 473 § 1 KC), o tyle w takim wypadku kwestia stopnia winy może być brana pod uwagę właśnie przy miarkowaniu jej wysokości (vide przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 1 lutego 2013 r. V ACa 721/12, L.).

Sąd jest uprawniony do miarkowania kary umownej, przy czym przepis ten ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej i w związku z tym strony nie mogą wyłączyć w umowie możliwości zmniejszenia kary umownej. Przesłankami miarkowania są znaczne wykonanie zobowiązania przez dłużnika oraz rażące wygórowanie kary umownej. Obie przesłanki miarkowania są równorzędne i rozłączne. Jeżeli przesłanki te wystąpią równocześnie, zmniejszenie kary umownej winno uwzględniać obie przyczyny redukcji, co w konsekwencji najczęściej zwiększy obniżenie kary umownej (J. J., K. umowna..., s. 323). Miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochroną interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08, LEX).

Instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, stąd też do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACA 655/12). Podkreślenia wymaga, że w omawianej regulacji nie wskazano stanów faktycznych co do przesłanek uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Takie rozwiązanie zapewnia możliwość elastycznego stosowania miarkowania kary umownej. Ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 k.c. abstrakcyjnym i niedookreślonym pojęciem rażąco wygórowanej kary umownej oraz nie wskazując jednoznacznie kryteriów, które rozstrzygałyby o nadmiernej wysokości kary umownej i nie podając również hierarchii takich kryteriów, chciał w ten sposób zapewnić możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2013 r., sygn. akt I ACA 368/13, LEX). Stąd też ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem

uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony, stosunek między wysokością kary umownej, a wartością zobowiązania, relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona, stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, okres opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy do czasu jej trwania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt IV CSK 644/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 1997 r., sygn. akt II CKN 271/97, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r., sygn. akt I CR 229/80, OSNC 1980/12/243).

Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Lex).

Pierwszą przesłanką miarkowania kary umownej jest to, że zobowiązanie zostało w znacznej części przez dłużnika wykonane. Oznacza to, że interes wierzyciela, jaki miał on w wykonaniu zobowiązania, został zaspokojony w części zbliżającej się do pełnego jego zaspokojenia. Drugą przesłanką miarkowania kary umownej jest jej rażące wygórowanie. Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym wskazującym na fakt ewidentnej niewspółmiernej wysokości kary umownej do tej, która powinna być należna wierzycielowi w danej sytuacji. Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (wyrok Sądu Najwyższego z 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13 LEX). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, (w:) System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1164). W każdym razie sąd, stosując miarkowanie, powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, lecz przede wszystkim funkcja kompensacyjna, gdyż przepisy art. 483 i 484 KC ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13 października 2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 maja 2013 r., V ACA 229/13, L.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 7 lutego 2013 r., I ACA 1107/12, Lex). O wygórowaniu zastrzeżonej kary umownej świadczy także to, iż nie określono w umowie jej górnej wysokości. Jednocześnie ani ustawodawca ani orzecznictwo czy doktryna nie wypracowały kryteriów miarkowania pozostawiając w tym względzie rozstrzygnięcie sądowi.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy uznać należało, że co prawda powód dopuścił się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, jednakże w sprawie niewątpliwie wystąpiły obie przesłanki miarkowania określone w art. 484 § 2 k.c. Przede wszystkim bezspornym między stronami był fakt, że zlecone przez powoda pozwanemu w oparciu o umowę z dnia 9 kwietnia 2013 roku prace zostały w całości wykonane, co też zostało przez strony potwierdzone w protokole odbioru końcowego robót. W pełni uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że interes powodowej gminy został w przeważającej części zaspokojony.

W ocenie Sądu funkcja kompensacyjna, stymulująca i represyjna kary umownej w świetle treści art. 483 k.c. i 484 k.c. nie może stanowić również podstawy do nadmiernego obciążenia dłużnika w okolicznościach konkretnej sprawy. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że żądana przez powoda kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu

umowy jest adekwatna do czasu trwania opóźnienia, a przede wszystkim braku poniesienia szkody z tego tytułu przez pozwanego. Sąd wziął również pod uwagę okoliczność, iż jakość wykonanych prac jest zadowalająca.

