

Sygn. akt XXV C 1213/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Monika Włodarczyk

Protokolant: st. sekretarz sądowy Monika Rakoczy-Ordanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – G.**  
(...)

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa - G. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. kwotę 141 229,48 zł (sto czterdzieści jeden tysięcy dwieście dwadzieścia dziewięć złotych 48/100) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 29 sierpnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od Skarbu Państwa – G. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. kwotę 17 809,09 zł (siedemnaście tysięcy osiemset dziewięć złotych 09/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie;

III. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa - G. i (...) na rzecz Skarbu Państwa – Kasa Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 1 333,57 zł (jeden tysiąc trzysta trzydzieści trzy złote 57/100) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Sygn. akt **XXV C 1213/14**

## UZASADNIENIE

**Pozwem z 27 sierpnia 2014 r. (data nadania w placówce pocztowej k. 122)** Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. wniosło o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - G. kwoty 141 229,48 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz koszty postępowania. (k. 2-17)

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że strony w dniu 3 marca 2010 r. zawarły umowę, której przedmiotem była realizacja przez powoda zadania pn. „Przebudowa mostu przez rzekę S. w km 2+540 wraz z obustronnymi dojazdami w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 487+555 w miejscowości M.” w terminie do dnia 30 listopada 2010 r. za wynagrodzeniem 3 216 931,04 zł. Zgodnie z postanowieniami umowy – mogła ona ulec zmianie w przypadku wystąpienia siły wyższej powodzi, załamania pogody.

Powód podał również, iż w przypadku przekroczenia terminu realizacji inwestycji z przyczyn od powoda zawinionych był on zobowiązany zgodnie z § 14 ust. 1 pkt. 1 umowy do zapłaty kary umownej **za zwłokę w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki.**

Ostatecznie pierwotny termin zakończenia inwestycji nie został zachowany. Na zaistnienie takiej sytuacji zdaniem powoda miały wpływ:

a/ realizacja robót przez innego wykonawcę na nasypie drogi objazdowej (budowa drogi stanowiła roboty leżące na ścieżce krytyczne) polegających na podniesieniu kielichów studzienek istniejącej kanalizacji co doprowadziło do wstrzymania prac w okresie od 8.04.2010 r. do 14.04.2010 r., a w rezultacie wpłynęło na opóźnienie o 7 dni;

b/ trzy powodzie w okresie wiosna-lato 2010, które dotknęły również teren budowy, na skutek wystąpienia wody z koryta rzeki R. – dopływu W. co skutkowało wstrzymaniem prac na placu budowy w okresach od 17.05.2010 r. do 24.05.2010 r. – 7 dni, od 28.07.2010 r. – do 03.08.2010 r. – 6 dni, od 1.09.2010 r. do 10.09.2010 r. – 9 dni, tj. łącznie 22 dni;

c/ konieczność usuwania skutków powodzi celem umożliwienia podjęcia całego frontu robót - co skutkowało opóźnieniem łącznie o 9 dni;

d/ konieczność wykonania szeregu robót dodatkowych, nieobjętych pierwotną umową a zleconych protokołami konieczności nr 1, 3, 4 i 5, umową na roboty dodatkowe z dnia 5 maja 2010 r., dodatkowymi zleceniami na wykonanie poręczy rurowej od strony Górnej Wody i od strony Dolnej Wody, których łączna wartość opiewała na 231 262,578 zł netto przy czym ich wykonanie powodowało zaangażowanie posiadanych zasobów osobowych i maszynowych na nowy odcinek prac, zdezorganizowanie pierwotnego harmonogramu i wydłużenie terminu realizacji prac, o okres wyliczony przy uwzględnieniu liczby roboczogodzin przeznaczonych na ich wykonanie odpowiadającej 2 629 i przy przyjęciu 5 osób oddelegowanych do ich wykonania, co dało łącznie 53 dni. Ostatecznie, z tego powodu należało przyjąć, zdaniem powoda, 35 dni albowiem niektóre prace można było wykonać jednocześnie. Również w ocenie powoda wpływ na termin wykonania miał czas niezbędny do wykonania prac przez projektanta, wykonanie wyceny prac dodatkowych, czas na akceptację projektów przez zamawiającego i czas niezbędny na dokonanie zamówienia materiału – co stanowi kolejne 10 dni.

Reasumując zdaniem powoda w/w zdarzenia, czynniki, skutkowały łącznym usprawiedliwionym opóźnieniem w bieżącej realizacji prac objętych harmonogramem rzeczowo-finansowym, w ilości co najmniej 83 dni. Zaznaczył przy tym, że na okres jesienny 2010 r. zostały zaplanowane prace dotyczące wykonania nawierzchni asfaltowych, które podlegały realizacji przez 7 dni, tj. w dniach 18.09., 21.09., 23.09., 27-30.09.2010 r. Ich wykonanie wymagało odpowiednich warunków atmosferycznych, tj. temperatury co najmniej powyżej 5 stopni. Powód zaznaczył, iż przyjmując okres 83 dni opóźnienia, na który nie miał wpływu, w/w prace zaplanowane na 18.09.2010 r. mogłyby się rozpocząć dopiero 11 grudnia 2010 r. przy czym z uwagi na zaistniałe już w tym okresie warunki atmosferyczne – temperatury ujemne – nie mogły być zrealizowane. Zdaniem powoda wykonanie tych prac, z uwagi na w/w ujemne temperatury w okresie od 1 października 2010 r. do 1 kwietnia 2011 r., mogło się rozpocząć dopiero od maja 2011 r. Wskazując w/w termin, powód podniósł, że po okresie zimowym musiał na nowo utworzyć front robót, zorganizować zaplecze, sprzęt, oczyścić płyty pomostu

z brudu pozostającego po roztopach i te prace trwały od początku kwietnia 2011 r. Dodał również, że zgodnie z harmonogramem prace nawierzchniowe podlegały wykonaniu przez okres 74 dni, tj. od 18.09.2010 r. do 30.11.2010 r. i ostatecznie w takim terminie a nawet dzień krótszym, tj.

w okresie 73 dni – od 2.05.2011 r. do 13.07.2010 r. zostały wykonane.

Powód podniósł, iż okoliczności dotyczące wystąpienia powodzi i okresów wstrzymania frontu robót zostały potwierdzone przez pozwanego albowiem w dniu 24 listopada 2010 r. został zwarty aneks do umowy przedłużający czas realizacji robót do dnia 15 grudnia 2010 r., tj. o 15 dni przy uznaniu wystąpienia powodzi przez okres 22 dni.

Równocześnie pozwany nie uwzględnił i nie odniósł się do dalszych wniosków powoda o przedłużenie czasu trwania umowy do 31 maja 2011 r.

Zdaniem powoda przedmiotowe okoliczności wskazują, iż termin realizacji inwestycji, z przyczyn niezawinionych przez powoda, powinien być przedłużony co najmniej do 13 lipca 2011 r., wobec czego brak było podstaw do naliczenia kary umownej zarówno z umowy głównej co zostało uczynione za 210 dni w wysokości 135 111,10 zł i z umowy o roboty dodatkowe za 225 dni w wysokości 6 118,38 zł., a tym samym stanowią o bezzasadność potrącenia w/w kwot z faktur wystawionych na podstawie protokołów odbioru z dnia 26 lipca 2011 r., tj. odpowiednio z faktury nr (...) na kwotę 978 359,08 zł i nr FB-32/11 na kwotę 18 744,11 zł.

Z tych też względów zdaniem powoda w pełni zasadne jest żądanie domagania się kwot, które zostały potrącone tytułem niezasadnie naliczonej kary umownej w wysokości 135 111,10 zł., na podstawie umowy z dnia 3 marca 2010 r. i kwoty 6 118,38 zł. na podstawie umowy z dnia 5 maja 2010 r.

Określając roszczenie uboczne powód wskazał, iż odsetki zostały ustalone od dnia 29 sierpnia 2011 r., tj. od następnego po dniu 28 sierpnia 2011 r., tj. dniu wymagalności zapłaty kwot wynikających z obu w/w faktur, co odpowiada zapisom § 6 ust. 5 umowy z dnia 3 marca 2010 r. i § 3 umowy z dnia 5 maja 2010 r.

Jednocześnie na wypadek nie uwzględnienia okoliczności, na które powołał się powód usprawiedliwiających opóźnienie, wniósł o miarkowanie kary umownej przy uwzględnieniu faktu, iż naliczona kara jest rażąco wygórowana gdyż odpowiada niemalże 4% wynagrodzenia kontraktowego a także z uwagi na fakt, iż zobowiązanie zostało w całości wykonane.

Na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. powód doprecyzował wniosek o miarkowanie kary umownej, i wniósł o jej obniżenie do wysokości odpowiadającej 10% wartości naliczonej kary, tj. do kwoty 13 511,11 zł. i 611,83 zł., wskazując, że de facto 90% czasu, o który uległ przesunięciu termin wykonania umowy stanowi okres, w którym nie było możliwe wykonywanie robót z uwagi na warunki atmosferyczne. (k. 479)

**W dniu 31 października 2014 r. pozwany złożył odpowiedź na pozew, w której wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. (k. 131-139)**

Pozwany podniósł, że powództwo jest niezasadne albowiem kwoty, których powód dochodzi zostały naliczone jako kary umowne za zwłokę w realizacji inwestycji i są one prawidłowe.

W pierwszej kolejności pozwany **powołując się na art. 656 § 1 k.c. i art. 646 k.c. podniósł zarzut przedawnienia roszczenia** w całości wskazując na dwuletni termin, którego początek rozpoczął się z datą odbioru robót zarówno z umowy głównej jak i umowy dodatkowej czyli 26 lipca 2011 r.

Niezależnie od powyższego zarzutu pozwany wskazał, iż to powód jest zobowiązany do wykazania, że nie ponosi winy za zaistnienie zwłoki, przy czym jego zdaniem zwłoka nastąpiła z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi powód. Podniósł iż powyższe twierdzenie uzasadniają:

a/ zapisy opisu przedmiotu zamówienia – zgodnie, z którymi powód miał wprowadzić dwuzmianowy rozkład czasu pracy – 16 godzin na dobę a czego nie uczynił – przedmiotowy warunek kontraktowy pomimo deklaracji na naradach i kierowanych wezwań nie został dotrzymany gdyż dzienny efektywny czas pracy wynosił średnio 10-11 godzin a ponadto w dniach 16 sierpnia 2010 r., czy z uwagi na brak pali od dnia 25.08.2010 r.- były po stronie powoda przestoje;

b/ brak podstaw do uznania twierdzeń powoda, iż roboty na objazdach przy studzienkach uniemożliwiały równoległe wykonywanie robót związanych z innymi robotami – zakres prac dotyczący studzienek rozciągał się na obszarze około 10% inwestycji a powstałe w tym okresie opóźnienia nigdy nie zostały nadrobione;

c/ wiedza powoda o możliwości zaistnienia robót dodatkowych na co wskazywał zapis § 5 ust. 4 umowy określający maksymalną kwotę wynagrodzenia na 115%;

d/ aneks nr (...), w którym strony uwzględniły fakt wystąpienia powodzi i dodatkowej ilości robót wobec czego doszło do zmiany terminu realizacji umowy do dnia 15.12.2010 r., który nie został dotrzymany;

e/ sygnalizowanie powodowi, istnienia opóźnień, wskazywanie i polecanie podjęcie robót w systemie dwuzmianowym oraz samodzielne zobowiązanie się powoda do nadrobienia opóźnień.

Pozwany zakwestionował aby istniały podstawy do miarkowania kary umownej biorąc pod uwagę profesjonalizm powoda oraz nie prowadzenie pracy w systemie dwuzmianowym, brak zaangażowania większej ilości pracowników i sprzętu. Zaprzeczył również aby naliczone kary miały charakter rażąco wygórowany, a ponadto zaznaczył, że należą się one niezależnie od tego czy pozwany poniósł szkodę.

**Ustosunkowując się do podniesionych zarzutów powód podniósł, iż roszczenie nie jest przedawnione, albowiem** stosuje się do niego z uwagi na fakt, iż wynika z umowy o roboty budowlane, 3 letni termin przedawnienia przy czym liczony on jest w niniejszej sprawie od dnia wymagalności roszczenia, tj. od dnia 28 sierpnia 2011 r., czyli od dnia, w którym upłynął termin płatności wynikający z umowy. Zaznaczył, że pozew został nadany 27 sierpnia 2014r. a zatem przed upływem trzyletniego terminu. Ponadto wskazał, że bieg terminu przedawnienia został przerwany na skutek złożonego zawezwania do ugody w Sądzie Rejonowym dla Warszawy Pragi-Południe, która zakończyła się posiedzeniem w dniu 7 września 2012r. – sygn. akt II Co 966/12. W pozostałym zakresie podtrzymał zajęte stanowisko wskazując, iż podane przez niego przyczyny miały realny wpływ na termin realizacji robót. Dodał również, iż podpisując aneks miał na celu wyłącznie minimalizację ryzyka naliczenia kar umownych albowiem przedłużenie terminu do 15 grudnia 2011 r. nie skutkowało ustanowieniem realnego terminu zakończenia robót. (pismo k. 180-186)

**Również pozwany w toku dalszego postępowania podtrzymał swoje stanowisko.** Dodatkowo pismem z dnia 4 lutego 2015 r. wskazał, że brak jest podstaw do uznania, że niskie temperatury stanowiły okoliczności uniemożliwiające realizację robót bitumicznych albowiem zgodnie z sugestią inspektora nadzoru powód mógł realizować w/w roboty stosując namiot, zadaszenie i ogrzewanie wnętrza tego namiotu, co pozwoliłoby na osiągnięcie wymaganych warunków technicznych a tym samym prowadzenie robót z czego jednak powód nie skorzystał. Ponadto zaprzeczył aby powód musiał po okresie zimowym tworzyć nowy front robót ponieważ przez cały okres zimowy wykonywał roboty w tym roboty bitumiczne przez znaczną część stycznia i lutego 2011 r., a także przez marzec i kwiecień. Wskazał również, że sam powód, roboty w zakresie nasypów podjął dopiero 15 kwietnia 2010 r. wobec czego okres, w którym były wykonywane prace w zakresie podnoszenia studzienek, tj. 08.04.-14.04.2010 r., pozostaje bez znaczenia. Dodatkowo na opóźnienia powoda miała wpływ podjęta przez niego próba wykorzystania drewna z ubytkami na co inspektor nie zezwolił. (pismo k. 211-215)

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

W styczniu 2010 r. pozwany ogłosił przetarg nieograniczony na przebudowę mostu przez rzekę S. wraz z obustronnymi dojazdami do mostu w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 487+555 w miejscowości M..

