

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 maja 2019 roku

Sąd Okręgowy w Suwałkach I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący	SSO Alicja Wiśniewska
Protokolant	st. sekretarz sądowy Edyta Rzodkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2019 roku w Suwałkach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z/s w O.

przeciwko Gminie M. S.

o zapłatę

I. Zasądza od pozwanej Gminy M. S. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. z/s w O. kwotę 390 044,34 zł (trzysta dziewięćdziesiąt tysięcy czterdzieści cztery złote 34/100) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 24 stycznia 2019r. do dnia zapłaty.

II. Oddala powództwo w pozostałym zakresie.

III. Zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 28 156,60 zł (dwadzieścia osiem tysięcy sto pięćdziesiąt sześć złotych 60/100) tytułem zwrotu kosztów procesu.

SSO Alicja Wiśniewska

Sygn. akt I C 144/19

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w O. w pozwie wniesionym przeciwko Gminie M. S. domagał się zapłaty kwoty 433 382,60 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 24 stycznia 2019 r. do dnia zapłaty. Domagał się także zasądzenia od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Argumentował, iż w wyniku przeprowadzonego przez pozwaną przetargu nieograniczonego uzyskał zamówienie publiczne polegające na realizacji projektu nr (...) pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie S. - III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ul. (...) do ul. (...) z mostem i tunelem pod torami)”, realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2014-2020, O. priorytetowa IV- „Poprawa dostępności transportowej”, Działanie 4.1- „Mobilność regionalna”, Poddziałanie 4.1.1 - „Mobilność regionalna”. Roboty objęte umową zostały wykonane.

W dniu 10 stycznia 2019 roku Miasto S. wezwało powoda do zapłaty kwoty 433.382,60 zł z tytułu kar umownych za opóźnienie pod rygorem złożenia oświadczenia o potrąceniu powyższej kwoty z należnego powodowi wynagrodzenia. Wykonawca pismem z dnia 16 stycznia 2019 roku wystąpił do pozwanego z wnioskiem o niepotrącanie z wynagrodzenia powyższej kwoty. W dniu 18 stycznia 2019 roku wykonawca złożył zamawiającemu pismo odmawiające zapłaty kar wyjaśniając w nim przyczyny odmowy uznania żądania zapłaty kar umownych.

Pozwana Gmina M. S. pismem z dnia 23 stycznia 2019 roku znak:(...) oświadczyło o potrąceniu kwoty 433.382,60 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie z należnością powoda z tytułu końcowego rozliczenia robót wykonanych na podstawie umowy nr (...).

Zdaniem powoda wykonał on roboty określone w umowie nr (...) zmienionej Anekssem nr (...) w terminie umówionym to jest do dnia 15 listopada 2018 roku, dlatego pismem z dnia 15 listopada 2018 roku zawiadomił zamawiającego o zakończeniu robót objętych zamówieniem. Powód w tym dniu powiadomił także pozwanego o konieczności wykonania robót dodatkowych związanych ze światłowodem należącym do firmy (...).

Pozwany powołał komisję odbioru końcowego na dzień 05 grudnia 2018 roku. Komisja pismem z dnia 10 grudnia 2018 roku stwierdziła wady, usterki i niedoróbki w wykonanych robotach nie uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu umowy. Stwierdzone w protokole niedoróbki wynikały w przeważającej większości z konieczności wykonywania robot dodatkowych na sieciach teletechnicznych firmy (...). Roboty te nie stanowiły przedmiotu zamówienia. Powód realizując zamówione roboty drogowe odkrył niezainwentaryzowane sieci teletechniczne użytkowane przez firmę (...).

Roboty związane z usuwaniem kolizji zostały zakończone w trakcie prac Komisji ostatecznie do dnia 14 grudnia 2018 roku, co potwierdzono protokołem odbioru końcowego sporządzonym przez Komisję w dniu 14 grudnia 2018 roku. Roboty dodatkowe nie utrudniały użytkowania drogi.

Pozwany, pomimo wiedzy o konieczności wykonywania niezamówionych robót dodatkowych uznał, iż roboty objęte umową (zamówione roboty) zostały wykonane także do dnia 14 grudnia 2018 roku, to jest do daty sporządzenia protokołu odbioru robót, a nie do dnia 15 listopada 2018 roku tj. do dnia pisemnego zgłoszenia zakończenia robót. W efekcie takiego ustalenia pozwany naliczył kary umowne za 28 dni opóźnienia w wysokości 433.382,60 zł.

