

Sygn. akt VIII GC 120/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2014 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Woźniak

Protokolant: sekr. sąd Agnieszka Grygiel

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2014 r. na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) spółki akcyjnej w S.

przeciwko Skarbowi Państwa – Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo B.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo B. kwotę 948 350, 93 zł (dziewięćset czterdzieści osiem tysięcy trzysta pięćdziesiąt złotych i dziewięćdziesiąt trzy grosze) z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 812 160,93 zł od dnia 19 sierpnia 2011 roku,

- 136 190 zł od dnia 1 września 2011 roku;

II. oddala powództwo w pozostałej części,

III. rozstrzyga, że pozwany ponosi koszty procesu w 91,39%, powód w 8,61 % i pozostawia ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku.

Sygn. akt VIII GC 120/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 2 kwietnia 2012 roku powód Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) Spółka Akcyjna w S. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Nadleśnictwa B. w B. kwoty 1.037.688,63 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 812.160,93 zł od dnia 19 sierpnia 2011 roku do dnia zapłaty, kwoty 136.190 zł od dnia 1 września 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwoty 89.337,70 zł od dnia 5 sierpnia 2011 roku do dnia zapłaty, jak również o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przebudowy nawierzchni drogi leśnej pożarowej numer 55 Leśnictwa Ł.. Termin zakończenia prac ustalono na 15 listopada 2010 r.. Przekazanie placu budowy nastąpiło 22 dni po terminie wynikającym z umowy, jednakże niezwłocznie po przekazaniu powód rozpoczął prace na budowie, przy czym dotrzymanie terminu zakończenia prac nie było już wówczas możliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy, o czym powiadomił pozwanego. Jednak pozwany, pomimo uzgodnień dotyczących przesunięcia terminu zakończenia prac odmówił zmiany terminu. Ostatecznie prace zostały zakończone 10 czerwca 2011 roku. W związku z wykonaniem umowy powód wystawił powodowi fakturę VAT nr

(...) z dnia 19 lipca 2011 roku na kwotę 812.160,93 zł brutto, a z uwagi na wykonanie robót dodatkowych i zamiennych – fakturę na kwotę 136.190 zł brutto. Notą księgową z dnia 25 lipca 2011 roku pozwany obciążył powoda karą umowną w wysokości 909.620,24 zł za 224 dni zwłoki w wykonaniu umowy, a dalej potrącił należność powoda wynikającą z faktury VAT nr (...) z naliczoną karą umowną. Powód nie zgodził się z powyższym i naliczył pozwanemu karę umowną w kwocie 89.337,70 zł z tytułu 22 dni zwłoki w przekazaniu placu budowy. Pozwany odmówił zapłaty za roboty dodatkowe twierdząc, że takowe nie zostały wykonane, zaś co do kary umownej naliczonej przez powoda oświadczył, że opóźnienie w przekazaniu placu budowy wynikało z winy powoda.

Powód wskazał, że pozwany nie był uprawniony do naliczenia kary umownej, gdyż nie nastąpił zwłoka w wykonaniu zobowiązania, a jedynie niezawinione przez pozwanego opóźnienie. Wywodził, że dopuszczalna była zmiana umowy w zakresie terminu wykonania prac. Nadto przedstawił argumenty, z których wynikało, że jego zdaniem kara umowna naliczona przez pozwanego jest rażąco wygórowana, a jej umówienie i naliczenie jest sprzeczne z zasadami spożycia społecznego. Powód wskazał, że pozwanemu należy się za każdy dzień zwłoki kara umowna w wysokości 4.060,80 zł, natomiast powodowi należą się odsetki ustawowe za każdy dzień zwłoki w wysokości zaledwie 289,26 zł. Prowadzi to do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego wynagrodzenia adwokackiego.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, że niniejsza sprawa nie jest sprawą gospodarczą, gdyż umowa o roboty budowlane, której wykonania dotyczy spór nie pozostawała w zakresie prowadzonej przez nadleśniczego działalności gospodarczej.

Dalej pozwany zaprzeczył wszystkim twierdzeniom i zarzutom powoda oraz zakwestionował roszczenie zarówno co do zasady jak i co do wysokości. Wskazał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę, obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat o podatków. Nadto z SIWZ wynika, że zakazuje się istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W toku postępowania powód nie korzystał z postanowień ustawy Prawo Zamówień Publicznych pozwalających na wyjaśnienie wątpliwości co do treści SIWZ.

Pozwany podniósł, że w dniu 21 września 2010 roku nikt nie przybył ze strony powoda w celu odebrania placu budowy. Wykonawca dopiero 7 października 2010 roku dostarczył oświadczenie kierownika budowy oraz jego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi. Dopiero w dniu 13 października 2010 roku wykonawca zgłosił się w celu przekazania placu budowy. Do dnia 20 października 2010 roku nie rozpoczął robót. Wykonawca kilkakrotnie wnosił o zmianę terminu zakończenia robót ze względu na warunki atmosferyczne, jednak zamawiający nie wyraził zgody. Zakończenie robót wykonawca zgłosił w dniu 10 czerwca 2011 roku. Następnie Z. N. (1) dokonał wizyty na placu budowy i okazało się, że zadanie nie jest gotowe do odbioru. Wpisem z dziennika budowy z dnia 17 czerwca 20-11 roku Inspektor Nadzoru potwierdził zakończenie robót, jednak dopiero pismem z dnia 27 czerwca 2011 roku zamawiający wnosił o wyznaczenie terminu do dokonania odbioru.

Pozwany podniósł również zarzut potrącenia, wskazując, że obie wierzytelności umorzyły się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, a zatem roszczenie wygasło. Potrąceniu podlegały naliczone kary umowne w kwocie 909.620,24 zł. Obciążenie powoda karami umownymi było zasadne, gdyż powód zobowiązał się do ukończenia robót do dnia 15 listopada 2010 roku, a informacja o gotowości do odbioru została zgłoszona pismem z dnia 27 czerwca 2011 roku. W związku z tym zwłoka powodowej spółki wynosiła 224 dni.

Odnosząc się do żądania zapłaty kwoty 136.190 zł z odsetkami pozwany zakwestionował roszczenie powoda co do zasady i co do wysokości, skazując, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, a podstawowym kryterium oceny ofert była zaoferowana cena. Tak więc wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawierania kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wbrew twierdzeniom powoda,

zakres projektu nie wykraczał poza określenie przedmiotu zamówienia a z oświadczenia kierownika budowy wynika, że zostały wprowadzone nieistotne zmiany do projektu. Pozwany zwrócił także uwagę na normatywne ograniczenie możliwości zmiany umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia zamówienia publicznego, ponieważ zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 144 PZP skutkuje jej unieważnieniem.

Odnosząc się do żądania zapłaty kwoty 89.337,79 zł wraz z odsetkami tytułem kary umownej naliczonej z powodu 22 zwłoki w przekazaniu placu budowy Wskazał, że to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy przekazanie placu budowy nastąpiło 13 października 2010 roku. Z ostrożności pozwany podniósł także zarzut miarkowania kary umownej wskazując, że jej wysokość jest rażąco wygórowana.