Określając sposób ustalenia ceny pozwany wskazał, iż należy wziąć pod uwagę prowadzenie robót na obiekcie dwuzmianowo przez 16 godzin/dobę za wyjątkiem koniecznych przerw technologicznych. (d: SIWZ – (...) k. 141-143)

W dniu 03 marca 2010 roku, po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego

i dokonaniu wyboru oferty Skarb Państwa. – G. i (...) zawarł z Przedsiębiorstwem Produkcyjno-Handlowo-Usługowym (...) Sp. z o.o. (dalej jako P.P.H.U. (...)) umowę nr (...), na podstawie której wykonawca zobowiązał się do wykonania przebudowy mostu przez rzekę S. wraz z obustronnymi dojazdami do mostu w ciągu drogi krajowej nr (...) w km 487+555 w miejscowości M.. Zakres i sposób wykonania robót został określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

w szczególności w Instrukcji dla wykonawców, stanowiącej załącznik nr 2 oraz Dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 3, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w szczególności w Ogólnej Specyfikacji (...) stanowiącej załącznik nr 4. Integralną część umowy stanowiły również Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami.

Termin rozpoczęcia robót został określony na 7 dzień liczony od terminu przekazania terenu budowy, zaś termin zakończenia robót na dzień 30 listopada 2010 r. (§3 ust. 2 i 3 k. 31)

Jednocześnie strony uzgodniły, że w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy skutkujących niemożnością dotrzymania w/w terminu, może on ulec przedłużeniu, nie więcej niż o czas trwania tych okoliczności. (§ 3 ust. 4 k. 31) Powyższe, strony potwierdziły również w § 21 ust. 4 umowy wskazując, iż zmiana umowy może być zawarta w przypadku zaistnienia, po zawarciu umowy: - siły wyższej, przez którą na potrzeby niniejszej umowy rozumiały zdarzenie zewnętrzne, niezależne od stron, którego strony nie mogły przewidzieć, a którego nie można było uniknąć ani któremu stronie nie mogły zapobiec przy zachowaniu należytej staranności i którego nie można było przypisać drugiej stronie przy czym za takie zdarzenie uznano: m.in. powódź czy nagłe załamania warunków atmosferycznych. Przedmiotowe zmiany mogły dotyczyć postanowień, kształtujących treść stosunku prawnego nawiązanego Umową, na które dana zindywidualizowana przyczyna wywarła wpływ. (§ 21 ust. 4 i 5 k. 37-38)

Wszystkie roboty podlegały wykonaniu zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 5 do umowy, sporządzonym przez wykonawcę w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, który podlegał bieżącej aktualizacji i stanowił integralną część umowy. W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do harmonogramu, Wykonawca był zobowiązany do ich uwzględnienia. (§ 4 k. 31 -32, § 23 pkt. 5 k. 38)

Wykonawca przy realizacji inwestycji w zakresie robót palowych i drogowych mógł skorzystać z podwykonawcy. (§ 15 ust. 1 k. 35)

Za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone wynagrodzenie wstępnie na kwotę 3 216 931,04 zł netto, które mogło ulec zwiększeniu maksymalnie do 115% wstępnego wynagrodzenia brutto, którego zapłata na rzecz Wykonawcy stanowiła podstawowy obowiązek Zamawiającego (§ 5 ust. 1 i 4 k. 32, § 9 ust. 1 pkt. 5 k. 33)

Wynagrodzenie dla wykonawcy podlegało wypłacie na podstawie faktur VAT wystawionych przez wykonawcę w oparciu o protokół odbioru częściowego elementów robót zgodnie z uaktualnionym harmonogramem rzeczowo-finansowym. Rozliczenie końcowe również podlegało realizacji na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę

w oparciu o protokół ostatecznego odbioru przedmiotu Umowy, na kwotę ustaloną w dołączonym do faktury zestawieniu wartości wykonanych robót, sporządzonym przez Wykonawcę narastająco. Przedstawione zestawienie podlegało weryfikacji przez inspektora nadzoru i zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

Należności wynikające z faktur podlegały zapłacie w terminie do 30 dni licząc od daty otrzymania faktury przez Zamawiającego. (§ 6 ust. 1, 2 i 5 k. 32)

Zamawiający miał prawo polecić Wykonawcy na piśmie wykonania robót wynikających z dokumentacji projektowej lub zasad wiedzy technicznej, wykonania rozwiązań zamiennych

w stosunku do projektowanych w Dokumentacji projektowej, przy czym Wykonawca był zobowiązany do ich wykonania. Skutki wydanych poleceń stanowiły podstawę do zmiany na wniosek Wykonawcy – terminu zakończenia

robót oraz zmiany wynagrodzenia. Wszystkie w/w zmiany powinny być ujęte w uaktualnionym harmonogramie rzeczowo-finansowym. (§ 7 k. 33)

Zgodnie z § 14 umowy Wykonawca zobowiązał się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej – za **zwłokę** - w wykonaniu przedmiotu Umowy w wysokości 0,02 wynagrodzenia umownego netto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki. (§ 14 ust. 1 pkt. 1 k. 35)

W myśl § 16 umowy z czynności odbioru ostatecznego, odbioru gwarancyjnego i odbioru przed upływem okresu rękojmi, pomiędzy stronami miał być spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia i dokonane w toku odbioru oraz terminy do usunięcia stwierdzonych wad. (§ 16 ust. 2 k. 36)

Wszelkie zmiany umowy wymagały zgody obu stron i zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. (d: § 21 ust. 1 k. 37, umowa nr (...) k. 31-38)

Po podpisaniu umowy powód w dniu 22 marca 2010 r. rozpoczął wykonanie robót. (d: dziennik budowy wpis W. J. k. 217v)

Zgodnie harmonogramem rzeczowo-finansowym z pierwotnym terminem zakończenia robót ustalonym na 30 listopada 2010 r. zaplanowano wykonanie:

- na okres listopada:

a/ w dniach 16-22.2010 r.- roboty w postaci wykonania dybli betonowych gr. 12 cm na podsypce cementowo - piaskowej gr. 5 cm.;

b/ wykonanie umocnienia skarp nad rzeką w dniach 16-23.2010 r.

c/ rekultywację i ułożenie 30 cm humusu i obsianie trawą w dniach 10-15.2010 r.

d/ obrzeży betonowych w dniu 19.2010 r.

e/ inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej w dniach 24-30.2010r.

Prace asfaltowe – związane z wykonaniem podbudowy na zatoczce autobusowej, podbudowy betonu asfaltowego, podbudowy z mieszanki MEC na drodze, podbudowy z chudego betonu, podbudowy z betonu asfaltowego, warstwy wiążącej, ułożenia warstwy ścieralnej, utwardzenia poboczy kruszywem zgodnie z pierwotnym harmonogramem zaplanowane zostały na okres od 16 września 2010 r. do 30 września 2010 r. (d: harmonogram k. 97-98)

Z uwagi na zaistniałe warunki w okresie maj-wrzesień 2010 r. pierwotny harmonogram zaakceptowany przez Zamawiającego został zmieniony. Przesunięciu uległy terminy wykonania m.in. robót bitumicznych, które miały być zakończone w listopadzie 2010 r.

Do ułożenia warstwy nawierzchni z mieszanki (...) wymagana była odpowiednia temperatura nie niższa niż 10 stopni. Nie było dopuszczalne ułożenie mieszanki na wilgotnym lub oblodzonym podłożu, podczas opadów atmosferycznych i silnego wiatru. Układanie masy bitumicznej pod namiotem z przyczyn technologicznych nie było dozwolone. Takie warunki pozwalały jedynie na położenie izolacji bitumicznych. Pozostałe warstwy nawierzchni poniżej warstwy ścieralnej mogły być układane gdy temperatura otoczenia w ciągu doby była nie niższa niż 5 stopni. (d: Szczegółowe Specyfikacje Techniczne D.05.03.05 k. 101-102, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:29:00, 02:38:11 k. 248, 02:45:27 k. 248v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:26:34 k. 243, 02:34:14 k. 243v, 01:09:12 k. 244v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:37:15 k. 245v, opinia biegłego J. Ł. (1) k. 328)

W harmonogramie nie ujęto przerwy na okres konieczny na prowadzenie postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania decyzji pozwolenia na dopuszczenie do użytkowania. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 334, harmonogram k. 97-98, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:45:32, 00:45:19 k. 244)

Prace były realizowane po 10-12 godzin na dobę a w przypadku realizacji prac betonowych w czasie koniecznym ze względu na technologię robót. (d: zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:48:15 k. 244)

Z przebiegu realizacji prac omawianych na naradach koordynacyjnych były sporządzane notatki.

Już w dniu 1 kwietnia 2010 r. stwierdzono konieczność wykonania zwiększonej ilości robót kontraktowych, w zakresie tyczenia osi objazdu, rozebrania barier ochronnych, rozebrania nasypu drogi, wykonania i zagęszczenia nasypu, plantowania skarp nasypów, rozebrania nawierzchni asfaltowej, rozebrania obrzeży betonowych z wywozem, rozebrania poręczy mostowej, rozebrania krawężników betonowych, wykonania warstwy wiążącej gr 10 cm i ścieralnej gr. 4 cm oraz ułożenia kostki betonowej i obrzeży. Zwiększenie ilości wykonania nastąpiło z przyczyn niezależnych od powoda. (d: protokół konieczności nr 1 k. 45-46) Ustalono również wartość tych robót na kwotę 7 526,11 zł. netto. (d: kosztorys na roboty objęte protokołem konieczności nr 1 k. 47)

Na nardzie nr 2 w dniu 15 kwietnia 2010 r. i nr 3 w dniu 29 kwietnia 2010 r. stwierdzono wykonywanie robót z opóźnieniem wynoszącym 7 dni w stosunku do zatwierdzonego Harmonogramu. Ustalono, że przyczyną opóźnienia były prace przy podniesieniu kielichów studzienek istniejącej kanalizacji na nasypie drogi objazdowej. (d: protokół narady koordynacyjnej nr 2 z 15.04.2010 r. k. 39, protokół z narady koordynacyjnej nr 3 k. 146-147, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r., godz. 00:15:10 k. 242v)

Przedmiotowa okoliczność nie miała wpływu na termin realizacji robót przez powoda i nie mogła skutkować jego przedłużeniem. W okresie wykonywania studzienek

w harmonogramie powoda przewidziano realizację innych prac, które z nimi nie kolidowały. Niezależnie od w/w prac dotyczących studzienek, roboty w zakresie nasypów sam powód rozpoczął dopiero 6 maja 2010 r. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 307-309, wpisy Do Dziennika Budowy o zakresie wykonywania robót z dnia 06.05.2010 r. k. 41)

Zgodnie z harmonogramem do dnia 5 maja 2010 r. wykonawca miał wykonać drewniany pomost mostu objazdowego. W w/w dniu zostało sprowadzone drewno nienadające się do wykonania w/w prac, które po stwierdzeniu inspektora w dniu 29 kwietnia 2010 r., że materiał nie spełnia wymagań (...), zostało zakupione nowe. Prace w tym zakresie zostały wykonane

w okresie od 6 do 12 maja 2010 r. (d: wpisy do Dziennika Budowy od 29.04.2010r. k. 219 do 12.05.2010 r. k. 219v, k. 41, opinia biegłego J. Ł. k. 312)

### ***W dniu 05 maja 2010 r. w ramach zamówienia z wolnej ręki pozwany zawarł***

z powodem umowę nr (...), na podstawie której Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót dodatkowych przy zadaniu głównym za wynagrodzeniem wynoszącym 44 578,38 zł netto (54 385,62 zł brutto) w terminie do 30 listopada 2010 r. a polegających na: - wykonaniu przepustu pod koroną drogi z rur (...), tymczasowej kładki dla pieszych wykonanej z drewna, rozbiórce elementów dróg, ogrodzeń i przepustów, wykonaniu krawężników na ławie betonowej, zdjęciu warstwy humusu, wykonaniu obrzeży betonowych, tymczasowej nawierzchni z elementów prefabrykowanych, wycięciu drzew, wykonaniu barier ochronnych stalowych i demontażu słupów oświetleniowych. (d: § 1-2 umowy dodatkowej k. 58, kosztorys k. 61)

Umówione wynagrodzenie podlegało zapłacie na podstawie wystawionej faktury

w terminie 30 dni od daty jej doręczenia pozwanemu, do której należało dołączyć zestawienie wartości wykonanych robót sprawdzone przez Inspektora Nadzoru i zatwierdzone przez Zamawiającego. (d: § 3 umowy dodatkowej k. 58)

**Za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy dodatkowej Wykonawca zobowiązał się zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 1 ust. 2 umowy, za każdy dzień opóźnienia.** (d: § 7 ust. 1 pkt. 1 umowy dodatkowej k. 59)

Odbiór ostateczny prac podlegał potwierdzeniu protokołem zawierającym wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru.