Zdaniem powodowego wykonawcy potrącenie przez pozwanego kwoty 433.382,60 zł było działaniem bezpodstawnym, dlatego też wezwał w dniu 1 lutego 2019 roku pozwanego do zapłaty potrąconej kwoty.

Stanowisko powoda uzasadnia fakt, iż zamówione (zasadnicze) roboty zostały wykonane w terminie, a prace wynikające z konieczności wykonania robót dodatkowych zostały wykonane do dnia sporządzenia protokołu odbioru, o czym wielokrotnie powód informował pozwanego.

Powód wielokrotnie wskazywał pozwanemu, iż wady i niedoróbki istniejące po zgłoszeniu przedmiotu do odbioru spowodowane były przyczynami zależnymi wyłącznie od pozwanego. W takiej sytuacji powód nie powinien ponosić odpowiedzialności określonej w § 9 ust. 1 pkt 2. umowy.

Powód poza kolizją wynikającą z nieuwzględnienia w umowie sieci teletechnicznych firmy (...) wskazał także inne zawinione przez pozwanego przyczyny powodujące, że wykonanie umówionych robót w terminie było bardzo utrudnione:

1) pozwane Miasto pomimo, iż w przetargu wyznaczyło termin składania ofert do 29 maja 2017 r. zawarło przedmiotową umowę dopiero w dniu 7 sierpnia 2017 roku. Powyższe uniemożliwiło powodowi prowadzenie prac w miesiącach najkorzystniejszych do wykonywania robót drogowych, a mianowicie w czerwcu i lipcu 2017 roku; ponadto pomimo tak późnego zawarcia umowy termin zakończenia robót nie został przesunięty przez pozwanego o czas rozpatrywania ofert (ponad 2 miesiące);

2) powód wykonując roboty napotkał wiele kolizji np. z sieciami (...), których usuwanie przez powoda opóźniało roboty powoda, ponadto z racji innych kolizji pozwany wprowadził na teren budowy wykonawcę budującego przyłącza wodociągowe, praca brygad wodociągowych zatrzymywała roboty drogowe;

3) pozwane Miasto S. przekazując teren budowy nie miało uregulowanej sytuacji prawnej z (...) S.A. pomimo, że umowa powinna być zawarta przed przekazaniem powodowi terenu budowy. Brak umowy uniemożliwił rozpoczęcie robót elektrycznych.

Wskazując na powyższe powód z ostrożności procesowej, w sytuacji gdyby obciążenie go karą umowną zostało uznane za zasadne, wnosił o obniżenie kary umownej o 90% naliczonej wartości - do 10% naliczonej wartości, bowiem jej wysokość jest rażąco wygórowana, a zobowiązanie zostało w całości wykonane. Pozwany z tytułu usuwania przez powoda niedoróbek do dnia 14 grudnia 2018 roku, kiedy został podpisany protokół odbioru wykonanych robót, nie poniósł żadnych strat, a wręcz odwrotnie został wzbogacony o wartość robót dodatkowych dotyczących usunięcia kolizji z siecią firmy (...). Wartość robót dodatkowych wynosi około 120.000 zł. Wyremontowana droga była użytkowana bez żadnych utrudnień.

Pozwana Gmina M. S. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana zaprzeczyła twierdzeniom zawartym w pozwie. Wskazała, że powód nie może skutecznie czynić zarzutów pozwanemu Miastu, że umowa nr (...) została zawarta dopiero w dniu 07 sierpnia 2017 r., jak również nie może obciążać pozwane Miasto skutkami własnych działań.

Powód lansuje chybiony pogląd, że wykonywanie robót, objętych wiążącą strony umową, zakończył w umówionym terminie, tj. do dnia 15 listopada 2018 r., powołując się na zawiadomienie pozwane Miasto o ich zakończeniu, bowiem w rzeczywistości zakończył ich wykonywanie w dniu 14 grudnia 2018 r., co znajduje potwierdzenie w zapisach trzech stron dziennika budowy, złożonych przy pozwie, jak i w twierdzeniach pozwu, bagatelizujących stwierdzone i opisane w piśmie z dnia 10 grudnia 2018 r. braki wykonania robót, co wprost świadczy o niewykonaniu przedmiotu umowy, uniemożliwiające dokonanie odbioru końcowego.