Odnosząc się z kolei do zarzutu powoda o rażącym wygórowaniu kary umownej, jaką został obciążony pozwany wskazał on, że miarkowanie kary umownej traktować należy absolutnie wyjątkowo, przy czym żądania jej miarkowania nie może w realiach sprawy uzasadniać przesłanka wykonania zobowiązania w znacznej części. Kara umowna została przewidziana i naliczona za określone naruszenie zobowiązania. Stąd też zmniejszenie kary umownej nie może być uzasadnione tylko tym, że powód w pozostałym zakresie wykonał zobowiązanie w terminie klub ostatecznie (choć po terminie) zobowiązanie wykonał w całości. Wskazał, że szkoda poniesiona przez wierzyciela stanowi tylko jedno z kryteriów, jakie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wygórowanego charakteru kary umownej. Nie jest to jednak kryterium decydujące, gdyż kara umowna nie pełni wyłącznie funkcji kompensacyjnej. Ponadto pozwany wskazał, że zmniejszenie kary umownej w oparciu o art. 5 k.c. jest niedopuszczalne, gdyż w art. 484 § 2 k.c. przewidziano wyczerpująco przesłanki zmniejszeniu kary.

Pozwany wniósł o oddalenie dowodu z opinii biegłego, wskazując, że dowód taki nie może zmierzać do ustalenia okoliczności faktycznych, a jedynie do ich oceny. W sprawie nie został zaś przedłożony materiał dowodowy, na podstawie którego biegły mógłby sporządzić opinię odnośnie wskazanych kwestii. Gołosłowne są twierdzenia powoda jakoby z przyczyn technologicznych nie można było prowadzić określonych robót budowlanych. Również argument o zmieniających się warunkach atmosferycznych nie zasługuje na uwzględnienie. Okres, w jakim miały być wykonywane prace był znany wykonawcy. Wykonawca miał także wiedzę odnośnie rodzaju i jakości gruntu jeszcze przed zawarciem umowy. Wreszcie pozwany wskazał, że twierdzenie powoda co do tego, że w dniu 4 lutego 2011 roku odbyły się spotkania z udziałem stron jest wprowadzające w błąd, gdyż tego dnia wykonawca brał udział w spotkaniu min. z leśniczym J. J., który nie był przedstawicielem inwestora i który nie mógł dokonywać jakichkolwiek ustaleń w imieniu zamawiającego z wykonawcą. W konkluzji pozwany stwierdził, że powód nie wykazał zasadności swojego roszczenia.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Powód – Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka akcyjna z siedzibą w S. prowadzi działalność gospodarczą z zakresu szeroko pojętego budownictwa.

Niesporne.

Decyzją z dnia 17 grudnia 2009 roku Starostwa (...) zatwierdził projekt budowlany im udzielił pozwolenia na budowę Nadleśnictwu B. inwestycji obejmującej budowę nawierzchni drogi leśnej pożarowej min. na działce o numerze ewidencyjnym (...) obręb ewidencyjny Ł..

Dowód: decyzja – k. 27 – 29

W celu wyłonienia wykonawcy pozwany prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym ofertę na wykonanie projektu złożył powód, oferując wykonanie usług objętych wynagrodzeniem za kwotę 812.160,93 zł brutto. Oferta powoda była porządkowana przez M. N. w oparciu o przedmiar robót przygotowany przez zamawiającego. Składała się ona z kosztorysu oraz wymogów formalnych.

Powód był kilkakrotnie wzywany do uzupełnienia braków oferty. Powód nie składał zapytań jeśli chodzi o treść czy interpretację oferty. Ostatecznie w dniu 8 września 2010 roku pozwany poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona przez powoda.

Niesporne, a nadto dowód: wzór formularza oferty – k. 67 – 68, informacja o wyniku postępowania – k. 82, powiadomienie – k. 83-84, oświadczenie – k. 388, wykaz osób – k. 389 – 390, zeznania świadka M. N. – k. 572 – 574, zeznania świadka H. Ł. (1) – k. 635 – 638, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

Z ramienia zamawiającego dokumentację na potrzeby postępowania przetargowego dotyczącą przebudowy drogi przeciwpożarowej wykonywał J. D. (1).

W projekcie budowy założono, że zamawiający w terminie określonym w dokumentach kontraktowych, przekaze wykonawcy wylesiony teren budowy i dziennik budowy oraz dokumentację projektową.

Dowód: zeznania świadka J. D. (1) – k. 574 – 591, projekt budowlany – k. 30 – 66, zeznania świadka H. Ł. (1) – k. 635 – 638

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie nawierzchni tłuczniowej, budowa zjazdów na przyległe szlaki zrywkowe, drogi i linie podziału powierzchniowego, wykonanie mijanek oraz przepusty i rowy odwadniające. W § 8 przewidziano, że wykonawca może się zwrócić do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazano, że termin wykonania zamówienia to 15 listopada 2010 roku. W § 13 wskazano, że oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). W § 14 wskazano, że kryterium oceny ofert jest w 100% cena.

W opisie technicznym dla branży drogowej projektu wskazano, że w pasie projektowanej drogi wykonano otwory geotechniczne do głębokości 1,5 metra i po dokonaniu oceny makroskopowej stwierdzono, że występują grunty klasy G3/G4 – gliny, a górną warstwę drogi stanowią grunty organiczne o grubości ok. 20 cm.

Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia – k. 410 – 414, opis techniczny – k. 417 – 420,

W dniu 17 września 2010 roku (...) SA w W. udzielił na rzecz beneficjenta – Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo B. gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy i usunięcia wad. Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz beneficjenta kwoty do łącznej wysokości 40.608,05 zł.

Dowód: gwarancja ubezpieczeniowa – k. 101 – 102

W dniu 20 września 2010 roku strony zawarły umowę o roboty budowlane, w oparciu o którą pozwany jako zamawiający zlecił powodowi jako wykonawcy prace polegające na wykonaniu przebudowy nawierzchni drogi leśnej pożarowej (...) w Leśnictwie Ł., oddział (...). W umowie przewidziano, że zakres rzeczowy robót określa opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wykonawcy oraz kosztorysy ofertowe. Termin rozpoczęcia robót ustalono na 21 września 2010 roku, a termin zakończenia na 15 listopada 2010 roku.

W § 2 umowy przewidziano, że do obowiązków zamawiającego należy min. przekazanie terenu (frontu) robót w dniu 21 września 2010 roku. W § 3 umowy wymieniono obowiązki wykonawcy, w tym min. obowiązek przyjęcia do wykonania robót dodatkowych i zamiennych związanych z przedmiotem umowy, w oparciu o dodatkowe zlecenie zamawiającego z zastosowaniem postanowień zawartych w § 8 pkt 1 i 2.