Dla wprowadzenia wszystkich zmian do umowy zastrzeżono formę pisemną pod rygorem nieważności. (d: § 11 ust. 2 umowy k. 60)

Realizacja robót wynikających z w/w umowy nie mogła mieć wpływu na opóźnienie terminu realizacji robót głównych. Umowa miała charakter samodzielny, lecz termin wykonania tych prac był związany z wykonaniem prac z umowy głównej. (d: opinia pisemna biegłego J. Ł. (1) k. 324, ustna opinia biegłego rozprawa 23.06.2016 r. godz. 01:44:58 k. 482v)

W okresie realizacji robót wystąpiły zdarzenia, których wykonawca nie mógł przewidzieć, które nie były zależne od którejkolwiek ze stron a skutkowały całkowitym wstrzymaniem robót na placu budowy, tj.:

a/ w okresie od 17 maja 2010 r. do 24 maja 2010 r. (7 dni) prace zostały wstrzymane z uwagi na ciągłe opady deszczu i wystąpienie wody z koryta rzeki, co skutkowało zalaniem dojazdów do budowanego mostu objazdowego. Powódź rozmyła nasypy i zabrała drzewo na most objazdowy. (d: wpisy do Dzienniku Budowy z dnia 17.05.2010 r. i 24.05.2010 r. kierownika budowy W. J. i z dnia 17.05.2010 r. inspektora B. N. k. 42, k. 220, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:18:23 k. 243). W dniu 25 maja 2010 r. rozpoczęto prace przy budowie nasypu od strony P.. (d: wpis do Dziennika Budowy kierownika budowy z 25.05.2010 r. k. 42, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:18:23 k. 243., zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:25:58, 01:28:13 k. 245v);

b/ w okresie od 29 lipca 2010 r. do 03 sierpnia 2010 r. (6 dni) prace zostały wstrzymane z powodu ciągłych opadów deszczu i wystąpienia rzeki z koryta, przy czym ciągłe opady deszczu wystąpiły już w dniu 28 lipca 2010 r. zaś w dniu 3 sierpnia 2010 r. powód rozpoczął prace w postaci zbrojenia pali, wobec obniżenia poziomu rzeki (d: wpisy do Dziennika Budowy z dnia 28.07.2010 r., 29.07.2010 r. i 03.08.2010 r. kierownika budowy W. J. k. 43, k. 222, wpis z dnia 29.07.2010 r. inspektora B. N. k. 43, k. 222, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2016r. godz. 01:00:52 k. 244v);

c/ w okresie od 1 września 2010 r. do 10 września 2010 r. (9 dni) wstrzymano prace z uwagi na ciągłe opady deszczu skutkujące podniesieniem poziomu rzeki. Wykonywanie robót wznowiono w dniu 10 września 2010 r. W tym dniu rozpoczęto odkopanie podpory nr P4, rozkuwanie pali na podporze P4. Rozpoczęto też usuwanie skutków powodzi. (d: wpisy do Dziennika budowy z 01.09.2010 r., 10.09.2010 r. kierownika budowy W. J. k. 44, k. 224, wpis z dnia 02.09.2010 r. inspektora B. N. k. 44, k. 224, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015r. godz. 01:05:33 k. 244v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:30:44 k. 245v, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:07:29 k. 247)

Wszystkie zalania skutkowały niemożliwością wykonywania robót przez okres łącznie 22 dni. Po czasie każdej przerwy spowodowanej powodzią konieczne było usuwanie jej skutków, przed wznowieniem prac w pełnym zakresie, w tym poprzez uporządkowanie, oczyszczenie, zebranie z terenu mułu, osuszenie terenu. Prace związane z usuwaniem skutków wszystkich powodzi objęły łącznie okres 4,5 dni. (d: zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:18:23, 00:21:08 - k. 243, 00:58:17, 01:05:33 k. 244v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:28:13, 01:29:22 k. 245v, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 03:06:22 k. 248v, opinia biegłego J. Ł. (1) k. 316-317)

W toku realizacji umowy zaistniała konieczność wykonania większej ilości robót objętych umową jak również wykonania robót nie objętych umową główną oraz umową dodatkową. Konieczne były również zmiany w



dokumentacji projektowej z uwagi na niezgodność między projektem mostu a projektem drogi nr (...). Zaistniała konieczność dostosowania dojazdów do trasy, która została zbudowana przed dojazdami oraz skorygowania łuków i poszerzenia jezdni. (d: zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:11:16, 02:12:22 k. 247, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:34:00 k. 245v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:16:03 k. 242v)

W dniu 27 maja 2010 r. stwierdzono ponownie konieczność wykonania zwiększonej ilości robót objętych umową w zakresie budowy nasypów w tym plantowania skarp nasypów, wykonania podbudowy z tłuczni kamienno-ropczanej, rozbiórki dróg, ulic i ogrodzeń, rozebrania nasypu tymczasowej drogi objazdowej, wykonania pobocza grubości 10 cm i utwardzenia, wykonania barier ochronnych stalowych, rozbiórki dróg ulic i ogrodzeń. Przewidziano również wykonanie dodatkowego zabezpieczenia łuku wewnętrznego barierą SP-04/D/2. (d: protokół konieczności nr 2 k. 48-49) Wartość w/w zwiększonej ilości robót ustalono na 16 753,25 zł. netto. (d: kosztorys k. 50)

Kolejno w dniu 10 czerwca 2010 r. strony stwierdziły istnienie konieczności wykonania zwiększonej ilości robót w zakresie wbicia i wyciągnięcia grodzic dla zabezpieczenia nasypu drogi dojazdowej przed rozmyciem w sytuacji podwyższonego poziomu wody. (d: protokół konieczności nr 4 k. 51) Wartość tych robót ustalono na kwotę 5 940,00 zł. netto. (d: kosztorys k. 52)

Przed kolejną powodzią w dniu 23 lipca 2010r. strony uzgodniły również konieczność wykonania zwiększonej ilości robót odnośnie odtworzenia tras i punktów wysokościowych, rozbiórki elementów dróg, ulic i ogrodzeń, wykonania wykopów w gruntach I-IV kategorii, zasypania wolnej przestrzeni za przyczółkami, podbudowy z kruszywa naturalnego stabilizowanego cementem, podbudowy z betonu asfaltowego, podbudowy z mieszanki mineralno-cementowo-emulsyjnej, nawierzchni z betonu asfaltowego, frezowania na zimno nawierzchni bitumicznych, nawierzchni z mieszanki mastyksowo-grysowej (...), pobocza utwardzonego kruszywem łamanym, oznakowania poziomego i ścieków z prefabrykowanych elementów betonowych z uwagi na konieczność przebudowania istniejących dojazdów do projektowanego obiektu mostowego, ze względu na przesunięcie osi drogi i dostosowania projektowanej niwelety mostowej do istniejącej. (d: protokół konieczności nr 5 k. 53-55) Wartość w/w robót ustalono na kwotę 153 484,03 zł. (d: kosztorys k. 56-57)

Wszystkie protokoły konieczności zostały podpisane zarówno przez osoby uprawnione do działania w imieniu Zamawiającego jak i Wykonawcy. Przed każdym protokołem konieczności roboty oraz ich zakres podlegał wycenieniu. Dokumenty wymagały również akceptacji Zamawiającego. Czynności związane z akceptacją dokumentacji prac określonych protokołami konieczności trwały za każdym razem około 2 tygodnie. (d: zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:28:35, 00:29:03 k. 243, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:47:52 k. 246)

W akcie umowy nie określono czasu jaki był konieczny czy też, w którym konieczne byłoby faktycznie wykonanie zmian projektowych i ich zatwierdzenie.

Prace projektowe i roboty wynikające z umowy o roboty dodatkowej z dnia 5 maja 2010 r. nie miały wpływu na termin realizacji umowy. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 320)

Wykonanie opracowań projektowych robót objętych protokołem konieczności nr 1, 3, 4 i 5 nie miał wpływu na termin wykonania robót (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 320-322)

W okresie od 5 sierpnia 2010 r. do 20 sierpnia 2010 r. powód pomimo posiadania warunków do wykonania palowania nie realizował tych robót. W tym czasie powód oczekiwał na podwykonawcę, który miał wykonać w/w roboty. (d: wpis do Dziennika Budowy inspektora nadzory B. N. z 16.08.2010 r. k. 145, k. 222v i wpis kierownika budowy z 20.08.2010 r. k. 145, k. 222v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:01:52 k. 244v, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:18:25 k. 247v) Roboty w zakresie palowania zaplanowane na okres 10-28 lipca 2010 r. faktycznie zostały wykonane w okresie 20-31 sierpnia 2010 r. przy czym zamiast w 18 dni – wykonawca zrealizował je w 11 dni, co skutkowało ostatecznie opóźnieniem w ilości 8 dni. (d: harmonogram k. 97,

wpisy do Dzienniku Budowy od 20.08.2010 r. do 31.08.2010 r. k. 222v-223v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:30:44 k. 245v, opinia biegłego J. Ł. (1) k. k. 337-338)

Na naradzie w dniu 5 sierpnia 2010 r. i kolejnej 24 sierpnia 2010 r. oraz 2 września 2010 r. i 16 września 2010 r. stwierdzono czterotygodniowe opóźnienie, w tym opóźnienie w wykonaniu pali. Na każdej z porad powód zobowiązywał się do zwiększenia sił i mobilizacji. (d: protokół z narady koordynacyjnej nr 10 k. 151-152, protokół z narady koordynacyjnej nr 11 k. 153-154, protokół z narady koordynacyjnej nr 12 k. 155-156, protokół z narady koordynacyjnej nr 13 k. 157-158)

Na naradzie w dniu 30 września 2010 r. stwierdzono jedynie 10 dniowe opóźnienie a na naradzie w dniu 14 października 2010 r. wskazano, że opóźnienie w wykonywaniu robót wynosi jedynie dwa dni oraz zaplanowano do wykonania do dnia 28 października 2010 r. montaż łożysk i rusztowań pod belki, usunięcie ścianek szczelnych, wykonanie nasypu pod płytę przejściową podpory nr 4 i rozpoczęcie zbrojenia, rozpoczęcie montażu belek. (d: protokół z narady koordynacyjnej nr 14 k. 159-160, protokół z narady koordynacyjnej nr 15 k. 161-162)

W dniu 19 października 2010 r. (tj. po 5 dniach od daty narady) inspektor robót - B. N. stwierdził, że opóźnienie w stosunku do harmonogramu wynosi już ponad tydzień. (d: wpis z 19.10.2010 r. inspektora B. N. k. 226)

Pozwany zwracał powodowi uwagę na istniejące opóźnienia i zagrożenie niedotrzymania terminu. Proponował oświetlenie placu budowy i wydłużenie czasu pracy do dwóch zmian, zwiększenie ilości pracowników i sprzętu pracującego na budowie, a następnie wzywał już do realizacji robót na dwie zmiany. (d: pismo pozwanego z dnia 9.10.2010 r. (...) (...) k. 149, pismo pozwanego z dnia 29.10.2010 r. znak (...) (...) k. 150)

W przeciągu dwóch tygodni, jak wynika z protokołu z narady koordynacyjnej nr 16 z dnia 28 października 2010 r., opóźnienie wzrosło do dwóch tygodni zaś na naradzie w dniu 12 listopada 2010 r. stwierdzono, iż wynosi ono od 15 do 20 dni. (d: protokół nr (...) k. 163-164, protokół z narady koordynacyjnej nr 17 k. 165-166, wpis do dziennika budowy z 12.11.2010 r. inspektora nadzoru k. 227)

Do dnia 25 listopada 2010 r. Wykonawca ułożył I warstwę żywicy, II warstwę żywicy i uzyskał zgodę na ułożenie papy termozgrzewalnej, tj. robót pierwotnie zaplanowanych na okres 2-11 września 2010 r.

W dniu 25 listopada 2010 r. nadal stwierdzono istnienie 20 - dniowego opóźnienia zaś w dniu 10 grudnia 2010 r. istnienie opóźnienia określono na 30-40 dni. Zgodnie z ustaleniami na dzień 10 grudnia 2010 r. miały być wykonane izolacje, montaż zbrojenia chodnika i desek gzymsowych, betonowanie chodników, wykonywanie podbudowy na dojazdach na most, wykonanie warstwy bitumicznej warstwy wiążącej, która to praca była zależna od warunków pogodowych i zakończenie montażu dylatacji i betonowania. (d: protokół z narady koordynacyjnej nr 18 k. 1627-168, protokół z narady koordynacyjnej nr 19 k. 169-170)

W dniu 15 września 2010 r. powód zwrócił się do Zamawiającego o zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy na 17 grudnia 2010 r. (d: pismo k. 232-233)

W dniu 24 listopada 2010 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy z dnia 3 marca 2010 r., w którym zmieniły zapis § 3 ust. 3 umowy wskazując nowy termin wykonania robót na dzień 15 grudnia 2010 r. Zaznaczono jednocześnie, iż przyczyną zmiany terminu realizacji jest zaistnienie niesprzyjających warunków atmosferycznych - zalanie budowy przez wezbrania rzeki S. w dniach 17.05-24.05.2010 r., 28.07.-3.08.2010 r. i 01.09-10.09.2010 r. oraz zwiększenie zakresu robót wynikających z zasad wiedzy technicznej. (d: aneks nr (...) k. 117)

W dniu 26 listopada 2010 r. a następnie 17 grudnia 2010 r. powód wystąpił o przedłużenie terminu realizacji robót do dnia 31 maja 2011 r. wskazując, że opóźnienia jakie zaistniały, nastąpiły z przyczyn niezależnych od powoda. (d: pismo z 26.11.2010 r. k. 115-116)

Od dnia 26 listopada 2010 r. inspektor nadzoru wstrzymał prace w zakresie układania izolacji z papy termozgrzewalnej z uwagi na temperatury powietrza poniżej 5 stopni i wskazał, że dalsze prace mogą się odbywać tylko pod warunkiem

zapewnienia właściwej temperatury - np. stworzeniu ogrzewanego namiotu. (d: wpis do Dziennika Budowy inspektora nadzoru B. N. z dnia 26.11.2010 r. k. 228-228v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:31:44, 00:34:14 k. 243v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:37:15 k. 245v-246, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:14:51 k. 247v, 02:45:27 k. 248v)

Wykonanie izolacji w warunkach jakie zostałyby stworzone przez namiot, skutkowałoby uzyskaniem temperatury ale już nie zapewniałoby możliwości zachowania prawidłowego procesu technologicznego albowiem, nie byłoby możliwe ułożenie kolejnej warstwy, tym bardziej, że samych robót bitumicznych nie można było realizować pod namiotem, bo groziło to nawet zatruciem. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 330)

W dniu 27 listopada 2011 r. wystąpiły opady śniegu. Pokrywa śniegu wyniosła 20 cm. W/w opady oraz ujemne temperatury uniemożliwiały prowadzenie robót na placu budowy.

Do 08 grudnia 2010 r. z uwagi na opady śniegu nastąpiła całkowita przerwa w wykonywaniu robót.