Wprawdzie w dniu 16 listopada 2018 r. powód pisemnie zawiadomił pozwane Miasto o zakończeniu robót, ale w dalszym ciągu kontynuował roboty, co wprost zaświadcza wpis kierownika budowy w dzienniku budowy z dnia 14 grudnia 2018 r. o zakończeniu wszystkich robót budowlanych, uporządkowaniu terenu budowy wraz z terenem przyległym oraz zgłoszeniu budowy do odbioru końcowego.

Wbrew twierdzeniom powoda, wiedzę o wbudowanej sieci światłowodowej firmy (...) posiadał już w dniu 04 lipca 2018 r., tj. w dacie sporządzenia notatki służbowej, złożonej przy pozwie, przy czym koniecznym jest przypomnieć powodowi, że za jego wiedzą i zgodą firma (...) we własnym zakresie dokonała przebudowy swojej sieci i regulacji studni.

W przedstawionym stanie rzeczy, na szczególną dezaprobatę zasługuje twierdzenie powoda, że pozwane Miasto miało pisemne informacje od firmy (...) już od lipca 2018 r. o istnieniu kolizji, ale zaniechało powiadomić o tym powoda, bowiem pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią powołanej wyżej notatki służbowej.

Bezzasadny jest także wniosek o miarkowanie kary umownej za nieterminową realizację przedmiotu umowy, bowiem brak jest podstaw do zastosowania art. 484 § 2 k.c. i zredukowania naliczonej przez pozwane Miasto kary umownej.

Zastrzeżenie kary umownej ułatwia wierzycielowi realizację jego uprawnień z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bowiem może on dochodzić jej zapłaty bez względu na wysokość poniesionej szkody. W razie zastrzeżenia kary umownej i wystąpienia okoliczności uzasadniających jej zapłatę, obowiązek ten obciąża dłużnika i to niezależnie od wykazania szkody wywołanej przyczynami uzasadniającymi jej naliczenie, zaś obowiązek zapłaty ma charakter bezwzględny.

Koniecznym stało się wskazać, że pozwane Miasto było zobligowane do nałożenia kary umownej z uwagi na współlistnienie przedsięwzięcia środkami Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2014- 2020.

Nienaliczenie przez pozwane miasto S. kary umownej w przypadku przekroczenia przez powoda terminu zakończenia prac spowodowałoby uznanie przez instytucję kontrolującą kwoty 433 382,60 zł za wydatek niekwalifikowany i niepodlegający dofinansowaniu, co rodziłoby konsekwencje wynikające z naruszenia art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 1 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 ze zm.).

Wnioskując potrzebę miarkowania kary umownej do 10% jej wysokości, powód nie wykazał żadnych argumentów, przemawiających za wygórowaną wysokością tej kary, a w takiej sytuacji pozbawiony stosownego uzasadnienia wnioski nie może odnieść oczekiwanego skutku.

Koniecznym stało się podkreślić, że wysokość obciążającej powoda kary w kwocie 433 382,60 zł nie jest znaczna przy uwzględnieniu umówionego wynagrodzenia powoda na kwotę 15 477 949,05 zł.

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu w dniu 9 maja 2017r. Gmina M. S. uruchomiła postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na przebudowę drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. – III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy (...) do ulicy (...) z mostem i tunelem pod torami). (...) Sp. z o.o. w O. złożyło ofertę wykonania przedmiotowego zamówienia i jego oferta jako najkorzystniejsza została wybrana przez zamawiającego. W dniu 07 sierpnia 2017 r. strony zawarły umowę nr (...), na mocy której powód zobowiązał się wykonać przebudowę drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. - III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy (...) do ulicy (...) z mostem i tunelem pod torami), część 1 P. ulicy (...) od przejazdu kolejowego do granic administracyjnych miasta S., tj. od km. 33+625,75 do km 35+548 za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 15 491 660,21 zł, w terminie do dnia 01 października 2018 r. W §9 ust. 1 pkt 2 strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy. Ponadto w § 7 ust. 3 wiążącej strony umowy postanowiono, że termin zakończenia zamówienia oznacza faktyczne zakończenie robót, zgłoszone przez kierownika budowy w dzienniku budowy i potwierdzone przez nadzór inwestorski, przy czym w § 7 ust. 5 postanowiono, że podstawą zgłoszenia przez powoda gotowości do odbioru końcowego będzie faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w dzienniku budowy wpisem dokonanym przez kierownika budowy, potwierdzonym przez inspektora nadzoru inwestorskiego.