Strony ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 jak i za prace budowlane – montażowe wynikłe z nieprzewidzianych kolizji, wykonawca otrzyma wynagrodzenie ustalone w oparciu o kosztorysy ofertowe wykonawcy

w wysokości 665.705,68 zł plus 22 % VAT w wysokości 146.455,25 zł. rozliczenie wykonawcy za przedmiot umowy miało nastąpić fakturą końcową na podstawie protokołu podpisanego przez nadzór obu stron.

W § 6 umowy przewidziano, że jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych potwierdzonych protokołem konieczności, których zakres nie przekroczy 50 % uprzedniego zamówienia to wykonawca zobowiązany jest te roboty wykonać na dodatkowe zamówienie zawierającego udzielone z wolnej ręki przy zachowaniu tych samych norm, standardów, parametrów i nośników cenotwórczych ujętych w kosztorysie ofertowym.

Dowód: umowa – k. 85 – 91, zeznania świadka H. Ł. (1) – k. 635 – 638, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

Umowa zawierała również postanowienia dotyczące kar umownych. Zgodnie z § 12 wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne: za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w § 1 (15 listopada 2010 r.), za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji, rękojmi za wady w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i wreszcie z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn występujących po stronie wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

Postanowiono również, że zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne za zwłokę w przekazaniu terenu budowy (frontu robót) w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy oraz z tytułu nieterminowego regulowania należności według faktur w wysokości określonej ustawowo.

Dowód: umowa – k. 85 – 91

Do odebrania placu budowy miało dojść w dniu 21 września 2010 roku. Tego dnia na placu budowy stał się J. Z., zajmujący się z ramienia powoda koordynacją robót i sprawami technicznymi w czasie wykonywania prac, oraz kierownik budowy D. W., jak również S. Z.. Jednak na placu budowy nie pojawił się wówczas żaden z przedstawicieli pozwanego ani inspektor nadzoru. J. Z. i D. W. czekali ok. 30 minut na przedstawicieli pozwanego, dzwonili również do Nadleśnictwa, ale nikt nie odbierał. W rezultacie w dniu 21 września 2010 roku nie doszło do przekazania placu budowy.

W dniu 21 października 2010 roku J. D. (1) sporządził notatkę służbową, z której wynikało, że na dzień 21 września 2010 roku został wyznaczony termin przekazania placu budowy, jednak przedstawiciele wykonawcy nie stawili się w powyższym terminie w siedzibie zamawiającego w celu przejęcia placu budowy.

Dowód: zeznania świadka J. Z. – k. 562 – 568, notatka – k. 297, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, zeznania świadka J. D. (1) – k. 574 – 591, zeznania świadka H. Ł. (1) – k. 635 – 638, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

Pismem z dnia 7 października 2010 roku pozwany zawiadomił Powiatowego Inspektora Nadzoru B. o terminie rozpoczęcia robót, wskazując, że zamierza je rozpocząć w dniu 18 października 2010 roku. Dziennik budowy został wydany w dniu 8 października 2010 roku. Prace na budowie zostały rozpoczęte 18 października 2010 roku.

Nie można rozpocząć robót budowlanych bez zgłoszenia ich rozpoczęcia Powiatowemu Inspektorowi nadzoru Budowlanego. Grozi to cofnięciem pozwolenia na budowę i utratą uprawnień kierownika budowy. Obowiązek zgłoszenia obciąża inwestora.

Niesporne, a nadto dowód: pismo z dnia 7.10.2010 r. – k. 441 zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, Dowód: zeznania świadka J. D. (1) – k. 574 – 591

Pismem z dnia 12 października 2010 roku powód zwrócił się do pozwanego z wnioskiem o zamianę materiałów zastosowanych do umocnienia skarp, ścieku jednoskrzydłowego i dna rowów. Zaproponował, by zamiast brukowca

nieregularnego zastosować płyty ażurowe ameba na skarpy i ścieki jednoskrzydłowe, a na dno rowów prefabrykowane ścieki betonowe.

Dowód: pismo z dnia 12.10.2010 r. – k. 105, deklaracje zgodności – k. 445 – 446

W dniu 13 października 2010 roku został sporządzony protokół przekazania placu budowy. Ze strony pozwanego podpisali go J. D. (1) i J. J., zaś ze strony powoda – S. Z.. Funkcję kierownika budowy pełnił D. W.. Funkcję inspektora nadzoru pełnił Z. N. (1). Informację o objęciu funkcji kierownika budowy wpisuje się do dziennika budowy.

Leżąca po stronie zamawiającego zwłoka w przekazaniu placu budowy wynosiła 21 dni.

Dowód: protokół przekazania placu budowy – k. 103 – 104, oświadczenie – k. 93, zaświadczenie – k. 94, k. 98, decyzje o nadaniu uprawnień budowlanych – k. 95, 96 – 97, 99, 100, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, zeznania świadka J. D. (1) – k. 574 – 591, zeznania świadka Z. N. (1) – k. 631 – 635, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

W dniu 14 października 2010 roku pozwany przekazał powódce dotyczące inwestycji dokumenty takie jak orzeczenie numer (...) w sprawie kruszywa mineralnego łamanego, ekspertyzę, i dwie deklaracje zgodności – na gruntocement i beton.

Dowód: pismo z 14.10.2010 r. – k. 108, wraz z dokumentacją – k. 109 – 142

Prace budowlane rozpoczęły się od zdjęcia ziemi urodzajnej. Warunki gruntowe były trudne, grunt był gliniasty, zawilgocony, to powodowało jego uplastycznienie. Pracownicy powoda osuszyli grunt i rozpoczęli wykonywanie stabilizacji gruntu. Okazało się, że stabilizacja gruntu na miejscu nie przyniesie rezultatu, zdecydowano się więc na droższy wariant – wykonanie stabilizacji z betoniarni, jednak to również nie przyniosło efektu. Następnie na wcześniej wykonaną stabilizację położono pierwszą warstwę kruszywa frakcji 0.63 w celu umożliwienia przejazdu pojazdom. Po tym nastąpiło pogorszenie warunków pogodowych i prace przerwano do wiosny. Kierownik budowy wiedział, że przedmiotem prac jest droga przeciwpożarowa.

Dowód: zeznania świadka D. W. – k. 568 - 572

W dniu 20 października 2010 roku strony podpisały aneks numer (...), w którym nadały nowe brzmienie § 4 ustalając, że za wykonanie przedmiotu umowy jak i za prace budowlane – montażowe wynikłe z nieprzewidzianych kolizji wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości 812.160,93 zł zawierające podatek VAT w wysokości 22% tj. 146.455,25 zł. Aneks został spisany ze względu na wystąpienie w umowie oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na błędnym wprowadzaniu wynagrodzenia wykonawcy.