W dniu 13 grudnia 2010 r. wobec zaistniałych trudności, powód poinformował pozwanego, że nie jest możliwe wykonywanie robót izolacyjnych i nawierzchniowych ze względu na oblodzenie i zaśnieżenie płyty mostu i dojazdów. (d: pismo powoda z 13.12.2010 r. k. 105)

Temperatury ujemne występowały już w październiku, w tym poniżej 5 stopni od 3 do 31 października 2010r., 1.11., 7.11, 11-12.11, 16.11, od 20.11.2010 r. do 31.03.2011 r., od 3.04. do 6.04., od 9.04. do 11.04, od 13.04. do 18.04, od 20.04. do 23.04, 27.04 i 29.04. (d: opracowanie meteorologiczne dla miejscowości M. k. 107) Również już od początku listopada do 23 lutego 2011 r. prawie dziennie występowały opady atmosferyczne. (d: opracowanie dla miejscowości M. k. 106)

Pomimo wskazanych warunków pozwany ostatecznie nie uwzględnił wniosku powoda o zmianę terminu realizacji umowy do dnia 31 maja 2011 r. (d: pismo pozwanego z 21.01.2011 r. (...)/(...) k. 148)

Od 09 grudnia 2010 r. Wykonawca realizował prace w pojedyncze dni, w których temperatura była dodatnia.

W tym okresie rozszalowano płyty drogowe, wykonano demontaż płyt, montowano deski gzymsowe, wykonywano zbrojenia, montowano dylatacje, betonowano dylatacje, układano papę termozgrzewalną. (d: zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:39:17 k. 246, wpisy do Dziennika Budowy w dniach 19.01.2011 r., 09.02.2011r. k. 229-229v)

Ponownie w okresie od 12 lutego 2011 r. do 03 marca 2011 r. wstrzymano prace w zakresie montażu krawężników, prac pod obiektem. (d: wpisy do Dziennika Budowy od 12.02.2011 do 21.02.2011r. k. 229v-230)

Po podjęciu prac Wykonawca wykonał drewniane poprzeczne w kapach chodnikowych, zbrojenie kap chodnikowych, ułożył ściek przykrawężnikowy. (d: wpis do Dziennika Budowy 10.03.2011r., 14.03.2011r. k. 230, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:29:40 k. 248)

W dniu 28 marca 2011 r. powód uzyskał zgodę na ułożenie asfaltu twardolanego przy czym dalsze prace podjął po 11 kwietnia 2011 r. (d: wpisy do Dziennika Budowy k. 230v, k. 239v-241)

Dopiero w dniu 15 kwietnia 2011 r. otworzył się front robót, zaś od dnia 25 kwietnia 2011 r. zaistniały warunki atmosferyczne umożliwiające wykonanie kolejnego etapu robót, tj. nawierzchni bitumicznych na moście i na dojazdach. Krótkie okresy, z temperaturą dodatnią uniemożliwiały wykonanie tych prac wcześniej. Cały okres zimowy stanowił czas, w którym powód nie mógł realizować robót bitumicznych ze względu na warunki atmosferyczne. Wykonanie tych robót nie było również możliwe przed listopadem 2010 r. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 330)

W dniu 9 maja 2011 r. zgłoszono do odbioru roboty bitumiczne, które wykonano po uruchomieniu otaczarek, wygaszonych na okres zimowy i rozpoczęto montaż barier. (d: wpisy do Dziennika Budowy od 09.05.2011 r. k. 241, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:40:43 k. 243v)

Okres rzeczywistego wykonywania robót bitumicznych w porównaniu do czasu, w którym te roboty mogły być już rozpoczęte, to opóźnienie spowodowane przez działania powoda, które wyniosły 6 dni.

W dniu 14 maja 2011 r. zakończono roboty zasadnicze związane z budową mostu. (d: wpis do Dziennika Budowy k. 241, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:41:28, 01:42:11 k. 246, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:35:45 k. 243v ). Następnie trwała procedura odbiorowa. (d: zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:34:21 k. 246, zeznania świadka B. N. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 02:19:47 k. 247v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:35:45, 00:38:33 k. 243v)

W dniu 22 czerwca 2011 r. stwierdzono, że inwestor uzyskał pozwolenie na użytkowanie. (d: wpis do Dziennika Budowy k. 241)

Od dnia 22 czerwca 2011 r., tj. od dnia kiedy można było puścić ruch przez nowy most, wykonawca przystąpił do rozbiórki mostu objazdowego. Wówczas również odtwarzano wysepki. (d: wpis do Dziennika Budowy k. 241v, zeznania świadka W. J. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 00:35:45 k. 243v, 00:38:33 k. 243v, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:42:11 k. 246)

W dniu 09 czerwca 2011 r. pozwany zlecił Wykonawcy wykonanie barier rurowych wzdłuż chodnika od Dolnej Wody. (d: zlecenie k. 62) zaś w dniu 15 czerwca 2011 r. wykonanie barier rurowych wzdłuż chodnika od Górnej Wody. (d: zlecenie k. 65, zeznania świadka Z. K. rozprawa 18.02.2015 r. godz. 01:44:22 k. 246)

Roboty zlecone w dniu 9 czerwca i 25 czerwca 2011 r. stanowiły typowe roboty dodatkowe. Były realizowane w czasie oczekiwania na pozwolenie na użytkowanie i nie miały wpływu na czas realizacji robót z umowy głównej. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 322)

Ostatecznie roboty zostały zakończone w dniu 13 lipca 2011 r. (d: protokół (...) k. 111-112)

W dniu 26 lipca 2011 r. w ramach protokołu odbioru ostatecznego robót określono, że:

a/ ostateczna wartość robót odpowiada kwocie 4 156 728,12 zł brutto,

b/ stwierdzone usterki podlegają realizacji do 26 września 2011 r.,

c/ zgodnie z § 14 ust. 1 pkt. 1 kara umowna za każdy dzień zwłoki, tj. za okres od 16 grudnia 2010 r. do 13 lipca 2011 r., odpowiada kwocie 135 111,10 zł. ( $3\ 216\ 931,04\ \text{zł.} \times 0,02\% \times 210\ \text{dni}$ );

d/ kara umowna zostanie potrącona z wartością faktury brutto. (d: protokół odbioru ostatecznego k. 111-112)

Również w dniu 26 lipca 2011 r. został sporządzony protokół odbioru ostatecznego robót w asortymencie - roboty dodatkowe przy przebudowie mostu realizowane w okresie od 5 maja 2010 r. do 13 lipca 2011 r., w którym:

a/ ustalono, że wartość tych robót odpowiada kwocie 54 385,62 zł. brutto;

b/ naliczono karę umowną zgodnie z § 7 pkt. 1.1 umowy **za zwłokę** (tak w protokole) za okres od 01 grudnia 2010 r. do 13 lipca 2011 r., tj. za 225 dni w kwocie 6 118,38 zł. ( $54\ 385,62\ \text{zł.} \times 0,05\% \times 225\ \text{dni}$ );

c/ stwierdzono, że kara umowna zostanie potrącona z wartością faktury brutto. (d: protokół nr (...) k. 113-114)

Oba w/w protokoły zostały podpisane przez prezesa powodowej spółki (...) a w imieniu pozwanego przez Kierownika Rejonu, Zastępcę Naczelnika Wydziału, Specjalistę oraz osobę pełniącą funkcję (...). Żadna z osób działających w imieniu pozwanego nie była uprawniona do składania oświadczeń woli.

Ponadto w ramach w/w protokołów pozwany nie złożył oświadczenia o potrąceniu jak również nie wezwał do zapłaty kwoty kary umownej zgodnie z art. 455 k.c. przez co w/w kwoty nie stały się wymagalne.

Na podstawie w/w protokołów powód wystawił w dniu 28 lipca 2011 r:

a/ fakturę nr (...) na kwotę 978 359,08 zł brutto z 30 dniowym terminem płatności określonym zgodnie z umową, która została odebrana przez pracownika (...) w dniu 29 lipca 2011 r. (d: faktura k. 118);

b/ fakturę nr (...) na kwotę 18 744,11 zł brutto z 30 dniowym terminem płatności określonym zgodnie z umową, która została odebrana przez pracownika (...) w dniu 29 lipca 2011r. (d: faktura k. 119)

Protokołami z dnia 28 lipca 2011 r. potwierdzono:

a/ wykonanie i odbiór robót zleconych w dniu 9 czerwca 2011 r. w postaci wykonania barier rurowych od strony Dolnej Wody przy przebudowie w okresie od 09 czerwca 2011 r. do 10 czerwca 2011 r., których wartość określono na 1 490,40 zł. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 1 k. 63-64);

b/ wykonanie i odbiór robót zleconych w dniu 15 czerwca 2011 r. w postaci wykonania barier rurowych od strony Górnej Wody przy przebudowie w okresie od 15 czerwca 2011 r. do 16 czerwca 2011 r., których wartość określono na 1 490,40 zł. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 1 k. 66-67).

Ostatecznie z w/w faktur, w dniu 29 sierpnia 2011 r., pozwany przelał na rachunek powoda kwoty 705 885,03 zł. i 12 625,73 zł, które stanowiły różnicę pomiędzy kwotą określoną w fakturze a naliczoną karą umowną. (d: opis transakcji k. 120-121)

Z uwagi na zdarzenia zaistniałe w czasie realizacji przedmiotu umowy z dnia 3 marca 2010 r. oraz wejście w okres zimowy, w którym wykonywanie prac nie było przewidziane, a z uwagi na temperatury ujemne od dnia 26 listopada 2010 r. do 15 kwietnia 2011 r. niemożliwa była kontynuacja robót w tym robót bitumicznych, ostateczny termin, w którym można było wykonać obiekt mostowy należało określić na dzień 30 maja 2011 r.

Przedmiotowy termin nie obejmował przy tym okresu, przez który Zamawiający oczekiwał na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, trwający od 15 maja 2011 r. do 22 czerwca 2011 r. (39 dni)

Uzyskanie pozwolenie na użytkowanie pozostawało po stronie Zamawiającego, przy czym na przedmiotowej inwestycji, wydanie w/w decyzji umożliwiło dopiero podjęcie robót rozbiórkowych, które trwały 21 dni. (d: opinia biegłego J. Ł. (1) k. 303-347, opinia uzupełniająca J. Ł. (1) k. 408-427 i ustna opinia złożona na rozprawie w dniu 23.06.2016 r. k. 479v-482v)

Wnioskiem z dnia 08 maja 2012 r. powód wystąpił o zawezwanie pozwanego do ugody, w ramach której domagał się zapłaty kwoty 93 291 zł tytułem bezpodstawnie naliczonych

i pobranych kar umownych naliczonych z tytułu niedotrzymania terminu realizacji umowy

z dnia 3 marca 2010 r. Zaznaczył, iż z uwagi na powódzie, konieczność usuwania skutków powodzi oraz bardzo trudne warunki atmosferyczne, które z przyczyn technologicznych uniemożliwiały realizację robót bitumicznych, a także czas konieczny na wykonanie robót dodatkowych i zamiennych, zasadne było przedłużenie czasu na ukończenie co najmniej o 158 dni czyli do 7 maja. Tym samym kara mogła być co najwyżej naliczona za okres od 9 maja 2011r. do 13 lipca 2011r., tj. za 65 dni. (d: wniosek o zawezwanie do ugody k. 204-209)

Powyższych ustaleń Sąd dokonał na podstawie dokumentów szczegółowo wymienionych w stanie faktycznym, zeznań świadków W. J., Z. K., B. N. i A. W. oraz pisemnej, uzupełniającej oraz ustnej opinii biegłego J. Ł. (1).

Odnosząc się do dokumentów wskazać wypada, iż większość z nich ma charakter dokumentów prywatnych, a tym samym stanowią wyłącznie dowód tego, że osoba, która się pod nimi podpisała założyła zawarte w nim oświadczenie woli. Dodać wypada, iż żadna ze stron nie kwestionowała ani umowy z dnia 3 marca 2010 r., czy też z dnia 5 maja 2010 r., zakresu robót i warunków na jakich miały być one zrealizowane a także konieczności wykonania robót dodatkowych czy też zwiększenia ilości prac powierzonych umową główną, które zostały dookreślone protokołami konieczności, aneks do umowy, protokołów doboru robót, rozliczenia robót w tym faktur wystawionych w lipcu 2011 r., po końcowym rozliczeniu robót. Zasadniczo również nie były kwestionowane protokoły z porad koordynacyjnych, czy treści wpisów do Dziennika Budowy, które były dokumentami kontraktowymi.

Wskazać jednak wypada, iż informacje zawarte w protokołach z porad koordynacyjnych poza stwierdzeniem co do ilości dni opóźnienia nie zawierają informacji, które pozwalałyby na ustalenie jakie były przyczyny zaistniałego opóźnienia w tym również w oparciu o jakie dane zostały dokonane czy w oparciu, o które dokumenty zostały stwierdzone. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż przedstawiane dane co do ilości dni opóźnienia np. pomiędzy naradą koordynacyjną z dnia 14 października 2010 r., na której stwierdzono 2 dni opóźnienia a 19 październikiem 2010 r., tj. wpisem do Dziennika Budowy, w którym inspektor B. N. wskazał już na istnienie ponad 7-dniowego opóźnienia, tj. okresu dłuższego niż faktycznie upłynął pomiędzy jednym a drugim wpisem, nie są zbieżne ze sobą.

Również na naradzie w dniu 10 grudnia 2010 r. inspektor wskazał ilość dni opóźnienia na około 30-40, a zatem po pierwsze nieprecyzyjnie a po drugie nie podając jednocześnie w jakim asortymencie robót one powstały. Z uwagi na powyższe w ocenie Sądu wpisy dokonane w protokołach z porad koordynacyjnych nie pozwalają na ustalenie dokładnie jakie były przyczyny zaistniałego opóźnienia, w jakim asortymencie robót a nawet, do którego z harmonogramów przedmiotowe stwierdzenia się odnoszą, czy do pierwotnego czy też harmonogramu sporządzonego we wrześniu po trzeciej powodzi.

Z uwagi na powyższe powołane powyżej dokumenty o ile stanowiły podstawę do czynienia ustaleń w zakresie terminu, rodzaju robót, które miały być wykonane przez Wykonawcę to jednak z uwagi na powyżej podniesione niejasne, niejednoznaczne stwierdzenia i nie poparte jakimikolwiek wyliczeniami nie sposób je uznać, iż wskazywały one opóźnienia leżące wyłącznie po stronie powoda i przez niego zawinione, tj. mające swoje źródło w nieodpowiedniej organizacji pracy czy małej mobilizacji zasobów ludzkich i rzeczowych. Na powyższe zwrócił również uwagę biegły J. Ł. (1), który wskazał, że dokumenty sporządzone dla potrzeb tegoż kontraktu nie pozwalają na ustalenie w sposób jednoznaczny jakie było opóźnienie przed rozpoczęciem okresu zimowego i w jakim asortymencie.