Z tych wszystkich względów Sąd uznał, że na gruncie niniejszej sprawy w pełni zasadnym było zastosowanie instytucji miarkowania kary umownej przewidzianej w art. 484 § 2 k.c. i przyjęcie, że kara umowna w omawianej sprawie nie powinna przekraczać kwoty 1/4 wysokości naliczonej i potrąconej kary umownej i w związku z tym Sąd uznał, iż doszło do wygaśnięcia zobowiązania powoda na skutek dokonanego przez pozwanego potrącenia tytułem kary umownej za zwłokę w zakresie kwoty 13.000,00 złotych¹. W pozostałym zakresie, w okolicznościach tej sprawy, w ocenie Sądu kara umowna nosiła znamiona rażącego wygórowania.

W związku z powyższym Sąd uznał za zasadne roszczenie pozwu o zapłatę kwoty 15.244,45 złotych z tytułu nieuzasadnionego obniżenia wynagrodzenia powoda oraz o zapłatę kwoty 40.067,49 złotych tytułem pozostałej części wynagrodzenia, co do którego nie nastąpiło wygaśnięcie zobowiązania w wyniku potrącenia (53.067,49 – 13.000,00 = 40.067,49). Łącznie należne powodowi wynagrodzenie wynosi zatem jeszcze 55.311,94 złotych.

O odsetkach Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. uznając, iż pozwany pozostawał w opóźnieniu w spełnieniu swojego świadczenia i uwzględniając je zgodnie z żądaniem pozwu od dnia upływu 21-dniowego terminu wskazanego w fakturze, tj. od dnia 3 stycznia 2014 r. (strona pozwana nie zakwestionowała dostarczenia faktury zgodnie z umową). Z uwagi na to, iż powód dokonał kapitalizacji odsetek na dzień wytoczenia powództwa – w oparciu o art. 482 k.c. Wysokość należnych odsetek od uzasadnionej części roszczenia powoda wyniosła 5 811,54 złotych (za okres wskazany w pozwie – tabela wyliczenia odsetek k-6-7 i wynikająca z tego wartość przedmiotu sporu).

Mając na względzie powyższe Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda łącznie kwotę 61.123,48 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty.

W pozostałym zakresie powództwo jako nieuzasadnione podlegało oddaleniu.

W tym miejscu podnieść także należy, iż powód żądał zasądzenia odsetek ustawowych i żądania tego nie zmienił, mimo zmiany przepisów dotyczących odsetek wprowadzonej ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1830). Mając na uwadze przepisy wprowadzone ową ustawą, obowiązujące od 1 stycznia 2016 r., Sąd przyjął, że za okres liczony od dnia wytoczenia powództwa do dnia 31 grudnia 2015 r. powódce należą się odsetki ustawowe o jakich mowa w art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu sprzed nowelizacji. Jednocześnie, wobec niedokonania przez powoda modyfikacji żądania dotyczącego należności odsetkowej, od 1 stycznia 2016 r., Sąd zasądził odsetki wg stopy odsetek ustawowych o jakich mowa w art. 359 § 2 k.c., biorąc pod uwagę treść art. 321 § 1 k.p.c. zakazującego orzekanie ponad żądanie pozwu (a takim wyjściem ponad żądanie byłoby zasądzenie odsetek według stopy wyższej – czyli tzw. odsetek ustawowych za opóźnienie, czy też odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, które choć należą się wierzycielowi bez odrębnego wezwania, jednakże z uwagi na ich stopę – wyższą niż odsetek ustawowych – nie mogą zostać uwzględnione przez Sąd z urzędu, bez zgłoszenia wniosku o ich zasądzenie).

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. uznając, iż strona pozwana uległa w 78% i w takim stosunku powinna ponieść koszty postępowania które, w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c., pozostawiono do rozliczenia referendarzowi sądowemu.

Z/ odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełn. stron.

1 Przy czym 1/4 naliczonej kary stanowi dokładnie kwotę 13.266,87 złotych.