Dowód: aneks nr (...) – k. 92

W dniu 20 października 2010 roku spisano protokół robót zanikowych dotyczących korytowania pod konstrukcję drogi na określonym odcinku. W protokole stwierdzono, że roboty inżynierskie drogowe zostały wykonane pod względem technicznym w sposób właściwy i zgodnie z projektem. Protokół podpisał kierownik budowy i inspektor nadzoru. Kolejne protokoły odbioru robót zanikowych zostały spisane w listopadzie i grudniu 2010 roku oraz w marcu 2010 r. i dotyczyły warstw konstrukcyjnych drogi, korytowania pod konstrukcję drogi.

Dowód: protokoły – k. 186 – 191

W maju 2011 roku J. D. (1), specjalista ds. remontów Nadleśnictwa B., sporządził notatkę, z której wynikało, że po podpisaniu umowy o roboty budowlane zwracał się do wykonawcy o dostarczenie dokumentów koniecznych do przekazania placu budowy i zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia wykonywania robót, jednak po kilkukrotnych rozmowach telefonicznych z M. N., dokumenty te otrzymał dopiero 7 października 2010 roku. Dalej wskazał, że wykonawca przejął plac budowy dnia 13 października 2010 roku, nie wnosząc uwag, a po przejściu placu budowy zwlekał z rozpoczęciem

robót przez okres ok. 2 tygodni. Przekazanie terenu budowy jest czynnością pomiędzy wykonawcą a inwestorem i nie jest uwarunkowane żadną zgodą i wymaganiami urzędów i instytucji zewnętrznych.

Dowód: notatka – k. 439, opinia biegłego sądowego – k. 713 – 750

Pismem z dnia 21 października 2010 roku pozwany wezwał powoda do rozpoczęcia robót budowlanych.

W odpowiedzi na powyższe powód poinformował pozwanego, że rozpoczął roboty związane z umową niezwłocznie po przekazaniu placu budowy, a część robót została wykonana. Nadto wskazał, że niesprzyjające warunki atmosferyczne powodują, że wykonywanie robót jest w sposób znaczny utrudnione, a okresowo nawet niemożliwe. Powyższe powoduje, że zachodzi konieczność przesunięcia terminu zakończenia robót z do dnia 31 grudnia 2010 roku. Ze względu na powyższe powód zwrócił się o zmianę umowy w zakresie terminu zakończenia robót. Pozwany nie wyraził zgody na przesunięcie terminu wykonania umowy.

W związku z powyższym powód poinformował pozwanego, że nie tylko warunki atmosferyczne mają wpływ na przesunięcie terminu wykonania prac, ale także inne czynniki niezależne od wykonawcy, a mianowicie, że nie przekazano placu budowy w terminie wynikającym z umowy, lecz dopiero w dniu 13 października 2010 roku. Opóźnienie w przekazaniu placu budowy powoduje, że roboty nie mogą zostać wykonane w terminie, a co więcej spowodowało, że roboty są wykonywane w gorszych warunkach atmosferycznych. Wreszcie powód wskazał, że po dokonaniu odkrywki terenu okazało się, że teren jest szczególnie trudny, co w połączeniu z panującymi warunkami atmosferycznymi utrudnia wykonywanie robót. W odpowiedzi na powyższe pismo pozwany podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie odmowy zmiany terminu wykonania umowy.

Pismem z dnia 29 listopada 2010 roku Z. N. (1) poinformował pozwanego, że po otrzymaniu wniosku o przesunięcie terminu wykonania robót przeanalizował przytoczone przez wykonawcę fakty i wskazał, że powodem opóźnienia w przekazaniu placu budowy było niedostarczenie przez wykonawcę oświadczenia kierownika budowy oraz jego uprawnień, a ponadto po przekazaniu placu budowy zwlekał z wejściem na roboty około 2 tygodni. Nadto podał, że proponowany termin zakończenia prac jest nierealny, gdyż ich zakończenie wymaga temperatur dodatkowych, bo przy ujemnych gruntocement nie będzie wiązał.

Pismem z dnia 23 grudnia 2010 roku powód ponownie zaznaczył, że opóźnienie w wykonaniu prac miało związek z nieterminowym przekazaniem placu budowy i koniecznością wykonywania prac w niesprzyjających warunkach atmosferycznych.

Dowód: pismo z dnia 21.10.2010 r. – k. 143, pismo z dnia 10.11.2010 r. – k. 144, pismo z dnia 16.11.2010 r. – k. 145, pismo z dnia 17.11.2010 r. – k. 146 – 147, pismo z dnia 29.11.2010 r. – k. 299, pismo z dnia 15.12.2010 r. – k. 148, pismo z dnia 23.12.2010 r. – k. 149 – 150

Na początku lutego 2011 roku powód zawiadomił pozwanego, że na spotkaniu w dniu 4 lutego 2011 roku uzgodniono, że w ścieku jednoskrzydłowym zamiast ścianki z bali drewnianych połączonych słupkami zostaną zamontowane słupki drewniane o średnicy 20 cm, rozstawione co 1,5 m, a przestrzeń między słupkami zostanie wypełniona faszyną. Uzgodnienia te miały zostać poczynione z przedstawicielem inwestora, tj. leśniczym J. J. oraz z J. Z. i J. K. (ze strony powoda). Pismem z dnia 11 lutego 2011 roku pozwany poinformował powoda, że zweryfikował jego stanowisko i wskazał, że wykonawca jest obowiązany wykonać roboty zgodnie z projektem. Stanowisko to podtrzymał w piśmie z dnia 1 marca 2011 r., wskazując jednocześnie, że leśniczy nie jest osobą kompetentną do czynienia uzgodnień odnośnie realizacji budowy.

Dowód: pismo – k. 151, pismo z dnia 11.02.2011 r. – k. 152, pismo z dnia 1.03.2011 r. – k. 154, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, zeznania P. P. – k. 642 – 647

Ostatecznie na skutek zgłoszenia konieczności dokonania zmian projektowych, głównie dotyczących poziomów i sposobu wykonania drogi w miejscu mocno wcinającym się w teren, tzw. wąwozie w wyniku decyzji podjętych przez

projektanta P. G., projektowany poziom drogi na odcinku przebiegającym w wąwozie, został podniesiony poziom drogi i zmieniony sposób ukształtowania skarp i ich umocnienia po obu stronach odcinka drogi w wąwozie. Takie zamiennie rozwiązanie projektowe, zostało wprowadzone jako skutek podcięcia skarp w wąwozie, czyli wykonania prawie pionowych ścian przy krawędzi drogi, co wynikało z ukształtowania terenu w wąwozie i braku miejsca na wykonanie umocnienia skarp i wykonanie odwodnienia. Powstała sytuacja wyniknęła po wytyczeniu poziomu drogi przez wykonawcę zgodnie z projektem pierwotnym.

Wykonanie robót zamiennych, jak również czas potrzebny na konsultację z inwestorem i projektantem w celu ustalenia sposobu rozwiązania problemu jak również opracowanie niezbędnej dokumentacji zmieniającej projekt w tym zakresie, były bezsprzecznie okolicznościami wpływającymi na przedłużenie czasu realizacji inwestycji.