W ocenie Sądu brak było natomiast podstaw do kwestionowania opracowań meteorologicznych dotyczących dobowej sumy opadów atmosferycznych dla miejscowości M. i minimalnej dobowej temperatury powietrza dla w/w miejscowości w okresie od października 2010 r. do kwietnia 2011 r. (k. 106-107) Przedmiotowe dokumenty mają charakter urzędowy a co również istotne znajdują potwierdzenie we wpisach do Dziennika Budowy, w którym już w dniu 26 listopada 2010 r. odnotowano spadek temperatury, z powodu którego zakazano układania izolacji.

Za podstawę ustaleń Sąd przyjął również zeznania świadków W. J., Z. K. i B. N., w takim zakresie w jakim zostało to szczegółowo przedstawione w stanie faktycznym. Dodać wypada, iż w/w osoby uczestniczyły w realizacji inwestycji, a z uwagi na powierzone im funkcje, z którymi związane były określone obowiązki wynikające z prawa budowlanego, posiadały bezpośrednią wiedzę o przebiegu, sposobie wykonywania robót oraz zdarzeń, które w czasie prac zaistniały na placu budowy. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż zeznania w/w świadków, co do wystąpienia takich zdarzeń jak konieczność wykonania zmian projektowych, podniesienie kielichów studzienek przez inny podmiot na początku inwestycji, trzy powodzie, na skutek wystąpienia wody z koryta rzeki, czy też opóźnienie w stosunku do harmonogramu plac palowych a także brak możliwości realizacji robót po rozpoczęciu okresu zimowego, który nie był przewidziany przy składaniu oferty wobec pierwotnego terminu zakończenia inwestycji ustalonego na dzień 30 listopada 2010 r., były rzeczowe, spójne, logiczne a przy tym wzajemnie się uzupełniające. Ponadto pozostawały również kompatybilne

z wpisami dokonany w Dzienniku Budowy i pozostałymi dokumentami sporządzonymi w toku prowadzonej inwestycji.

Również zasadniczo za wiarygodne należało uznać zeznania w/w świadków złożone odnośnie faktycznego czasu, przez który były realizowane roboty w ciągu doby, w tym niewątpliwie brak organizacji pracy w systemie dwuzmianowym, lecz wykonywanie jej stosownie do istniejącego frontu robót przez 10-12 godzin na dobę a dłużej tylko wtedy gdy wymagała tego technologia wykonania danego asortymentu.

Oceniając jednak powyższą okoliczność wskazać wypada, iż pozwany zaakceptował harmonogram rzeczowo-finansowy przygotowany przez powoda, uznając czas wykonania poszczególnych robót. Dodać także wypada, iż jak już wspomniano powyżej, w oparciu

o zeznania w/w świadków, nie sposób ustalić jakie zasoby osobowe faktycznie były zaangażowane oraz jak te dane kształtowały się w poszczególnych okresach albowiem

w powyższym zakresie nie zostały przedstawione dokumenty, które obrazowałyby je. Ponadto powód miał zgodę na zatrudnianie podwykonawców, którzy jak wynika z zeznań świadka Z. K. byli zaakceptowani przez Zamawiającego.

W ocenie Sądu również z dużą dozą ostrożności należało przyjąć za podstawę ustaleń zeznania świadków co do okoliczności dotyczących długości okresów, w których nie było możliwe wykonywanie robót, w tym co do okresów czasu, przez które konieczne było podejmowanie czynności zmierzających do uprzątnięcia terenu placu budowy po skutkach powodzi. Przedmiotowe okoliczności odmiennie zostały przedstawione przez świadków strony powodowej jak również inspektora B. N.. Dokonując ustaleń w tym zakresie Sąd miał na uwadze zarówno wpisy do Dziennika Budowy oraz okoliczności, na które zwrócił uwagę biegły sądowy. Zdaniem Sądu niewątpliwie jak podali świadkowie W. J. czy Z. K., istniała konieczność uprzątnięcia placu budowy po powodziach aby przystąpić niezwłocznie do dalszych robót wbrew twierdzeniom inspektora B. N., który w tym zakresie nie dokonywał żadnych wpisów, niemniej jednak nie oznaczało to, iż takich czynności nie było i nie miały one wpływu na faktyczny czas realizacji prac, szczególnie na możliwość przystąpienia do podjęcia pełnego frontu robót.

Nie dokonanie w/w wpisów do Dziennika Budowy również przez Kierownika Budowy, jak wskazał biegły, nie oznacza, iż takich prac nie było a tym samym, że nie miały wpływu na termin realizacji robót. Z uwagi na powyższe w ocenie Sądu zeznania W. J. oraz Z. K. zasługiwały na wiarę w takim zakresie, w jakim wskazywały na fakt istnienia w/w prac i konieczność ich podjęcia oraz rodzaj, niemniej jednak co do czasu, okresu przez jaki były one wykonywane i w jakim wpływały na termin realizacji robót, Sąd uznał, iż ocena dokonana przez w/w świadków jest już tylko ich subiektywnym odczuciem. Stąd też przedmiotowe okoliczności podlegały ustaleniu w oparciu o opinię biegłego J. Ł. (1).

Odnosząc się do zeznań świadka A. W. wskazać wypada, iż świadek niewiele pamiętał a ponadto na placu budowy bywał raz na dwa tygodnie, wobec czego w ocenie Sądu nie sposób uznać, aby jego wiedza o sposobie realizacji robót wynikała z dokonanej przez niego obserwacji lecz raczej z dokumentów. Niemniej jednak i jego zeznania w zakresie czy to istnienia niezgodności projektu w stosunku do prac, które należało wykonać, konieczności zwiększenia ilości robót, istnienia zdarzeń, które były nieprzewidywalne jak trzykrotna powódź a także uzyskania pozwolenia na użytkowanie, jako obowiązku Zamawiającego, pozostają kompatybilne z zeznaniami pozostałych świadków i dokumentami złożonymi do akt sprawy wobec czego brak było podstaw do ich kwestionowania.

Zaznaczyć przy tym należy, iż świadek nie jest w stanie podać szczegółów dotyczących terminu złożenia wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na użytkowanie, czy przekazania przez powoda dokumentacji niezbędnej do podjęcia takiej decyzji. Tym samym nie sposób przyjąć jak twierdzi pozwany, iż nastąpiło to 9 czerwca 2011 r.

W ocenie Sądu najistotniejszym dowodem w sprawie, pozwalającym na określenie wpływu poszczególnych zdarzeń na czas realizacji inwestycji w tym ostatecznie terminu,

w którym zarówno roboty wynikające z umowy głównej jak również powiązanej z nią umowy

o roboty dodatkowe, powinny być wykonane, była opinia biegłego J. Ł. (1), w tym opinia pisemna z sierpnia 2015 r., uzupełniająca z lutego 2016 r. i ustna złożona w dniu 23 czerwca 2016 r. Zaznaczyć należy, iż zdaniem Sądu sporządzona opinia jest rzeczowa, logiczna, bardzo szczegółowa a przy tym uwzględnia cały materiał dowodowy

zgromadzony w sprawie. Stanowisko wyrażone przez biegłego jest jednoznaczne a jego motywy zostały szeroko przedstawione z przywołaniem szeregu zapisów dokonanych w dokumentacji kontraktowej oraz z uwzględnieniem zeznań świadków, wiedzy i doświadczenia technicznego, które szczególnie miało istotne znaczenie w kontekście wymogów technologicznych wykonania określonych robót budowlanych w tym robót bitumicznych oraz betonowych.

W ocenie Sądu zarzuty podniesione przez stronę pozwaną w żaden sposób nie podważyły wniosków opinii. Zaznaczyć wypada, iż biegły odniósł się do spornych kwestii, w tym przedstawił w jakim zakresie i dlaczego dokonał pewnego wartościowania zeznań świadka B. N., która to ocena bezspornie należała do Sądu. Jak przedstawił w opinii uzupełniającej, powyższe nie miało na celu dokonania oceny wiarygodności, lecz zmierzało wyłącznie do skonfrontowania twierdzeń tegoż świadka w zakresie, w którym odnosił się do braku konieczności przeznaczenia czasu na usuwanie skutków powodzi, a który to czas, niezbędny na wykonanie tych czynności, biegły ustalił mając na uwadze doświadczenie życiowe i proces organizacji robót na placu budowy.

Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż biegły podniósł kwestię braków w dokumentacji a jednocześnie przyznał, iż były opóźnienia po stronie wykonawcy, niemniej jednak co istotne dla oceny zawinienia powoda, koniecznego do ustalenia w kontekście naliczonej kary umownej, podniósł, iż nie jest możliwe określenie z jakim asortymentem robót powód pozostawał w opóźnieniu przed rozpoczęciem okresu zimowego, jaki to był okres. Powyższe jednak nie miało ostatecznie znaczenia albowiem w protokole z dnia 25 listopada 2010 r. strony same uzależniały roboty bitumiczne, których wykonanie zostało wyznaczone w protokole na dzień 10 grudnia 2010 r., od warunków pogodowych, które począwszy od 26 listopada 2010 r. aż do dnia 25 kwietnia 2011 r. nie pozwalały na ich podjęcie.

Biegły również nie zakwestionował istnienia opóźnień czy to z powodu późnego rozpoczęcia wykonania nasypów, czy też opóźnienia z powodu nieprawidłowej jakości drzewa na most objazdowy czy w zakresie przystąpienia do palowania. Jednocześnie w opinii wskazał, jak były one niwelowane a ponadto, że nie mogą być brane pod uwagę albowiem strony zawarły aneks do umowy. Ponadto jak wynika z protokołu narady koordynacyjnej opóźnienie na dzień 14 października 2010 r. wynosiło tylko dwa dni, zaś ostatecznie przerwa w wykonaniu robót nastąpiła na skutek warunków zimowych, które z przyczyn technologicznych uniemożliwiały dokończenie prac, a z całą pewnością nie były zawinione przez powoda.

Co do kwestii specyfikacji technicznych, na których biegły oparł swoją opinię wskazać wypada, iż w ocenie Sądu okoliczność ta pomimo, iż szczegółowa specyfikacja techniczna złożona do akt, tylko w zakresie warstwy (...), dotyczyła faktycznie innej inwestycji, nie podważają one ani rzetelności ani poprawności wniosków biegłego. Istotne bowiem, w tym zakresie, były warunki, w jakich można było ze względów technologicznych wykonywać masę (...) warstwę bitumiczną. Przyjęte przez biegłego dane zostały określone na podstawie innych specyfikacji – przygotowywanych również przez (...) i powszechnie dostępnych a tym samym w/w kwestia pozostaje irrelevantna dla ważności i prawidłowości opinii.

### **Sąd zważył, co następuje:**

W oparciu o całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Sąd uznał, iż powództwo podlegało uwzględnieniu w całości.

Przede wszystkim wskazać należy, iż kwota stanowiąca przedmiot roszczenia odpowiada należności, która pomimo prawidłowego wystawienia faktur nr (...) na kwotę 978 359,08 (k. 118) i nr FB-32/11 na kwotę 18 744,11 zł (k. 119) nie została zapłacona wobec naliczenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy głównej z dnia 3 marca 2010 r., tj. określonej na kwotę 135 111,10 zł i za zwłokę w wykonaniu robót dodatkowych z umowy z dnia 5 maja 2010 r. określonej na kwotę 6 118,38 zł.

Zaznaczyć należy, iż kwota, na którą zostały wystawione w/w faktury, wynikała z rozliczenia końcowego, potwierdzonego protokołem odbioru ostatecznego robót z dnia 26 lipca 2011 r. Przedmiotowa kwota, w tym ani jej wysokość ani sposób określenia, nie była kwestionowana przez stronę pozwaną



o czym świadczy co najmniej fakt wypłaty należności stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą wskazaną w fakturach a należnościami obliczonymi jako kary umowne, w dniu 29 sierpnia 2011 r. (k. 120-121)

Bezsporne było również, iż faktury zostały wystawione w dniu 28 lipca 2011 r., tj. dwa dni po sporządzeniu protokołu odbioru ostatecznego robót, wskazanego odpowiednio w § 6 ust. 2 umowy z dnia 3 marca 2010 r. i § 9 ust. 2 umowy z dnia 5 maja 2010 r., w których ustalony termin płatności odpowiadał zapisom § 6 ust. 5 umowy głównej i § 3 umowy dodatkowej. Tym samym termin płatności, wobec odebrania w/w faktur przez pracownika (...) w dniu 29 lipca 2011 r., upływał z dniem 28 sierpnia 2011 r.

Z uwagi na powyższe należało uznać, iż żądane przez powoda kwoty były bezsporne i wymagalne.

Od razu w tym miejscu dodać należy, iż roszczenie dochodzone przez powoda nie było przedawnione.

Wbrew stanowisku pozwanego roszczenie dochodzone przez powoda stanowiące wynagrodzenie za wykonane roboty, które z uwagi na rozmiar i rodzaj bezspornie odpowiadały definicji robót budowlanych w myśl art. 647 k.c., ulega przedawnieniu wg zasad określonych art. 118 k.c. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 1999 r. sygn. akt II CKN 594/98 (niepubl) czy też w postanowieniu z dnia 11 lipca 2001 r. sygn. akt V CKN 357/00 (niepubl.) oraz w uchwale składu 7 sędziów z dnia 11 stycznia 2002 r. sygn. akt III CZP 63/01 (publ. OSNC z 2002 r. nr 9 poz. 106) „Roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane wobec braku szczególnego przepisu, przedawniają się wg zasad ogólnych, a więc stosownie do treści art. 118 k.c. W przepisie art. 656 k.c. jest wprowadzone odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło, ale to odpowiednie stosowanie jest ograniczone tylko do taksatywnie wymienionych przypadków. W przepisie tym brak jest odesłania do odpowiedniego stosowania przepisu normującego przedawnienie roszczeń z umowy o dzieło”.

Z uwagi zatem na powyższe roszczenie powoda, dochodzone w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, ulga przedawnieniu z upływem 3 letniego terminu liczonego od jego wymagalności. Ten natomiast, w niniejszej sprawie, należało liczyć od upływu 30 dni wyznaczonych na zapłatę należności, na którą zostały wystawione obie faktury, tj. od dnia 28 lipca 2011 r., nie zaś od dnia odbioru robót dokonanego w dniu 26 lipca 2011 r., czy też od dnia zakończenia robót, co miało miejsce 13 lipca 2011 r.