(dowód: umowa wraz z aneksami k.123-138, SIWZ k.144-160).

W trakcie realizacji w/w zamówienia Gmina M. S. przejawiała zaniepokojenie co do postępów prac, które według jej wiedzy odbiegały od wcześniej ustalonych harmonogramów. Problem ten został podniesiony m.in. na spotkaniu Prezydenta Miasta S. z przedstawicielami wykonawców, które odbyło się w dniu 10 stycznia 2018r.

Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia napotkał szereg utrudnień, które wpływały na tempo prac i o których systematycznie informował zamawiającego. W dniu 4 lipca 2018r. odbyło się spotkanie przedstawicieli zamawiającego, wykonawców oraz firmy (...), którego przedmiotem było umówienie przebudowy sieci światłowodowej operatora M., która kolidowała z prowadzoną inwestycją, a jej przebudowa nie była objęta zamówieniem.

W piśmie z dnia 29 sierpnia 2018r. wykonawca przedstawił następujące zdarzenia wpływające na termin realizacji zamówienia:

- kolizja z kablem SN, wymagająca przeprowadzenia dodatkowych prac budowlanych o łącznej wartości 30 446,60 zł brutto;

- konieczność dodatkowej wycinki drzew ze względu na kolizję połączenia projektowanego chodnika z istniejącym chodnikiem w początku trasy, o wartości robót 383,76 zł brutto;

- zmiana konstrukcji na zjazdach w miejscu przecięcia ze ścieżką rowerową - wzmocnienie konstrukcji nawierzchni na 27 zjazdach o łącznej powierzchni 405 m², o łącznej wartości robót 13 071,46 zł brutto;

- kolizja projektowanego kanału deszczowego 0600 z istniejącym wodociągiem 0150 pomiędzy studniami D1.2-D1.3, wymagająca przebudowy wodociągu na długości około 2 metrów.

Ponadto wykonawca wskazał, iż na plac budowy przy ul. (...) wkroczył nowy podwykonawca wykonujący przyłącza wodociągowe do działek położonych na odcinku w km 34+115 - 34+260 str. L do wodociągu umiejscowionego po prawej stronie ul. (...). Z powodu tymczasowej organizacji ruchu roboty były wykonywane etapami. Dodatkowa brygada na budowie utrudniła realizację części robót wpływając na harmonogram zaplanowanych prac. Wskazując na powyższe okoliczności wykonawca wniósł o zmianę terminu realizacji zamówienia – do dnia 15 listopada 2018r. oraz pokrycia kosztów dodatkowych robót na kwotę 76 628,67 zł brutto.

W dniu 18 września 2018r. sporządzono protokół konieczności dotyczący realizacji inwestycji pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. - III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy (...) do ulicy (...) z mostem i tunelem pod torami), część 1 P. ulicy (...) od przejazdu kolejowego do granic administracyjnych miasta S., tj. od km. 33+625,75 do km 35+548”, w którym zawnioskowano o przedłużenie terminu zakończenia zadania do dnia 15 listopada 2018r. oraz zwiększenie wartości zamówienia o kwotę 41 193,95 zł brutto.

Aneksem nr (...) zawartym w dniu 27 września 2018 r. strony dokonały zmiany powyższej umowy w ten sposób, że w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych podwyższono wynagrodzenie ryczałtowe o kwotę 41 193,95 zł, tj. do kwoty 15 532 854,16 zł oraz przedłużono termin wykonania zamówienia z dnia 01 października 2018 r. do dnia 15 listopada 2018 r., pozostawiając pozostałe warunki umowne bez zmian.

Kolejnym aneksem nr (...) zawartym w dniu 27 listopada 2018 r. strony dokonały zmiany umowy w ten sposób, że umówioną wartość wynagrodzenia obniżono z łącznej kwoty 15 532 854,16 zł do kwoty 15 477 949,05 zł, tj. o kwotę 54 905,11 zł z uwagi na niemożność wykonania odcinka kanalizacji deszczowej około 20,0 m, studni DZ.1 i wylotu (...), pozostawiając pozostałe warunki umowne bez zmian.