Nie była możliwa realizacja zadania bez dodatkowych zmian projektowych. Wykonawca w trakcie prowadzenia robót natrafił na sytuację, w której dalsze prowadzenie robót, zgodnie z pierwotnym projektem nie było możliwe, gdyż stwarzałoby sytuację możliwości obsunięcia skarp wąwozu oraz niemożność wykonania prac zgodnie z projektem ze względu na brak miejsca do wykonania odwodnienia drogi zgodnie z projektem pierwotnym. Dopiero po zmianie projektu, z którego wynikał rodzaj i zakres prac zamiennych, mógł przystąpić do dalszej realizacji zadania.

W wyniku konieczności zmiany projektu i wykonania projektu zamiennego prace mogły ulec przedłużeniu o około 50 dni kalendarzowych, spowodowane oczekiwaniem na ostateczne rozwiązanie projektowe przedstawione przez projektanta.

Dowód: opinia biegłego sądowego – k. 713 – 750, zeznania świadka J. Z. – k. 562 – 568, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, zeznania świadka Z. N. (1) – k. 631 – 635, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

W dniu 16 lutego 2011 roku na placu budowy odbyło się spotkanie z udziałem przedstawiciela inwestora J. D. (1), Inspektora Nadzoru – Z. N. (1), wykonawcy S. Z. oraz projektanta P. G., które dotyczyło wprowadzenia zmian projektowych. W notatce ze spotkania wskazano, że na odcinku drogi nawierzchnia drogi znacząco wcina się w istniejące skarpy w celu ograniczenia znaczących ilości robót ziemnych, które nie wynikają z zakresu prac.

Pismem z dnia 8 marca 2011 roku Z. N. (1) poinformował pozwanego, że 16 lutego 2011 roku odbyła się narada, w toku której ustalono konieczność dokonania zmian projektowych, która wynikała z powodu nieuwzględnienia w projekcie konieczności wykonania korekty nachylenia istniejących skarp i związanej z dużą ilością robót ziemnych wycinki dużego obszaru lasu.

Pismem z dnia 10 marca 2011 roku pozwany poinformował powoda, że możliwa jest realizacja zadania bez wprowadzenia zmian projektowych. Wskazał, że zmiany dotyczące wzmocnienia skarp, nie generujące dodatkowych kosztów są możliwe do zaakceptowania przez zmawiającego, jednak nie zmienia to terminu zakończenia prac.

Dowód: notatka – k. 153, pismo z dnia 10.03.2011 r. wraz z rysunkami – k. 155 – 157, pismo z dnia 8.03.2011 r. – k. 301, zeznania świadka J. Z. – k. 562 – 568, zeznania świadka J. Z. – k. 562 – 568, zeznania świadka Z. N. (1) – k. 631 – 635, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

W lutym i marcu 2011 roku prace na budowie nie były prowadzone z uwagi na warunki atmosferyczne. W dniu 16 lutego 2011 r. D. W. wpisał w dzienniku budowy, że trwa przerwa w pracach budowlanych z uwagi na ujemne temperatury, do -8 w nocy. W dniu 24 marca 2011 roku wpisał, że prace zostały wznowione, z uwagi na poprawę warunków atmosferycznych.

Dowód: kopia fragmentu dziennika budowy – k. 505, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572

Pismem z dnia 24 marca 2011 roku powód zwrócił się do pozwanego o potwierdzenie technologii wykonania zabezpieczenia skarp zgodnie z projektem poprawionym przez inspektora nadzoru. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 31 marca 2011 roku pozwany wskazał, że potwierdza zastosowanie rozwiązania projektowego,

zaakceptowanego przez inspektora nadzoru inwestorskiego, ze wskazaniem, że rozwiązanie to nie powoduje dodatkowych kosztów oraz nie wpływa na czas realizacji zadania.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2011 roku powód przekazał pozwanemu opinię prawną w przedmiocie możliwości zmiany terminu zakończenia robót oraz operat obmiarowy. Z opinii wynikało, że jest dopuszczalna zmiana umowy w zakresie terminu wykonania robót i nie będzie to pozostawało w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dowód: pismo z dnia 24.03.2011 r. – k. 158, projekt – k. 159 – 163, pismo z dnia 31.03.2011 r. – k. 164, opinia – k. 166 – 171, operat obmiarowy – teczka, k. 172

W dniu 31 marca 2011 roku kierownik budowy D. W. wpisał w dzienniku budowy, że zakończono roboty brukarskie.

Dowód: kopia fragmentu dziennika budowy – k. 505, zeznania świadka D. W. – k. 568 – 572, zeznania P. P. – k. 642 – 647

W dniu 6 kwietnia 2011 roku inspektor nadzoru Z. N. (1) sporządził raport o stanie zaawansowania robót na zadaniu, wskazując, że zaawansowanie to wynosi: koryto drogowe – 100 %, rowy brukowane – 100 %, rowy faszynowane – 100 %, ścieki jednoskrzydłowe – 0%, podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem – 100 %, podbudowa z kruszywa łamanego, warstwa dolna – 100%, nawierzchnia z brukowca – 100 %, nawierzchnia z kruszywa łamanego warstwa górna – 0 %, zbiorniki odparowujące - 0 %, pobocza i skarpy – 0%. Wskazał nadto, że do zakończenia robót, przy sprzyjających warunkach pogodowych, potrzeba ok. 4 tygodni.

Dowód: raport z dnia 6.04.2011 r. – k. 484

W dniu 14 kwietnia 2011 roku kierownik budowy D. W. wpisał w dzienniku budowy, że zakończono faszynowanie rowów oraz zbiorników retencyjnych .

Dowód: kopia fragmentu dziennika budowy – k. 505

Pismem z dnia 9 maja 2011 roku powód zwrócił się do pozwanego z pytaniem dotyczącym możliwości rozwiązania sporu powstałego na tle opóźnień w przekazaniu placu budowy a tym samym opóźnień w wykonaniu drogi pożarowej. Wskazał, że zaawansowanie prac przy wykonywaniu drogi pożarowej nr (...) było w okresie upływu umownego terminu na tyle daleko posunięte, że możliwe było korzystanie z tej drogi w sposób zgody z jej przeznaczeniem.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pismem z dnia 11 maja 2011 roku pozwany wskazał, że nie widzi podstaw do zmiany treści umowy w zakresie terminu wykonania umowy. Przyczyną zwłoki w przekazaniu placu budowy było niedostarczenie w terminie oświadczenia kierownika budowy wraz z uprawnieniami. Pozwany wskazał, że dokumenty te były niezbędne do zawiadomienia Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o terminie rozpoczęcia robót. Dokumenty zostały dostarczone w dniu 7 października 2011 roku, zatem Nadleśnictwo nie ponosi winy w nieterminowym przekazaniu placu budowy.