Przyjmując powyższą datę Sąd miał na uwadze fakt, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły żadne przeszkody w zakresie odbioru wykonanych robót i sporządzenia protokołu z wykonania w/w czynności, co zresztą zostało potwierdzone jego spisaniem w dniu 26 lipca 2011 r. Niezwłocznie zatem, albowiem już 28 lipca 2011 r. powód wystawił w/w faktury, które również bez jakiegokolwiek zwłoki zostały doręczone pozwanemu, co zostało potwierdzone przez pracownika (...) w dniu 29 lipca 2011 r.

Przedmiotowa data, była właściwa również z uwagi na zapisy art. 120 k.c. albowiem w przypadku gdy chodzi o wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, które zależy od zafakturowania prac przez wykonawcę, bieg terminu przedawnienia należy liczyć od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby wykonawca zafakturował je w najwcześniejszym możliwym terminie. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.11.1995 r. sygn. akt II CRN 156/95 publ. (...) z 1996 r. nr 3 poz. 22)

Ponadto jak wskazano w doktrynie w okolicznościach, o których mowa w art. 120 § 1 zd. 2 k.c., datę początku biegu przedawnienia określa się przez dodanie do daty zawarcia umowy najkrótszego czasu, jaki w konkretnych okolicznościach był potrzebny wierzycielowi do dokonania wezwania dłużnika do wykonania zobowiązania, oraz czasu, jaki jest potrzebny dłużnikowi, działającemu z należytą starannością, aby mógł spełnić świadczenie, wykonując to zobowiązanie. Jest to więc czas, który da się ocenić obiektywnie, jako właściwy dla wierzyciela i dłużnika, nie wynika on z rzeczywistych zachowań wierzyciela, np. zbyt wczesnego lub zbyt późnego wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia. (wyrok SN z 29 kwietnia 2009 r., II CSK 625/2008, LexisNexis nr (...), OSP 2010, nr 4, poz. 325 z glosą S. R.

Mając na uwadze zapisy umowy z dnia 3 marca 2010 r. oraz umowy o roboty dodatkowe z dnia 5 maja 2010 r., należy mieć na uwadze fakt, iż wymagalność roszczenia została uzależniona od sporządzenia protokołu ostatecznego odbioru robót, wystawienia faktury, na podstawie w/w protokołu, doręczenia faktury i upływu 30 dniowego terminu. Niewątpliwie jak wskazano powyżej, faktury wystawione w dniu 28 lipca 2011 r. takim warunkom odpowiadały albowiem, ich sporządzenie przed dniem 26 lipca 2011 nie było możliwe. Upływ czasu jaki nastąpił pomiędzy datą protokołu a datą faktury i jej doręczenia, wskazuje, iż przedmiotowe czynności nastąpiły niezwłocznie.

Z tych też względów zdaniem Sądu trzyletni termin przedawnienia roszczenia należało liczyć od dnia 28 sierpnia 2011 r., tj. od dnia, w którym upłynął termin płatności. Tym samym zgodnie z art. 118 k.c. roszczenie uległoby przedawnieniu w dniu 28 sierpnia 2014 r. Do powyższego jednakże nie doszło albowiem pozew został złożony w dniu 27 sierpnia 2014 r. (data prezentaty k. 122)

Co również istotne w zakresie części w/w, dochodzonego roszczenia, bezspornie doszło do przerwania biegu przedawnienia na skutek złożenia wniosku o zawezwanie do ugody w maju 2012 r., który zgodnie z art. 123 § 1 pkt. 1 k.c. stanowił czynność podjętą przed sądem w celu dochodzenia roszczenia.

Przechodząc już do wskazania okoliczności, które przesądziły o zasadności roszczenia podnieść należy, iż w pierwszej kolejności Sąd miał na uwadze fakt, że strona pozwana nie wykazała aby doszło do skutecznego potrącenia, tj. aby zostały spełnione przesłanki formalne, konieczne do uznania skuteczności złożonego oświadczenia o potrąceniu a po drugie fakt, iż nie istniały podstawy do obciążenia powoda karą umowną, przewidzianą w obu umowach za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy głównej oraz umowy o roboty dodatkowe.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne było, iż to pozwany był zobligowany do wykazania, że po jego stronie istniała wierzytelność z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót wynikających z umowy głównej i z umowy o roboty dodatkowe, która łącznie miałaby odpowiadać należności dochodzonej przez powoda, oraz że zostały spełnione przesłanki z art. 498 k.c., co dopiero skutkowało uznaniem, iż doszło do umorzenia należności dochodzonej przez powoda.

Jak wynika z odpowiedzi na pozew pozwany powołuje się na prawidłowość naliczenia kary umownej wskazując na zapisy § 14 ust. 1 pkt. 1 umowy z dnia 3 marca 2010 r. i § 7 ust. 1 pkt. 1 umowy z dnia 5 maja 2010 r. Zaznaczyć przy tym należy, iż w odpowiedzi na pozew nie powołuje się bezpośrednio na zarzut potrącenia, nie składa też takiego oświadczenia o potrąceniu jak również do w/w pisma procesowego oraz do dalszych pism, nie dołączył oświadczenia, w którym po pierwsze powód zostałby wezwany do zapłaty naliczonej kary umownej a po drugie zawierałyby oświadczenie o potrąceniu, co dopiero skutkowałoby uznaniem, że doszło do umorzenia należności w przypadku ustalenia prawidłowości, skuteczności złożonego oświadczenia.

Z uwagi na powyższe przed przystąpieniem w ogóle do oceny istnienia roszczenia z tytułu kary umownej, które powód zakwestionował, należało dokonać analizy przesłanek potrącenia mając na uwadze kwestie wymagań formalnych jakie muszą być spełnione, w tym przede wszystkim jego złożenia oraz rodzaju wierzytelności, która może być potrącona.

Cechą potrącenia ustawowego, o którym mowa w art. 498 k.c. jest to, że następuje ono bez porozumienia, niezależnie od woli jednej ze stron, a nawet wbrew jej woli. Jedną z form takiego potrącenia jest jednostronna czynność prawna, konstytutywne oświadczenie woli jednego z wierzycieli wzajemnych, złożonego drugiej stronie przy spełnieniu warunków ustawowych.

Istota potrącenia sprowadza się do umorzenia wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie - wartość jednej wierzytelności zalicza się na poczet drugiej. W wyniku potrącenia wprawdzie żaden z wierzycieli nie otrzymuje efektywnego świadczenia, ale za to zwolniony zostaje ze zobowiązania albo całkowicie, albo do wysokości wierzytelności niższej. O potrąceniu mówi się również w sytuacji gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami

i wierzycielami, jedna z nich zamiast spełnić swoje świadczenie, umarza je poprzez zaliczenie świadczenia drugiej strony na poczet swojej należności. Potrącenie jest zatem podwójną uproszczoną zapłatą. Jego skutki prawne są równoznaczne ze skutkami zapłaty a zarzut potrącenia podniesiony w procesie traktowany jest jak zarzut zapłaty.

Do warunków potrącenia należą natomiast: wzajemność wierzytelności, jednorodzaowość świadczeń, wymagalność i zaskarżalność wierzytelności.

Wśród w/w przesłanek tylko wzajemność i jednorodzaowość świadczeń dotyczy obu wierzytelności, które są traktowane jako właściwe przesłanki potrącenia zaś wymagalność i zaskarżalność dotyczy wyłącznie wierzytelności potrącającego.

Już w tym miejscu wskazać wypada, że w zakresie przesłanki wymagalności, należy ją utożsamiać z terminem spełnienia świadczenia, przy czym moment wezwania i moment wymagalności wierzytelności nie oznaczają tej samej chwili. Po dościciu do wiadomości dłużnika wezwania wierzyciela do spełnienia świadczenia, powinien on uczynić to niezwłocznie, ale nie natychmiast. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27.01.2016r. sygn. akt I ACa 885/15 niepubl)

Co do formy złożonego oświadczenia o potrąceniu, które to stanowi przejaw woli zmierzający do wywołania skutków prawnych wskazać należy, iż musi mieć ono charakter definitywny i w sposób precyzyjny określać potrącaną wierzytelność. Co istotne - treść złożonego oświadczenia nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, które wierzytelności

i w jakim zakresie mają zostać umorzone na skutek potrącenia. Niezależnie od powyższego o potrąceniu wierzytelności można mówić jedynie wówczas, gdy wierzytelność taka istnieje. (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 12.02.2015r. sygn. akt I ACa 773/14 LEX nr 1661130 niepubl.) Obowiązek wykazania istnienia potrącaną wierzytelności zawsze spoczywa tylko

i wyłącznie na stronie, która wskazuje na potrącenie, czy też umorzenie w ten sposób należności, i chce z niego skorzystać.

Przed przystąpieniem do oceny czy istnieje wierzytelność w kwocie 141 229,48 zł., która zdaniem pozwanego odpowiada wartości naliczonej i potrąconej kary umownej, należało ustalić czy w ogóle w toku niniejszego postępowania pozwany złożył takie oświadczenie o potrąceniu.

Jak już wskazano powyżej, w ocenie Sądu żądana ze stron nie złożyła do akt sprawy pisma, które zawierałoby oświadczenie potrąceniu w/w kwoty ani też zarzutu procesowego w postaci potrącenia.

Oświadczenie o potrąceniu jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia powołanych wyżej przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2009 r., IV CSK 356/08). Zarzut ten jest formą dochodzenia roszczenia zrównaną w skutkach z powództwem. Podlega zatem wymaganiom stawianym wobec pozwu co do określenia żądania, przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie oraz wskazania dowodów, w szczególności dokładnego określenia wierzytelności, jej wysokości, wykazania jej istnienia oraz wyrażenia woli potrącenia w celu wzajemnego umorzenia skonkretyzowanych wierzytelności (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2000 r., III CKN 720/98 i uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 5 listopada 2010 r., VI ACa 364/10, G. Prawna TPwF (...)). Nie ma również przeszkód, aby oświadczenie o potrąceniu w znaczeniu materialnoprawnym zostało złożone w toku procesu - możliwość potrącenia wierzytelności nie jest bowiem ograniczona w czasie.

Podkreślić jednak należy, że aby wywołać skutek procesowy w postaci oddalenia powództwa, to pozwany powinien wykazać skuteczność dokonanego potrącenia, w tym

w szczególności istnienie przesłanek z art. 498 k.c. To na nim, jako na wywodzącym ze złożonego oświadczenia skutki prawne, spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia powoływanych okoliczności (art. 6 k.c.). Samo zgłoszenie w formie zarzutu procesowego nie oznacza zatem jeszcze, że nastąpiły materialnoprawne skutki określone w art. 498 i 499 k.c. (Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 29 września 2010 r., V CSK 43/10). Dla osiągnięcia takiego skutku konieczne jest bowiem wykazanie przez stronę powołującą się na potrącenie, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone skutecznie i tym samym spowodowało umorzenie dochodzonej przez powoda wierzytelności. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – VI Wydział Cywilny z dnia 22 lipca 2011 r., VI ACa 783/10, Legalis 393884)

W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że złożone oświadczenie o potrąceniu wywiera skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 k.c.), wobec czego zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwnie stanowisko narusza art. 91 k.p.c., 96 k.c., 61 k.c. i 499 k.p.c. (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, Legalis 661552).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż pozwany nie wykazał aby oświadczenie o potrąceniu w zakresie kwoty 141 229,48 zł. zostało w ogóle złożone przez osoby umocowane do działania w imieniu pozwanego jak również aby takie umocowanie przysługiwało pełnomocnikowi, który działa wyłącznie na zasadzie zastępstwa ustawowego zgodnie z ustawą o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, który również nie złożył zarzutu potrącenia, mogącego zastąpić oświadczenie materialnoprawne.

Zaznaczyć należy, iż w niniejszej sprawie Prokuratura Generalna Skarbu Państwa reprezentowała pozwanego Skarb Państwa-Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i (...) zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt. 1 i art. 4 ust. 1 pkt. 2 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 18 lipca 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1150) przy czym podejmowane przez nią czynności procesowe zgodnie z art. 67 § 2 k.p.c., polegały wyłącznie na zastępstwie procesowym Skarbu Państwa jako strony postępowania sądowego.

Jak wynika z art. 15 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1150 ze zm.) czynności zastępstwa procesowego za Skarb Państwa w sprawach, w których zastępstwo Prokuraturii Generalnej ma charakter obligatoryjny (obowiązkowy lub wyłączny) wykonują radcowie, Prezes i wiceprezesi Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, a w przypadku wskazanym w art. 17 cyt. ustawy także ustanowieni pełnomocnicy. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – I Wydział Cywilny z dnia 24 marca 2015 r., I ACa 959/14, Legalis 1219151).

Według art. 8 ust. 5 ustawy o Prokuraturii, przejęcie zastępstwa procesowego Skarbu Państwa przez Prokuratorę Generalną - co nawiązuje do sytuacji uregulowanej w art. 8 ust. 3 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, ale ma także zastosowanie do zastępstwa procesowego wykonywanego na podstawie art. 8 ust. 1 i 2 tej ustawy - wyłącza dotychczasowego przedstawiciela Skarbu Państwa od udziału w dalszym postępowaniu. Nie powoduje to jednak, że Prokuratura Generalna staje się przedstawicielem materialnoprawnym Skarbu Państwa, którym jest nadal jednostka organizacyjna, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie (art. 67 § 2 zd. pierwsze k.p.c.). Podejmowanie czynności procesowych przez Prokuratorę Generalną Skarbu Państwa, o czym stanowi art. 67 § 2 k.p.c., polega więc na zastępstwie procesowym Skarbu Państwa jako strony postępowania sądowego. Powołane wyżej przepisy przesądzają, że Prokuratura Generalna Skarbu Państwa jest wyłącznie instytucjonalnym pełnomocnikiem procesowym Skarbu Państwa. (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2011 r., I ACz 1104/11, Legalis 370229, postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z dnia 29 marca 2012 r., I ACz 446/12, Legalis 732983, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku – I Wydział Cywilny z dnia 15 listopada 2011 r., I ACa 700/11, Legalis 466479)

W kontekście powyższego, w ocenie Sądu dla skutecznego złożenia oświadczenia

o potrąceniu, nawet w sytuacji gdy czyni to pozwany, którym jest Skarb Państwa, konieczne jest złożenie takie oświadczenia jednakże nie przez pełnomocnika – radcę prawnego Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa lecz przez osobę - organ właściwej jednostki organizacyjnej, z której działalnością potrącana wierzytelność jest związana.