(dowód: protokół ze spotkania k.99-100, pismo z dnia 29.08.2018r. k.91-93, notatka k.111, zeznania świadków: J. G. k.205v-207, A. Ś. k.207-208, Ł. K. k.220v-223v, zeznania prezesa T. N. k.223-224, aneks wraz z protokołem konieczności k.131-135, aneks (...) k.136).

W związku z kolizją sieci teletechnicznej należącej do firmy (...) wykonawca był zobowiązany do przebudowy 9 studni, w których sieć ta przebiegała, na odcinku niemal dwóch kilometrów, na którym według projektu zostały wytyczone ścieżki rowerowe i chodniki. Przebudowa studni, które obrazuje fotografia z k.218, wymagała ich obniżenia bądź podwyższenia do poziomu ścieżki rowerowej bądź chodnika. Wokół studni należało wykonać wykop aż do podstaw posadowienia studni, podnieść dźwigiem, skruszyć fundament, wylać nowy, obniżyć bądź podwyższyć, następnie posadzić studnię dźwigiem, zasypać i wypoziomować. Roboty budowlane wykonane w związku z przebudową studni nie były objęte zamówieniem, a wykonawca z tego tytułu nie otrzymał dodatkowego wynagrodzenia. Nie wykonanie w/w robót uniemożliwiło oddanie do użytku chodników i ścieżek rowerowych albowiem pozostawienie studni na dotychczasowym poziomie zagrażałoby zdrowiu i życiu użytkowników.

(dowód: Ł. K. k.220v-223v, zeznania prezesa T. N. k.223-224).

Pismem z dnia 15 listopada 2018r. (...) Sp. z o.o. w O. zgłosiło zakończenie robót na inwestycji pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. - III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy (...) do ulicy (...) z mostem i tunelem pod torami), część 1 P. ulicy (...) od przejazdu kolejowego do granic administracyjnych miasta S., tj. od km. 33+625,75 do km 35+548”. Termin odbioru końcowego zadania wyznaczono na dzień 5 grudnia 2018r. W trakcie odbioru komisja odbiorowa dokonała w dniach 05 i 06 grudnia 2018 r. przeglądu wykonanych robót i stwierdziła brak wykonania następujących elementów robót na zadaniu:

- brak ułożenia nawierzchni z kostki betonowej na buforze przy przejściu dla pieszych, strona lewa i prawa ul. (...) przy rondzie od strony wschodniej;
- brak nawierzchni z kostki betonowej przy przejściu dla pieszych w ul. (...) od strony wschodniej;
- brak chodnika z kostki betonowej w ul. (...) lewa strona wschodnia;
- brak nawierzchni z kostki betonowej przy przejściu dla pieszych w ul. (...) od strony zachodniej przy słupie oświetleniowym nr (...);
- brak chodnika z kostki betonowej strona lewa, między przejściem dla pieszych z ul. (...) w ul. (...);
- brak ułożenia nawierzchni z kostki betonowej na buforze przy przejściu dla pieszych, strona lewa ul. (...) przy rondzie od strony zachodniej;
- brak wyprofilowania i wałowania oraz posiania trawy na wszystkich zieleńcach na zadaniu;
- brak wykonania schodów terenowych w ul. (...) lewa strona za zatoką autobusową w km 33+765,35;
- brak zakończenia zjazdu w km 33+724,45 krawężnikiem betonowym;
- brak uporządkowania terenów przyległych bezpośrednio do krawężnika najazdowego drogi serwisowej w km od 34+077,84 do km 34+277,20;
- brak wykonania nawierzchni z kostki betonowej na drodze serwisowej i parkingu tej drogi (...) w km od 34+010,21 do km 34+077,84, około 600,0m²;
- brak wykonania nawierzchni z kostki betonowej na chodniku w km od 34+209,56 do km 34+254,83;
- brak zakończenia zjazdu w km 34+254,83 krawężnikiem betonowym;
- brak wykonania nawierzchni z kostki betonowej na chodniku oraz nawierzchni asfaltowej na ścieżce rowerowej na odcinku w km 34+254,83 do km 34+483,72;
- brak nawierzchni na zajezdniach w km 34+289,28, 34+300,66, 34+322,00, 34+338,24, 34+389,95, 34+418,00, 34+440,30, 34+552,67, 34+676,70;
- brak wykonania nawierzchni z kostki betonowej na chodniku na zajezdni w km 34+764,28 strona lewa;
- brak połączenia wykonania nawierzchni z kostki betonowej z istniejącym chodnikiem do posesji ul. (...);
- brak wykonania chodnika i nawierzchni z kostki betonowej na odcinku od km 34+918,35 do km 34+977,47 strona prawa;
- brak zakończenia na 10 zjazdach w km od 34+977,47 do km 35+508,55 krawężnikiem betonowym po obu stronach drogi;

