

Sygn. akt: XXVI GC 468/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2024 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie

XXVI Wydział Gospodarczy w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Grzegorz Babiński

Protokolant: sekr. sąd. Barbara Żabczak

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2024 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością spółce komandytowo – akcyjnej we W.

o zapłatę kwoty 1 182 354,96 zł

po rozpoznaniu zarzutów pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo – akcyjnej we W. od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: XXVI GNc 317/19 w zakresie dotyczącym kwoty 279 172,26 zł (dwieście siedemdziesiąt dziewięć tysięcy sto siedemdziesiąt dwa złote dwadzieścia sześć groszy) z odsetkami ustawowymi w transakcjach handlowych od kwot:

- 226 930,36 zł od dnia 28 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty;

- 52 241,90 zł od dnia 28 sierpnia 2018 r. do dnia zapłaty;

I. zaskarżony nakaz utrzymuje w części dotyczącej kwoty 276 145,53 zł (dwieście siedemdziesiąt sześć tysięcy sto czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt trzy groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwot:

- 226 930,36 zł od dnia 29 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty;

- 14 764,55 zł od dnia 24 października 2018 r. do dnia zapłaty;

- 14 764,55 zł od dnia 11 października 2019 r. do dnia zapłaty;

- 19 686,07 zł od dnia 24 października 2023 r. do dnia zapłaty;

II. uchyla zaskarżony nakaz w części, tj. co do kwoty 3 026,73 zł (trzy tysiące dwadzieścia sześć złotych siedemdziesiąt trzy groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 28 sierpnia 2018 r. do dnia zapłaty, odsetek od kwoty 226 930,36 zł (dwieście dwadzieścia sześć tysięcy dziewięćset trzydzieści złotych trzydzieści sześć groszy) przypadających w dniu 28 czerwca 2018 r. oraz pozostałych odsetek od kwoty 49 215,17 zł (czterdzieści dziewięć tysięcy dwieście piętnaście złotych siedemnaście groszy) i w tej części oddała powództwo;

III. utrzymuje zaskarżony nakaz co do kosztów procesu w kwocie 21 997 zł (dwadzieścia jeden tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych);

IV. zasądza dodatkowo od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo – akcyjnej we W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 76 583,15 zł (siedemdziesiąt sześć tysięcy pięćset

osiemdziesiąt trzy złote piętnaście groszy) tytułem kosztów procesu z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia uprawomocnienia się wyroku do dnia zapłaty;

V. nakazuje zwrot ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 1 545,34 (jeden tysiąc pięćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści cztery groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki

sędzia Grzegorz Babiński

Sygn. akt: XXVI GC 468/19

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością spółce komandytowo – akcyjnej we W. o zasądzenie kwoty 1 182 354,96 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwoty 1 098 799,25 zł za okres od 28 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty, od kwoty 83 555,71 zł za okres od dnia 28 sierpnia 2018 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu wskazał, iż powód zawarł z pozwanym umowę, na mocy której zobowiązał się do wykonania kompleksowego zabezpieczenia wykopu w ramach realizacji inwestycji pn. „(...)”⁽⁷⁾ prowadzonej we W. przy ul. (...) polegającej na budowie budynku hotelowego z usługami w parterze i wielostanowiskowym garażem podziemnym wraz z zagospodarowaniem terenu wraz z częścią niezbędną infrastruktury oraz przebudową sieci ciepłowniczej, elektroenergetycznej SN, elektroenergetycznej NN i kanalizacji teletechnicznej a pozwana do odbioru w/w robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Strony zawarły aneks rozszerzający zakres przedmiotu umowy. Podniósł, iż wykonał w całości umowę. Sporządzono protokół zaawansowania robót, w którym pozwany przyjął roboty o wartości 1 098 799,25 zł, w oparciu o który powód wystawił fakturę na kwotę 1 098 799 zł, która nie została zapłacona. Sporządzono też kolejny protokół zaawansowania robót, w którym pozwany przyjął roboty o wartości 492 151,71 zł. Na taką kwotę powód wystawił fakturę, która została zapłacona przez pozwanego do kwoty 408 596 zł, do zapłaty z tej faktury pozostała więc kwota 83 555,71 zł

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym w sprawie o sygn. akt XXVI GNc 317/19 sąd nakazał pozwanemu aby zapłacił na rzecz powoda kwotę 1 182 354,96 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych liczonymi od kwoty 1.098.799,25 zł od dnia 28 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty, od kwoty 83.555,71 zł od dnia 28 sierpnia 2018 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 21 997,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7 217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany złożył zarzuty od nakazu zapłaty, w którym zaskarżył nakaz w części, tj. co do kwoty należności głównej 279 172,26 zł oraz odsetek liczonych od kwoty 226 930,36 zł od dnia 28 czerwca 2018 do dnia zapłaty, od kwoty 52.241,90 zł od dnia 28 sierpnia 2018r. do dnia zapłaty i wniósł uchylenie nakazu zapłaty w zaskarżonej części i oddalenie powództwa. Przyznał, że w dniu 25 stycznia 2018 r. strony zawarły umowę, na podstawie której strona pozwana jako wykonawca zleciła stronie powodowej jako podwykonawcy wykonanie kompleksowego zabezpieczenia wykopu, w związku z realizowaną przez stronę pozwaną Inwestycją (...) przy ul. (...) we W., jak również że na mocy Aneksu nr 1 do w/w Umowy z dnia 9 marca 2018r. przedmiot Umowy rozszerzono o zabezpieczenie metodą jet grouting sąsiadującego z terenem budowy budynku przy ul. (...) we W., będącego własnością (...) Sp. z o.o. w W. oraz zmieniono technologię prowadzenia prac w zakresie kolumn (...)

dotychczas niewykonanych na kolumny jet grouting w bezpośredniej bliskości obiektu (...) oraz kolumny (...) w pozostałym zakresie. Przyznał także, że w ramach rozliczenia prac wykonanych na podstawie umowy strona powoda wystawiła stronie pozwanej fakturę (...) z dnia 25 maja 2018 r. na kwotę 1.098.799,25 zł oraz fakturę (...) z dnia 20 lipca 2018r. na kwotę 492.151,71 zł, z której strona powodowa dochodzi w niniejszym postępowaniu zapłaty kwoty 83.555,71 zł. Zakwestionował roszczenie strony powodowej w zakresie należności głównej w kwocie 279.172,26 zł, na która składają się kwota 226.930.36 zł. stanowiąca część kwoty wynagrodzenia, ujętej w fakturze (...) z dnia 25 maja 2018r. oraz kwota 52.241,90 zł, stanowiąca część kwoty wynagrodzenia, ujętej w fakturze (...) z dnia 20 lipca 2018 r.

Zakwestionował także zasadność zapłaty na rzecz strony powodowej odsetek ustawowych w transakcjach handlowych od wskazanych wyżej kwot częściowych za okres wskazany w części wstępnej.

Co do kwoty 226.930,36 zł tytułem zapłaty części wynagrodzenia za wykonanie prac objętych w/w umową, wynikającego z faktury (...) z dnia 25 maja 2018 r. zgłosił zarzut potrącenia - w piśmie z dnia 28 czerwca 2018r., wskazanej wyżej wierzytelności strony powodowej z wierzytelnością strony pozwanej w kwocie 226.930,36 zł tytułem zapłaty kary umownej, jaką strona pozwana naliczyła stronie powodowej w związku opóźnieniem w wykonaniu poszczególnych etapów prac objętych w/w umową, w stosunku do terminów wynikających z Harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 2 do aneksu nr 1 do w/w umowy. Powołał się przy tym na § 9 ust. 2 lit b OWU w brzmieniu ustalonym w pkt 71 § 18 umowy pt. „Modyfikacja Ogólnych Warunków Umowy”. Naliczył karę umowną w kwocie 1 130 113,06 zł. Następnie, wobec ustalonego w § 9 ust 9 OWU (w brzmieniu ustalonym w pkt 80 § 18 Umowy pt „ Modyfikacja Ogólnych Warunków Umowy”) limitu kar (maksymalnie 10 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w umowie), w piśmie z dnia 13 czerwca 2018r. strona pozwana ograniczyła żądanie zapłaty kary umownej naliczonej z w/w tytułów do kwoty 226.930,36 zł. W piśmie z dnia 28 czerwca 2019 r. strona pozwana dokonała potrącenia swojej wierzytelności o zapłatę kary umownej z wierzytelnością strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia, ujętego w fakturze nr (...) z dnia 25 maja 2018 r. Strona pozwana podtrzymała wszelkie twierdzenia zawarte w załączonej do zarzutów przedprocesowej korespondencji stron. Zakwestionowała, jakoby opóźnienie w wykonaniu prac, z którymi związane było naliczenie przez stronę pozwaną kar umownych wynikało z przyczyn innych, niż zawinione przez podwykonawcę. Przyczyny te są nieuzasadnione i nie znajdują oparcia w stanie faktycznym. Podniósł, iż wszelkie okoliczności, które wystąpiły po zawarciu przez strony umowy z dnia 25 stycznia 2018 r. i które mogły mieć wpływ na przebieg robót oraz sposób ich realizacji stały się podstawą do podpisania przez strony w dniu 9 marca 2018 r. aneksu nr (...) do umowy, w którym, przy uwzględnieniu wszystkich tych okoliczności strony na nowo określiły Harmonogram wykonania poszczególnych etapów robót przez

Podwykonawcę. Okoliczności te spowodowały odpowiednie wydłużenie w aneksie terminów wykonywania poszczególnych zakresów prac przez podwykonawcę. Zwłoka podwykonawcy w realizacji prac odnoszona jest przez pozwaną spółkę do terminów wynikających z Harmonogramu, stanowiącego załącznik nr 2 do aneksu nr (...), a nie do terminów pierwotnie ustalonych w umowie. Powołał się przy tym na postanowienia § 1 pkt 10, wskazując w myśl którego podwykonawca nie odpowiada za spowodowane w trakcie wykonywania przedmiotu umowy uszkodzenia jedynie niezainwentaryzowanych sieci podziemnych, oświadczając jednocześnie, że uszkodzenia zarówno tych, jak i pozostałych sieci podziemnych nie będą stanowiły okoliczności uwalniających podwykonawcę od obowiązku terminowego wykonania prac. Powołał się także na postanowienia § 2 ust. 4 OWU, zgodnie z którym "o każdej przeszkodzie, uzasadniającej przesunięcie terminów określonych w Harmonogramie, Podwykonawca zobowiązany jest

niezwłocznie poinformować na piśmie Wykonawcę, określając powód przesunięcia terminów, początek wystąpienia przeszkód, moment przerwania robót, a o ile to możliwe - także przewidywany termin ustania tych przeszkód i podjęcia robót. Okoliczności te Podwykonawca jest zobowiązany stosownie udokumentować. Przerwa w robotach wymaga uzyskania przez Podwykonawcę pisemnej na to zgody Wykonawcy. O ustaniu przeszkód w realizacji robót wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie poinformować na piśmie wykonawcę i udokumentować zasadność całego okresu tej przerwy. Podwykonawca zobowiązany jest wznowić prace niezwłocznie po ustaniu przeszkody, nie później jednak niż w terminie jednego dnia od dnia pisemnego wezwania do podjęcia prac przez Wykonawcę. Wskazał, że podwykonawca miał możliwość podjęcia działań mających na celu przesunięcie terminu wykonania prac o czas niezbędny do usunięcia zaistniałych przeszkód związanych z natrafieniem podczas robót na niezainwentaryzowaną sieć czy stare mury, czego jednak nie uczynił.

Gdy chodzi natomiast o powoływaną przez stronę powodową okoliczność wstrzymania prac w dniu 28 lutego 2018 r., okoliczność ta związana była z faktem uprzedniego zgłoszenia w dniu 7 lutego 2018 r. przez przedstawiciela firmy (...) Sp. z o.o. w W. - właściciela budynku przy ul. (...) we W., sąsiadującego z terenem budowy, iż we wnętrzu w/w budynku, zaobserwowano spękania tynków, które, w ocenie zgłaszającego, powstały w związku z pracami budowlanymi realizowanymi przy ul. (...) we W.. Powyższe spowodowało konieczność podjęcia czynności wyjaśniających, uzyskania stosownych opinii i ekspertyz, jak również podejmowania działań prewencyjnych,

zabezpieczających przed ewentualnymi dalszymi uszkodzami. Wstrzymanie prac w dniu 28 lutego 2018 r. nastąpiło w związku z pogłębieniem starych oraz wystąpieniem nowych spękań w budynku przy ul.

(...)we W. i związaną z tym potrzebą uzyskania w tym zakresie dodatkowej ekspertyzy (co potwierdzają zapisy w dzienniku budowy). Konieczność wstrzymanie prac z w/w przyczyn została potwierdzona nie tylko przez inspektora nadzoru - Pana R. O. (1), projektanta konstrukcji - pana A. K. (1), ale także przez działającego na zlecenie strony powodowej projektanta zabezpieczenia wykopu - T. K. (co dodatkowo potwierdza mail T. K. z dnia 27 lutego 2018r.), zatem był to rezultat wzajemnych uzgodnień Stron. Okoliczność tę strony wzięły pod uwagę przy uzgadnianiu nowego (określonego w aneksie nr 1) Harmonogramu wykonania poszczególnych etapów prac, zatem powoływanie się przez stronę powodową na wystąpienie tej okoliczności jako przyczynę nieterminowego wykonywania robót jest nieuzasadnione.

Co do zmiany parametrów gruntu, wynikającej z rzekomej

nieprawidłowości w przekazanej przez stronę pozwaną dokumentacji geologicznej ponownego pozwany wskazał, iż w momencie zawierania Umowy z dnia 25 stycznia 2018 r. podwykonawca oświadczył, że w oparciu o przekazaną dokumentację geologiczną znane mu są warunki geologiczne występujące w obrębie prowadzonych prac przy ul. (...) (...) we W. i równocześnie oświadczył, że zaprojektowana przez Podwykonawcę obudowa wykopu w postaci ścianki szczelnej oraz palisady jest zabezpieczeniem ograniczającym napływ wody przez ścianki obudowy (zgodnie z obowiązującymi normami) w pełni umożliwiającym wykonanie wykopu w sposób zabezpieczający go przed napływającą wodą. Zmiana parametrów gruntu nie wynikała z nieprawidłowego prowadzenia przez wykonawcę prac związanych z odwodnieniem wykopu. Wbrew stanowisku strony powodowej prace w tym zakresie prowadzone były zgodnie z projektem odwodnienia wykopu i na bieżąco konsultowane z projektantem. Ponadto, sposób wykonania tych prac nie kolidował z obowiązkami strony powodowej i pozwalał Podwykonawcy na swobodny dostęp do miejsca wykonywania powierzonego zakresu prac.

W odniesieniu do zarzutu strony powodowej, dotyczącego zamontowanego oświetlenia reklamy na budynku sąsiadującym pozwany powołał się na postanowienie § 66 pkt 46 OWU. Podniósł, iż brak jest także podstaw do twierdzenia, iż dokumentacja zabezpieczenia wykopu została opracowana w terminie i że strona powodowa nie pozostawała w zwłoce w wykonaniu tego zakresu prac w dacie naliczenia jej kary umownej z tego tytułu. Na dzień sporządzenia pisma z dnia 22 maja 2018 r. Podwykonawca nie przedstawił spółce kompletnej rewizji dokumentacji zabezpieczenia wykopu wraz z wnioskami materiałowymi.

Jeśli zaś chodzi o kwotę 52.241,90 zł tytułem zapłaty części wynagrodzenia za wykonanie prac powierzonych w w/w umowie, ujętego

w fakturze (...) z dnia 20 lipca 2018 r. pozwany i w tym przypadku zgłosił zarzut potrącenia. Wskazał na § 6 pkt 5 Ogólnych Warunków w/w Umowy (w brzmieniu ustalonym w pkt 40 § 18 umowy pt „ Modyfikacja Ogólnych Warunków Umowy), gdzie postanowiono, iż podwykonawca zobowiązany będzie do ponoszenia tzw. ogólnych kosztów budowy (tj. wywozu śmieci i odpadów, opłat za wodę, prąd itp.) w wysokości 0,5% z wykonanego miesięcznego przerobu netto powiększonego o należny podatek VAT (23%), rozliczanych w drodze potrącenia przez wykonawcę z bieżącego wynagrodzenia Podwykonawcy.