Sąd zna i podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy, który wskazał, że „Podniesienie zarzutu potrącenia w odpowiedzi na pozew jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeśli takie oświadczenie nie zostało złożone wcześniej”. Takie jednak stanowisko uwarunkowane jest tym, iż złożenie w/w oświadczenia przez pełnomocnika procesowego stanowić ma działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu. To natomiast pozwala dopiero przyjąć, że zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeśli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie. (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 4 lutego 2004 r., I CK 181/03, LEX nr 163977).

Faktem jest, iż taka sytuacja procesowa występowałaby w niniejszej sprawie, niemniej jednak jak wynika z odpowiedzi na pozew, taki zarzut procesowy potrącenia nawet nie został złożony. Pełnomocnik powołał się wyłącznie na istnienie wierzytelności z tytułu kary umownej niemniej jednak ani nie złożył oświadczenia o jej potrąceniu w ramach zarzutu procesowego ani też nawet nie uzurpował sobie prawa do jego złożenia. Co istotne nie załączył również oświadczenia, które taką wolę reprezentowanej jednostki wyrażałoby.

W tym miejscu od razu wskazać należy, iż takim oświadczeniem nie był również zapis zawarty w obu protokołach odbioru ostatecznego robót z dnia 26 lipca 2011 r., w którym osoby uczestniczące w ich sporządzeniu wskazały jedynie, iż po pierwsze określone kwoty nalicza się z tytułu kar umownych a po drugie, że naliczone kary umowne zostaną potrącone z kwotą z faktury. Żaden z tych protokołów nie zawiera istotnych elementów oświadczenia o potrąceniu, w którym konieczne jest wskazanie po pierwsze z jaką kwotą zostaje potrącona należność a po drugie dla jego skuteczności konieczne jest złożenie go przez osobę uprawnioną do reprezentacji pozwanego czy w sposób odpowiadający zasadom reprezentacji w jednostce organizacyjnej Skarbu Państwa – tj. w tym przypadku zgodnie z art. 18 czy art. 18a ustawy z dnia 21 marca 1985 roku (j. t. Dz. U. z 2015r. poz. 460) i art. 17 i ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (j.t. Dz. U. z 2016r. poz. 154), tj. przez G. czy Dyrektora właściwego Oddziału G. i (...).

Odnosząc się do drugiego z warunków wskazać wypada, iż protokoły zostały podpisane w imieniu pozwanego odpowiednio przez członków komisji odbiorowej, do której należeli Kierownik Rejonu, Z-ca Naczelnika Wydziału, Specjalista i (...). Ponadto sprawdzenia pod względem merytorycznym dokonał również Naczelnik Wydziału Mostów. Żadna z tych osób nie powoływała się na umocowanie, które mogłby udzielić G. i (...) lub Dyrektor Oddziału, przy czym żadna z tych osób również nie pełniła takiej funkcji.

Niezależnie już nawet od w/w kwestii złożenia oświadczenia, jak już podkreślono powyżej, aby w ogóle było możliwe potrącenie należności z tytułu kary umownej, konieczne jest uprzednie wezwanie do zapłaty tej należności. Należność przysługująca podmiotowi, który chce skorzystać z instytucji potrącenia musi być bowiem wymagalna, na dzień złożenia oświadczenia o potrąceniu. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.05.2015r. sygn. akt V ACa 847/15 publ. Biul. SAKa z 2015r. nr 3 poz. 26, z dnia 24.04.2015r. sygn. akt V ACa 744/14 niepubl.)

Wierzytelność z tytułu kary umownej ma charakter wierzytelności bezterminowej a jej wymagalność powstaje dopiero na skutek wezwania, tj. wraz z upływem terminu zakreślonego na jej spełnienie w myśl art. 455 k.c.

Mając na uwadze powyższe, w toku niniejszego postępowania pozwany nie przedstawił aby doszło do skutecznego (aby w ogóle zostało złożone) wezwania powoda do zapłaty kwoty tytułem kary umownej, w tym aby pozwany wyznaczył powodowi termin na spełnienie kwoty naliczonej tytułem kary umownej. Do takiej czynności nie doszło również w protokołach odbioru ostatecznego z dnia 26 lipca 2011 r.

Z uwagi na brak wyznaczenia terminu, w którym powód miałby zapłacić kwoty

w wysokości 135 111,10 zł. i 6 118,38 zł., nie można uznać aby w/w należność stała się wymagalna a tym samym aby w ogóle zgodnie z przesłankami wymaganymi dla osiągnięcia skuteczności oświadczenia o potrąceniu, w myśl art. 498 k.c., mogła być przedmiotem potrącenia.

Ponadto strony w żadnej z umów nie wskazały aby kwoty z tytułu kary umownej podlegały potrąceniu bez wzywania do ich zapłaty, a zatem automatycznie po ich naliczeniu, z należnościami z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty. W tej sytuacji do instytucji potrącenia należało zastosować zasady rządzące ustawowym potrąceniem, które w niniejszej sprawie nie były spełnione a z całą pewnością pozwany zgodnie z art. 6 k.c. przedmiotowych okoliczności nie wykazał.

***Z uwagi na powyższe już z tych przyczyn, tj. niedochowania warunków, w których możemy mówić o skutecznym potrąceniu, nie doszło do umorzenia należności, której dochodzi powód, a która jak to już zostało wskazane powyżej została wykazana co do zasady, wysokości oraz wymagalności. Tym samym dochodzona kwota podlegała zasądzeniu w oparciu o postanowienia umowne § 5, § 6 umowy z dnia 3 marca 2010 r. i § 1, § 3 i § 9 umowy z dnia 5 maja 2010 r.***

***W zakresie odsetek orzeczenie należało oprzeć o zapisy art. 481 k.c. albowiem, zostały one naliczone w związku z upływem terminu, który został wyznaczony pozwanemu do ich uregulowania. Z uwagi zatem na fakt, iż wyznaczona data płatności na dzień 28 sierpnia 2011 r. upłynęła bezskutecznie odsetki należały się od dnia następnego, tj. od dnia 29 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty z tym, że z uwagi na zmianę regulacji art. 481 § 1 i 2 k.c. obowiązującą od dnia 1 stycznia 2016 r., Sąd oznaczył je od tej daty jako odsetki za opóźnienie.***

Niezależnie od powyższego w ocenie Sądu, pozwany nie wykazał aby w ogóle istniały podstawy do naliczenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu obu w/w umów, tj. aby po stronie pozwanego istniała wierzytelność, której potrącenie skutkowałoby umorzeniem należności powoda.

Przechodząc zatem do oceny przesłanek powstania wierzytelności z tytułu kary umownej

zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. strony umowy mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c.). Jej skuteczne zastrzeżenie nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. (uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 06.11.2003 r. - zasada prawna - III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 4, poz. 69) Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika z celu kary umownej – kara umowna stanowi bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania – jak i z umiejscowienia przepisów o karze umownej w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Oznacza to, że kara umowna należy się wówczas, gdy spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności ex contractu, z wyłączeniem – jak wyżej wskazano – wykazywania szkody.

Powyższe wskazuje również, że do przesłanek istotnych dla dochodzenia należności z tytułu kary umownej należy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Chodzi jednak o taki przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, za który on odpowiada.

Rozkład ciężaru dowodu polega zatem na wykazaniu przez stronę, która wskazuje, iż przysługuje jej wierzytelność z tego tytułu:

1. istnienia umowy - stosunku zobowiązaniowego i zastrzeżenia kary umownej;

2. faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika - czyli w tym przypadku, że na dzień 15 grudnia 2010 r. w przypadku robót z umowy głównej zaś na dzień 30 listopada 2010 r. w przypadku robót z umowy dodatkowej z dnia 5 maja 2010 r., nie doszło do wykonania zobowiązania przez powoda albowiem w tym przypadku to pozwany jako uprawniony z tytułu kary umownej korzysta z domniemania istnienia winy po stronie dłużnika.

Zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku

z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., sygn. akt III CKN 166/98, niepubl., z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, niepubl., z dnia 5 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, niepubl., z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09, niepubl., z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r. V CSK 385/07, jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10) W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy zajmował jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się więc na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej.

Z uwagi na powyższe odpowiednio na powodzie w niniejszym postępowaniu spoczywał ciężar wykazania, że:

- nie wykonanie w terminie zobowiązania - nastąpiło z przyczyn przez niego niezawinionych, tj. że nie ponosi winy;
- jak również w celu ewentualnego miarkowania wysokości kary, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Bezsporne jest przy tym, iż podstawową przesłanką żądania kary umownej jest jej wcześniejsze, ważne i skuteczne zastrzeżenie, które określa w jakich sytuacjach oraz w jakiej wysokości strony umówiły się, że powstanie dodatkowe zobowiązanie umowne.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że strony zarówno w umowie zawartej w dniu 3 marca 2010 r. jak również w umowie o roboty dodatkowe z dnia 5 maja 2010 r. miały prawo zastrzec postanowienia nakładające w określonych sytuacjach obowiązek zapłaty kary umownej. Takie też zobowiązanie zostało określone odpowiednio w § 7 ust. 1 pkt. 1 umowy dodatkowej, w myśl którego wykonawca miał zapłacić karę umowną

w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (k. 59) oraz w § 14 ust. 1 pkt. 1 umowy głównej określającego karę w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy. (k. 35)

Mając na uwadze fakt, iż w umowie dodatkowej strony wskazały, iż kara umowna powstaje za „opóźnienie” niemniej jednak w doktrynie przyjmuje się za dopuszczalne częściowe uniezależnienie obowiązku zapłaty kary umownej od przesłanki winy, jedynie przy dochowaniu reguł modyfikacji granic i zasad odpowiedzialności kontraktowej dłużnika (art. 473 § 1 k.c.).

W tym celu konieczne jest jednak wskazanie przez strony ściśle określonych okoliczności, w razie wystąpienia których dłużnik pomimo braku winy zobligowany jest do zapłaty kary umownej. Wprowadzenie do umowy zastrzeżenia kary w takim ujęciu będzie prowadzić do nadania jej przede wszystkim funkcji stymulacyjnej i represyjnej. W takim przypadku wola stron co do rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej

powinna być wyraźnie uzewnętrzniona. Samo użycie ogólnego sformułowania o karze umownej „za opóźnienie” nie czyni jej niezależną od przyczyn niedochowania terminu spełnienia świadczenia. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 05.12.2014r. sygn. akt I ACa 1404/14)

Mając zatem na uwadze powyższe, uznać należało, iż zapisy umowy dodatkowej, w której pomimo oznaczenia „za opóźnienie” nie powoływano się ani w toku postępowania ani też na etapie sporządzenia protokołu z odbioru ostatecznego wykonania robót z w/w umowy na przesłanki, które miałyby rozszerzać odpowiedzialność na inne sytuacja niż zawinione przez Wykonawcę, Sądu, uznał, iż zastrzeżona kara umowna w obu stosunkach zobowiązaniowych odnosiła się wyłącznie do „zwłoki”, czyli sytuacji niedochowania terminu realizacji przedmiotu umowy wynikającego z winy dłużnika.

Poza skutecznym wprowadzeniem do umów postanowienia dodatkowego w postaci kary umownej, nie ulegało również wątpliwości, iż roboty zarówno z umowy głównej jak i z umowy dodatkowej nie zostały wykonane w terminie umownym.

Zgodnie z aneksem nr (...) do umowy z dnia 3 marca 2010 r., termin realizacji przedmiotu umowy został określony na 15 grudnia 2010 r. zaś w przypadku umowy dodatkowej, której zakres, co już należy podkreślić pozostawał w bezpośrednim związku z wykonaniem robót z umowy głównej, został ustalony na dzień 30 listopada 2010 r.

W przedmiotowych terminach nie doszło do realizacji obiektu mostowego, odbioru robót i dopuszczenia do użytkowania. Pomędzy stronami nie było sporne, iż datą, w której przedmiot obu umów został zrealizowany to dzień 13 lipca 2011 r., czyli odpowiednio 210 dni później w przypadku umowy głównej i 225 dni w przypadku umowy o roboty dodatkowe.

W ocenie Sądu strona powodowa wykazał jednakże, iż niedochowanie w/w terminów nastąpiło z przyczyn, na które nie miała wpływu, tj. okoliczności od niej niezależnych, a tym samym, że zaistniały okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Przed przystąpieniem do wskazania w/w okoliczności zaznaczyć należy, iż umowa o roboty dodatkowe obejmowała zakres robót, których termin wykonania pozostawał w ścisłym związku z wykonaniem umowy głównej. Powyższe potwierdził również biegły J. Ł. (1) na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r., który podał, iż określony przez niego termin 30 maja 2011 r. obejmuje zakończenie wszystkich robót zarówno z umowy dodatkowej jak i robót z protokołów konieczności, robót z umowy głównej. (k. 482v) Powyższe zatem oznacza, iż wszystkie zdarzenia, które miały wpływ na wykonanie robót z umowy głównej z 3 marca 2010 r. odnosiły swój skutek również do terminu zakończenia prac z umowy dodatkowej.

Przechodząc już do oceny zdarzeń, które miały wpływ na czas realizacji robót, w tym niedochowanie terminu nawet określonego aneksem nr (...) do umowy zawartym 24 listopada 2010 r., a na które powoływał się powód wskazać należy, iż istotna w tym zakresie była opinia biegłego J. Ł. (1). Dla przedmiotowej oceny konieczne było bowiem posiadanie wiadomości specjalnych w tym co do wymagań i warunków związanych z realizacją prac z uwagi na proces technologiczny, etapowania prac, wpływu poszczególnych zdarzeń na terminowość wykonania robót szczególnie w tym asortymencie, który stanowił roboty na ciągu głównym (ścieżki krytycznej) czyli robót, których wykonanie kolejnego asortymentu uzależnione jest od wykonania prac zaplanowanych wcześniej.

Jak już wskazano w ocenie dowodów, Sąd w całości dał wiarę i poczynił ustalenia w oparciu o złożoną opinię, uznając ją za rzetelną, rzeczową, opartą na koniecznej wiedzy i doświadczeniu życiowym a także zawierającej prawidłowo umotywowane wnioski postawione w niej.