W piśmie z dnia 17 maja 2011 roku powód zaprzeczył prawdziwości twierdzeń pozwanego i wskazał, że przyczyną opóźnienia w przekazaniu placu budowy było zaniedbanie obowiązków zamawiającego i nieuzasadniona zwłoka w przekazaniu placu budowy. Wskazał, że wykonanie robót w dacie od dnia przekazania placu budowy do dnia zakończenia robót ustalonego w umowie było obiektywnie niemożliwe.

W odpowiedzi na powyższe pozwany wskazał, że oczekuje zakończenia przedmiotu umowy i podtrzymuje swoje stanowisko.

Pismem z dnia 23 maja 2011 roku skierowanym do pozwanego Z. N. (1) stwierdził, że brak jest postępu prac na budowie. Wskazał, że w maju odbyły się dwa spotkania mające na celu wyjaśnienie różnic pomiędzy przedmiarem z projektu a obmiarem, wykonawca miał rozpocząć prace, jednak tego nie uczynił.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 roku pozwany zwrócił się do powoda o przyspieszenie prac, gdyż brak możliwości korzystania z drogi stwarza zagrożenie prawidłowego zabezpieczenia lasu w przypadku pożaru. W odpowiedzi na powyższe powód wskazał, że już w listopadzie 2010 roku prace były na tyle zaawansowane, że możliwe było korzystanie z drogi zgodnie z jej przeznaczenie, a także obecnie brak jest jakichkolwiek przeszkód, by z niej korzystać.

Dowód: pismo z dnia 9.05.2011 r. – k. 173 – 174, operat powykonawczy – k. 175 – 176, pismo z dnia 11.05.2011 r. – k. 177 – 178, pismo z dnia 17.05.2011 r. – k. 179 – 181, pismo z dnia 23.05.2011 r. – k. 300, pismo z dnia 24.05.2011 r. – k. 182

W dniu 20 maja 2011 roku kierownik budowy D. W. wpisał w dzienniku budowy, że zakończono całość robót budowlanych. W dniu 24 maja 2011 roku geodeta wpisał do dziennika budowy, że zakończono pomiary geodezyjne. Z tej samej daty pochodzi wpis kierownika budowy, że zakończono dziennik budowy. W dniu 17 czerwca 2011 r. Z. N. (1) potwierdził w dzienniku budowy zakończenie robót.

Dowód: kopia fragmentu dziennika budowy – k. 505

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 roku skierowanym do Z. N. (1) powód poinformował pozwanego, że zakończył realizację inwestycji i zgłasza gotowość do odbioru zadania. Pismo to zostało nadane faksem. W wiadomości mailowej z dnia 14 czerwca 2011 roku skierowanej do J. D. (1) Z. N. (1) wskazał, że roboty nie są gotowe do odbioru, gdyż była wykonywana nawierzchnia tłuczniowa i wywożono nadmiar gruntu złożone na prywatnej działce, a nadto nie był wykonany jeden zbiornik chłonno – odparowujący.

W dniu 10 czerwca 2011 roku kierownik budowy D. W. złożył oświadczenie, że budowa została wykonana zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz, że zmiany wprowadzane do projektu były nieistotne.

Pismem z dnia 27 czerwca 2011 roku pozwany wskazał, że wykonawca ma obowiązek zgłosić odbiór robót na piśmie, a pozwany dotąd takowego pisma nie otrzymał. Pismem z tej samej daty powód poinformował pozwanego, że zgłosił już pisemnie roboty do odbioru kierując pismo do przedstawiciela zamawiającego Z. N. (2), który jako inspektor nadzoru zgodnie z umową jest przedstawicielem zamawiającego na budowie.

Również w dniu 27 czerwca 2011 roku powód poinformował Z. N. (2), że pomimo zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru zadania, nie wyznaczono terminu odbioru robót.

Pismem z dnia 29 czerwca 2011 roku zamawiający wyznaczył termin rozpoczęcia czynności odbiorowych na dzień 6 lipca 2011 roku.

Dowód: pismo z dnia 10.06.2011 r. – k. 195 - 196, pismo z dnia 27.06.2011 r. – k. 198, pismo z dnia 27.06.2011 r. – k. 199, pismo z 27.06.2011 r. – k. 203, pismo z dnia 29.06.2011 r. – k. 205, oświadczenia kierownika budowy – k. 209, k. 210, decyzja – k. 513, zeznania S. Z. – k. 638 - 642

Pismem z dnia 1 lipca 2011 roku powód przekazał pozwanemu dokumenty odbiorowe i dziennik budowy dotyczący inwestycji.

Dowód: pismo z dnia 1.07. 2011 r. – k. 208, dziennik budowy – k. 211 – 219

Czynności odbiorowe rozpoczęto 6 lipca 2011 roku, a zakończono 19 lipca 2011 roku. W protokole końcowego odbioru robót wskazano, że roboty inżynierskie drogowe zostały wykonane pod względem technicznym w sposób właściwy, z odpowiednich materiałów i stwierdzono, że zakres rzeczowy przedmiotu umowy został wykonany.

Dowód: protokół z rozpoczęcia czynności odbiorowych – k. 223, protokół odbioru końcowego – k. 223 – 224

W przypadku rozpoczęcia robót w dniu 21 września 2010 roku możliwe było ukończenie prac w określonym umową terminie, tj. do dnia 15 listopada 2010 roku, przy zaangażowaniu około 30 pracowników i przy normalnej liczbie jednostek sprzętu (1-2 szt.). Panujące warunki atmosferyczne miały wpływ na utrudnienie bądź wręcz uniemożliwienie prowadzenia robót dla realizacji całego zadania, w szczególności w sytuacji gdy teren budowy został przekazany dopiero 13 października 2010 r. Występujące opady atmosferyczne i ujemne temperatury uniemożliwiały prowadzenie robót budowlanych, przy zachowaniu odpowiedniej jakości i założonych parametrach i wymaganiach zawartych w specyfikacji robót.

Panujące warunki atmosferyczne miały wpływ na uplastycznienie gliniastego gruntu. Prowadzone prace – technologia ich wykonania nie miały wpływu na uplastycznienie gruntu, które mogło wynikać z jego gliniastej struktury, długotrwałych opadów deszczu i śniegu, niskich temperatur uniemożliwiających w znacznym stopniu wysychanie gruntu. Miało to wpływ na utrudnienia w realizacji robót oraz na przedłużenie terminu zakończenia robót. Sprzyjające warunki atmosferyczne wystąpiły ok. 20 kwietnia 2011 roku, a prace wznowiono już 25 marca 2011 roku. Działania powoda polegające na wstrzymaniu prac w powyższym okresie były prawidłowe i logiczne, wpisujące się w powstałą sytuację, związaną z warunkami atmosferycznymi i zmianą projektu, ostatecznie przedłożoną w dniu 31 marca 2011 roku.

Przyczyną dokonania zmian projektowych odcinka drogi w wąwozie był brak możliwości wykonania robót zgodnie z projektem na odcinku w wąwozie na skutek konieczności podcięcia skarp, co mogło spowodować osunięcie skarp. Prace zamiennie miały wpływ na termin realizacji robót o co najmniej 31 dni roboczych. Wykonawca musiał przerwać roboty w celu uniknięcia obsunięcia się skarp wąwozu oraz konieczności opracowania projektu zamiennego. Prowadzenie robót bez wprowadzonych robót zamiennych mogło spowodować obsunięcie się gruntu i zniszczenie części robót już wykonanych.

Przyczyną podcięcia skarp w wąwozie był zaprojektowany zbyt niski poziom drogi w wąwozie, co skutkowało koniecznością wykonania bardzo stronnych – prawie pionowych ścian przy drodze, bez miejsca na koryta odwadniające. Skutkowało to koniecznością podniesienia poziomu, dodatkowych prac zamiennych i nawiezienia gruntu, a następnie jego zagęszczenia. Zostało to rozliczone w kosztorysie prac dodatkowych.

Ze względu na przewidziane zgodnie z projektem prace wymagające zagęszczenia gruntu do odpowiednich parametrów, jak również wykonanie brukowania w betonie, prace przy obniżonych temperaturach w lutym i marcu nie mogły być wykonywane bez wpływu na ich jakość.

Wprowadzenie zmian w projekcie i robót zamiennych, spowodowało konieczność wykonania zwiększonej ilości robót, co wpłynęło na wydłużenie czasu realizacji robót o co najmniej 31 dni roboczych. Czynności związane z koniecznością zmian projektowych łącznie z oczekiwaniem na projekt zamienny spowodowały wydłużenie prac o 50 dni.

Dowód: opinia biegłego sądowego – k. 713 – 750, ustna opinia uzupełniająca – rozprawa z dnia 12.05.2014 r. – k. 794

Prace zostały wykonane zgodnie z umową, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną i dobrymi praktykami w zakresie prowadzenia robót budowlanych. Nie wystąpiły żadne wady i usterki w wykonanych przez powoda pracach.

Dowód: opinia biegłego sądowego – k. 713 – 75, ustna opinia uzupełniająca – rozprawa z dnia 12.05.2014 r. – k. 794

Zasadniczymi czynnikami, które spowodowały wydłużenie terminu zakończenia robót, było nieterminowe przekazanie placu budowy wykonawcy, co uniemożliwiło rozpoczęcie robót i wykonanie ich w okresie sprzyjających temperatur, w konsekwencji wystąpiły w dalszym okresie bardzo niekorzystne warunki atmosferyczne, znacznie utrudniające bądź uniemożliwiające prowadzenie niektórych prac przy ujemnych temperaturach. Dodatkowo konieczność opracowania zmian projektu pierwotnego, obejmująca wprowadzenie prac zamiennych, przyczyniła się do konieczności wykonania prac dodatkowych i zamiennych oraz wydłużenia terminu wykonania robót.

Roboty mogły zostać zakończone około 20 maja 2011 roku.

Dowód: opinia biegłego sądowego – k. 713 – 750, ustna opinia uzupełniająca – rozprawa z dnia 12.05.2014 r. – k. 794

W dniu 19 lipca 2011 roku powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 812.160,93 zł.

W dniu 1 sierpnia 2011 roku powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 136.190 zł tytułem wykonanych robót dodatkowych.

Na roboty dodatkowe i zamiennie sporządzono kosztorys uproszczony. Roboty dodatkowe zostały wymienione w spisie, ze wskazaniem, że ich koszt zamknął się w kwocie 81.370,16 zł. Z kosztorysu uproszczonego wynikało zaś, że roboty dodatkowe i zamiennie wyniosły w sumie 110.723,58 zł.

Dowód: faktury VAT – k. 228, k. 229, kosztorys – k. 230 – 231, k. 232 – 233

Pismem z dnia 25 lipca 2011 roku pozwany poinformował powoda, że roboty zostały wykonane ze zwłoką wynoszącą 224 dni, a zatem zamawiający jest uprawniony do naliczenia zgodnie z umową kary umownej w wysokości 0,5 % za każdy dzień zwłoki, w sumie 112 %, a więc kwoty 909.620,24 zł.

Pozwany oświadczył, że na podstawie art. 498 § 1 k.c. dokonuje potrącenia tej kwoty z należności wynikającej z faktury do kwoty 812.160,93 zł, a zatem do zapłaty pozostaje kwota 97.459,31 zł, której zapłaty oczekuje do dnia 10 sierpnia 2011 roku.

Jednocześnie pozwany wystawił notę księgową na kwotę 909.620,24 zł.

W odpowiedzi na powyższe, powód pismem z dnia 1 sierpnia 2011 roku wskazał, że brak jest podstaw do obciążania go karami umownymi, gdyż przyczyny powstania opóźnień obciążają zamawiającego. Nadto powód wskazał, że na podstawie § 12 pkt 2 a umowy obciąża pozwanego karą umowną w wysokości 89.337,70 zł za zwłokę w przekazaniu terenu budowy, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki (22 dni). Powód doręczył pozwanemu jednocześnie ponownie fakturę VAT za roboty dodatkowe na kwotę 136.190 zł wraz z kosztorysem tych robót.

Dowód: pismo z dnia 25.07.2011 r. – k. 234, nota – k. 235, pismo z dnia 1 sierpnia 2011 r. – k. 236, potwierdzenie nadania i odbioru – k. 240

Pismem z dnia 2 sierpnia 2011 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwot: 812.160,93 zł tytułem faktury VAT nr (...), 136.190 zł tytułem faktury VAT nr (...) oraz kwoty 89.337,70 zł tytułem kary umownej naliczonej za nieterminowe przekazanie placu budowy. Termin do zapłaty został wyznaczony na 7 dni od dnia otrzymania wezwania do zapłaty.

W odpowiedzi pozwany zwrócił powodowi fakturę VAT nr (...) bez księgowania jako bezpodstawną i wskazał, że odmawia zapłaty ww. kwoty wskazał, że nie dochowano wynikających z umowy wymogów dotyczący akceptacji robót dodatkowych. Wskazał również, że bezpodstawne było naliczenie kary umownej za zwłokę w przekazaniu placu budowy, gdyż w dniu 21 września 2011 roku nie zgłosił się przedstawiciel wykonawcy a w szczególności kierownik budowy. Ponadto wykonawca nie dostarczył dokumentów niezbędnych do przekazania placu budowy i zgłoszenia Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego zamiaru rozpoczęcia robót.

Dowód: pismo z dnia 2.08.2011 r. – k. 241 – 242

Pismem z dnia 24 sierpnia 2011 roku powód sformułował ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty kwot: 812.160,93 zł tytułem faktury VAT nr (...), 136.190 zł tytułem faktury VAT nr (...) oraz kwoty 89.337,70 zł tytułem kary umownej naliczonej za nieterminowe przekazanie placu budowy.