Nadto powołał się na § 8 ust. 2 OWU (w brzmieniu ustalonym w pkt 40 § 18 Umowy pt „ Modyfikacja Ogólnych Warunków Umowy) odnośnie kwestii wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Strona pozwana potrąciła z kwoty wynagrodzeni objętego w/w fakturą kwotę 49.215,17 zł tytułem wierzytelności o zapłatę tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz kwotę 3.026,73 zł tytułem wierzytelności o zapłatę kosztów ogólnych budowy, tj. łącznie kwotą 52.241,90 zł.

W odpowiedzi powód podtrzymał powództwo w zaskarżonej zarzutami części, w tym również wszystkie twierdzenia i wnioski dowodowe zgłoszone dotychczas. Podniósł, iż nie nastąpiło wygaszenie wierzytelności powoda o zapłatę kwoty 226.930,36 zł tytułem części wynagrodzenia objętego fakturą (...) wskutek potrącenia z karą umowna. Wskazał, iż kara umowna była bezpodstawna. Zaprzeczył, aby wykonanie poszczególnych prac objętych umową nastąpiło ze zwłoką. Zakwestionował także czas takiej rzekomej zwłoki wskazywany przez pozwaną w korespondencji przedprocesowej, do

której pozwana się odwołuje w treści zarzutów. Zakwestionował także wskazywane przez pozwaną terminy rzekomego opóźnienia i wykonania przez powódkę poszczególnych etapów robót. Powód zaprzeczył, aby nie dotrzymał terminu na opracowanie i przekazanie pozwanemu kompletnej rewizji dokumentacji zabezpieczenia wykopu wraz z wnioskami materiałowymi na zaprojektowane materiały (pkt a) Harmonogramu), w sytuacji gdy projekt technologiczny zamienny zabezpieczenia wykopu został sporządzony w dniu 19 marca 2019 roku, parafował go przedstawiciel pozwanej i stanowi on załącznik nr 5

do aneksu nr (...). Taki projekt był wystarczający do realizowania robót i w oparciu o taką dokumentację powódka realizowała zabezpieczenie wykopu od momentu wznowienia robót po ich wstrzymaniu w lutym 2018 roku, nadto zakwestionował, aby dopuścił się zwłoki w osiągnięciu zamknięcia obudowy szczelnej wykopu (pkt c) Harmonogramu) oraz aby nastąpiła zwłoka w zakończeniu wykonywania wykopu i przekazania pozwanej frontu robót w celu rozpoczęcia podkładów z chudego betonu (pkt e) H.), nadto aby popadł w zwłokę w wykonaniu drogi na cele budowy (pkt i) Harmonogramu), czy też wjazdu na budowę (pkt j) Harmonogramu). Zaprzeczył twierdzeniom pozwanej, jakoby po stronie powódki miały miejsce zaniedbania, czy też brak właściwej organizacji robót. Powódka, pomimo napotkanych przeszkód na zadaniu każdorazowo - wychodząc naprzeciw oczekiwaniom pozwanej dostosowywała się do ciągle zmieniającej się sytuacji na budowie. Podniósł, iż pozwana kreuje swoje roszczenie bez uwzględnienia rzeczywistego przebiegu robót, obiektywnych przeszkód i trudności (znanych pozwanej), które powódka napotkała realizując prace objęte umową. Pozwana już w dacie zawierania aneksu nr (...) miała świadomość, iż terminy wykonania poszczególnych etapów robót mogły ulec przesunięciu względem tych wpisanych do Harmonogramu. Przyczyną takiego przesunięcia (znanego pozwanej) mogły być przeszkody jakie strony mogły napotkać w gruncie. Pozwana miała tego pełną świadomość. Mimo faktycznego natrafienia na takie przeszkody przez powódkę, pozwana nalicza powódce karę umowną

za praktycznie każdy możliwy etap prac wpisany do Harmonogramu. Takie zachowanie nie może spotkać się z akceptacją powódki. W niniejszej sprawie powód w całości wykonał przedmiot umowy wraz z aneksem nr 1. Wykonane przez powoda roboty były wolne od jakichkolwiek wad. Podniósł, iż aneks nr 1 do umowy opatrzony jest datą 9 marca 2018 roku. W rzeczywistości aneks ten został podpisany przez strony po 22 marca 2018 roku. Świadczy o tym wiadomość e-mail wysłana przez Pana G. S. w dniu 22 marca 2018 roku. Powyższe wyjaśnia dlaczego już do aneksu dołączono, jako załącznik nr 5, projekt technologiczny zamienny zabezpieczenia wykopu z dnia 19 marca 2018 roku. Pozwana zatem już w dacie zawarcia aneksu знаła treść w/w projektu zamiennego i bez jakichkolwiek zastrzeżeń projekt ten parafowała czyniąc go integralną częścią umowy i prowadzenia dalszych robót. Stawianie zatem powódce zarzutu niedotrzymania terminu na opracowanie i przekazanie rewizji dokumentacji zabezpieczenia wykopu nie zasługuje na aprobatę (pkt a) Harmonogramu). Podobnie wszelkie wymagane wnioski materiałowe zostały przekazane pozwanej we właściwym czasie. Stanowisko pozwanej w tym zakresie sprowadza się do dowolnego twierdzenia, że powódka nie dotrzymała terminu na wykonanie elementu prac, o którym mowa w pkt a) Harmonogramu. Powódka zaprzecza, aby projekt zamienny nie był kompletny, aby został przekazany pozwanej po 23 marca 2018 roku. Podobnie jest z wnioskami materiałowymi. Wreszcie w toku prac nigdy nie nastąpiło wstrzymanie robót z uwagi na rzekomy brak „kompletnego projektu zamiennego” czy też zatwierdzenia materiałów. Niezależnie od powyższego pozwana nie poniosła żadnej szkody z uwagi na sposób i termin opracowania przez powódkę projektu zamiennego oraz przekazania jej wniosków materiałowych. Pozwana otrzymała od inwestora pełne wynagrodzenie z tego tytułu. Nie stanowiło to także przeszkód dla prowadzenia innych prac. Wreszcie prace od momentu ich wznowienia realizowane były według projektu zamiennego. Projekt zamienny - wydany w dniu 19 marca 2018 roku był wystarczający, aby powódka mogła zrealizować prace nim objęte. W ramach zadania powódka miała wykonać tzw. zabezpieczenie tymczasowe wykopu (na czas prowadzenia robót w wykopie, tj. wybudowanie części podziemnej budynku). Stąd przewidziano odzysk grodziec stalowych wykorzystanych do wykonania zabezpieczenia w postaci ścianki szczelnej. Takie zabezpieczenie tymczasowe obejmuje elementy niekonstrukcyjne. Innymi słowy elementy zabezpieczenia nie stają się częścią konstrukcyjną budynku.

Powód wskazał także, iż pozwana miała świadomość, że terminy z Harmonogramu mogły ulec przesunięciu z przyczyn leżących poza zakresem odpowiedzialności powódki, m. in. w wyniku napotkania przeszkód i kolizji w gruncie. Tak też strony rozumiały obowiązki stron i zakres ich

odpowiedzialności za terminowe wykonania przedmiotu umowy. Innymi słowy powódka nigdy nie godziła się i nie było

takich ustaleń, aby terminy przewidziane Harmonogramem były wiążące dla powódki w każdym przypadku (na zasadzie ryzyka), tj. niezależnie od napotkanych przeszkód w gruncie, kolizji z robotami powodowej spółki. Strony nie rozszerzyły w tym zakresie odpowiedzialności powódki. W tej sytuacji powódka, broniąc się przed roszczeniem pozwanej o karę umowną, może powoływać i powołuje się na przeszkody i kolizje napotkane z terenie budowy.

Powódka nie ponosi odpowiedzialności za istnienie takich przeszkód, ich rozmiar i zakres, ani wyniku z tego skutki, w szczególności wpływ takich kolizji na termin zakończenia danego etapu robót. Rzeczne przeszkody występowały notorycznie i z dużym nasileniem. W toku realizacji robót powódka natrafiała wręcz na całe kwartały starych piwnic i komór, czy też mury które przebiegły w zaprojektowanej linii przebiegu ścianki szczelnej.

Powód zakwestionował stanowisko pozwanej, iż powód nie może powoływać się na napotkane przeszkody z uwagi na postanowienie § 1 ust. 10 OWU dodany § 18 ust. 4 Umowy. To postanowienie reguluje jedynie sytuację uszkodzenia niezainwentaryzowanych sieci podziemnych. Postanowienie to nie znajduje jednak zastosowania w realiach niniejszej sprawy. Kolidujący ze ścianką kabel elektryczny nie został uszkodzony. Powyższe postanowienie nie reguluje zatem sytuacji, w której w trakcie prac zidentyfikowano występowanie sieci kolidujących z robotami powódki. Czas potrzebny na usunięcie w/w kolizji przez pozwaną obciąża zatem wyłącznie pozwaną.

Istotną kwestią, na którą powołał się powód to zlecenie przez pozwanej prac dodatkowych, tj. zmianę technologii wykonania zabezpieczenia wykopu w postaci palisady. W oparciu o aneks nr 1 pozwana powierzyła powódce także wykonanie zabezpieczenia budynku (...) metodą jet grouting. Zabezpieczenie w/w budynku należało wykonać w pierwszej kolejności, przed innymi pracami z zakresu zabezpieczenia wykopu i robót ziemnych. Było to priorytetowe zadanie. Prace przy wzmocnieniu fundamentów budynku (...) zostały rozpoczęte w dniu 13 marca 2018 roku, tj. bez podpisanego jeszcze aneksu sankcjonującego zlecenie tych prac. Powódka wychodziła naprzeciw oczekiwaniom pozwanej, aby w sposób możliwie szybki wznowić prace. Powódka, mimo możliwości wstrzymania się z tymi pracami (co najmniej do momentu podpisania aneksu), kierując się dobrem zadania przystąpiła do takich robót. Wykonanie robót dodatkowych w postaci zabezpieczenia fundamentów budynku (...), miało wpływ na moment, w którym powódka mogła przystąpić do dalszego wykonania zabezpieczenia wykopu pod budynek. Mianowicie dopiero po wykonaniu tzw. „podbicia” budynku (...) powódka mogła przystąpić do prac zasadniczych.

Prace przy zabezpieczeniu w/w budynku zakończono w dniu 21 marca 2018 roku przy pełnym monitoringu osiadania sąsiednich budynków.

Zgodnie z projektem technologiczno-wykonawczym zabezpieczenia budynku położonego we W. przy ul. (...) z marca 2018 roku (załącznik nr 1 do aneksu nr 1 do Umowy), roboty związane z kontynuowaniem palisady przy wzmacnianym budynku można było rozpocząć po 14 dniach od wykonania ostatniej kolumny jet grouting. Mogło to zatem nastąpić w dniu 4 kwietnia 2018 roku. Powódka bez zwłoki przystąpiła do dalszych prac, tj. dokończenia palisady (uwzględniając zmienioną aneksem nr 1 technologię jej wykonania) oraz zabezpieczenia wykopu w postaci ścianki szczelnej. Wykonanie w/w prac pozwalało na tzw. „zamknięcie obudowy szczelnej wykopu” (pkt c) Harmonogramu) oraz umożliwiało przystąpienie do wykonania wykopu.

Powódka w dniu 24 marca 2018 roku przystąpiła do instalacji ścianki szczelnej. W tej dacie natrafiono na kolizje z niezainwentaryzowanym kablem elektrycznym oraz fundamentami i przeszkodami z cegieł. Powódka nie ponosi odpowiedzialności i nie może być obciążana konsekwencjami i ryzykami wynikającymi z natrafienia na w/w przeszkody, które kolidowały z przebiegiem ścianki szczelnej. W wyniku napotkania w/w przeszkód, a także konieczność wykonania przekopów kontrolnych instalacja ścianki nie mogła zostać rozpoczęta z przyczyn obiektywnych. Napotkane kolizje zostały zgłoszone pozwanej. Jej służby zajęły się usunięciem kolizji z kablami. Z kolei powódka przystąpiła do usuwania starych murów i gruzu, które kolidowały z przebiegiem ścianki. Przedstawiciele pozwanej byli stale obecni na terenie budowy oraz pozostawali w stałym kontakcie z przedstawicielem powódki. Stąd pozwana bezspornie wiedziała o rodzaju i zakresie napotkanych przeszkód. To pozwana w ramach swojego zobowiązania zajęła się usunięciem kabla kolidującego ze ścianką. To pozwana przekazała powódce dokumentację

projektową (będącą podstawą ustalania harmonogramu), w której błędnie został oznaczony przebieg starych murów. Zgodnie z tą dokumentacją nie kolidował on z przebiegiem ścianki szczelnej. Tymczasem w rzeczywistości przebiegał dokładnie w miejscu instalacji ściany szczelnej, co wymagało dodatkowego (niezaplanowanego w umowie) czasu na usunięcie kolidujących murów z zaplanowanym miejscem zainstalowania ściany szczelnej. W wyniku w/w przeszkód doszło do 12 dniowej przeszkody (od 24 marca 2018 roku do dnia 5 kwietnia 2018 roku) w wykonywaniu zabezpieczenia wykopu w postaci ścianki szczelnej. Powódka zakładała wykonanie zabezpieczenia wykopu w postaci ścianki szczelnej o projektowanej długości 1923 metrów w terminie 21 dni, przy braku „przykrych niespodzianek” w gruncie. Napotkane przeszkody wymusiły na powódce zmianę miejsca rozpoczęcia prac związanych z instalowaniem grodzic. Pierwotny start tych prac miał nastąpić od ul. (...). Miało to umożliwić szybsze wykonanie tych prac i ograniczyć konieczność przestawiania maszyn. Prace powódka zmuszona była rozpocząć jednak od ul. (...)/G.. Reasumując wskutek napotkanych gruzów, komór żelbetowych, konieczność wcześniejszego podwiercania, przestawiania maszyny pomiędzy ciepłociągiem oraz przestawiania jej na sąsiedni narożnik, prace te zakończono w dniu 5 maja 2018 roku. W tej dacie powódka zamknęła obudowę szczelną wykopu (pkt c) Harmonogramu). Taka data zresztą została uzgodniona z pozwaną i została dotrzymana przez powódkę. Brak współdziałania pozwanej przy realizacji umowy dotyczył także zaniechania usunięcia oświetlenia reklamy wzdłuż (...). Konsekwencją takiego stanu rzeczy była konieczność wykonania przez powódkę części kolumn palisady w wolniejszej i droższej technologii jet grouting. Wyjaśnić należy również, że wydajność tej technologii jest dużo niższa niż uprzednio planowanych pali (...) (jeden dzień roboczy (12h) umożliwia wykonanie ok 9 kolumn jet grouting, w sytuacji gdy w tym czasie możliwe jest wykonanie około 30 pali typu (...)). Tym samym zaniechanie pozwanej spowolniło prace z zakresu palisady. W miejscu kolidującego oświetlenia powódka mogła wykonać 32 pale. Zajęłoby to jeden dzień. Z uwagi na odmowę usunięcia tego oświetlenia powódka musiała w tym miejscu wykonać pale w technologii jet grouting. Zajęło to powódce 4 dni. Tym samym, z przyczyn leżących po stronie pozwanej o 3 dni wydłużono termin wykonywania zabezpieczenia wykopu w postaci palisady.

Prace jakie miały nastąpić po zamknięciu obudowy szczelnej wykopu to wykonanie wykopu. Powódka wyjaśnia, że etapy prac ujęte w Harmonogramie były ze sobą powiązane. Innymi słowy przesunięcie terminu wykonania wcześniejszego etapu powodowało automatyczną zmianę terminu wykonania kolejnego etapu. Taka była zależność m. in. między wykonaniem obudowy wykopu ze ścianki szczelnej i palisady a awansowaniem robót ziemnych (wykonanie wykopu).

Głównym problemem dla równoległego prowadzenia prac zabezpieczania wykopu z robotami ziemnymi to ilość maszyn, która uniemożliwiała wejście na teren budowy i bezkolizyjne prowadzenie robót ziemnych. Roboty związane z wykonaniem pali oraz pogrążaniem grodzic wymagają odpowiedniego zaplecza sprzętowego pod te roboty (silosy, pompa, magazyn, plac na grodzice, dźwig) oraz terenu. Tym samym do czasu zakończenia palisady oraz ścianki szczelnej ograniczona była możliwość wożenia urobku powstałego przy pogłębianiu wykopu. Dopiero po wywiezieniu sprzętu i materiałów (5 maja 2018 roku), powódka mogła przystąpić do prac ziemnych. Ponadto nie można było rozpocząć prac od początku frontu ze względu na „dojrzewające doszczelnienia”, to jest wykonanie uszczelnienia ciepłociągu prac połączenia ścianki szczelnej z palisadą za pomocą metody jet grouting.

Także prace ziemne nie były wolne od przeszkód w ich prowadzeniu. Te przeszkody miały wpływ na termin zakończenia wykopu (etap 1) oraz wszystkich prac z zakresu wykopu. Problemem przy realizacji tych prac okazały się zalegające stare fundamenty, mury starego podpiwniczenia oraz przechodzący przez środek budowy żelbetowy kanał ciepłowniczy. Wszystkie elementy wymienione wcześniej należało wcześniej rozkuć, gdyż swoim gabarytem uniemożliwiała przewiezienie ciężarówkami. Dodatkowo skruszone gruzы musiały być wcześniej oddzielone od urobku ze względu na karty materiałowe i segregację odpadów co również miało wpływ na wydłużenie trwania robót ziemnych względem terminów wskazanych w Harmonogramie. Wskazano, iż podczas prac ziemnych powódka natrafiła na 2 niewybuchy. Spowodowało to wstrzymanie prac ziemnych na 1 dzień, za co powódka nie odpowiada. Stwierdzenie niewybuchów oraz ich usunięcie potwierdzone zostały raportem z nadzoru saperskiego.

Kolejną przeszkodą, która nie obciąża powódki przy przekazaniu wykopu (etap 1) były lokalne przewarstwienia na poziomie rzędnej chudego betonu. Niezgodność polegała na lokalnym pojawieniu się gruntu organicznego, którego występowanie nie miało odzwierciedlenia w dokumentacji geologicznej przekazanej przez pozwaną. Z tej dokumentacji wprost wynikało, że stwierdzone grunty sypkie oraz spoiste nadają się do bezpośredniego posadowienia obiektów budowlanych. Powódka traktuje ten etap prac jako robotę dodatkową, która dodatkowo spowodowała wydłużenie prac. Powódka zaprzeczyła, aby na podstawie umowy miała wymienić rzeczony grunt. Powódka wymieniła ten grunt, a koszt takiej wymiany stanowi odrębne roszczenie powódki wobec pozwanej. Napotkane przewarstwienia spowodowały także wydłużenie wykopu (etap 1) pod układanie podkładów z chudego betonu o czas potrzebny na zajęcie stanowiska przez pozwaną oraz procedowanie z wymianą gruntu. Te czynności zajęły 1 dzień.

Następnym utrudnieniem, które także nie obciążało powódki było zmniejszenie szerokości przypory ziemnej. Według projektu zamiennego z dnia 19 marca 2018 roku, szerokość pierwotna przypory miała mieć 4-5 metrów. Już w trakcie prowadzenia prac żelbetowych przypora musiała być zmniejszona o 1,5-2 m. Wymagało to uzyskania akceptacji projektanta zabezpieczenia wykopu, przeprojektowanie tej przypory oraz ponowne jej uformowanie przez powódkę. Oczywistym jest przy tym, że czas potrzebny do wykonania w/w czynności (według powódki było to 3 dni) wydłużył prace ziemne z uwagi na okoliczności niezależne od powódki.

Z Harmonogramu wynika, iż powódka miała 6 dni na wykonanie wykopu (etap 1) oraz 14 dni na zakończenie wszystkich prac w zakresie wykopu. Terminy te należy liczyć od daty zamknięcia obudowy szczelnej wykopu. To nastąpiło w dniu 5 maja 2018 roku. Tym samym powódka winna oddać pozwanej etap 1 wykopu do dnia 11 maja 2018 roku

i do dnia 19 maja 2018 roku ukończyć pozostałe prace w wykopie. Analiza dziennika budowy pokazuje, iż począwszy od dnia 9 maja 2018 roku następowało sukcesywne oddawanie wykopu pod chudy beton dla wykopu z etapu 1. Prace powódki nie opóźniały prac kolejnych podwykonawców, w szczególności wykonawcy płyty fundamentowej budynku ((...) sp. z o.o.). Podmiot ten nie obciążył pozwanej za rzekomy przestój spowodowany brakiem frontu robót. Przebieg robót odzwierciedlony w dzienniku budowy pokazuje, iż prace ziemne powódki oraz roboty związane z układaniem chudego betonu oraz wykonania płyty fundamentowej przebiegały bezkolizyjnie, co także potwierdza informacja zawarta w wiadomości e-mail kierownika robót powódki z dnia 15 maja 2018 roku według której „roboty ziemne prowadzone są w tempie zapewniającym front robót dla kolejnych podwykonawców.” Wreszcie sposób prowadzenia robót ziemnych był uzgadniany z pozwaną. Sama pozwana spowołniła te prace. Było to spowodowane skorelowaniem tych prac z odbiorem geologicznym oraz układaniem chudego betonu. Prace polegające na wykonaniu drogi na cele budowy i wjazdu na budowę zostały wykonane bez zwłoki. Prace te zakończono w terminie wynikającym z Harmonogramu. Powyższe potwierdza sprawozdanie z badania modułu odkształcenia stabilizacji wykonanej na wjeździe na budowę, sporządzone już 27 marca 2018 roku. Okoliczność wykonania w/w wjazdu przed dniem 12 kwietnia 2018 roku potwierdza także wpis w dzienniku budowy z dnia 3 kwietnia 2018 roku.

Co do roszczenia o zapłatę kwoty 52.241,90 zł tytułem części wynagrodzenia objętego fakturą (...) powód podniósł, iż wbrew twierdzeniom pozwanej nie doszło do umorzenia wierzytelności. Potrącenia takie nie miały bowiem miejsca. Co do wierzytelności z tytułu gwarancji bankowej, zabezpieczenia wskazał, iż konstrukcja oparta została na instytucji potrącenia ustawowego uregulowanego w art. 498 i n. k.c. - nie dochodziło do automatycznego umorzenia odpowiedniej części wynagrodzenia należnego powódce za wykonane roboty poprzez zatrzymanie (zaliczenie) jej na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dla wywołania skutku potrącenia konieczne było złożenie odpowiedniego oświadczenia przez pozwaną. Takiego oświadczenia przy rozliczeniu należności objętej fakturą (...) pozwana jednak nie złożyła. Okoliczność przeciwna nie wynika z opisu przelewu dokonanego przez pozwaną w dniu 22 sierpnia 2018 roku na kwotę 408.596,00 zł. Za oświadczenie o potrąceniu nie może zostać uznane pismo z dnia 4 października 2018 roku, na które powołuje się w zarzutach pozwana. Ma ono charakter wyjaśniający. Ponadto pismo zostało podpisane przez G. S., który nie był umocowany do złożenia w imieniu pozwanej oświadczenia o potrąceniu. Niezależnie od tego powód wskazał na terminy zwrotu zabezpieczenia zgodnie z umową.

Co do kwoty 3.026,73 zł – tzw. kosztów ogólnych budowy, o których mowa w § 6 ust. 5 zmodyfikowanych OWU - § 18 ust. 40 umowy, powód podniósł, iż także w tym zakresie pozwana nie złożyła oświadczenia o rozliczeniu w/w kosztów budowy z odpowiednią częścią wynagrodzenia powódki objętego w/w fakturą (...).

Dodatkowo powód podniósł zarzut nieważności postanowień nakładających karę umownej. Zwrócił należy na zależności

istniejące między poszczególnymi pracami jakie na podstawie umowy wykonać miała powódka. Ta zależność polega m. in. na tym, że przesunięcie terminu wykonania jednego etapu, automatycznie skutkuje przesunięciem terminu na wykonanie kolejnej części prac. Jeżeli do zwłoki dojdzie już na pierwszym etapie, pozwana kilkakrotnie może obciążyć powódkę karą umowną (odrębnie za każdą część robót), mimo że źródłem zwłoki pozostaje to samo zdarzenie. Oznacza to, że kara umowna przybiera funkcję represyjną a nie odszkodowawczą, co jest sprzeczne z istotą kary umownej. Z tego powodu w/w postanowienia umowy pozostają nieważne jako sprzeciwiające się właściwości instytucji kary umownej i dążące do obejścia przepisu art. 483 § 1 k.c. według którego kara umowna jest należna jako forma naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W realiach tej sprawy w/w postanowienia pozostają sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jako dające możliwość kilkakrotnego karania powódki w oparciu o to samo zdarzenie. Umowa została zawarta na wzorze przygotowanym przez pozwaną. Również zmiany OWU przewidziane w § 18 Umowy nie są wynikiem negocjacji stron lecz pochodzą od pozwanej.

Powód zakwestionował także prawidłowość naliczenia kary umownej – za podstawę obliczenia pozwana bierze pod uwagę wynagrodzenie powódki należne za wykonanie całości umowy oraz aneksu nr 1. Tymczasem, w umowie mowa jest o karze umownej „w wysokości 0,3 % (trzy dziesiąte procenta) wynagrodzenia brutto Podwykonawcy określonego w Umowie.” W/w postanowienie jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne. Pozwana odnosi je do § 10 ust. 1 Umowy. Taka interpretacja jest nieprawidłowa. Mianowicie „wynagrodzeniu Podwykonawcy” poświęcony został cały § 10 Umowy. W ust. 2 § 10 przedstawiono wynagrodzenie powódki w rozbiciu na poszczególne etapy prac. Tym samym pozwana naliczając karę umowną powinna sięgać do tej części wynagrodzenia powódki, które przewidziane zostało przez strony za wykonanie etapu, który według pozwanej zostały wykonane ze zwłoką.

Z daleko idącej ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia argumentacji odnośnie bezpodstawności żądania przez pozwaną kary umownej przedstawionej do potrącenia, na podstawie art. 484 § 2 k.p.c. powódka wniosła o miarkowanie kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie oraz wykonanie przedmiotu umowy w całości.

W odpowiedzi pozwana podtrzymała stanowisko procesowe.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 20 grudnia 2017 r. została zawarta umowa pomiędzy (...) spółką akcyjną (...)ska z siedzibą we W. jako investorem a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową akcyjną umowa, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych - budowy budynku hotelowego z usługami (handel i gastronomia) w parterze oraz wielostanowiskowym garażem podziemnym przy ul. (...) we W.. Podstawą realizacji prac była decyzja Prezydenta W. z dnia 26.09.2017r. nr (...) - pozwolenie na budowę budynku oraz z dnia 12.12.2017r. nr (...) - pozwoleniem na budowę sieci elektroenergetycznej średniego i niskiego napięcia, sieci telekomunikacyjnych, zaświadczeniem Prezydenta W. z dnia 21.08.2017 r. o niewnoszeniu sprzeciwu do zgłoszenia likwidacji fragmentu sieci ciepłowniczej ze względu na kolizję z projektowanym budynkiem i budowę nowego odcina sieci. W dniu 25 stycznia 2018 r. pozwany (wykonawca) zawarł z powodem (...) Sp. z o.o. w W. (podwykonawca) umowę, której przedmiotem było zabezpieczenie ścian wykopu wraz z projektem zabezpieczenia, robót ziemnych polegających na wykonaniu wykopu wraz z wywozem urobku oraz utwardzeniem gruntu dla umożliwienia stabilnej pracy maszyn, rozpoznania saperskiego. Zakres prac został szczegółowo opisany w załączniku nr 7 do umowy.

Terminy zakończenia poszczególnych etapów robót zostały określone w § 8 umowy. W dniu 9.03.2018r. podpisano aneks nr 1, który zawierał m.in. modyfikację początkowych terminów realizacyjnych wynikających z umowy.

W umowie termin opracowania i przekazania wykonawcy kompletnej dokumentacji zabezpieczenia wykopu wraz z wnioskami materiałowym na zaprojektowane materiały określono na 26.01.2018 r., rozpoczęcie robót w zakresie zabezpieczenia wykopu - 29.01.2018 r., zamknięcie obudowy szczelnej wykopu - 28.02.2018 r., rozpoczęcia wykopu - 05.02.2018 r., zakończenie wykonywania wykopu dla rozpoczęcia wykonywania płyty fundamentowej (podkładów z chudego betonu) niezbędnej dla wykonania rozpór obudowy wykopu - 09.03.2018 r., wykonanie rozpór - rozpoczęcie w terminie 7 dnia od momentu przekazania podwykonawcy informacji przez Wykonawcę o możliwości ich wykonania - czas wykonania - 7 dni, demontaż rozparć - czas wykonania do 7 dni. Rozpoczęcie w terminie 3 dni od momentu przekazania Podwykonawcy informacji przez Wykonawcę o możliwości wykonania, demontaż grodziec wraz z wywiezieniem z terenu budowy - czas wykonania 12 dni. Rozpoczęcie w terminie 14 dni od momentu przekazania podwykonawcy informacji przez Wykonawcę o możliwości wykonania, wykonanie drogi na cele budowy na działkach nr ew. (...) obręb południe - do dnia 02.02.2018r, wykonanie wjazdu na budowę - do dnia 14.02.2018 r.

Wynagrodzenie ustalono pierwotnie szacunkowo na kwotę 1.542.962,3 zł netto (w systemie odwróconego VAT-u). Należne podwykonawcy wynagrodzenie miało być rozliczane etapowo po wykonaniu poszczególnych zadań ujętych w umowie.

Strony zawarły aneks nr 1 do umowy opatrzony datą 9 marca 2018 r., jednakże zawarty po 22 marca 2018 r., na podstawie którego dokonano rozszerzenia zakresu przedmiotu umowy o wykonanie przez podwykonawcę prac polegających na zabezpieczeniu budynku położonego we W. przy ul. (...) na działkach nr (...) metodą jet grouting, na czas prowadzenia robót polegających na wykonaniu kolumn (...) i wykopu na działkach (...), zgodnie z projektem technologiczno-wykonawczym kolumn stanowiącym załącznik nr 1 do aneksu, zmianę technologii prowadzenia prac w zakresie kolumn (...) dotychczas niewykonanych, na kolumny jet grouting w bezpośredniej bliskości obiektu (...) oraz kolumny (...) w pozostałym zakresie - projekt zamienny zabezpieczenia wykopu stanowi załącznik nr 5 do niniejszego aneksu. Z uwagi na to ustalono, iż z tytułu wykonania prac dodatkowych lub zamiennych przysługiwać będzie ryczałtowe, dodatkowe wynagrodzenie za prace dodatkowe ujęte w pkt a) - 142 000 zł netto, prace dodatkowe ujęte w pkt b) - 160 000 zł netto (razem 302 000 zł netto).

Zgodnie z § 3 ust. 2 aneksu nr (...) strony zgodnie postanawiają, że z uwagi na zgłoszone w dniu 7 lutego 2018 r. przez firmę (...) Sp. z o.o. w W. uszkodzenia ścian i elewacji budynku przy ul. (...) we W., znajdującego się w bezpośrednim sąsiedztwie z działką przy ul. (...) we W., na której prowadzona jest w/w Inwestycja, dalsza kontynuacja przez Podwykonawcę prac powierzonych w Umowie, w rejonie obiektu firmy (...) Sp. z o.o. (wg wpisu do dziennika budowy dokonanego przez konstruktora Pana A. K. (1)) - w odległości mniejszej niż pięć metrów od lica budynków firmy (...) Sp. z o.o., możliwa będzie po przeprowadzeniu niezbędnych czynności wyjaśniających i opracowaniu niezbędnych ekspertyz mających na celu wskazanie dalszych czynności umożliwiających bezpieczne, zapobiegające dalszym uszkodzeniom, prowadzenie prac, w szczególności ekspertyzy konstrukcyjnej dotyczącej budynku przy ul. (...) we W., określającej dopuszczalne wartości osiadań tego budynku oraz ekspertyzy ustalającej przyczyny powstania spękań ścian i elewacji budynku położonego we W. przy ul. (...), a także po przeprowadzeniu przez podwykonawcę prac określonych w § 2 ust. 1 lit. a) niniejszego Aneksu i aktualizacji przez Podwykonawcę projektu zabezpieczenia wykopu dla budowy w/w Inwestycji, z uwagi na przerwę w wykonywaniu robót, spowodowaną wystąpieniem niskich temperatur, z uwzględnieniem projektu wykonawczego tymczasowego odwodnienia wykopu autorstwa Pana Z. G. z lutego 2018, przekazanego Podwykonawcy drogą mailową w dniu 06.03.2018 r. Zgodnie z ust. 3 wskazanego paragrafu mając na uwadze okoliczności, o których mowa w ust 2 powyżej i związaną z tym konieczność wyznaczenia nowych terminów wykonania robót objętych przedmiotem umowy, strony zgodnie postanawiają, iż Podwykonawca zobowiązany będzie do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z terminami określonymi w Harmonogramie, stanowiącym Załącznik nr 2 do niniejszego aneksu, który zastępuje treść § 8 umowy, przy czym obszar wykonania przez Podwykonawcę prac wskazanych w Harmonogramie pod lit. e) określa załącznik nr 3 do niniejszego aneksu.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do aneksu (Harmonogram) ustalono nowe terminy realizacji robót:

- termin opracowania i przekazania dla Wykonawcy (pozwanej) kompletnej dokumentacji zabezpieczenia oraz odwodnienia wykopu wraz z wnioskami materiałowymi na zaprojektowane materiały - 26.01.2018 r.;

- opracowanie i przekazanie do pozwanej kompletnej rewizji (koniecznej do opracowania z uwagi na przerwę w wykonaniu prac) dokumentacji zabezpieczenia wykopu oraz odwodnienia wykopu wraz z wnioskami materiałowymi na zaprojektowane materiały - 23.03.2018r.

- rozpoczęcie robót polegających na zabezpieczeniu wykopu - 29.01.2018r.

- zamknięcie obudowy szczelinowej wykopu - 14.04.2018 r.

- rozpoczęcie wykopu - 16.04.2018r.

- zakończenie wykopu dla rozpoczęcia wykonywania płyty fundamentowej (podkładów z chudego betonu) niezbędne dla wykonania rozpór obudowy wykopu do 20.04.2018; - ETAP 1

- zakończenie wszystkich prac w zakresie wykopu do 30.04.2018 r., z zastrzeżeniem, iż wykonanie rozpór wzdłuż budynku (...) - rozpoczęcie 7 dni od momentu przekazania Podwykonawcy informacji przez Wykonawcę o możliwości ich wykonania - czas wykonania 7 dni;

- usunięcie urobku w obszarze wykonanych rozpór opisanych - 5 dni;

- demontaż rozparć - czas wykonania 7 dni. Rozpoczęcie w terminie 3 dni od momentu przekazania Podwykonawcy informacji przez wykonawcę o możliwości ich wykonania;

- demontaż grodzic wraz z wywiezieniem z terenu budowy- czas wykonania 12 dni, rozpoczęcie w terminie 14 dni od momentu przekazania Podwykonawcy informacji przez Wykonawcę o możliwości ich wykonania;

- wykonanie drogi na cele budowy na działkach (...) obręb (...).4.2018 r.

- wykonanie wjazdu na budowę 28.03.2018 r.

W trakcie wykonywania prac przez pozwanego miały miejsce następujące istotne zdarzenia:

W dniu 01.02.2018r. A. P. przejął obowiązki kierownika robót w zakresie zabezpieczenia wykopu na placu budowy, w dniu 05.02.2018r. rozpoczęto wiercenia pali wzdłuż budynku (...). W dniu 7 lutego 2018 r. w związku z powstałymi zarysowaniami w bud. (...) wstrzymano prace i wezwano geodetów w celu wykonania pomiarów. W dniu 16.02.2018 r.- wznowiono prace połowę w technologii kolumn (...) wzdłuż muru bud. (...). W dniu 28.02.2018r. - w związku z wystąpieniem kolejnych zarysowań bud. (...) kierownik budowy A. K. (2) całkowicie wstrzymała prace na budowie do czasu wykonania ekspertyzy technicznej. W dniu 05.03.2018 r. wznowiono roboty związane z zabezpieczeniem wykopu, w dniu 13.03.2018r. rozpoczęto prace przy kolumnach (...) dniu 5.04.2018 r. - rozpoczęto prace przy montażu Larsenów w zakresie od ul. (...) / G.. Trwały też prace przy wykonywaniu kolumn palisady od strony P. /G.. W dniu 27.04.2018 r. zakończono wykonanie palisady od strony istniejących budynków oraz wykonano uszczelnienie zabezpieczenia od strony ul. (...) (połączenie

ściany betonowej z larsenami) rozpoczęto wykonanie od stron ul. (...) (kierownik budowy A. K. (2)). W dniu 4.05.2018r. - w dalszym ciągu trwa wykonanie muru od strony ul. (...) za pomocą 1 z arsenów. Otrzymany monitoring nie wskazuje na przemieszczanie się budynków sąsiednich. W dniu 5 maja 2018 r. zakończono instalację ścianki szczelnej. Trwają prace przy wykopie. W dniu 7 maja 2018 r. kierownik budowy potwierdził zakończenie wykonywania zabezpieczenia wykopu w formie ścianki szczelnej. Trwają prace ziemne w obrębie od ul. (...), profilowana jest przypora wzdłuż budynków istniejących. W dniu 10 maja 2018 r. kierownik budowy zgłosił zakończenie odcinka prac i przedstawił do odbioru podłoże gruntowe pod chudy beton w polach między osiami A1-A6/1-10. Inspektor nadzoru R. O. (2) oraz geolog M. K. potwierdzili odbiór zgłoszonych elementów. W dniu 16.05.2018 r. kierownik budowy zgłosił zakończenie odcinka prac i przedstawił do odbioru podłoże gruntowe pod chudy beton w polach między osiami A1-A6/10-14. Inspektor nadzoru R. O. (2) oraz geolog M. K. potwierdzili odbiór zgłoszonych elementów, w dniu 22.05.2018r. - kierownik budowy zgłosił zakończenie odcinka prac i przedstawił do odbioru podłoże gruntowe pod chudy beton w polach między osiami D1-D4/C1-C7, inspektor nadzoru R. O. (2) oraz geolog M. K. potwierdzili odbiór zgłoszonych elementów, w dniu 28.05.2018 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru zbrojenie płyty fundamentowej w polach między osiami 1 -9/A1-A6, a inspektor nadzoru R. O. (2) odebrał zgłoszone elementy. W dniu 29.05.2018r. - Kierownik budowy zgłosił do odbioru podłoże gruntowe pod chudy beton w polach między osiami D4-D9/C1-C7, a inspektor nadzoru R. O. (2) oraz geolog M. K. potwierdzili odbiór zgłoszonych elementów. W dniu 4.06.2018 r. trwa montaż oczepu i rozpór w osiach A- 8/1 9. W dniu 12.06.2018r. - trwają prace przy usuwaniu przypory gruntowej w obrębie budynków (...). Trwa montaż dolnej rozpory palisad. W maju 2018 r. inspektor nadzoru inwestorskiego R. O. (1) otrzymał ostateczną dokumentację wykonawczą wykopu.

W trakcie realizacji prac przez powoda natrafiono na kable energetyczne oraz całe kwartały poniemieckich kamienic wraz z bunkrami, słupami, stare „żelbety” Około 4 – 5 dni trwało ich usuwanie. Ujawniła się także komora ciepłownicza o wymiarach 5/5, wcześniej niezainwentaryzowana, trzeba było wycinać rury podczas końcowego wybijania grodzie Natrafiono na 2 granaty moździerzowe, co spowodowało konieczność interwencji nadzoru saperskiego. Napotkano nadto na nienośne podłoże gruntowe, które nie zostało wcześniej wykryte i zinwentaryzowane.

Między powodem a pozwanym zostały spisane protokoły zaawansowania i odbioru robót:

- protokół zaawansowania robót za okres 31.01.2018 - 22.05.2018 spisany

W dniu 22.05.2018 na kwotę 1.098.799,25 zł netto;

- protokół zaawansowania robót za okres 22.05.2018 – 09.07.2018 spisany

W dniu 09.07.2018 na kwotę 492.151,71 zł netto;

- protokół odbioru końcowego robót spisany w dniu 09.10.2018 r.

Odbiory były bezusterkowe. Na podstawie protokołu zaawansowania robót z dnia 22.05.2018 wystawiona została przez powoda w stosunku do pozwanego faktura nr (...) na kwotę netto 1.098.799,25 zł netto. Na podstawie zaś protokołu zaawansowania robót z dnia 09.07.2018 r. wystawiono fakturę nr(...) na kwotę netto 492 151,71 zł.

Pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. skierowanym do powoda pozwany wskazał (ponownie) na naliczenie kary umownej na podstawie § 9 ust. 2 lit b OWU do Umowy w kwocie 1.130.113,06 zł, na którą składać się miały kwoty:

a) kwota 190.621,48 zł, stanowiąca karę umowną z tytułu zwłoki podwykonawcy w wykonaniu zakresu prac określonych w pkt e) Harmonogramu stanowiącego załącznik nr 2 do aneksu nr 1 do umowy z dnia 25 stycznia 2018 r., podpisanego w dniu 9 marca 2018r., obejmujących zakończenie wykonywania wykopu i przekazanie Wykonawcy frontu robót w celu rozpoczęcia wykonywania podkładów z chudego betonu (naliczoną za okres od dnia 20 kwietnia 2018r. do dnia 22 maja 2018r.),

b) kwota 408.474,60 zł, stanowiąca karę umowną z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu zakresu prac określonych w pkt a) w/w Harmonogramu, obejmujących opracowanie i przekazanie Wykonawcy kompletnej rewizji dokumentacji zabezpieczenia wykopu oraz odwodnienia wykopu wraz z wnioskami materiałowymi (naliczoną za okres od dnia 24 marca 2018r. do dnia 22 maja 2018r.),

c) kwota, stanowiąca karę umowną 142.966,11 zł z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu zakresu prac określonych w pkt c) w/w Harmonogramu, obejmujących zamknięcie obudowy szczelnej wykopu (naliczoną za okres od dnia 15 kwietnia 2018r. do dnia 5 maja 2018r.),

d) kwota 258.700,58 zł, stanowiąca karę umowną z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu zakresu prac określonych w pkt i) w/w Harmonogramu, obejmujących wykonanie drogi na cele budowy na działkach (...), obręb (...)(naliczoną za okres od dnia 15 kwietnia 2018r. do dnia 22 maja 2018r.),

e) kwota 129.350,29 zł, stanowiąca karę umowną z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu zakresu prac określonych w pkt j) w/w Harmonogramu, obejmujących wykonanie wjazdu na budowę. (naliczoną za okres od dnia 29 marca 2018r. do dnia 16 kwietnia 2018r.).

Powołując się przy tym na regulację § 9 ust. 9 OWU (maksymalna wysokość kara umownych) wskazano na limit kar umownych – 226 930, 36 zł. Wskazano, iż żądanie zapłaty kar umownej w tej kwocie oparte jest na § 9 ust. 2 lit b, przy uwzględnieniu § 9 ust. 9 OWU do w/w Umowy i dotyczy kary umownej z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu poszczególnych etapów prac, w stosunku do terminów wynikających z Harmonogramu, stanowiącego Załącznik nr 2 do Aneksu nr 1 do Umowy z dnia 25 stycznia 2018r., podpisanego w dniu 9 marca 2018r., zaś w pozostałym zakresie, tj. co do kwoty 903.182,70 zł opiera się na § 9 ust. 5 OWU do /w Umowy i dotyczy odszkodowania uzupełniającego z tytułu zwłoki Podwykonawcy w wykonaniu poszczególnych etapów prac, w stosunku do terminów wynikających z Harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 2 do Aneksu nr 1 do Umowy z dnia 25 stycznia 2018r., podpisanego w dniu 9 marca 2018 r. Ponownie wezwano do zapłaty kwoty 1.130.113,06 zł - w terminie 7 dni od otrzymania niniejszego pisma.

Pismem z dnia 28 czerwca 2018 r. doręczonym w dniu 4 lipca 2028 r. pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu kary umownej w kwocie 226 930,36 zł tytułem kary umownej w związku z zwłoką w wykonaniu poszczególnych etapów prac w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu z wierzytelnością w kwocie 1 098 799,25 zł z faktury nr (...) z dnia 25 maja 2018 r. Ponadto złożono oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 903 182,70 zł tytułem odszkodowania uzupełniającego w związku ze zwłoką podwykonawcy w wykonaniu poszczególnych etapów prac w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu z wierzytelnością w kwocie 871 868,89 zł wynikającą z faktury nr (...) z dnia 25 maja 2018 r., stanowiącą pozostałe do zapłaty (po potrąceniu kwoty kary umownej 226 930,36 zł) wynagrodzenie z umowy. Pozwany wezwał powoda do zapłaty pozostałej kwoty 31 313,81 zł tytułem odszkodowania uzupełniającego.

Powód zakwestionował skuteczność potrącenia, jak i istnienie wierzytelności o zapłatę kary umownej i odszkodowania uzupełniającego.

Pismem z dnia 4 października 2018 r. skierowanym przez pozwanego do powoda, wskazał on, iż odnośnie faktury nr (...), wystawionej na kwotę 492.151,71 zł, z kwoty tej pozwana spółka potrąciła pozostałą do zapłaty na rzecz spółki tytułem odszkodowania uzupełniającego kwotę 31.313,81 zł, a ponadto, zgodnie z warunkami umowy z dnia 25 stycznia

2018 r., dokonała potrącenia kwoty 49.215,17 zł tytułem wierzytelności o zapłatę zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 8 ust 2 OWU do Umowy) oraz kwoty 3.026,73 zł tytułem wierzytelności o zapłatę kosztów ogólnych budowy (§ 6 pkt 5 OWU do Umowy) - łącznie suma potrąceń wyniosła zatem 83.551,71 zł. W rezultacie dokonanych potrąceń, do zapłaty na podstawie w/w faktury, pozostała kwota 408.600,00 zł, która została przez pozwaną w całości uregulowana, co oznacza, że również faktura nr (...) została w całości rozliczona.

(umowa z dnia 25 stycznia 2018 r. – k. 18 – 31, załącznik nr 2 – k. 34, zakres robót – k. 41 – 43, potwierdzenie otrzymania dokumentacji – k. 44, OWU – k. 51 – 61, decyzja o zatwierdzeniu projektu i udzieleniu pozwolenia na budowę – k. 63 – 65, 140 – 142 projekt budowlano – wykonawczy, w tym opinia geotechniczna – k. 73 – 139, aneks nr 1 do umowy – k. 186 – 187, projekt technologiczno – wykonawczy zabezpieczenia budynku – k. 188 – 205, projekt technologiczny zamienny zabezpieczenia wykopu – k. 206 – 236, protokół zaawansowania robót z dnia 22 maja 2018 r. – k. 238, faktura nr (...) z dnia 22 maja 2018 r. – k. 240, protokół zaawansowania robót z dnia 9 lipca 2018 r. – k. 244, faktura nr (...) z dnia 20 lipca 2018 r. – k. 246, wyciąg z rachunku – k. 251, protokół końcowego odbioru robót z dnia 9.10.2018 r. – k. 253, załącznik nr 2 do aneksu - k. 306, dziennik budowy – k. 232 – 238, notatka ze spotkania – k. 339, korespondencja e – mail – k. 340 – 349, 353 notatki ze spotkań – k. 350 – 351, fotografia – k. 352, pismo z dnia 13 czerwca 2018 r. – k. 355, potwierdzenie odbioru – k. 358, oświadczenie o potrąceniu wierzytelności – k. 359, potwierdzenie nadania – k. 360, potwierdzenie odbioru – k. 362, pismo powoda z dnia 4 lipca 2018 r. – k. 363 – 364, pismo z dnia 5 lipca 2018 r. – k. 365, pismo z dnia 4 października 2018 r. – k. 373, dziennik budowy – k. 374 – 391, fotografie – k. 395 – 396, 418 – 420 notatka ze spotkania – k. 401 – 402, korespondencja e – mail – k. 404 – 417, e - mail – k. 473 - dot. podpisania aneksu, e – mail dot wz wraz z atestami – k. 475 508, e – mail z 24 marca 2018 r. – k. 512, fotografie – k. 514 – 517, e – mail – k. 519, fotografie – k. 521 – 525, e - mail z dnia 27 kwietnia 2018 r. – k. 527, e – mail – k. 529, fotografie – k. 530, 532 – 537, 548 – 549, 554, 558 raport nadzoru saperskiego – k. 539 – 543, e – maile – k. 545 – 546, 556, 591 – 594, 598 - 600 sprawozdanie z badań – k. 560- 561, zeznania świadka A. P. – k. 1170 - 1171 V, 1173, zeznania świadka A. K. (3) – k. 1172 – 1173, częściowo zeznania świadka A. K. (2) – k. 1174 – 1175, 1177, częściowo zeznania świadka G. S. – k. 1175 V – 1177, częściowo zeznania świadka R. O. (1) – k. 1271 – 1274, zeznania świadka P. P. – k. 1480 – 1482, zeznania świadka T. K. - k. 1455 – 1456, zeznania świadka P. P. – k. 1480 – 1482, zeznania świadka J. S. – k. 1487 – 1489, 1493, zeznania świadka M. R. – k. 1489 - 1490, 1493, zeznania świadka E. P. – k. 1490 – 1491, 1493, zeznania świadka K. B. – k. 1491 – 1493, zeznania świadka M. L. – k. 1502 – 1505, opinia biegłego – k. 1551 – 1587, 1610 - 1611).

Wskazany wyżej stan faktyczny sąd ustalił w oparciu o wskazane dokumenty i wydruki, które nie budziły wątpliwości co do wiarygodności.

W sprawie przeprowadzono dowód z zeznań świadków. I tak świadek A. P. – kierownik budowy z ramienia (...) zwrócił uwagę na trudności w realizacji prac, wskazał na pęknięcia sąsiedniego budynku, co związane było ze złym osiadaniem. Powstał w związku z tym aneks i zabezpieczono budynek w formie podbicia. Podniósł, iż w trakcie prac trafiono na przeszkody, w postaci kabli energetycznych oraz całych kwartałów ponemieckich kamienic wraz z bunkrami, słupami. Był obecny też nadzór saperski. Wskazał na konieczność ściągnięcia dodatkowego sprzętu. Było bardzo mało miejsca, aby pogodzić prace kwalifikujące się jako szczególnie niebezpieczne. Opóźnienie na tym etapie powodowało opóźnienie na kolejnych. Pozwany wiedział o tym, kontaktował się z A. K. (2) ze strony pozwanego. Opisał okoliczności podpisania aneksu oraz powstania projektu zamiennego. Wskazał na przekazanie pozwanemu dokumentów związanych z użytymi materiałami. Po wykonaniu podbicia i sprawdzeniu osiadania budynku zaczęli instalować grodzice i w tym samym czasie przyjechały maszyny do uzupełnienia palisady. Przeszkody pojawiły się przed przystąpieniem do pracy prasy hydraulicznej. Koparka odkryła kable, których nie powinno być, a że to była sobota to Panią kierownik powiadomił poniedziałek. Około 4-5 dni trwało usunięcie tych kabli. Zaczęli kopać dalej, ale maszyna stanęła, ponieważ na głębokości 3 m były same gruzy. Używali koparko-ładowarki, koparki, młotu hydraulicznego. Oprócz kamienic były jakieś stare żelbetu. Na późniejszym etapie mieli maszynę, która wierciła pale. Trzeba było zdemontować oświetlenie na elewacji budynku, bo nie mogli podjechać maszyną. Zwrócił się o demontaż tych instalacji, ale odmówiono. Dopiero kiedy wykonywali tzw. (...), to oświetlenie zostało zdjęte przez (...). Świadek po okazaniu fotografii opisywał szczegółowo co się na nich znajduje i jakie miało to znaczenie dla przebiegu prac.

Dało to pełniejszy obraz rzeczywistości. Świadek zwrócił uwagę na konieczność wymiany gruntu. Wskazał także na znalezienie dwóch pocisków moździerzowych. Podniósł, iż na budowie było dużo sprzętu i nie było gdzie hałdować ziemi, gruzów. Teren pod drogę był zajęty przez hałdy, sprzęt. Gdyby zaś droga została wcześniej wykonana, to uległaby zniszczeniu i trzeba byłoby ją budować jeszcze raz. Droga została wykonana po realizacji grodzic, w trakcie wglębnienia. Wskazał na przesłanie określonej dokumentacji budowlanej w ślad za e – mailem z k. 594.

Wskazane wyżej zeznaniom sąd dał w pełni wiarę. Są one spontaniczne, złożone z rozeznaniem, racjonalne, szczegółowe, zbieżne z dokumentami, fotografiami. Świadek dysponował dużą wiedzą co do przebiegu inwestycji.

Spójne z tymi zeznaniami były zeznania świadka A. K. (3)- kierownika kontraktu ze strony powodowej. Zwrócił on uwagę, iż ze względu na powstałe trudności prace wydłużyły się o około 3 – 4 tygodni. Wskazał, iż aneks został podpisany pod koniec marca, roboty już wtedy trwały (po powstaniu projektu zamiennego).

Także świadek A. K. (2) – kierownik budowy związany z pozwanym także zwraca uwagę na pojawiające się przeszkody w trakcie realizacji prac - kabel, komora ciepłownicza, gruzy, konieczność zabezpieczenia budynku sąsiedniego. Świadek jednakże, zdaniem sądu, niezasadnie umniejsza znaczenie określonych zdarzeń na przebieg prac, ich terminowość, co ma odzwierciedlenie w stawianych przez świadkach tezach, które nie zasługują na aprobatę. Świadek wskazuje na przykład na problemy wykonawcze ze strony powoda, co z kolei nie koresponduje ze zmianą technologii prac, jak też niezależnymi od powoda przeszkodami w wykonaniu robót. Podnosi, iż było za mało wywrotek i koparek, co było przyczyną opóźnienia, nie zwracając uwagi na bardzo mały teren budowy, co uniemożliwiało zwiększenie ilości sprzętu (kwestia ta została poruszona przez biegłego, o czym poniżej). Co do wykonania drogi dojazdowej (w pełnym zakresie), to zdaniem sądu bardziej rozsądne w tym zakresie są opisane wyżej zeznania świadka A. P.. Nie można zgodzić się także ze świadkiem A. K., że dokumentacja geologiczna przewidywała występowanie gruntu organicznego, przeczy temu pozostały materiał dowodowy, w tym opinia biegłego, o czym także poniżej. Tak samo też nie są wiarygodne zeznania świadka co do tego, że nie były zgłaszane nigdy przeszkody w wykonywaniu prac. Przeczy temu pozostały materiał dowodowy.

Podobnie ocenić należy zeznania świadka G. S. – kierownika projektu z ramienia pozwanego. Także wskazał on na braki w sprzęcie, co również nie miało uzasadnienia. Bagatelizował on przy tym wpływ na prace pozostałości murów, gruzów, niewybuchów, kabla. Świadek formułuje ocenę, iż jego zdaniem opóźnienia wynikały ze złej organizacji pracy, rozpoznania terenu, czy zapoznania się z dokumentacją. Oczywiście ocena świadków nie dotyczy co do zasady faktów, z drugiej strony spośród uczestników procesu budowlanego, złej organizacji nie można zarzucić powodowi jako podwykonawcy.

Jeśli chodzi o zeznania świadka R. O. (1) - inspektora nadzoru inwestorskiego, zwrócił ona uwagę na „specyficzność” działki, na której prowadzona była budowa. Sąd uznał owe zeznania za częściowo wiarygodne. Świadek podniósł jednak, iż miejsce było bardzo trudne, kończyła się budowa (...), była przebudowa drogi. Bywało tak, że nie dało się wyjechać na drogę, bo były korki z powodu remontu drogi. Powód wykonywał zabezpieczenie wykopu, wykop, wyburzenie murów, także drogę i miał przygotować podłoże. Wskazał, iż ledwo zaczęto prace, a już się przechyliła kamienica. Pani Ania (kierownik) wtedy wstrzymała prace. Był w związku z tym przestój około 3 tygodnie. Pojawiły rozwiązania i to był kolejny przestój w związku ze zmianą technologii. Trzeba było wykonać ekspertyzę i zabezpieczenie. Roboty, które miały być wykonywane, nie mogły być wykonywane zgodnie z harmonogramem, bo trzeba było wykonywać w tym czasie inne prace. Był też mur na granicy z plebanią, na początku chcieli go nie rozbierać, ale ostatecznie musieli go rozebrać, bo nie było dojazdu. Był jeszcze problem związany z reklamą. Reklama miała być na ścianie budynku sąsiedniego, starano się ją zdjąć, to też chwilę trwało, bo trzeba było zgłosić do właściciela, to był baner reklamowy.

Świadek zwrócił uwagę, iż „były także problemy kadrowe po stronie wykonawcy” bo on miał inną umowę. Nadto, iż opóźnienia wynikały z braku doświadczenia. Podnieść należy, iż teza o brakach kadrowych (niewystarczającej liczbie pracowników) nie wynika z innych dowodów, jest to tylko ocena świadka, która nie wiąże sądu, podobnie też jeśli chodzi o kwestię doświadczenia wykonawcy. Świadek zwraca uwagę

na kwestię przygotowania się wykonawcy do prac, sam wskazuje jednak, iż istniała tylko „możliwość” spotkania fragmentów murów, piwnic, kamienic. Sąd w tej mierze opiera się na opinii biegłego, o czym mowa poniżej, co do kwestii wpływu, przewidywalności przeszkód na terminowość prac. Chodzi bowiem o typowe sytuacje, a nie nadzwyczajne. Świadek zwraca uwagę na wadliwość prac (zaczyn, cement, rozcieńczanie ziemi), ale w tym zakresie brak innego dowodu, protokół odbioru był tymczasem bezusterkowy. Z drugiej strony świadek podnosił, iż prac nie wstrzymywał, bo widział, że są dobrze wykonywane (mimo braków w dokumentach). Wskazał, iż ostatecznie dokumentacja wykonawcza została przekazana w maju (2018 r.). Podniósł, iż aneks został podpisany dlatego, że powstały roboty dodatkowe, albowiem budynek się przesunął. Zabezpieczenie było czasochłonne i wymagało specjalistycznej wiedzy i doświadczenia, była też konieczność wykonywania analiz, czy można było dalej robić czy nie. Potwierdził, że był nadzór saperski w związku ze znalezionymi niewybuchami, nie pamiętał, jednak ile ich było i na ile stawała wówczas praca. Wskazał, iż grunt został wymieniony i zostały wykonane nowe badania geotechniczne w tym miejscu i rozpoczęli dalsze prace. Od ścianki do ogrodzenia jeździły sprzęty, nie wiedział jednak, czy cały ten teren był drogą technologiczną. Zdaniem sądu powyższe stwierdzenie świadczy o tym, iż nie było problemu z dojazdem na teren inwestycji, a co za tym idzie droga dojazdowa została wykonana w czasie właściwym, co nie przeszkodziło w podjęciu innych prac.

Z relacji świadka T. K. – projektanta wykopu wynika fakt, który jest zresztą potwierdzony innymi dokumentami, iż projekt podlegał istotnym zmianom z uwagi na kolizje w gruncie i sąsiedni budynek. Wskazał, iż z wcześniejszej dokumentacji nie wynikały przeszkody w gruncie.

Nie miały zasadniczego znaczenia dla sprawy zeznania świadka P. P. – inżyniera budowy z ramienia powoda. Wskazał on, iż nie był wdrożony w harmonogram prac, jedynie w nadzorowanie prac. Wskazał, iż 26 maja 2018 r. zakończony został wykop.

Świadek J. S. – inżynier budowy w czasie pewnego etapu prac wskazała, iż napotkano na przeszkody takie jak fundamenty ceglane, musiano ten grunt razem z cegłami rozwiercać, by móc instalować grodzice. Wskazała, iż był to ogromny problem, bo gdyby nie podjęto próby zwiezenia dodatkowej maszyny, to instalacja wykopów była by niemożliwa. Nie przypomina sobie, by stare mury były naniesione na mapy. Nie wiedzieli, że coś takiego mogło się zdarzyć. Z uwagi na tą przeszkodę musieli ściągnąć dodatkową maszynę, trwało to dwa razy dłużej. Nie pamiętała pierwotnie, ile praca miała trwać. Później nie zajmowała się tą budową. Fundamenty (stare) były głębiej niż przekop kontrolny. Jak nie ma przeszkód w gruncie, instaluje się wciskarką grodzice. Tutaj trzeba było wywiercić trzy otwory, wykręcić świder, zebrać grunt, podpiąć grodzice i dopiero wtedy można instalować i tak na zmianę. Mieli to robić maszyną (...). Ona jest przeznaczony raczej do miękkiego gruntu. W skałę i cegły nie wejdzie.

Sąd nie miał podstaw, aby kwestionować wiarygodność zeznań wskazanego świadka.

Także z relacji świadka M. R. – kierownika robót wynika także, iż na trasie ścianek szczelnych występowały fundamenty.

Świadek E. P. – dyrektor u powoda odpowiedzialny za budowy wskazał, iż z tego co pamięta był przeszkody w gruncie i musiała być dodatkowa maszyna do wywiercania. Był jeden wielki mur i maszyna też miała problem. Te przeszkody spowodowały opóźnienie. Zazwyczaj wciskanie czy wibrowanie grodzic stanowiły sprawne prace. Jak pojawiają się przeszkody typu jakieś kamienie, ściany to są problemy. Jest to dość typowe, że można się z czymś takim spotkać, ale nie w takiej mierze jak tam. Świadek wskazał, iż wyglądało, jakby na terenie całej budowy była pod ziemią stara zabudowa. Przeszkody były głęboko zakopane. Podwiercanie dodatkowo zwiększa koszty. Tutaj każdą jedną grodzicę musieli podwiercać. Jak pojawia się temat podwiercania, to już wiadomo, że prace będą trwały. Jeżeli posiada się informację o przeszkodach, to z automatu zakładali możliwe sposoby wspomagania pogrążenia tych grodzic. Podwiercanie to dodatkowa robota. Jeżeli w ofercie jest wciskanie to zakłada, że nie było w dokumentacji informacji o przeszkodach. Gdybyśmy wiedzieli o przeszkodach to by „zofertowali” podwiercanie.

Jeśli chodzi o relację świadka K. B. – pełnił on na wskazanej budowie zastępstwo kierownika robót. Pomagał w robotach podbicia budynku. Był w tym czasie zatrudniony przez powoda. To był okres tygodnia albo dwóch. Zwrócił

uwagę na kolizje w gruncie. Znajdowały się one wewnątrz wykopu, jak i wzdłuż linii budowy i wykopów ścianki szczelnej. Były tam jakieś mury. Podniósł, iż zawsze coś może się trafić, ale w takim zakresie i taka ilość przeszkód było zaskoczeniem dla wykonawcy.

Jeśli chodzi o zeznania świadka M. L. nie dostarczyły one zasadniczych informacji, które nie wynikały już z przeprowadzonych dowodów. Poza tym świadek w wielu miejscach zasłaniał się niewiedzą.

Wniosek dowodowy z zeznań świadka P. N. został cofnięty

W sprawie dopuszczony został dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na tezy szczegółowo wskazane przez stronę powodową, tj. jaki dodatkowy zakres prac powódka dodatkowo wykonała w celu zainstalowania grodzie (ścianki szczelnej) wobec napotkania w gruncie kolidujących z przebiegiem ścianki szczelnej przeszkód gruntowych w szczególności starych murów, piwnic i innych pozostałości budynków; o jaki czas wydłużyły wykonywanie przez powódkę roboty objęte umową i aneksem polegające na wykonaniu obudowy wykopu oraz wykonaniu wykopu następujące okoliczności i przeszkody występujące podczas realizacji robót: niezainwentaryzowany kabel elektryczny, kolidujący z przebiegiem ścianki szczelnej; kolidujące z przebiegiem ścianki szczelnej mury, piwnice, komory żelbetowe i inne pozostałości budynków i przeszkody gruntowe; konieczność wykonania robót dodatkowych związanych z usunięciem w/w przeszkód z przebiegu ścianki szczelnej; występujące wewnątrz wykopu przeszkody gruntowe, w tym mury, piwnice, komory żelbetowe i inne pozostałości budynków; konieczność wykonania części palisady w technologii jet grouting (zamiast planowanych pali (...)), w związku z zaniechaniem usunięcia przez pozwaną oświetlenia reklamy (...); 2 (dwa) niewybuchy, na które natrafiono w trakcie pogłębiania wykopu; konieczność wymiany gruntu organicznego, zastanego wewnątrz wykopu; zmniejszenie szerokości przypory ziemnej o 1,5-2 m i związana z tym konieczność przeprojektowania przypory.

Opinia wydana przez biegłego T. M. została sporządzona dokładnie, z rozeznaniem, z pełnym wykorzystaniem materiału dowodowego, szczegółowo i przekonywująco uzasadniona. Biegły wskazał szczegółowo na podstawie wykonania opinii – dokumenty, w tym dziennik budowy, ale także na dowody osobowe. Wnioski są racjonalne. Sąd w pełni ją podziela. Wskazał on m. in., iż z zamieszczonej w aktach sprawy dokumentacji, w tym zarówno z wpisów do dziennika budowy, jak i sporządzonych notatek z narad koordynacyjnych odbytych na budowie oraz z korespondencji e-mailowej prowadzonej między stronami nie sposób jest dokładnie określić zakresu prac dodatkowych wykonanych przez powódkę i związanych z natrafieniem w trakcie prowadzonych przez roboty ziemnych na stare mury, piwnice i pozostałości budynków fragmenty infrastruktury miejskiej (sieci energetyczne i CO). W Aneksie nr (...) z dnia 09.03.2018r. zostały ujęte prace dodatkowe związane z zabezpieczeniem budynku przyległego do wykopu. Także uwzględniono zmianę technologii prowadzenia prac wzmacniających podłoże. W zakresie niewykonanych dotychczas kolumn (...) zobowiązano do wykonania jet grouting w obrębie budynku (...) oraz kolumn (...) w pozostałym zakresie. Za wykonanie ww. prac uzgodniono dodatkowe wynagrodzenie. Także ustalono nowe terminy realizacyjne. Biegły zwrócił uwagę, iż podwykonawca (powód) w trakcie prowadzenia robót ziemnych w terenie silnie zurbanizowanym natrafił jednak na różne niezainwentaryzowane uprzednio przeszkody, takie jak pozostałości starych murów, komorę ciepłowniczą, kabel elektryczny, czy też pozostałości wojenne (niewybuchy). Skala przeszkód i komplikacji organizacyjnych związanych z niezainwentaryzowaną częścią infrastruktury miejskiej (fragmenty sieci energetycznej oraz CO, pozostałości powojenne) zalegającej w podłożu, na którym prowadzono roboty była znacząca. Nadto w dokumentacji jest mowa o nienośnym podłożu gruntowym, pochodzenia organicznego. Nie zostało ono zawniesione w dokumentacji projektowej opracowanej na podstawie punktowych odwiertów geotechnicznych. W efekcie strony nie ujęły tych anomalii terenowych w umowie z dnia 25.01.2018 r. oraz w aneksie 1 z dnia 09.03.2018 r. Biegły uzasadnił, iż zasadniczym elementem dokumentacji geotechnicznej są punktowe odwierty geotechniczne. Na ich podstawie określa się charakterystykę podłoża zalegającego w terenie przyszłych robót. Jednak odwierty takie są punktowe. Z natury rzeczy, jako takie są wykonywane w pewnych odstępach między sobą, dokumentują one wyłącznie stan podłoża stwierdzony w tych odwiertach. Stan gruntu między nimi ustala się metodą aproksymacji. W miarę jednorodnym środowisku jest to wystarczająco poprawne i wiarygodne. Natomiast w terenie, w którym

mogą się znajdować znaczne i liczne zaburzenia aproksymacja i ustalanie cech podłoża wykonane na podstawie punktowych odwiertów geotechnicznych może nie przenieść wystarczająco prawidłowej oceny podłoża, co też miało miejsce w przypadku analizowanej budowy. Na analizowanej budowie podczas wierceń geotechnicznych nie natrafiano, ani na niezidentyfikowany kabel energetyczny, ani na ruiny i pozostałości starych murów, a także na starą, żelbetową komorę cieplną. Nie wspominając już o wojennych niewybuchach. Na podstawie tych odwiertów metodą aproksymacji dokonano ustalenia cech podłoża. Nie sposób było zatem na etapie projektowym, aby uznać że podłoże to nie było jednorodne. W szczególności zawierające powyżej wskazane przeszkody terenowe. Cecha takiej dokumentacji technicznej nie stanowi o wadzie projektowej, ale niesie dla firmy wykonawczej konieczność poniesienia dodatkowych nakładów, zarówno finansowych (wydatków), jak i czasowych, które nie były uwzględniane na etapie ustalania warunków umownych. Takie dodatkowe nakłady są związane z likwidacją nieprzewidzianych przeszkód terenowych nieujętych w dostępnej uprzednio dokumentacji projektowej. Zmiana gabarytów przypory ziemnej wiązała się również z koniecznością jej przeprojektowania. W konsekwencji z dokonaniem nowych uzgodnień projektowych. Ponadto niepomiarowo mały plac budowy pokrywany się z wykopem sprawiał również trudności organizacyjne. W szczególności, gdy na tym placu równolegle musiały wykonać swoje zaplecze jeszcze inne brygady realizujące przedmiotową inwestycję. Ze względu na ograniczony (mały) plac budowy podwykonawca nie mógł zwiększyć swojego zaangażowania sprzętowego celem przyspieszenia realizacji inwestycji. Nie mógł zatem nadrobić opóźnienia spowodowanego napotkaniem niezidentyfikowanych przeszkód terenowych.

Biegły dokonał oszacowania czasu, o jaki wydłużyć się mogły prace z uwagi na wskazane okoliczności, przeszkody. I tak wskazał, iż niezidentyfikowany kabel elektryczny kolidujący z przebiegiem ścianki szczelnej mógł, w zależności od tego, jakiego rodzaju był to przewód spowodować nawet kilkutygodniowe opóźnienie. Najpierw należało zidentyfikować ten kabel, następnie ustalić, kto jest jego

właścicielem. Jeżeli były to Sieci Elektroenergetyczne to procedura przełożenia kabla jest dość skomplikowana. Samo przełożenie musi być poprzedzone opracowaniem projektu, a finalnie jego zatwierdzeniem i uzyskaniem pozwolenia na budowę - przełożenia kabla. Następnie po przełożeniu należy nową trasę geodezyjnie zidentyfikować, a na końcu wprowadzić nową trasę na mapę ogólną. Co do murów, piwnic, komór żelbetowych i innych pozostałości budynków i przeszkód gruntowych w zależności od wielkości (kubatury) napotkanych na trasie ścianki szczelnej obiektów budowlanych, a także w zależności od materiału, z jakiego były wykonane fragmenty murów, piwnic, komór żelbetowych, czas ich usunięcia może być bardzo różny. Mogło się to wahać od kilku godzin do nawet kilku dni. Co do robót dodatkowych związanych z usunięciem ww. przeszkód z przebiegu ścianki szczelnej mogło się wiązać z koniecznością sprowadzenia dodatkowego sprzętu wyburzeniowego, takiego jak młoty, gryzaki, koparki itp. Mobilizacja ww. sprzętu mogła potrwać kilka dni. Po czym nastąpiłaby faza realizacyjna polegająca na likwidacji zalegających elementów. Etap ten także powinien się zamknąć w kilkudniowym terminie. Co do napotkanej w podłożu na starą komorę cieplną należało w pierwszej kolejności przed jej demontażem ustalić jej właściciela (dysponenta). Następnie dopiero przystąpić z nim do technicznych ustaleń ws. potencjalnej zmiany lokalizacji. Zmiana taka nie w każdym razie byłaby możliwa. Zwłaszcza w krótkim terminie, tj. takim, który nie kolidowałby z realizowaną inwestycją. Nadto biegły wskazał, iż brak możliwości usunięcia oświetlenia reklamy (...) spowodował konieczność wykonania części palisady w droższej technologii jet grouting (zamiast planowanych pali (...)), przy czym uwarunkowania z tym związane znane były stronom przy podpisywaniu aneksu w dniu 09.03.2018 r., zatem należy przyjąć, że zostały w nim uwzględnione, także w odniesieniu do uzgodnionych tam terminów. Wykrycie dwóch niewybuchów spowodowało wstrzymanie robót, zaś usunięcie zagrożenia poprzez likwidację lub wywiezienie niewybuchów również spowodowało, co najmniej dwudniową dezorganizację (przeszłość) robót. Wymiana gruntu organicznego znajdującego się wewnątrz wykopu spowodowała wydłużenie czasu realizacji przedmiotu umowy. W tym przypadku biegły ocenił, iż przedłużenie czasu realizacji prac z uwagi na konieczność wymiany nienośnego gruntu, mogło zająć kilka kolejnych dni, zwłaszcza, jeśli się uwzględni, że zaplecze placu budowy było stosunkowo niewielkie. A nadto, że w trakcie realizacji czynności transportowych (wywiezienie startego nienośnego gruntu i nawiezenie nowego) napotymano na trudności transportowe związane z wypełnieniem przepustowości drogi dojazdowej. Na tego typu utrudnienie wskazywał m.in. inspektor nadzoru R. O. (2) podczas zeznań. W ocenie biegłego przeprojektowanie przypory ziemnej, uzgodnienia projektowe oraz zmniejszenie jej szerokości o ok. 1,5 – 2 m mogło spowodować wydłużenie czasu realizacji umowy o ok. 2 tygodnie. Biegły wskazał, iż czas realizacji przedmiotu umowy z dnia 25.01.2018r. w zakresie

wykonanie wykopów wraz z ich zabezpieczeniem w ramach na inwestycji (...) uległ przedłużeniu. Podsumowując biegły wskazał, iż pierwotny termin umowny zakończenia wykopu i przekazania go do generalnego wykonawcy celem realizacji prac konstrukcyjnych tj. wykonania płyty fundamentowej (podkładów z chudego betonu) wyznaczono na dzień 09.03.2018r. Przy czym należało te prace rozpocząć w dniu 05.02.2018 r.-zgodnie §8 pkt d) oraz e). W związku ze zmianą technologii zabezpieczenia budynku przy ul. (...) i wykopu na odcinku przylegającym do tego budynku na sąsiedniej działce, przedłużono aneksem nr 1 uprzednio wyznaczony termin umowy (30.09.2018r.) ostatecznie do dnia 30.04.2018r. - zgodnie z terminami ustalonymi w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do aneksu (...) (k.34). Zgodnie z wpisami kierownika budowy A. K. (2) dokonanymi w dzienniku budowy odbiór pierwszej działki podłoża gruntowego pod fundament odbył się w dniu 10.05.2018 r. (k.386v). Natomiast ostatnie zgłoszenie gotowości skwitowane pomyślnym odbiorem podłoża gruntowego pod chudy beton w polach między osiami D4-D9/C1-C7 miało miejsce w dniu 29.05.2018r. (k.386v). Wynika z tego, że opóźnienie w realizacji wykopu wynosiło około jednego miesiąca stosunku do aneksowanego terminu umownego oznaczonego w pktcie e) w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do Aneksu 1. (k.34). Jak wynika z analizy wpisów już od dnia 10.05.2018 r. kierownik budowy A. K. (2) (z ramienia pozwanego) zgłaszała systematycznie poszczególne, kolejne fragmenty podłoża do odbioru począwszy od działki oznaczonej osiami A1-A6/1-10. Dalsza analiza wpisów w dzienniku budowy wskazuje, że podwykonawca (powódka) w trakcie prowadzenia swoich prac przy podłożu udostępniała generalnemu wykonawcy (pozwanemu) zakończone już fragmenty wykopu do dalszych robót mających na celu wykonanie konstrukcji żelbetowej podziemia (podłoża i płyty fundamentowej). W ten sposób stworzony był front robót dla następnych etapów budowy realizowanych przez generalnego wykonawcę (Pozwaną). Występujące na terenie budowy nierozpoznane wcześniej przeszkody terenowe, takie jak: elementy infrastruktury miejskiej tj. kabel energetyczny, fragmenty sieci centralnego ogrzewania, niezinventaryzowane elementy murów piwnicznych starych budynków, stara żelbetowa komora ciepłownicza ale także zmiana gabarytów przypory wiążące się z przeprojektowaniem sposobu zabezpieczenia oraz wymianą nienośnego gruntu, mogły być przyczyną występującego miesięcznego opóźnienia. Dodatkowym utrudnieniem był mały plac budowy (zaplecze), utrudniający większą mobilizację sił i środków, mającą na celu przyspieszenie tempa prac, tak, aby nadrobić zaistniałe opóźnienia.

Sąd w pełni podziela ustalenia i wnioski opinii, wskazuje ona na niezawinione opóźnienie po stronie powoda.

Sąd zważył, co następuje:

W zakresie zaskarżonym zarzutami tj. co do kwoty 279 172,26 zł, powództwo było uzasadnione co do kwoty 276 145,53 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwot: 226 930,36 zł od dnia 29 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty; 14 764,55 zł od dnia 24 października 2018 r. do dnia zapłaty; 14 764,55 zł od dnia 11 października 2019 r. do dnia zapłaty; 19 686,07 zł od dnia 24 października 2023 r. do dnia zapłaty. Nakaz zapłaty podlegał uchyleniu co do kwoty 3 026,73 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie dnia 28 sierpnia 2028 r. do dnia zapłaty, odsetek od kwoty 226 930,36 zł przypadających w dniu 28 czerwca 2018 r. oraz pozostałych odsetek od kwoty 49 215,17 zł (czterdzieści dziewięć tysięcy dwieście piętnaście złotych siedemnaście groszy) i w tej części powództwo podlegało oddaleniu.

Między stronami została zawarta została umowa o roboty budowlane, do której stosować należy przepis art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Powód dochodził przy tym wynagrodzenia za wykonane prace opisane w stanie faktycznym. Ich wykonanie, jak też wysokość należnego powodowi wynagrodzenia na podstawie zawartej umowy oraz aneksu nie były sporne. Spór stron dotyczył kwestii skuteczności dokonanego potrącenia, którego przedmiotem była kara umowna, zabezpieczenie wykonania umowy oraz koszty ogólne budowy.

Odnosząc się w tym miejscu do zgłoszonej wierzytelności z tytułu kary umownej, która została przedstawiona do potrącenia z wynagrodzeniem z faktury VAT nr (...), podnieść należy, iż należy uznać ją za nieistniejącą. Wywodzona ona jest z § 9 ust. 2 lit OWU, zgodnie z którym podwykonawca odpowiedzialny jest za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które podwykonawca odpowiedzialności nie ponosi oraz za zawinione działanie bądź zaniechanie osób (podmiotów), które działały na jego zlecenie w jego imieniu lub na jego rzecz albo z jego zamówienia przy wykonaniu umowy, do jakich wykonania podwykonawca zobowiązany jest na podstawie umowy. Zgodnie zaś z § 9 ust 2 b OWU wykonawca ma prawo naliczyć podwykonawcy a podwykonawca zobowiązany jest zapłacić karę umowną w przypadku opóźnienia powstałego w wyniku okoliczności, za które odpowiedzialny jest podwykonawca w wykonaniu jakiegokolwiek części prac robót w stosunku do ustalonych w Harmonogramie terminów ich wykonania – w wysokości 0.3 % wynagrodzenia brutto podwykonawcy określonego w umowie (wynagrodzenia ryczałtowego lub orientacyjnego wynagrodzenia szacunkowego) za każdy dzień opóźnienia. Zgodnie zaś z § 9 ust. 9 strony uzgadniają, iż łączny limit kar umownych z tytułów wskazanych w niniejszej umowie wynosi 10 % wynagrodzenia brutto podwykonawcy określonego w umowie (wynagrodzenia ryczałtowego lub orientacyjnego wynagrodzenia szacunkowego) (brzmienie uwzględniające modyfikację na podstawie § 18 umowy).

Jest to więc dość typowa regulacja kary umownej - ale za zwłokę, nie zaś za opóźnienie, co zresztą wynika z ich treści, gdzie kładziony jest nacisk na przyczyny leżące po stronie podwykonawcy – powoda. Zresztą aby przyjąć, że nastąpiło rozszerzenie odpowiedzialności poza zakres ustawowy (zwłokę), musi być w tym względzie szczególne, wyraźne uregulowanie. Zgodzić się należy w tym miejscu m. in. z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 czerwca 2017 r., I ACa 118/17, Legalis, zgodnie z którym warunkiem rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika na podstawie przepisu art. 473 § 1 KC jest ściśle i precyzyjne wskazanie w umowie okoliczności, za wystąpienie których dłużnik ponosi rozszerzoną odpowiedzialność. Okoliczności te muszą być w umowie wyraźnie określone. Takowej regulacji brak w umowie niniejszej. Podstawą prawną wzajemnej wierzytelności jest art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zgodnie zaś z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Z uwagi na to, iż dotyczy ona terminowości realizacji tego zobowiązania, zastosowanie znajdzie również przepis art. 476 k.c., zgodnie z którego treścią dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zachodzi tu więc domniemanie zwłoki. Wskazać przy tym należy, iż kara umowna stanowi surogat odszkodowania, dlatego stosować należy do niej wszelkie reguły odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej – art. 471 k.c., także z wszelkimi określonymi tam domniemaniami.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób naliczania kary umownej, co wskazuje w zasadzie na jej kumulację. I tak, jak wynika choćby ze specyfikacji z wezwania z k. 355 początek naliczania kar umownych ma miejsce w dniu 24 marca 2018 r., zaś koniec ma miejsce w dniu 22 maja 2018 r. (w przypadku rewizji dokumentacji). W tym okresie (za nieco krótsze przedziały czasowe) powód nalicza jeszcze czterokrotnie karę umowną za zwłokę, a więc dochodzi do tego, iż w niektórych okresach kara za jeden dzień zwłoki jest wyliczana pięciokrotnie. Trudno przyjąć za zgodne z zasadami słuszności naliczanie kary umownej za poszczególne etapy w wysokości odpowiadającej procentowi wynagrodzenia za wykonanie całości umowy. Kwestia podzielności, etapowości prac budowlanych jest pojęciem dość złożonym, w dużej mierze zależnym od specyfiki prac, ale także od uregulowań umownych. Mimo określenia wynagrodzenia ryczałtowego w umowie można dokonać rozdziału poszczególnych etapów razem z ich wartościowaniem. Zgodzić się należy w tym miejscu z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 października 2017 r., V ACa 172/17, Legalis, iż świadczenie wykonawcy robót budowlanych nie ma charakteru podzielnego, nie stanowi to jednak przeszkody aby strony w umowie określiły etapy wykonywania robót podlegające częściowym odbiorom i częściowemu wynagrodzeniu. Nie ma też przeszkód, aby w ramach swobody

umów strony uzgodniły, że niewykonanie określonych prac (etapów) w określonym terminie będzie stanowiło nienależyte wykonanie zobowiązania, za które wykonanie ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 483 § 1 KC. Wymaga to jednak wyraźnego postanowienia umownego. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 16 grudnia 2014 r., V ACa 542/14, Legalis czytamy także, iż dla obliczenia kary umownej istotne znaczenie ma czas zakończenia całości robót, a nie poszczególnych etapów. Odrębne obliczenia opóźnień za każdy etap robót miałyby znaczenie jedynie wówczas, gdyby za każdy z tych etapów było przewidziane odrębne wynagrodzenie. Jeżeli jednak strony umówiły się na łączne wynagrodzenie za oba etapy, ustalając jednocześnie wysokość kary umownej jako procent łącznego wynagrodzenia za oba etapy, termin opóźnienia należy liczyć do dnia zakończenia drugiego etapu.

W umowie oraz w aneksie do niej określono poszczególne etapy, części prac – wraz z określeniem ich wartości, przy czym z uwagi na szacunkowy charakter wynagrodzenia rzeczywista wartość przedmiotu umowy ustalona miała być na podstawie obmiaru robót zatwierdzonego przez wykonawcę i kierownika budowy oraz cen ryczałtowych jednostkowych (§ 3 ust. 3 OWU). Zdaniem sądu nie stało zatem przeszkodzie, aby umownie, kiedy już zdecydowano się na obwarowanie karami umownymi etapów prac, aby powiązać to z wartością danego etapu. Jak wynika z § 10 umowy oraz § 2 ust 2 aneksu wartości poszczególnych etapów istotnie się różnią. Różnice są wielokrotne. Niczym nie jest uzasadnione zatem, aby za opóźnienie realizacji prac danego etapu naliczać karę umowną od wartości całej umowy, także w przypadku najmniejszej wartości. Zgodzić się należy w tym miejscu z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28.10.2014 r., I ACa 998/14, Legalis, iż nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego kumulowanie wysokich kar umownych za naruszenie tego samego obowiązku. Kara umowna jest substratem odszkodowania i nie może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia uprawnionego. Jeśli zatem powód kilkakrotnie nalicza karę za to samo opóźnienie, a do tego sprowadza się jej zastrzeżenie od danego etapu prac przy przyjęciu pełnego wynagrodzenia umownego, niewątpliwie prowadzi to do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanego. Nie ma tu znaczenia ustanowiony limit kar umownych. Punktem wyjścia jest bowiem sposób jej wyliczenia określony w umowie, a dopiero później jej limitowanie. Nie można konwalidować nieważnego postanowienia umownego, regulacją wtórna, a taką w stosunku do § 9 ust. 2 b jest § 9 ust. 9 umowy. Tym samym sąd uznał, iż w świetle powołanej argumentacji postanowienie kary umownej dające podstawę do jej naliczania za etapy prac, bez odwołania się do ich wartości, ale do wartości całej umowy - za nieważne w świetle art. 353⁽¹⁾ k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. Zgodzić się należy z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2023 r., II CSKP 216/22, Legalis, iż kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia. Kara umowna nie może być ustalana na podstawie bliżej nieokreślonych lub niejasnych kryteriów. Ponadto, jakkolwiek celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby wykonał on swoje zobowiązanie w sposób należyty - przez co kara umowna powinna mieć wymiar dolegliwości o realnym charakterze - to jednak nie może ona prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nadto zgodnie z art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Kwestia zastąpienia nieważnych postanowień umownych innymi regulacjami stanowi kwestię dość często poruszaną w orzecznictwie, zwłaszcza na gruncie spraw z udziałem konsumentów i możliwości zastępowania abuzywnych postanowień umownych. Co do zasady orzecznictwo opowiada się za brakiem możliwości takowego zastąpienia, w sytuacji gdy brak jest konkretnego przepisu prawa, tj. zastąpienia regulacją, która nie miałaby określonych wadliwości (vide: e.g. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2024 r., I CSK 2843/23, Legalis, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 lutego 2023 r., I ACa 1175/21, Legalis). Powyższe reguły stosować należy także do obrotu profesjonalnego. Pozwala to na przyjęcie skutku kasatoryjnego, nie zaś modyfikacyjnego tak ukształtowanej kary umownej

Niezależnie, mając na względzie rozpoznanie istoty sprawy, także w jej ewentualnych, hipotetycznych aspektach, wskazać należy także na następującą argumentację:

Głównym celem prac było wykonanie wykopu pod wykonanie prac fundamentowych. W tym przypadku jeśli chodzi o efekt (końcowa realizacja prac), to nastąpiło opóźnienie po stronie powodowej około miesiąca, ale nie było ono zawinione przez powoda. Kara umowna z pkt a pisma pozwanego podsumowującego roszczenie jest więc niezasadna. Wynika to ewidentnie z opinii biegłego, którego ocena została przedstawiona w poprzedniej części uzasadnienia, ale także pozostałego materiału dowodowego, w tym dowodów osobowych. Chodzi tu o przeszkody w realizacji prac szczegółowo opisane w stanie faktycznym. Nie można się zgodzić, iż aneks zamykał kwestię opóźnień. Dotyczył on tylko zmiany technologii związanej z zabezpieczeniem sąsiedniego budynku (vide § 3 ust. 2 aneksu), nie zaś przeszkód, które ujawniły się później, a także innych przyczyn niezależnych od powoda. Ponadto samo podpisanie aneksu, jak wynika z materiału sprawy, nie miało miejsca 9 marca 2018 r., ale najwcześniej po 22 marca 2018 r. (vide: e – mail – k. 473). Z punktu widzenia formalnego, powód zatem mógłby rozpocząć prace (w zakresie określonym aneksem, zatem faktycznie co do większości prac, skoro były one powiązane ze sobą), dopiero po podpisaniu aneksu, a więc po 22 marca 2018 r. Powód kierując się lojalnością, prace te realizował jednak jeszcze przed jego podpisaniem, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom pozwanego, podejmując ryzyko realizacji prac bez zawartej umowy pisemnej. Tak więc owe kilkanaście dni między datą 9 marca 2018 r. a podpisaniem aneksu należy uznać dodatkowo jako konsumujące okres niezawinionego opóźnienia. Do stanu faktycznego opisanego w poprzedniej części uzasadnienia nie ma zastosowania § 1 ust. 10 OWU. Nie doszło do uszkodzenia sieci podziemnych – trudno uznać, iż grzyby, kabel niewiadomego pochodzenia, grunt organiczny to sieci podziemne. Poza tym w regulacji tej bardziej chodziło o czas naprawy sieci – a zatem jakiegoś elementu powiązanego z inną infrastrukturą – mającą jakieś użyteczne przeznaczenie.

Uznać należy, iż doszło do obalenia domniemania zwłoki na podstawie art. 476 k.c. Fronty robót przez powoda były przekazywane pozwanemu sukcesywnie, a więc nawet wskazane opóźnienie z pkt a pisma z podsumowania wyliczenia kar także nie miało miejsca.

Trudno uznać także (niezależnie od wywodów wskazanych powyżej) za uzasadnioną karę umowną w postaci opóźnienia w przedstawieniu rewizji dokumentacji wraz z wnioskami materiałowymi (pkt b pisma). Nie można przyporządkować wskazanej części prac do zakresu prac będących przedmiotem protokołu zaawansowania. Nie ma tam takiej pozycji. Co najwyżej są pozycje: opracowanie projektu zabezpieczenia wykopu (pkt 4 protokołu nr 1) – wartość prac 15 000 zł. Nie odpowiada to więc ściśle pojęciu rewizji dokumentacji. Z uwagi na kosztorysowy (szacunkowy) charakter wynagrodzenia widocznie ten element (rewizja) nie musiał być wykonany. Jak wynika z aneksu (z dnia 9 marca 2018 r.) projekt zabezpieczenia wykopu był już gotowy w tej dacie (vide § 2 ust. 1 aneksu) – kara naliczana jest w tym przypadku zaś po tej dacie - od dnia 24 marca 2018 r. W toku prac nie było zaś problemu z brakiem projektu, nawet jeśli jakieś ostatnie elementy dokumentacji zostały dostarczone w maju 2018 r. Poza tym trudno uznać za adekwatną karę w wysokości 408 474,60 zł od tej części prac. Jeśli uznać, że chodziło o ten element, to kara mogłaby być liczona co najwyżej od kwoty 15 000 zł i jej wysokość powinna wynieść co najwyżej 2700 zł ($60 \times 0,3 \% \times 15\ 000\ \text{zł}$ - odwrotne obciążenie przy fakturowaniu). Oczywiście przy przyjęciu, iż owe nieważne postanowienie umowne można byłoby zastąpić regulacją kary umownej za dany zakres prac i uznaniu, że projekt to rewizja dokumentacji.

Tak samo w protokołach zaakceptowanych przez pozwanego brak ścisłego elementu w postaci zamknięcia obudowy szczelnej wykopu (pkt c) pisma. Trudno więc dokonać oznaczenia wartości z tego tytułu. Wykonanie zamknięcia, to nie to samo co obudowa szczelna.

Jeśli chodzi o pkt d i e pisma - wykonanie drogi na cele budowy na działkach (...), obręb (...) oraz wykonanie wjazdu na budowę, to nie wiadomo czy chodzi tu o pozycję 11 – korytowanie pod drogę tymczasową zaplecza budowy, pozycję 12 – wykonanie drogi tymczasowej czy pozycję 13 protokołu – wykonanie zjazdu docelowego. Co za tym idzie, także w przypadku nie można przyjąć, iż dochodzona kara sankcjonowała faktyczne naruszenie opisane w umowie. Hipotetycznie, nawet jeśli zsumować wszystkie te pozycje to łączna ich wartość wyniosła 45 184,29 zł netto (co w tym przypadku przekładało się na kwotę brutto z uwagi na tzw. odwrotne obciążenie). Biorąc nawet maksymalny okres, za który pozwany żądał w tym przypadku kary umownej od 29 marca 2018 r. do 22 maja 2018 r. to hipotetyczna kara, przy wskazanych założeniach, wynieść powinna maksymalnie 7 455,41 zł ($0,3 \% \times 55 \times 45\ 184,29\ \text{zł}$). Powód za pozycje nr d i e dochodził tymczasem łącznie 388 050,87 zł. Wskazać dodatkowo należy, iż z materiału dowodowego sprawy wynika,

iz kwestia wykonania dojazdu związana była także ze zmianą technologii, przeszkodami, które napotkano na budowie, bardzo małego terenu budowy (konieczność składowania materiałów i sprzętu), zaś jej realizacja nie spowodowała żadnych zakłóceń w realizacji prac budowlanych.

Oceniając przesłanki uprawniające wierzyciela do dochodzenia kary umownej niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Regulacja kary umownej mająca w sobie także pewne cechy penalne musi być interpretowana ściśle. Zatem jeśli kara umowna została zastrzeżona, nałożona za naruszenie określonych obowiązków umownych, to tylko te należy rozważać, nie zaś odwoływać się do innych aktów, pragmatyk itp. Wierzyciel nie może dochodzić kary umownej za naruszenie obowiązku, który nie jest sankcjonowany w ten sposób w umowie, a taka sytuacja miała miejsce w przypadku pkt b, c, d, e pisma pozwanego.

Zgodzić się należy w tym miejscu z poglądem wyrażonym w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 lutego 2018 r., I AGa 18/18, Legalis, iż ponieważ naliczenie kar umownych jest z jednej strony uproszczoną formą odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy, a jednocześnie ich zastrzeżenie w umowie nie wyklucza dochodzenia przez strony umowy odszkodowania na podstawie przepisów ogólnych (art. 471 i n. KC), postanowienia umowy w zakresie dotyczącym kar umownych winny być wykładane ściśle. Sąd podziela także pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 stycznia 2022 r., I AGa 54/21, Legalis, iż przesłanką powstania roszczenia wierzyciela o zapłatę kary umownej, o której mowa w art. 483 § 1 KC, może być każda postać zarówno niewykonania, jak i nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika (...). Przepisy o karze umownej, a tym samym odwołujące się do nich zastrzeżenia umowne, jako stanowiące modyfikację normatywnych podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej, nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Kara umowna odnosić się zatem może do wprost określonych w umowie, zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. O zakresie zastosowania kary umownej rozstrzyga w każdym zatem razie treść dokonanej przez strony zastrzeżenia.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż wprawdzie na dalszym etapie (w postępowaniu sądowym) pozwany nie zdecydował się dochodzić (uznać skutku potrącenia) kwoty 903 182,70 zł, jako różnicy pomiędzy wyliczonymi karami 1 130 113,06 zł a limitem kar na podstawie § 9 ust. 9 OWU (1 130 113,06 zł – 226 930,36 zł = 903 182,70 zł), to jednak nie można zauważyć, iż i w tym przypadku była to próba wykreowania niezasadnej wzajemnej wiarygodności w celu skompensowania z należnym powodowi wynagrodzeniem. Kwota ta bowiem stoi w ewidentnej sprzeczności z limitem kar z § 9 ust. 9 OWU. Nie można uznać, iż kwota kar ponad limit miałyby stanowić odszkodowanie uzupełniające, nawet jeśli kary nie rekompensowałyby ewentualnej szkody. W pierwszej kolejności należy bowiem wykazać zaistnienie szkody i wówczas dokonać porównania kar z jej wysokością, jeśli zamierza się dochodzić odszkodowania uzupełniającego. Nie da się bowiem uzasadnić szkody wadliwie ustaloną karą umowną.

Wobec zatem braku skutku potrącenia z art. 498 § 2 k.c. powodowi przysługuje wynagrodzenie w kwocie 226 930,36 zł na podstawie art. 647 k.c. (pozostała część z faktury nr (...)).

Jeśli chodzi o fakturę VAT nr (...) wystawioną na kwotę 492 151,71 zł zarzut potrącenia okazał się uzasadniony co do kwoty 3 026,73 zł, tj. udziału w tzw. kosztach ogólnych budowy. Zgodnie z §6 pkt 5 OWU podwykonawca jest zobowiązany do ponoszenia tzw. ogólnych kosztów budowy, tj. wywozu śmieci i odpadów, opłat za wodę, prąd itp. w wysokości 0,5 % z wykonanego miesięcznego przerobu netto powiększonego o należny podatek VAT, rozliczanego przez potrącenie z bieżącego wynagrodzenia podwykonawcy. Pozwany jako kwotę wskazanych kosztów wskazał właśnie wskazaną wartość, która nie była zakwestionowana przez powoda co do wysokości (vide: k. 467). Przy obowiązku jej poniesienia, wynikającego z umowy i braku jakichkolwiek zarzutów co do jej ustalenia, należy uznać jako odpowiadającą umowie wiarygodność wzajemną pozwanego. Powód zakwestionował prawidłowość formalną potrącenia dokonanego pismem z dnia 4 października 2018 r. (k. 373). Podnieść należy, iż z pisma wynika ewidentnie wola potrącenia („dokonała potrącenia”), nadto pismo to podpisał G. S. – pełnomocnik pozwanego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 1 lutego 2017 r. (k. 35), które swym zakresem obejmowało także naliczanie i żądanie kar umownych oraz odszkodowań. Niezależnie od tego wskazać należy, iż regulację § 6 pkt 5 OWU należy potraktować jako umowne potrącenie, a więc poza ścisłymi przesłankami z art. 498 i wymogami z art. 499 k.c. Tym samym samo

powstanie wzajemnej wierzytelności daje podstawę do „rozliczenia z bieżącego wynagrodzenia”, bez potrzeby nawet składania oświadczenia, czy też wymogu wymagalności. Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 marca 2016 r., I ACa 1718/15, Legalis, iż w umownym potrąceniu strony mogą w sposób odmienny niż to przyjęto w przepisie art. 498 KC ukształtować przesłanki, skutki czy sposób potrącenia. W szczególności przedmiotem umownej kompensacji mogą być wierzytelności niewymagalne. Potrącenie umowne jest umową, przez którą każda ze stron przyjmuje zwolnienie z długu jako odpowiednik należnego jej świadczenia. Każda ze stron takiego stosunku umownego „świadczy” drugiej stronie zwolnienie z więzi zobowiązaniowej, poprzez zaliczenie aktualnie przypadającej na nią wierzytelności na poczet długu.

Nie było zasadne przy tym potrącenie kwoty 49 215,17 zł tytułem wierzytelności o zapłatę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na podstawie § 8 ust. 2 OWU do umowy. Z oświadczenia z k. 373 wynika jeszcze potrącenie kwoty 31 313,81 zł jako odszkodowania uzupełniającego, tj. pozostałej kwoty z sumy kar umownych 1 130 113,06 zł przed zlimitowaniem. Na całkowitą bezzasadność tej wierzytelności zwrócono uwagę powyżej. Pozwany w niniejszym procesie nie zdecydował się jednak na uznanie skutku potrącenia co do tej wskazanej kwoty, przyjmując, iż potrącenie, oprócz kosztów ogólnych miało dotyczyć jeszcze tylko kwoty 49 215,17 zł. Zgodnie z § 8 ust. 1 OWU zabezpieczenie należytego wykonania umowy służące pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym roszczeń wynikających z rękojmi i gwarancji wynosi 10 % wynagrodzenia umownego netto określonego w umowie (wynagrodzenia ryczałtowego lub orientacyjnego wynagrodzenia szacunkowego) z zastrzeżeniem ust. 4 niniejszego paragrafu.

W myśl zaś § 8 ust. 2 (w brzmieniu zmienionym) zabezpieczenie, o którym mowa w ust. 1, służące pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy oraz rękojmi i gwarancji Podwykonawca zobowiązany jest wnieść, nie później niż na 7 dni przed terminem płatności wynagrodzenia objętego pierwszą fakturą częściową w formie gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej zgodnej ze wzorem uprzednio zaakceptowanym przez Wykonawcę. W przypadku uchybienia przez Podwykonawcę terminowi wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej Podwykonawca zobowiązany jest wносить to zabezpieczenie w pieniądzu, sukcesywnie, tj. w miarę postępu robót, w częściach odpowiadających wysokości 10 % wynagrodzenia Podwykonawcy netto objętego każdą wystawioną przez Podwykonawcę fakturą. Każda część zabezpieczenia wnoszonego sukcesywnie-płatna będzie na rachunek Wykonawcy wskazany w ust. 5, bez wezwania w terminie 30 dni od daty dostarczenia Wykonawcy danej faktury. W przypadku uchybienia przez Podwykonawcę terminowi uiszczenia którejkolwiek części zabezpieczenia należytego wykonania Umowy wnoszonego sukcesywnie, Wykonawca ma prawo dokonać potrącenia swojej wierzytelności o zapłatę zabezpieczenia z wierzytelnościami Podwykonawcy przysługującymi mu od Wykonawcy na podstawie tego, jak również każdego innego stosunku prawnego, na co Podwykonawca wyraża zgodę.

W sprawie nie było sporu, że gwarancja nie była ustanowiona, tak samo nie doszło do przekazania środków na poczet zabezpieczenia, lecz zaszedł trzeci przypadek, tj. do potrącenia, zatrzymania wynagrodzenia ze wskazanej faktury w wysokości 10 %, czyli 49 215,17 zł. W sensie prawnym jest to tylko część wynagrodzenia, którego wymagalność jest przesunięta na dalszy okres, pod warunkiem, że nie zaistnieją przesłanki do pokrycia z niego jakichś roszczeń z tytułu nienależytego wykonania umowy, w tym gwarancji i rękojmi. Zgodzić się należy z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2021 r., I CSK 221/21, Legalis, iż za kaucję gwarancyjną z reguły nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie, gdyż nie ma wówczas przekazania środków pieniężnych na rachunek uprawnionego z zabezpieczenia wykonania świadczenia. Taka sama sytuacja wystąpi, gdy zatrzymanie części wynagrodzenia nazwie się potrąceniem kwoty należnej do zabezpieczenia. W odniesieniu do umów o roboty budowlane jest to pozostawienie części wynagrodzenia należnego podwykonawcom na rachunku wykonawcy z utrzymaniem jego odpowiedzialności wraz z inwestorem. Podobnie jak czytamy w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, Legalis powszechnie używanego w kontraktach o roboty budowlane pojęcia „kaucja gwarancyjna” w takich przypadkach, jak w sprawie niniejszej, nie można odnosić do elementów konstrukcyjnych umowy kaucji, a można traktować je jedynie jako wyrażenie funkcjonujące w obrocie w sensie udzielenia zabezpieczenia należytego wykonania robót poprzez przyzwolenie zamawiającemu na niewypłacanie zamawiającemu w określonym czasie części wynagrodzenia. Tak samo w myśl

wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2019 r., I CSK 577/18, Legalis za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie, gdyż nie ma wówczas przekazania środków pieniężnych na rachunek uprawnionego z zabezpieczenia wykonania świadczenia. Taka sama sytuacja wystąpi, gdy zatrzymanie części wynagrodzenia nazwie się potrąceniem kwoty należnej do zabezpieczenia. W odniesieniu do umów o roboty budowlane jest to pozostawienie części wynagrodzenia należnego podwykonawcom na rachunku wykonawcy z utrzymaniem jego odpowiedzialności wraz z inwestorem.

Tym samym jest to tylko i wyłącznie część wynagrodzenia, nie zaś roszczenie zamawiającego pozwalające na definitywne potrącenie wskazanej kwoty. Zasady zwolnienia zatrzymanego wynagrodzenia opisane są w § 8 ust. 3 umowy – 30 % miało być zwrócone w terminie 14 dni po dokonaniu końcowego odbioru przedmiotu umowy, jeżeli nie zostaną wykryte żadne wady w trakcie tego odbioru, część odpowiadająca 30 % służyć będzie pokryciu roszczeń wykonawcy wynikających z rękojmi i gwarancji w pierwszym roku ich trwania i zostanie zwrócona podwykonawcy po upływie jednego roku po dokonaniu końcowego odbioru, jeżeli nie zostaną wykryte żadne wady w tym terminie, pozostała część zabezpieczenia, tj. 40 % kwoty niezwrócone w związku z wadami ujawnionymi w trakcie odbioru końcowego lub w trakcie pierwszego roku gwarancji, służyć będzie pokryciu roszczeń wykonawcy wynikających z rękojmi i gwarancji; ta część zabezpieczenia – jeśli nie zostanie wykorzystana przez Wykonawcę na pokrycie tych roszczeń – zostanie w niewykorzystanej części zwrócona Podwykonawcy po upływie terminu rękojmi i gwarancji w terminie 14 dni od daty upływu dłuższego z nich.

I tak, odbiór końcowy miał miejsce w 9 października 2018 r. (k. 253). Był to odbiór bezusterkowy. Dlatego 30 % - 14 764,55 zł (30 % x 49 215,17 zł) zatrzymanego wynagrodzenia powinna być zwrócona w świetle wskazanej wyżej regulacji do dnia 23 października 2018 r. Pozostałe 30 % - też 14 764,55 zł powinno być zwrócone po upływie (1 dzień po) od odbioru końcowego, czyli do dnia 10 października 2019 r. Pozostała kwota – 40 % - 19 686,07 zł - powinna być zwrócona do dnia 23 października 2019 r. (okres gwarancji i rękojmi 5 lat od odbioru końcowego + 14 dni). W okresie gwarancji i rękojmi pozwany nie skorzystał z owego zabezpieczenia w celu pokrycia jakichkolwiek roszczeń związanych z ewentualnymi wadami.

Powyższe terminy płatności mają wobec wpływ na terminy początkowe naliczania odsetek.

Jeśli chodzi o fakturę VAT nr (...), to do niej pozwany nie zdecydował się na zatrzymanie wynagrodzenia na poczet roszczeń w oparciu o § 8 OWU.

Tym samym w granicach zaskarżenia uzasadniona była kwota 226 930,36 zł, jako pozostała część do zapłaty z faktury VAT nr (...) oraz kwota 49 215,17 zł jako pozostała część z faktury VAT nr (...). Nie była zasadna przy tym kwota 3 026,73 zł jako koszty ogólne budowy skutecznie potrącone przez pozwanego.

Co do odsetek, w granicach zaskarżenia nakazu, wskazać należy, iż termin płatności powinien zostać oznaczony zgodnie z § 3 ust. 7 OWU na 30 dni od doręczenia faktury. Ponieważ faktura VAT nr (...) została oznaczona przez powoda terminem płatności 28 czerwca 2018 r., zatem trudno przyjąć, aby pozwany miałby obowiązek dokonać zapłaty dzień wcześniej, skoro powód tego nie wymagał. Dlatego też odsetki były należne od dnia 29 czerwca 2018 r., dlatego odsetki za dzień 28 czerwca 2018 podlegały oddaleniu. Co do odsetek od kwoty 49 215,17 odsetki były należne zgodnie z wymagalnością wynagrodzenia zatrzymanego na poczet zabezpieczenia zgodnie z wywodami wskazanymi powyżej. Tym samym częściowo podlegały one oddaleniu, co znajduje odzwierciedlenie w pkt II wyroku.

Jeśli chodzi o wysokość odsetek, to z uwagi na to, iż zawarta umowa podpada pod transakcję handlową w rozumieniu art. 4 pkt 1 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zastosowanie znajdują odsetki na podstawie art. 6 powołanej ustawy.

Wyrok, mimo tego, iż rozstrzygał o części roszczeń, to jest orzeczeniem kończącym, zatem na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. obliguje sąd do całościowego rozstrzygnięcia o kosztach, także co do części nakazu zapłaty, który uprawomocnił się. I tak, generalną podstawą rozstrzygnięcia o kosztach jest przepis art. 100 zd. 2 k.p.c. Oddalenie powództwa w

stosunku do całości żądania było na tyle nieznaczne, iż sąd włożył obowiązek pokrycia całości kosztów na stronę pozwaną.

I tak na należne powodowi od pozwanego koszty złożyły się koszty poniesione w postępowaniu nakazowym, czyli 21 997 zł – w tej części też nakaz zapłaty należało utrzymać w mocy. Dodatkowo sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu po wniesieniu zarzutów od nakazu zapłaty. Sąd przyjął, iż uzasadniona jest podwójna stawka minimalna wynagrodzenia pełnomocnika.. Zgodnie z § 15 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r. opłatę ustala się w wysokości przewyższającej stawkę minimalną, która nie może przekroczyć sześciokrotności tej stawki ani wartości przedmiotu sprawy, jeśli uzasadnia to: 1) niezbędny nakład pracy adwokata, w szczególności poświęcony czas na przygotowanie się do prowadzenia sprawy, liczba stawiennictw w sądzie, w tym na rozprawach i posiedzeniach, czynności podjęte w sprawie, w tym czynności podjęte w celu polubownego rozwiązania sporu, również przed wniesieniem pozwu; 2) wartość przedmiotu sprawy; 3) wkład pracy adwokata w przyczynienie się do wyjaśnienia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jak również do wyjaśnienia i rozstrzygnięcia istotnych zagadnień prawnych budzących wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie; 4) rodzaj i zawilość sprawy, w szczególności tryb i czas prowadzenia sprawy, obszerność zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub biegłych sądowych, dowodu z zeznań świadków, dowodu z dokumentów, o znacznym stopniu skomplikowania i obszerności. Zgodnie zaś z § 16 Rozporządzenia wnioski o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego i kosztów adwokackich może zawierać oświadczenie o wysokości kosztów obciążających stronę z tytułu wynagrodzenia adwokata. W braku takiego oświadczenia, opłatę ustala się w wysokości odpowiadającej stawce minimalnej, chyba że okoliczności określone w § 15 ust. 3 przemawiają za innym jej ustaleniem.

Sprawa cechowała się złożonością faktyczną i prawną. W sprawie podjętych zostało szereg czynności dowodowych – przesłuchano wielu świadków, dowód z opinii biegłego. W tej sytuacji uzasadnione jest podwyższenie wynagrodzenia. Z uwagi na normę § 16 powołanego rozporządzenia istnieje możliwość podwyższenia wynagrodzenia nawet z urzędu, skoro w jego świetle okoliczności określone w § 15 ust. 3 przemawiają za innym jej ustaleniem. I tak, stawka minimalna wynagrodzenia adwokata wynosiła w niniejszej sprawie 10 800 zł (§ 2 pkt 7 Rozporządzenia), zatem pełna kwota wynagrodzenia powinna wynieść 21 600 zł (10 800 zł x 2). Od kwoty tej należy odjąć koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu nakazowym – 7200 zł (utrzymane w mocy), tym samym kwota z tego tytułu powinna wynieść 14 400 zł. Do tego należało doliczyć koszt opinii biegłego 9 454,66 zł (k. 1617) pokryty z zaliczki powoda. Uzasadniony był nadto wniosek o zasądzenie kosztów zabezpieczającego zgodnie z wnioskiem z k. 440 – 442. Zgodnie z art. 745 § 1 k.p.c. o kosztach postępowania zabezpieczającego sąd rozstrzyga w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie, a o kosztach postępowania zabezpieczającego później powstałych rozstrzyga na wniosek strony sąd, który udzielił zabezpieczenia. Na koszty postępowania zabezpieczającego złożyły się te ustalone przez komornika postanowieniem z dnia 6 maja 2019 r. (k. 442) na kwotę 50 028,49 zł (w tym opłata stosunkowa 50 000 zł). Nadto zgodnie z wnioskiem należało przyznać koszty zastępstwa w postępowaniu zabezpieczającym w kwocie 2700 zł. Jest to bowiem sprawa najbardziej zbliżona do postępowania egzekucyjnego, dlatego zastosowanie ma § 8 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia tj. 25 % stawki minimalnej (25 % z 10 800 zł).

Tym samym w ramach kosztów procesu dodatkowo zasądzeniu podlegała kwota 76 583,15 zł (14 400 zł + 9 454,66 zł + 50 028,49 zł + 2700 zł). O odsetkach od kosztów orzeczono na podstawie art. 98 § 1¹ k.p.c.

W pkt V wyroku sąd orzekł na podstawie art. 84 ust. 1 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

sędzia Grzegorz Babiński

ZARZĄDZENIE

- (...)

sędzia Grzegorz Babiński