Jak wynikało zatem z opinii termin, w którym zakończenie prac było możliwe to termin 30 maja 2011 r. Przedmiotowa data nie uwzględnia, jak słusznie wskazał biegły, okresu uzyskania pozwolenia na użytkowanie albowiem, a która



to decyzja musiała być uzyskana aby doszło do zakończenia robót polegających na rozbiórce mostu objazdowego (tymczasowego), co dopiero kończyło roboty powierzone umową o roboty budowlane.

Przedmiotowy okres jak wynikało z zestawienia daty wpisu w dzienniku budowy - 14 maja 2011 r., w której doszło do przekazania obiektu i 22 czerwca 2011 r., kiedy było możliwe wznowienie prac polegających na rozbiórce, stanowił łącznie 39 dni. Zaznaczyć również należy, co zresztą wynika z zeznań świadków W. J., Z. K. czy B. N. i A. W., iż uzyskanie pozwolenia na użytkowanie należało do obowiązków Zamawiającego. Ponadto niewątpliwie okres ten, nie był ujęty w harmonogramie rzeczowo-finansowym zatwierdzonym przez Zamawiającego, który odnosił się tylko do czasu realizacji robót i nie przewidywał żadnych przerw/rezerw czasowych.

Z uwagi zatem na powyższe nie sposób było uznać, iż przedmiotowy okres – czyli de facto czas od przekazania obiektu do uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie w ramach obowiązków Inwestora, nie mógł stanowić okresu wliczanego do czasu wykonania robót a tym samym nie mógł być uznany za czas zwłoki, na który powód miałby jakikolwiek wpływ.

Tym samym z całą pewnością za w/w okres pozwany w myśl cytowanych postanowień umownych wskazanych w § 14 i § 7 (obu umów) nie był uprawniony do naliczenia kary umownej za zwłokę.

Faktem jest co prawda, iż pozwany podnosił, że wskazany proces wydania decyzji nie trwał aż tyle dni skoro wnioski o wydanie pozwolenia na użytkowanie został złożony dopiero 9 czerwca 2011 r. Przedmiotowa data nie została jednakże przez pozwanego wykazana, a ponadto pozwany również nie przedstawił dowodu, iż dopiero w tym dniu mógł wystąpić z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie z przyczyn leżących po stronie powoda. Zaznaczyć wypada, iż pozwany nie złożył ani samego wniosku ani też decyzji, aby faktycznie można było ustalić czas, w którym dany proces przebiegał, czym jednak nie można było obarczyć powoda gdyż takimi dokumentami z uwagi na podział obowiązków i charakter uprawnień w tym zakresie, nie mógł dysponować. Wobec powyższego przedmiotowe okoliczności podlegały ustaleniu wyłącznie w oparciu o wpisy zawarte w Dzienniku Budowy.

Tym samym aby określić rzeczywisty czas wykonania umowy, tj. czas z uwzględnieniem okresu uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie, należało do daty 30 maja 2011 r. doliczyć w/w okres 39 dni – będący okresem niezawinionym przez powoda.

Dla oceny braku zawinienia powoda w opóźnieniu realizacji obu umów, jak już wskazano, miała znaczenie ustalona przez biegłego data wykonania robót (samych prac budowlanych) na dzień 30 maja 2011 r.

Biegły wyraźnie wskazał, iż na jej określenie miał bezspornie okres zimowy, w którym nie były możliwe do wykonania prace w zakresie układania masy bitumicznej. Prace te co prawda trwały zaledwie 7 dni niemniej jednak wymogi technologiczne dla ich realizacji, w tym utrzymywanie się przez kilka dni temperatury powietrza co najmniej 10°C, umożliwiły ich rozpoczęcie dopiero w kwietniu 2011 r. Jak wynika nie tylko z pisma powoda, który poinformował pozwanego o zaprzestaniu robót w grudniu 2010 r. z powodu oblodzenia, opadów, niskiej temperatury, ale przede wszystkim z zestawienia danych meteorologicznych, niemożliwość prawidłowego ułożenia tej warstwy powstała już 26 listopada 2010 r. Od tej chwili, jak wskazał biegły zaistniał stan, który w budownictwie określany jest jako okres zimowy, na wystąpienie którego, powód nie miał żadnego wpływu, nie był on od niego zależny a przede wszystkim nie był również przez niego do przewidzenia skoro pierwotnie czas wykonania umowy nie obejmował takiego czasu. Tym samym uwzględnienie takich zdarzeń

w harmonogramie czy w procesie technologicznym wykonania robót nie mógł i nie został ujęty.

Faktem było również, że przed podjęciem przedmiotowych robót powód musiał wykonać inne prace, które były realizowane w okresie zimowy. Powyższe oznacza, iż z całą pewnością przed wystąpieniem ujemnych temperatur w listopadzie 2010 r., powód nie mógł a nawet nie był przygotowany do wykonania prac bitumicznych. Nie ulegało również wątpliwości, iż powód pozostawał w opóźnieniu, które na dzień 25 listopada 2010 r. określono na 20 dni bez wskazania jednakże jakiego asortymentu robót dotyczy. Zwrócić należy również uwagę na fakt, iż podczas przedmiotowej narady z 25 listopada 2010 r. inspektor określił termin wykonania robót bitumicznych na 10 grudnia

2010 r. ale wskazał od razu, iż możliwość ich podjęcia zależy od warunków atmosferycznych. Takie natomiast wystąpiły już 26 listopada 2010 r. wobec czego bezsporne było, iż ich wykonanie przed okresem zimowym niezależnie od opóźnienia nie było możliwe i to z przyczyn niezależnych od powoda.

Ponadto jak podkreślił biegły niezasadne byłoby korzystanie z takich zabezpieczeń jak ogrzewany namiot, co wyłącznie podrażałoby koszty wykonania, tym bardziej, iż w takich warunkach niedopuszczalne było układanie warstw bitumicznych. Niewłaściwe byłoby wykorzystywanie takich warunków do ułożenia warstwy izolacji (wymaganej przed warstwą bitumiczną), gdyż jak podkreślił biegły, musi być ona położona bezpośrednio przed wykonaniem warstwy bitumicznej. Wcześniejsze wykonanie warstwy izolacji i tak powodowałoby ponowne jej wykonanie, gdyż nie doprowadziłoby do uzyskania właściwych parametrów a tym samym niemożliwe byłoby odebranie obiektu.

Co do wcześniejszych zdarzeń, które miały miejsce przed podpisaniem aneksu nr (...), a do których należały zarówno:

a/ niezawinione przez wykonawcę – związane z trzema powodziami, które wystąpiły w okresie 17-23 maja, 28 lipca – 3 sierpnia oraz 1-10 września 2010 r., które łącznie obejmowały 22 dniom i związane z nimi skutki usuwania powodzi określone na 4,5 dnia co stanowiło łącznie 26,5 dnia;

b/ jak i zawinione przez powoda a wynikające z opóźnienia prac pomimo, że roboty związane z podnoszeniem kielichów studzienek na drodze dojazdowej w kwietniu 2010 r. nie uniemożliwiały rozpoczęcia prac - 8 dni opóźnienia w stosunku do harmonogramu, przestoju robót w okresie od 5 do 20 sierpnia 2010 r. z uwagi na oczekiwanie na roboty palowe, które ostatecznie zostały wykonane w krótszym okresie niż zakładano co skutkowało w rezultacie 8 dniowym opóźnieniem, oraz ze sprowadzenia w dniu 29 kwietnia 2010 r. 90% drzewa, które pod względem jakościowym nie odpowiadało wymogom (...) i nienadającego się do wbudowania oraz dostarczenia drzewa zgodnego ze specyfikacją w dniu 5 maja 2010 r. co skutkowało 4 dniowym opóźnieniem a także ewentualnymi, jakie mogły powstać na skutek pracy w czasie krótszym niż wskazywał Zamawiający aby uwzględnić przy określaniu ceny oferty,

zostały nadrobione skoro na naradzie w dniu 14 października 2010 r. stwierdzono występowanie wyłącznie 2-dniowego opóźnienia.

Ponadto opóźnienia z uwagi na powodzie oraz zwiększoną ilość robót wynikających z protokołów konieczności zostały uwzględnione również przy przedłużeniu czasu na ukończenie dokonanego aneksem nr (...) z dnia 24 listopada 2010 r. (k. 117), zgodnie z którym czas wykonania robót określono na 15 grudnia 2010 r.

Powyższe okoliczności w ocenie Sądu również nie mogły być już brane pod uwagę przy ocenie opóźnień, przyczyn opóźnień po 24 listopada 2010 r. co już zresztą było wskazywane powyżej, wobec powołania się na protokół z dnia 25 listopada 2010 r. Zaznaczyć jednak należy, iż niewątpliwie powołane zdarzenia nieprzewidziane w postaci powodzi skutkowały wejściem robót w okres zimowy, będącym okresem, w którym wykonywanie prac bitumicznych aż do dnia 25 kwietnia 2011 r. nie było możliwe.

Sąd nie odnosi się do wpływu innych okoliczności, na które wskazywała zarówno strona powodowa jak i strona pozwana albowiem jak wynika z opinii biegłego nie miały one istotnego znaczenia dla terminu realizacji samej umowy głównej. Z całą pewnością zarówno prace określone protokołami konieczności jak i prace z umowy dodatkowej generowały większą czasochłonność ich wykonania lecz jak zaznaczył biegły nie wymagały przygotowania samodzielnego frontu robót w przypadku prac wynikających z protokołów konieczności zaś co do robót dodatkowych wynikały z samodzielnej umowy, a powód zawierając ją powinien się liczyć z obowiązkiem ich wykonania.

Ponadto bez znaczenia pozostawały również kwestie zmian projektowych, które pomimo istnienia, i konieczności podjęcia procesów uzgodnień, również czasochłonnych nie wpływały na końcowy termin realizacji robót.

Niezależnie od powyższego w ocenie Sądu, zdarzenia te, w kontekście uznania okresu zimowego jako okresu niezawinionego i ustalenia za biegłym jako daty wykonania umowy 30 maja 2011 r., do której należy dodać okres 39

dni, przez który oczekiwano na podjęcie prac rozbiórkowych (niezależny od wykonawcy), pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Reasumując powyższe, dzielając w pełni wnioski opinii sporządzonej przez biegłego sądowego, Sąd uznał, iż okres pomiędzy 15 grudnia 2010 r. a 13 lipca 2011 r. w przypadku umowy głównej oraz pomiędzy 30 listopada 2010 r. a 13 lipca 2011 r. w przypadku umowy dodatkowej, był okresem, którego nie można uznać za czas zwłoki zgodnie z § 14 ust. 1 pkt. 1 umowy z dnia 3 marca 2010 r. i § 7 ust. 1 pkt. 1 umowy z dnia 5 maja 2010 r. Z tych też względów nie istniała podstawa do naliczenia kary umownej przez pozwanego.

Brak natomiast wierzytelności z tytułu kary umownej stanowi jednocześnie o braku istnienia jednej z przesłanek potrącenia gdyby zostało ono dokonane, a które zdaniem Sądu w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Z uwagi na powyższe brak jest podstaw do odnoszenia się do kwestii miarkowania kary umownej, co zostało zgłoszone przez powoda na wypadek nie uznania okoliczności, które zdaniem Wykonawcy były niezależne od niego a skutkowały niedotrzymaniem umówionych terminów.

Już tylko ubocznie wskazać w tym miejscu wypada, że przesłanki umożliwiające miarkowanie wynikają wprost z art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym, jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Obie przesłanki miarkowania są równorzędne, zatem wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej.

Nie ulega wątpliwości, że instytucja sądowego obniżenia kary umownej ma na celu zapewnienie dłużnikowi ochrony przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji wynikającej z kontraktu. W instytucję kary umownej na podstawie wskazanego przepisu - jest wpisana możliwość sądowej ingerencji, która w sposób oczywisty narusza autonomię woli stron zastrzegających karę umowną w określonej wysokości.

W niniejszej sprawie powód wskazał na ostatniej rozprawie, iż jego zdaniem miarkowanie w/w kary byłoby zasadne do wysokości 10% wartości naliczonej kary gdyż de facto 90% czasu, o który nastąpiło przedłużenie czasu wykonania umowy to okres zimowy,

w którym i tak prace nie mogłyby być wykonywane. Ten czas, jak już wskazano, faktycznie trwał od 26 listopada 2010 r. do 24 kwietnia 2011 r., a zatem na 210 dni obejmował on czas 150 dni. Ponadto jak wskazał kwota z tytułu naliczonej kary umownej stanowiła około 4% wartości należności przysługującej za wykonanie całości robót.

Jak już wskazano ocena w/w przesłanek w kontekście uwzględnienia roszczenia w całości z innych przyczyn jest zbędna, niemniej jednak przedstawione wartości również w kontekście braku szkody po stronie pozwanej albowiem w tym samym czasie ruch nie był utrudniony wobec działania mostu objazdowego, z pewnością podlegałyby rozważeniu jako spełniające warunki do dokonania miarkowania kary umownej.

Reasumując, Sąd na podstawie wskazanej już powyżej regulacji prawnej i umownej, orzekł jak w pkt. 1 wyroku.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania Sąd oparł na treści art. 98 k.p.c. mając na uwadze fakt, iż roszczenie zostało w całości uwzględnione.

Na koszty postępowania składała się opłata od pozwu uiszczona w wysokości 7 062,00 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika strony powodowej ustalone zgodnie z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 490) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804) w wysokości 3 600 zł, kwota

6 000 zł uiszczona w dniu 3 marca 2015 r. tytułem zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego, kwota 831,63 zł. uiszczona tytułem uzupełnienia zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego, przyznanego postanowieniem z dnia 26 lutego 2016 r. za opinię uzupełniającą, uiszczona w dniu 14 marca 2016 r. oraz kwota 298,46 zł. przyznana świadkowi Z. K. postanowieniem z dnia 16 kwietnia 2015 r. tytułem zwrotu kosztów podróży i utraconego zarobku, która została uiszczona przez powoda.

Łącznie koszty poniesione przez powoda odpowiadały kwocie 17 809,09 zł. i w takiej też wysokości Sąd obciążył nimi pozwanego.

Ponadto wobec faktu, iż wydatki z tytułu części wynagrodzenia biegłego za uzupełniającą opinię w wysokości 1 093,79 zł i za ustną opinię w wysokości 239,78 zł. przyznane postanowieniem z dnia 29 czerwca 2016 r. zostały poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie, na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 623) w zw. z art. 83 ust. 2 cyt. ustawy Sąd nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa.