

Sygn. akt V GC 100/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 czerwca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy, w składzie:

Przewodniczący:	SSR del. Maciej Rzewuski,
Protokolant:	sekr. sąd. Arkadiusz Koziół

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2018 r. w Olsztynie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W. i (...) S.A. w M.

przeciwko Województwu (...) – (...)w O.

o zapłatę

I. oddała powództwo,

II. zasądza od powodów na rzecz pozwanego kwoty po 3.600,00 (trzy tysiące sześćset 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

III. nakazuje ściągnąć od powodów na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie kwoty po 1.645,46 (jeden tysiąc sześćset czterdzieści pięć 46/100) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

/SSR del. Maciej Rzewuski/

Sygn. akt V GC 100/15

## UZASADNIENIE

(...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w M. (obecnie (...) S.A. w M.) wnieśli o:

- zasądzenie od pozwanego Województwa (...) – (...) w O. na rzecz powoda (...) S.A. w W. kwoty 733.112,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami licznymi od dnia 29 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty,
- zasądzenie od pozwanego Województwa (...) – (...) w O. na rzecz powoda (...) S.A. w M. kwoty 7.405,18 zł wraz z ustawowymi odsetkami licznymi od dnia 29 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty,

Nadto, powodowie domagali się zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podali, że spór dotyczy wykonywania kontraktu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku I.-S. wraz z ulicą (...)”, realizowanego w latach 2012-2014 przez powodów na rzecz pozwanego. Roboty były wykonywane na podstawie dokumentacji sporządzonej i wydanej przez pozwanego i realizowane w oparciu o ogólne warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (FIDIC). Powodowie wskazali, że spór dotyczy kary umownej naliczonej na nich przez pozwanego za przekroczenie czasu na ukończenie inwestycji. Inżynier działający na zlecenie pozwanego nie stwierdził, że istniały jakiegokolwiek okoliczności

istotne dla sprawy, na podstawie których można by wydłużyć czas na wykonanie robót. Inżynier ograniczył się do stwierdzenia, że prace ukończono w dniu 25 lipca 2014 r., w związku z czym pozwany przyjął, że wykonawca opóźnił się z wykonaniem robót o 25 dni i za ten okres naliczył karę umowną.

Powodowie podnieśli, że inżynier działał niewłaściwie, gdyż nie przeprowadził wymaganej kontraktem procedury wydania określenia. Nadto wskazali, że nie ponoszą odpowiedzialności za przekroczenie czasu na ukończenie, ponieważ dokumentacja projektowa dostarczona przez pozwanego zawierała błędy, była niekompletna, a także wydawana i uzupełniana w trakcie robót, mimo obowiązku przygotowania zamówienia publicznego w taki sposób, aby wykonawca na etapie składania oferty mógł prawidłowo wycenić roboty. W ocenie powodów, dowodem na powyższe tezy są późniejsze propozycje wykonania robót uzupełniających. Powodowie zaznaczyli, że w dniu 30 czerwca 2014 r. pozwany użytkował ponad 97% zakresu robót, w związku z czym inżynier winien na wniosek wykonawcy wydać świadectwo przejścia tych odcinków i stosownie zmiarkować ewentualną karę umowną o wartość ukończonych odcinków w stosunku do całej wartości kontraktu. Z ostrożności procesowej powodowie wniesli o miarkowanie kary umownej przez obniżenie jej wysokości do kwoty 10.000 zł.