- brak wykonania chodnika i nawierzchni z kostki betonowej na odcinku od km 35+480,71 do km 35+519,82 strona prawa przy zatoce autobusowej;
- brak nawierzchni asfaltowej na ciągu pieszo-rowerowym strona lewa od km 35+548,00 do km 35+308,95;
- brak wykonania chodnika i nawierzchni z kostki betonowej na odcinku zatoki autobusowej w km 35+428,90 strona lewa około 140,0m²;
- brak nawierzchni na zjazdach strona lewa w km 35+508,55; 35+417,50; 34+915,50; 34+561,05;
- brak wykonania nawierzchni asfaltowej na ścieżce rowerowej na odcinku w km 34+561,05 do km 34+404,76 wraz z wlotem w ul. (...) prawa strona;
- brak wykonania chodnika i nawierzchni z kostki betonowej na odcinku w km około 34+440,30 do km 34+404,76 wraz z chodnikiem w ul. (...) prawa strona.

Wobec stwierdzonych braków nie dokonano odbioru końcowego i wezwano wykonawcę do pilnego zakończenia przedmiotu umowy. Ostatecznie wszystkie prace budowlane zostały ukończone w dniu 14 grudnia 2018r.

(dowód: pismo z dnia 15.11.2018r. k.83, pismo z dnia 10.12.2018r. wraz z załącznikami k.55-81, protokół obioru końcowego k.39-50).

Pismem z dnia 10 stycznia 2019r. Gmina M. S. wezwała (...) Sp. z o.o. w O. do zapłaty kwoty 433 382,60 zł brutto z tytułu kary umownej za opóźnienie w zakończeniu wykonania umowy nr ZP 135/2017, informując iż w przypadku braku zapłaty żądanej kwoty zostanie ona potrącona z należności wynikającej z realizacji w/w umowy, w terminie płatności faktury. Oświadczeniem z dnia 23 stycznia 2019r. Gmina M. S. dokonała potrącenia wymagalnej wierzytelności w kwocie 433 382,60 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie z wierzytelności (...) Sp. z o.o. w O. w kwocie 1 547 795,15 zł, stanowiącej należność z tytułu końcowego rozliczenia robót wykonanych zgodnie z umową nr (...).

(dowód: pismo z dnia 10 stycznia 2019r. k.29, oświadczenie o potrąceniu k.24).

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie w przeważającej części.

Roszczenie, z którym wystąpiło (...) Sp. z o.o. w O. stanowiło częściowe wynagrodzenie za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy nr (...), przedmiotem której była inwestycja pod nazwą „(...) drogi wojewódzkiej nr (...) na terenie Miasta S. - III etap (przebudowa ulicy (...) od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy (...) do ulicy (...) z mostem i tunelem pod torami), część 1 P. ulicy (...) od przejazdu kolejowego do granic administracyjnych miasta S., tj. od km. 33+625,75 do km 35+548”. Pozwana nie kwestionowała prawa powoda do wynagrodzenia za wykonane roboty, przy czym wносиła o oddalenie powództwa z uwagi na potrącenie wymagalnej i przysługującej jej wobec powoda wierzytelności w kwocie 433 382,60 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie z wierzytelnością powoda stanowiącą należność z tytułu końcowego rozliczenia wykonanych robót.

Wobec powyższego należało rozstrzygnąć w niniejszym procesie skuteczność potrącenia wzajemnych wierzytelności dokonanego przez pozwaną oświadczeniem woli z dnia 23 stycznia 2019r.

Zgodnie z art. 498 Kodeksu cywilnego, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Potrącenia dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, które ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe (art. 499 k.c.).

Oświadczenie woli potrącającego złożone drugiej stronie stanowi jednostronną czynność prawną o charakterze rozporządzającym (prowadzi do zniesienia prawa podmiotowego) i przysparzającym (zwalniając strony ze wzajemnych zobowiązań powoduje korzystną dla obu stron zmianę w ich sytuacji majątkowej). Jest to tzw. oświadczenie prawno-kształtujące, które ze względu na swoje właściwości musi być definitywne (ostateczne).

Skuteczność i ważność potrącenia zależy nie tylko od prawidłowości oświadczenia o potrąceniu (co do formy, treści, uprawnienia osoby składającej oświadczenie i właściwego adresata), lecz również od jednoczesnego zaistnienia ustawowo określonych przesłanek potrącenia, do których zgodnie z art. 498 k.c. należą: wzajemność wierzytelności, ich jednorodność, wymagalność i zaskarżalność. O ile wzajemność i jednorodność wierzytelności przedstawionej przez pozwaną do potrącenia nie budzą wątpliwości Sądu, o tyle jej wysokość nie może zostać zaakceptowana.

Stosownie do treści art. 484 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.

W § 9 ust. 1 pkt 2 umowy nr (...) z dnia 7 sierpnia 2017 roku, strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1 % z wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Ostatecznie umowa została wykonana przez powoda z 28 - dniowym opóźnieniem, co skutkowało naliczeniem przez pozwaną kary w wysokości 433 382,60 zł.

Powódka domagając się uznania, iż naliczenie kary umownej było bezpodstawne oraz alternatywnie wnosząc o jej zmiarkowanie wskazywała na następujące okoliczności:

- opóźnienie w zawarciu umowy, co miało miejsce dopiero w dniu 7 sierpnia 2017 roku i uniemożliwiło powodowi prowadzenie prac w miesiącach najkorzystniejszych do wykonywania robót drogowych;
- powód wykonując roboty napotkał wiele kolizji np. z sieciami (...), których usuwanie przez powoda opóźniało roboty powoda, ponadto z racji innych kolizji pozwany wprowadził na teren budowy wykonawcę budującego przyłącza wodociągowe, a praca brygad wodociągowych zatrzymywała roboty drogowe;
- pozwana przekazując teren budowy nie miała uregulowanej sytuacji prawnej z (...) S.A. pomimo, że umowa powinna być zawarta przed przekazaniem powodowi terenu budowy;
- wykonanie dodatkowych robót związanych z usunięciem kolizji z siecią teletechniczną należącą do firmy (...).

Dodatkowo powód wskazywał na rażąco wysoką karę przy uwzględnieniu faktu, iż zobowiązanie zostało w całości wykonane.

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Z tego względu, mimo że należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej (uchwała sądu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - zasada prawna - z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03). Przy czym w przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest - na podstawie art. 484 § 2 k.c. - zmniejszenie kary umownej przez sąd, na żądanie dłużnika. Tak w piśmiennictwie jak i w orzecznictwie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r., sygn. akt V CKN 1075/00) przyjmuje się, że zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na

łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana.

Sąd podzielił argumentację powoda, iż w trakcie realizacji zamówienia nastąpiły zdarzenia, niezależne od wykonawcy i miały wpływ zarówno na termin realizacji robót jak i wysokość wynagrodzenia. Powód na bieżąco informował o tym zamawiającego (pismo z dnia 29 sierpnia 2018 k.91-93) i w wyniku analizy problemów w dniu 18 września 2018r. sporządzono protokół koniczności, który następnie stanowił podstawę do zmiany terminu realizacji zamówienia, z dnia 1 października 2018r. na dzień 15 listopada 2018r. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający uwzględnił stanowisko wykonawcy, co do istniejących kolizji z siecią energetyczną i wodociągową i następnie strony, uwzględniając wnioski powoda, zgodnie ustaliły nowy termin zakończenia robót. Nie sposób zatem zgodzić się, iż przyczyną nie dotrzymania terminu zakończenia robót, ostatecznie zaproponowanego przez powoda jako dzień 15 listopada 2018r., było zbyt późne zawarcie umowy czy też brak uregulowanej sytuacji prawnej z (...) S.A. Natomiast Sąd podziela argumenty powódki, iż do opóźnienia w zakończeniu robót doprowadziło wykonywanie przez powódkę dodatkowych robót nie objętych umową polegających na regulacji studni światłowodowych, w których przebiegała sieć teletechniczna należąca do sieci M., a która nie została uwzględniona na projektach przekazanych powodowi do realizacji. Zdaniem Sądu fakt wykonania tych robót jest niewątpliwy, ich wykonanie potwierdził nie tylko prezes powodowej Spółki ale również przesłuchany w charakterze świadka zastępca prezydenta Miasta S. Ł. K.. W trakcie realizacji zamówienia powodowa Spółka na odcinku około 2 km, w obrębie gdzie miały powstać ścieżki rowerowe i chodniki, napotkała na przeszkody w postaci 9 niezainwentaryzowanych studni. Aby zrealizować zadanie była zmuszona dokonać obniżenia bądź podwyższenia studni do poziomu ścieżki rowerowej bądź chodnika. Jak wynika z zeznań prezesa powodowej Spółki (...) czynności te były dość pracochłonne albowiem wokół studni należało wykonać wykop aż do podstaw jej posadowienia, podnieść dźwigiem, skruszyć fundament, wylać nowy, obniżyć bądź podwyższyć, następnie posadowić studnię dźwigiem, zasypać i wypoziomować. Jak wskazano powyżej roboty budowlane wykonane w związku z przebudową studni nie były objęte zamówieniem, a wykonawca z tego tytułu nie otrzymał dodatkowego wynagrodzenia. Przedstawione powyższej czynności, które nie były ujęte w harmonogramie robót niewątpliwie wydłużyły termin realizacji zamówienia, co nie może obciążać powoda. Zdaniem Sądu dla oceny powyższych zdarzeń nie ma znaczenia czy o istniejącej kolizji z siecią firmy (...) powód dowiedział się w lipcu 2018 r. czy też w październiku 2018r. albowiem celem prawidłowego wykonania zadania był zmuszony tę kolizję usunąć poprzez regulację studni.

Nie budzi wątpliwości, iż umowa z dnia 7 sierpnia 2017r., nr (...) została w całości wykonana, a jej przedmiot jest wykorzystywany przez pozwaną. Ponadto podkreślenia wymaga iż, w okresie od 15 listopada 2018r. do 5 grudnia 2018r. (data końcowego odbioru) jezdni na ulicy (...) była oddana do użytku, natomiast prace z którymi powód się opóźniał miały jedynie charakter porządkowo – wykończeniowy. Uwzględniając ten fakt, potrzebę wykonania dodatkowych prac (usunięcie kolizji z siecią firmy (...)) oraz krótki okres opóźnienia (28 dni), Sąd zmiarkował karę umowną do poziomu 10%, tj. do kwoty 43 338,26 zł.

Zdaniem Sądu zastosowana stopa miarkowania na poziomie 10 % jest adekwatna do okoliczności sprawy, a przy tym zgodna z prezentowanymi w tej materii poglądami judykatury i doktryny. Z jednej strony nie może być ona uznana za zbyt niską, gdyż zmiarkowanie kary umownej w wymiarze symbolicznym bądź w ogóle odstąpienie od miarkowania pozbawiałoby powoda bardzo dużej części wynagrodzenia za wykonane prace. Z drugiej zaś nie może być uznana za zbyt wysoką za 28 dni opóźnienia w wykonaniu zobowiązania. Stąd też, chociażby z uwagi na funkcję wychowawczą kary umownej, nie można premiować opóźnienia poprzez zniwelowanie kary do zera, lub kwoty zupełnie symbolicznej.

Uwzględniając powyższe Sąd uznał, iż pozwana dokonała skutecznego potrącenia wierzytelności tytułem kary umownej w wysokości 43 338,26 zł, co skutkowało uwzględnieniem roszczenia o zapłatę wynagrodzenia w zakresie kwoty 390 044,34 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 24 stycznia 2019r. do dnia zapłaty, o których orzeczono na podstawie art. 481 k.c.

W przedmiocie kosztów procesu Sąd orzekł na podstawie art.100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo między stronami. Powód utrzymał się z roszczeniem w 90%, przy czym poniósł koszty w wysokości 32 487 zł (opłata sądowa –

21670 zł, koszty zastępstwa procesowego – 10 817 zł), natomiast pozwana wygrała sprawę w 10% i poniosła koszty zastępstwa procesowego w wysokości 10 817 zł. Stąd też po stosunkowym rozdzieleniu kosztów procesu, pozwana jest zobowiązana zwrócić powodowi kwotę 28 156,60 zł.

SSO Alicja Wiśniewska