W odpowiedzi na pozew pozwane Województwo (...) – (...) w O. domagało się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia od powodów na jego rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu pozwany wskazał, że powodowie w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zawiązali konsorcjum, z związku z czym w celu skutecznego ubiegania się o zwrot wadium powinni występować wszyscy konsorcjanci z uwagi na istnienie współczestnictwa materialnego koniecznego. Zaznaczył, że w sprawie niesporne jest, że na dzień 30 czerwca 2014 r. przedmiot umowy nie został ukończony. Poza sporem pozostawało również, że pozwany udzielał zamówień uzupełniających zgodnie z przepisami p.z.p. Pozwany zauważył, że pierwotnie przedmiot umowy miał zostać ukończony 29 listopada 2013 r., a całe zamówienie do 31 grudnia 2013 r. Ze względu na zmianę okoliczności pozwany zgodził się wydłużyć termin świadczenia na dzień 30 czerwca 2014 r., i w tej dacie miał zostać wykonany przedmiot umowy. Pozwany wskazał, że na dzień sporządzenia wniosku o wydanie świadectwa przejścia powodowie nie wykonali szeregu prac. Zaznaczył, że inżynier kontraktu po wystawieniu przez powodów żądania wydania świadectwa przyjęcia, na bieżąco dokonywał przeglądu prac w celu ustalenia daty, w której roboty mogły być uznane za zakończone. Na dzień 21 lipca 2014 r. inżynier kontraktu wskazywał na brak kompletu malowania, chodników w S. i R., zabrukowanych wysp przy MOP. Dalszy przegląd robót został uzależniony od wykonania tych czynności. Podobne zarzuty pojawiały się jeszcze 13 sierpnia 2014 r. Finalnie strony ustaliły zakończenie robót na 25 lipca 2014 r. i z tą datą wydano świadectwo przejścia. Pozwany podkreślił, że w tej dacie do zrealizowania pozostało wiele prac, ale w świetle klauzuli 10.1 mogły one w większości zostać uznane za drobne prace zaległe. Pozwany zwrócił uwagę, że jeszcze w dniu 11 czerwca 2014 r. powodowie deklarowali dotrzymanie terminu (w zależności od dostępności dalszych grup brukarskich) co wskazuje, że nie posiadali w rzeczywistości możliwości do wykonania zamówienia w terminie. Nadto, pozwany zauważył, że w dniu 30 czerwca 2014 r. ruch odbywał się w sposób inny niż przewidziano w umowie. Pozwany podkreślił, że umówiona kara dotyczyła opóźnienia, a nie zwłoki, przez co nie była uzależniona od zawinionego działania powodów.

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

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, w dniu 26 września 2012 r. Województwo (...) – (...) w O. (dalej jako: Województwo) zawarło z (...) S.A. w W. i (...)S.A. w M. (dalej jako: Wykonawcy) umowę nr (...) na wykonanie robót budowlanych przy kontrakcie pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku I.-S. wraz z ulicą (...) w I.”.

Roboty były realizowane w oparciu o dokumentację projektową sporządzoną przez Województwo, zaś kontrakt miał być realizowany w oparciu o Ogólne Warunki Kontraktu na Budowę dla Robót Budowlanych i Inżynieryjnych Projektowanych przez Zamawiającego FIDIC, wydanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów-Konultantów. Umowa przewidywała pierwotnie zakończenie robót budowlanych do dnia 29 listopada 2013 r., a zrealizowanie przedmiotu umowy do 31 grudnia 2013 r. W trakcie wykonywania robót droga była użytkowana przez cały czas.

Przedmiotem dokumentacji projektowej była rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr (...) od skrzyżowania w km 1+526 z ulicą (...) (bez skrzyżowania) do skrzyżowania z drogą krajową nr (...) w miejscowości S. w km 13+101 (bez skrzyżowania). Dokumentacja została podzielona na dwa etapy: pierwszy obejmował projekt rozbudowy ul. (...) na odcinku 1+526 do km 3+870, drugi rozbudowę drogi wojewódzkiej na odcinku I.-S. od km 3+870 do km 13+101. Przed przystąpieniem do postępowania przetargowego możliwe było zapoznanie się z pełną dokumentacją. Dokumentacja ta była kompletna, prawidłowa i profesjonalnie przygotowana. Zawierała co prawda błędy, lecz były to błędy typowe, których nie można uniknąć na etapie projektowania.

Wobec występowania błędów w dokumentacji w trakcie wykonywania robót zachodziła konieczność wykonania robót dodatkowych i uzupełniających, na wykonanie których strony każdorazowo zawierały odrębne umowy. W trakcie realizacji przedsięwzięcia strony zawarły 12 umów na roboty dodatkowe, odpowiadające 12 protokołom konieczności. W przypadku trzech umów Wykonawcy wnosili o przedłużenie czasu na ukończenie robót objętych kontraktem, dotyczyło to protokołów konieczności o nr 7, 8 i 9.

Z punktu widzenia możliwości prowadzenia robót szczególne znaczenie miały roboty dodatkowe w zakresie likwidacji kolizji istniejącej sieci telekomunikacyjnej (protokół konieczności nr 7) z robotami nowoprojektowanymi, bowiem blokowały one front robót w obrębie nowoprojektowanego ronda na odcinku ul. (...) w km 1+526 do km 3+870. Nadto, występowała kolizja na odcinku I.-S. w km 3+870 do km 13+101, uniemożliwiająca prowadzenie robót branży sanitarnej oraz kolizja istniejącego światłowodu z projektowanym skrzyżowaniem drogi wojewódzkiej ze zjazdem na MOP i droga do miejscowości D. blokującą przebudowę skrzyżowania. W tym zakresie projekt nie przewidywał przebudowy infrastruktury telekomunikacyjnej, bowiem w momencie sporządzania dokumentacji projektowej Telekomunikacja Polska nie zgłaszała potrzeby wykonania prac w zakresie przebudowy.

Również w zakresie protokołów konieczności nr 8 i 9 wykonanie robót dodatkowych blokowało fronty robót. Powyższe powodowało konieczność przedłużenia czasu na wykonanie robót, w związku z czym w dniu 29 listopada 2013 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy, którym zmieniono termin zakończenia robót budowlanych na 30 czerwca 2014 r., a termin realizacji zamówienia na 31 lipca 2014 r. W dniu 14 kwietnia 2014 r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy, na mocy którego wynagrodzenie Wykonawców zostało podwyższone do kwoty 29.847.509,63 zł. Aneks nr (...) nie przewidywał zmiany terminu zakończenia robót.

W przypadku protokołów konieczności nr 1, 6 i 11 Wykonawcy nie wnosili o przedłużenie czasu na ukończenie robót, bowiem prace nimi objęte nie blokowały frontu robót.

W 2014 r. strony podpisały kolejne protokoły konieczności o nr: 14, 16, 22, 23, 24 i 25. W żadnym z nich Wykonawcy nie wnosili o przedłużenie czasu na wykonanie robót. Prace uzupełniające, objęte wymienionymi protokołami konieczności, nie blokowały frontu robót drogowych, które mogły być prowadzone równocześnie z robotami uzupełniającymi. Protokoły nr: 22, 23, 24 i 25 zostały podpisane w czerwcu 2014 r., tj. w czasie kiedy roboty powinny być na ukończeniu.

W czasie wykonywania robót na budowie była zbyt mała ilość pracowników fizycznych, co nie pozwalało na obsadzenie wszystkich frontów robót. Często zmieniały się brygady, pracownicy przez większość okresu wykonywania umowy pracowali od poniedziałku do piątku na jednej zmianie. Wykonawcy mieli problemy z płatnościami, były braki materiałowe. Wytyczenia dokonywane przez geodetów przeciągały się.

Dnia 30 czerwca 2014 r. Wykonawcy wystąpili do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przyjęcia Robót, powołując się na klauzulę (...) FIDIC. W tym czasie nie wykonali wszystkich umówionych robót budowlanych.

Inżynier Kontraktu na rozpoznanie wniosku miał 28 dni, a w świadectwie wskazana miała być data, z którą roboty zostały ukończone, pomijając wady i drobne zaległe prace, które nie miały wpływu na użycie robót do przeznaczonego

im celu, nie miały wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie oraz takie, których wykonanie w ciągu czasu na ukończenie nie było możliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

W dniu 25 lipca 2014 r. Inżynier Kontraktu wystawił Świadcstwo Przejęcia Robót, w treści którego stwierdził, że prace budowlane zostały zakończone z dniem 25 lipca 2014 r. Jednocześnie do wystawionego świadectwa Inżynier Kontraktu dołączył wykaz drobnych prac do dokończenia i wad do usunięcia. Wykonawcy nie zgłaszali Inżynierowi Kontraktu powiadomienia o roszczeniu do Przedłużenia Czasu na Ukończenie w trybie subklauzuli 20.1, od zgłoszenia której zależne było wydanie Określenia zgodnie z subklauzulą 3.5.

W związku z przekroczeniem wykonania robót Województwo naliczyło Wykonawcom karę umowną za opóźnienie zgodnie z subklauzulą 8.7 FIDIC, według której za przekroczenie czasu na ukończenie robót Wykonawcy mieli zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% kwoty kontraktowej za każdy dzień opóźnienia. Klauzula powyższa wskazywała, że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary również wtedy, gdy zamawiający nie poniósł szkody. Województwo w związku z powyższym naliczyło karę umowną za 25 dni opóźnienia w wysokości 740.518 zł, wystawiając notę obciążeniową o nr (...), z terminem płatności 7 dni od daty jej otrzymania. Dnia 29 grudnia 2014 r. Województwo dokonało potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością objętą fakturą VAT o nr (...).

(dowody: dokumentacja projektowa – k.21, umowa (...) – k.110-113, Ogólne Warunki Kontraktu – k.114, Szczególne Warunki Kontraktu – k.115-142, warunki kontraktu na budowę wydane przez FIDIC – k.145-269, umowy na roboty dodatkowe wraz z protokołami konieczności i aneksami do umowy – k.270-336, szkice – k.337-341, wniosek o świadectwo przejścia robót – k.342, pismo z 13 sierpnia 2014 r. – k.343, protokół z rady budowy – k.344-346, protokół wykonania robót nr 10 – k.349-351, przejściowe świadectwo płatności – k.352, świadectwo przejścia – k.353-356, wykaz robót koniecznych do wykonania na 25 lipca 2014 r. – k.357, oświadczenie o naliczeniu kary umownej – k.358 i 359, nota księgowa – k.360, oświadczenie o potrąceniu wierzytelności – k.361-362, korespondencja stron – k.363-374, porozumienie o współpracy – k.375-383, dokumentacja fotograficzna na płycie CD – k.401, wydruk artykułu – k.404, kopia dziennika budowy – k.405, k.481-501, SIWZ – k.406-447; zeznania świadków: S. M. – k.537-538, M. B. – k.538v-539, G. D. (1) – k.539-540, G. D. (2) – k.540-541; opinia biegłego sądowego K. P. – k.883-898).

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo jako bezzasadne podlegało oddaleniu.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentów przedstawionych przez strony, których prawdziwości nie kwestionowano. Ustalając go nie uwzględniono ostatecznie zeznań świadka R. Ł., a zeznania S. M. jedynie w zakresie, w jakim wskazał, że przy inwestycji potrzeba było więcej brygad. Zeznania tych świadków były niewiarygodne w zestawieniu z innymi dowodami zebranymi w sprawie. Nadto, świadkowie ci jako pracownicy powodów, starali się obarczyć pozwanego odpowiedzialnością za przekroczenie terminu realizacji umowy, wskazując na rzekome wady projektowe.

Jako, że w sprawie konieczne było zasięgnięcie wiadomości specjalnych Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Pierwsza opinia sporządzona przez biegłego A. N. była chaotyczna i w zasadzie nie pozwalała na jednoznaczne ustalenie stanu faktycznego. Z tych przyczyn ostatecznie nie została włączona w poczet materiału dowodowego. Zaznaczenia jakkolwiek wymaga, że według opinii tego biegłego, dokumentacja projektowa nie zawierała błędów, zaś te powstałe w trakcie wykonywania umowy, były nieznaczne i nie powodowały opóźnień w realizacji prac. Odnośnie do opinii sporządzonej przez biegłego A. S., w związku z jego powiązaniem zawodowym z powodem, które ujawniły się dopiero na rozprawie w dniu 19 października 2017 r., nie mogła ona zostać wliczona w poczet materiału dowodowego. Biegły ten został wyłączony od udziału w sprawie.

Znacząca dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu była natomiast opinia sporządzona przez biegłego K. P.. Podkreślenia wymaga, że specyfika oceny tego dowodu wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych. Kontroluje ją więc w istocie tylko w zakresie zgodności z zasadami

logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej oraz odwołanie się do tych kryteriów oceny, stanowi wystarczające i należyte uzasadnienie przyczyn uznania opinii biegłego za przekonującą (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, L.). W ocenie Sądu, sporządzona przez wymienionego biegłego opinia była klarowna, logiczna i zupełna, w związku z czym pozwoliła na poczynienie istotnych ustaleń faktycznych w sprawie. Zaznaczenia wymaga, że ostatecznie opinia ta nie została zakwestionowana przez którąkolwiek ze stron w żadnym zakresie.

W rozpoznawanej sprawie niesporne było, że doszło do przekroczenia terminu wykonania umowy, który ostatecznie został ustalony w aneksie nr (...) zawartym przez strony 29 listopada 2013 r. Spór sprowadzał się więc do rozstrzygnięcia tego, czy kara umowna związana z opóźnieniem w realizacji prac została naliczona zasadnie.

W pierwszej kolejności należy jednak zaznaczyć, że Sąd nie podzielił twierdzeń pozwanego odnośnie do braku występowania po stronie powodów czynnej legitymacji procesowej. Mimo że nierzadko do konsorcjum stosuje się przepisy kodeksu cywilnego normującego spółkę (art. 860-875 KC), to jednak w badanej sprawie nie budzi wątpliwości Sądu, że powodowie władni byli podzielić dochodzone pozwem roszczenie pieniężne zgodnie z wewnętrznymi ustaleniami. Ewentualny zakaz takiej aktywności nie wynikał bowiem z umowy konsorcjalnej, która de facto nie odwoływała się do regulacji kodeksowych o spółce cywilnej. Niezależnie od powyższego, powództwo podlegało oddaleniu z przyczyn opisanych poniżej.

Po pierwsze należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom powodów, dostarczona im dokumentacja projektowa nie zawierała błędów, które przyczyniły się do przekroczenia przez nich terminu realizacji kontraktu. Kwestię tą jednoznacznie rozstrzygnęła opinia biegłego sądowego K. P. (analogiczne wnioski płynęły z opinii A. N.). Mimo że na etapie projektowania nie były znane wszelkie rozwiązania, jakie były zastosowane przy realizacji umowy, to jednak trzeba podkreślić, że powodowie są podmiotami, które często biorą udział w realizacji podobnych przedsięwzięć. Mają zatem świadomość, że w okresie od zaprojektowania do wykonania część projektu może się zdezaktualizować, co niesie za sobą potrzebę wykonania prac uzupełniających i dodatkowych. Słusznie przy tym wskazał biegły K. P., że przy podpisywaniu protokołów konieczności poprzedzających zawarcie umów dodatkowych powodowie jedynie w trzech przypadkach wnieśli o przedłużenie czasu na wykonanie prac. Podkreślił nadto, że inne roboty dodatkowe nie wymagały zmiany umowy w zakresie terminu realizacji inwestycji, bowiem nie blokowały frontu robót. Również umowy podpisywane przez strony już po zakończeniu inwestycji, w ocenie Sądu, nie wskazują na niekompletność dokumentacji. Znamienne jest bowiem, że roboty te w istocie dotyczyły niewielkich prac, a nadto na ich wykonanie powodowie mieli dodatkowy czas określony kolejnymi umowami. Tym samym, ich zakres w żaden sposób nie wpływał na czas wykonania umowy nr (...).

Kolejnym argumentem powodów było to, że wobec zgłoszenia wniosku w dniu 30 czerwca 2014 r. Inżynier Kontraktu winien wydać Świadcstwo Przejęcia odcinków już wykonanych i wobec tego pozwany winien odpowiednio zmiarkować karę umowną o wartość odcinków ukończonych w stosunku do całej inwestycji. W tym miejscu zwrócić jednak należy uwagę, że powodowie przyznali, że na dzień złożenia wniosku wszystkie roboty budowlane nie były ukończone. Na powyższe wskazują również zeznania świadków, jak i dowody z dokumentów, zebrane w sprawie. Rozważenia zatem wymaga, czy Inżynier Kontraktu miał obowiązek wydać Świadcstwo Przejęcia w wypadku, gdy całość robót nie została wykonana.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie można w tym zakresie podzielić stanowiska powodów. Oceny tej należy dokonać przy uwzględnieniu warunków kontraktu na budowę wydanych przez FIDIC, który to dokument określał procedury postępowania przy realizacji przedmiotowej inwestycji. Zwrócić należy uwagę, że subklauzula 10.1 wskazuje, iż wystąpienie o Świadcstwo Przejęcia możliwe jest dopiero w przypadku wykonania robót zgodnie z kontraktem. Wbrew twierdzeniom powodów, Inżynier Kontraktu nie mógł więc wystawić w badanym przypadku Świadcstwa Przejęcia dla części robót, bowiem możliwe to było tylko w razie podzielenia robót na odcinki lub w zależności od wyłącznego uznania zamawiającego. Z powyższego wynika, że Inżynier Kontraktu nie miał obowiązku wystawiania częściowego Świadcstwa Przejęcia. Co więcej, z zapisów kontraktu w żadnym razie nie wynika, aby kara umowna w takim przypadku ulegała odpowiedniemu zmniejszeniu.

W tym miejscu należy zauważyć, że w dniu złożenia wniosku do wykonania pozostawał jeszcze szereg prac, w tym m.in. wykonanie zatok autobusowych, wykończenie ścieżki rowerowej, nie było gotowe rondo, chodniki itd. W związku z powyższym fakt, iż w zakresie budowy chodnika i zjazdu od strony R. prace nie były wykonane ze względów niezależnych od powodów (vide: decyzja administracyjna z dnia 30 lipca 2014 r.), nie negował tego, że nie zakończyli oni pozostałych robót budowlanych. Dodatkowo Świadcstwo Przejęcia zostało wydane w dniu 25 lipca 2014 r., a zatem jeszcze przed wydaniem decyzji co do budowy chodnika i zjazdu od strony R., co w ocenie Sądu, dodatkowo potwierdza, że brak wykonania tych robót nie miał wpływu na wydanie Świadcstwa Przejęcia.

Również fakt, iż na przebudowywanej drodze odbywał się ruch nie świadczy o zakończeniu robót. Z akt postępowania wynika bowiem, że nawet po zgłoszeniu wniosku o Świadcstwo Przejęcia, ruch w tym miejscu nie odbywał się płynnie (vide: k.404).

Sąd nie znalazł też podstaw do uznania, że przy naliczaniu kary umownej zostały naruszone jakiegokolwiek postanowienia kontraktu. Wbrew twierdzeniom powodów, naliczenie kary umownej nie wymagało konsultacji ze stronami w trybie subklauzuli 3.5. Trafnie bowiem podkreślił biegły K. P., że konsultacje w trybie subklauzuli 3.5 były zależne od zgłoszenia przez wykonawców roszczenia zgodnie z subklauzulą 20.1, czego powodowie nie uczynili. Nadto, wspomniana klauzula stanowi wprost, że przy braku uzgodnienia (który wobec sprzecznych stanowisk stron był oczywisty), to Inżynier Kontraktu sam dokonuje określenia zgodnie z kontraktem. Powyższe prowadzi do wniosku, że pismo z 30 lipca 2014 r., naliczające powodom karę umowną zostało wydane zgodnie z postanowieniami kontraktu, zatem brak jest podstaw do kwestionowania zasadności nałożonej kary.

Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że do opóźnienia w wykonaniu umowy nr (...) doszło z winy powodów. Nie może przy tym ująć uwadze fakt wynikający z zeznań świadków (w tym częściowo z zeznań jednego z pracowników powoda), że w trakcie wykonywania robót na budowie pracowało za mało pracowników fizycznych. Problem występował też w zakresie dokonywania odpowiednich wytyczeń. Dodatkowo powodowie mieli problemy finansowe, które przekładały się zarówno na braki w pracownikach, jak i na braki materiałowe. Znamienne są przy tym zeznania świadka G. D. (1), który wskazał, że pracownicy powoda pracowali tylko na jedną zmianę od poniedziałku do piątku, a na samej budowie panował organizacyjny chaos. W ocenie Sądu Okręgowego, wszystkie te okoliczności prowadzą do wniosku, że pozwany zasadnie naliczył karę umowną, zwłaszcza że dotyczyła ona opóźnienia w wykonaniu prac.

Zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. można zawrzeć w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Aby mówić o powstaniu obowiązku świadczenia kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Istotne znaczenie w przypadku analizy przesłanek warunkujących powstanie obowiązku zapłaty kary umownej jest rozkład ciężaru dowodu. Na wierzycielu ciąży powinność wykazania przesłanki istnienia ważnego postanowienia umownego odnoszącego się do zastrzeżenia kary umownej oraz powinność wykazania faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, do którego odnosi się kara umowna. Na wierzycielu nie ciąży powinność wykazania okoliczności świadczących o odpowiedzialność dłużnika, bowiem korzysta on z domniemania wynikającego z art. 471 k.c. określającego odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika.

Obalenie domniemania ponoszenia przez dłużnika odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązanie spoczywa na nim. Zaś wykazanie zaistnienia okoliczności powodujących niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnych od dłużnika i na które dłużnik nie miał wpływu powodować będzie uchylenie się dłużnika od zapłaty kar umownych. W badanej sprawie nie zostało wykazane, aby do opóźnienia w wykonaniu całości robót doszło z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Stąd też Sąd Okręgowy uznał, że kara umowna została naliczona w sposób prawidłowy.

Wobec złożonego przez powodów wniosku o ewentualne miarkowanie kary, należało zbadać, czy zachodzą ku temu przesłanki określone w art. 484 § 2 k.c. Instrument sądowego miarkowania kary pozwala zapobiec wykorzystaniu represyjnej funkcji kary umownej do uzyskania przez wierzyciela korzyści rażąco nieproporcjonalnej w stosunku do stopnia naruszenia zobowiązania oraz doznanej szkody (vide: System Prawa Prywatnego, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, Legalis)

In casu kary zostały zastrzeżone w umowie zawartej w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanej na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Warto podkreślić, że w przypadku przytoczonego sposobu zawierania umów, wszystkie istotne elementy zawieranej przez strony umowy przygotowywane są przez zamawiającego, a przystępujący nie ma możliwości wpływu na ich ukształtowanie. Ten mechanizm wpływa na ograniczenie zasady swobody umów. W postępowaniu w reżimie prawa zamówień publicznych dochodzi do ograniczenia sposobu kontraktowania, gdyż zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego, a zakres praw i obowiązków określa umowa. Ograniczenie kontraktowania polega na niemożności prowadzenia negocjacji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, L.).

Miejszem, w którym zamawiający przedstawia warunki, na jakich ma być zawarta umowa jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. To w niej odnajdziemy zapisy odnoszące się do kar umownych, jeśli podmiot zamawiający planuje zastrzec je w nowokreowanym stosunku prawnym. Należy pamiętać, że w umowie z zakresu prawa zamówień publicznych, zamawiający zastrzega na swoją rzecz kary umowne, które następnie obciążają wykonawcę. Powyższy układ pozwala zamawiającemu zrehabilitować zapisy dotyczące kar umownych w sposób korzystniejszy dla siebie, ponieważ to on decyduje o zapisach w SIWZ, a tym samym o warunkach umowy. Nie ma też przeszkód, aby zamawiający poczynił zapisy zastrzegające karę umowną również na rzecz wykonawcy (co w badanej sprawie bezspornie miało miejsce).

Okoliczność, że de facto to zamawiający decyduje o treści umowy, w tym o zapisach dotyczących kar umownych, może doprowadzić do asymetrii w stosunkach między stronami poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji zamawiającego kosztem wykonawców. Dotyczyć to może na przykład zastrzeżenia kar umownych na wypadek zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, jak też określenia wysokości kar, co może skutkować ich rażącym wygórowaniem, dlatego każdy przypadek zastrzeżenia kar umownych należy rozpatrywać in casu – w okolicznościach konkretnej sprawy.

Podkreślić również należy, że samo niewykonanie lub nienależyte wykonanie kontraktu nie powoduje obowiązku zapłaty kary umownej. Lokalizacja przepisów dotyczących kar umownych wskazuje, że zdarzenie uzasadniające zapłatę kary umownej nastąpić musi z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Jak wyżej wskazano, in casu do przekroczenia terminu doszło z winy powodów, przez co teoretycznie możliwe jest zbadanie żądania Wykonawców w kontekście przesłanek z art. 484 § 2 k.c.

Odnosząc się do przesłanki „wykonania zobowiązania w znacznej części”, wskazać należy, że powyższe określenie w rozumieniu komentowanego przepisu oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela. Dokonując w realiach konkretnej sprawy oceny, czy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, przesądzające znaczenie ma porównanie stopnia wykonania tego elementu świadczenia, z którym powiązano karę umowną, do całości świadczenia, jakie miało być przedmiotem wykonania przez dłużnika. Istotne jest przy tym, w jakim zakresie zobowiązanie zostało wykonane w terminie zakreślonym przez strony w umowie.

W ocenie tut. Sądu, nie sposób przyjąć, aby powodowie wykonali w terminie większość zobowiązania, skoro w dacie złożenia wniosku o Świadcstwo Przejęcia szereg robót w dalszym ciągu pozostawał niewykonany, ruch na drodze nie był płynny, a całość terenu wyglądała „jak plac budowy”.

Rozważając wystąpienie drugiej z ujętych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania kary umownej, w postaci rażącego wygórowania kary, Sąd miał na uwadze, że brak jest legalnej definicji pojęcia „rażąco wygórowanej” kary umownej, a przy tym treść art. 484 § 2 k.c. nie daje jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie. Ustawodawca posługując się

tak niedookreślonym pojęciem zapewnił możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy (vide: wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369 i z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, LEX nr 200875). Sformułowanie przesłanki „rażącego wygórowania” świadczy o tym, że miarkowanie winno mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy kara umowna będzie nie tylko wygórowana, ale wygórowana rażąco, czyli w taki sposób, że system prawa nie może tolerować jej dysproporcji w stosunku do słusznych interesów wierzyciela (vide: wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, LEX nr 530614 i z dnia 17 marca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w momencie jej zastrzegania bądź zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności. Przyjmuje się, że o wystąpieniu kary umownej rażąco wygórowanej decyduje przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Jedynie wówczas, gdy kara umowna równa się bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNCP 1980, nr 12, poz. 243). Jak słusznie zauważono w orzecznictwie, wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej, lecz dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny (vide: wyrok SA w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, LEX nr 785490). O ile sąd może dokonać miarkowania kary umownej uwzględniając przy tym takie okoliczności, jak znaczna dysproporcja między poniesioną szkodą a żadaną karą, to jednak powyższe jest możliwe dopiero po ustaleniu, że wysokość kary umownej pozostaje w rażącej dysproporcji do wysokości wynagrodzenia, jakie strona miała otrzymać na podstawie zawartej umowy. W ocenie Sądu, zastrzeżona kara umowna była stosunkowo niewysoka, bowiem za każdy dzień opóźnienia przewidywała potrącenie w wysokości 0,1% całości wynagrodzenia, co przy opóźnieniu w wysokości 25 dni dało 2,5% całej kwoty wynagrodzenia.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że na skutek naliczenia powodom kary za opóźnienie, pozwany nie otrzymał dofinansowania do inwestycji. Powyższe dowodzi, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o miarkowanie kary umownej. Zatem i z tej przyczyny powództwo podlegało oddaleniu w całości (pkt I wyroku).

W pkt. II wyroku zasądzono od każdego z powodów na rzecz pozwanego kwoty po 3.600,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. O kosztach tych rozstrzygnięto w oparciu o generalną zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c., przy uwzględnieniu regulacji art. 105 § 1 zdanie pierwsze k.p.c., zgodnie z którą współuczestnicy sporu zwracają koszty procesu w częściach równych.

W literaturze trafnie podnosi się, że przepis art. 105 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. statuuje zasadę ponoszenia przez współuczestników kosztów w częściach równych. Dotyczy to przede wszystkim współuczestników materialnych, których prawa i obowiązki – stanowiące przedmiot sporu – są oparte na tej samej podstawie faktycznej i prawnej (art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c.). Wprawdzie w myśl art. 105 § 1 zdanie drugie k.p.c., sąd może nakazać zwrot kosztów odpowiednio do udziału każdego ze współuczestników w sprawie, jeśli pod tym względem zachodzą znaczne różnice, jakkolwiek komentatorzy podkreślają stanowczo, że opisywana regulacja znajduje zastosowanie tylko w przypadku współuczestnictwa formalnego (art. 72 § 1 pkt 2 k.p.c.), gdy więz ich roszczeń (zobowiązań) jest bardzo luźna (tak: A. Górski, L. Walentynowicz, Komentarz do art. 105 Kodeksu postępowania cywilnego, Lex/el. 2007, Nb 3).

Uwzględniając fakt, że in casu po stronie powodowej zachodził przypadek współuczestnictwa materialnego, o którym mowa wyżej, a także wysokość poniesionych przez pozwanego kosztów procesu, na które złożyło się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika procesowego, obliczone według minimalnej stawki przewidzianej taksą radcowską (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...), tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490), orzeczono jak w pkt II wyroku.

/SSR del. Maciej Rzewuski/