W odpowiedzi na powyższe pozwany wskazał, że w odniesieniu do robót dodatkowych na kwotę 136.190 zł oraz kar umownych na kwotę 89.337,70 zł odmawia ich zapłaty, zaś w odniesieniu do należności głównej w kwocie 812.160,93 zł - również odmawia zapłaty, gdyż należność ta została zaspokojona przez potrącenie z kar umownych należnych Nadleśnictwu w kwocie 909.620,24 zł.

Dowód: pismo z dnia 24.08.2011 r. – k. 249, pismo z dnia 31.08.2011 r. – k. 251

W dniu 20 października 2011 roku powód skierował do pozwanego ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty. Pozwany odmówił zapłaty.

Dowód: pismo z dnia 20.10.2011 r. wraz z odwozem nadania – k. 252 – 253, pismo z dnia 31.10.2011 r. – k. 254

Na wniosek powoda Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej wydał zestawienie wysokości temperatur i opadów atmosferycznym od września 2010 r. do czerwca 2011 roku, zanotowanych w G..

Dowód: zestawienie – k. 256 – 265

Pozwem z dnia 10 kwietnia 2012 roku Skarb Państwa Nadleśnictwo B. wniósł przeciwko (...) S.A. do Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim pozew o zapłatę kwoty 97.459,31 zł, wskazując w uzasadnieniu, że kwota dochodzona pozwem stanowi różnicę pomiędzy karą umowną za 224 dni zwłoki w wykonaniu robót w wysokości 909.620,24, która obciążył (...) SA, a wysokością należnego tej spółce wynagrodzenia za wykonanie robót (812.160,93 zł).

Dowód: pozew – k. 302 – 304

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie, a podlegało częściowemu oddaleniu jedynie z tego powodu, że w pewnym zakresie okazał się uzasadniony zarzut potrącenia przedstawiony przez pozwanego.

W niniejszej sprawie powód dochodził zapłaty kwoty 812.160,93 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 19 sierpnia 2011 roku – tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, objęte pierwotną umową, kwoty 136.190 zł z odsetkami od dnia 1 września 2011 roku – tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych oraz kwoty 89.337,70 zł tytułem kary umownej za nieterminowe przekazanie placu budowy. Analiza materiału dowodowego w płaszczyźnie mających zastosowanie w realiach sprawy norm prawa materialnego, doprowadziła Sąd Okręgowy do przekonania, że żądania powoda co do zasady zasługują na uwzględnienie.

Pozwany domagał się oddalenia powództwa, podnosząc przede wszystkim zarzut potrącenia kwoty dochodzonej pozwem tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, objęte pierwotną umową z przysługującym mu roszczeniem z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie robót (za 224 dni w kwocie 909.620,24 zł), a także zakwestionował zarówno co do zasady jak i co wysokości zadanie zapłaty kwoty 136.190 zł tytułem robót dodatkowych i zamiennych wskazując, że wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy, nie może więc się domagać zapłaty kwoty wyżej niż zaoferowana za wykonanie prac objętych umową, a także wskazując, że wbrew twierdzeniom powoda zakres prac dodatkowych nie wykraczał poza określenie przedmiotu zamówienia. Wreszcie pozwany podnosił, że niezasadne jest żądanie zapłaty kwoty 89.337,79 zł z odsetkami tytułem kary umownej za 22 dni zwłoki w przekazaniu placu budowy, albowiem za nieprzekazanie placu budowy w terminie odpowiedzialność ponosił powód.

Biorąc zatem pod uwagę stanowiska stron wyrażone w procesie należało rozstrzygnąć czy powód wykonał prace objęte umową i czy należy mu się za nie wynagrodzenie, po drugie, która ze stron ponosi odpowiedzialność za nieprzekazanie placu budowy w terminie, po trzecie, czy były wykonywane roboty dodatkowe, jeśli tak to jakie i czy były objęte zakresem pierwotnej umowy oraz jaka była ich wartość i wreszcie, czy doszło do zawinonego przez powoda opóźnienia (zwłoki) w wykonaniu robót, co uprawniałoby pozwanego do naliczenia kary umownej. Dodatkowo, w ramach kwestii podstawowych rozstrzygnięcia wymagało czy roboty dodatkowe mogły w ogóle być zlecone skoro umowa została zwarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, po drugie zaś czy przewidziane w umowie kary umowne, którymi strony obciążyły się nawzajem, nie są rażąco wygórowane (gdyż każda ze stron podniosła zarzuty miarkowania kary umownej). Wreszcie ocenie Sądu podlegało, czy podniesiony zarzut potrącenia zasługiwał na uwzględnienie w sensie materialnoprawnym, a więc, czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 498 § 1 k.c.

Żądanie zapłaty kwoty 812.160,93 zł powód wywodził z łączącej strony umowy o roboty budowlane, a zatem podstawę prawną powództwa stanowił przepis art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Treść umowy nie pozostawia wątpliwości co do jej kwalifikacji, również żadna ze stron nie podnosiła zarzutu, że łącząca je umowa była umową innego rodzaju.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W orzecznictwie przyjmuje się, że w procesie cywilnym strony mają obowiązek twierdzenia i dowodzenia tych wszystkich okoliczności (faktów), które stosownie do art. 227 k.p.c. mogą być przedmiotem dowodu. Reguły rozkładu ciężaru dowodu, stosowane przez Sąd w fazie wyrokowania, mają fundamentalne znaczenie dla dokonania prawidłowej oceny wykonania przez każdą ze stron obowiązku dowodzenia w zakresie przesłanek uzasadniających roszczenie lub zwalniających stronę pozwaną od konieczności jego spełnienia. Obowiązkiem Sądu jest ustalenie, czy strona inicjująca proces wykazała okoliczności faktyczne, których zaistnienie determinuje możliwość jego skutecznego wpisania (subsumcji) w odpowiednią podstawę prawną. Jeśli ustalenia takiego dokonać nie można, to fakt ten samoistnie niweczy zasadność powództwa i to niezależnie od tego, czy pozwany z kolei udowodnił podstawy faktyczne przyjętej linii obrony czy też nie (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 4 października 2012 roku, sygn. akt I ACa 510/12, LEX nr 1237866).

W realiach mniejszej sprawy zasadność żądania zapłaty kwoty 812.160,93 zł nie budzi żadnych wątpliwości. Powód wykazał za pomocą złożonych do akt sprawy dowodów z dokumentów, w postaci faktur VAT, umowy, protokołu odbioru, wypisów z dziennika budowy, korespondencji oraz zeznań świadków i swego przedstawiciela – że wykonał roboty objęte umową i że nie były one obarczone żadnymi wadami. Potwierdzeniem powyższego jest również dowód z opinii biegłego, który stwierdził, że prace zostały wykonane zgodnie z umową, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną i dobrymi praktykami w zakresie prowadzenia robót budowlanych, czego potwierdzeniem zdaniem biegłego jest również fakt niezgłaszania wad i usterek przez zamawiającego (k. 725). Wysokość wynagrodzenia powoda nie była kwestionowana i wynikała wyraźnie z umowy i poprzedzającego umowę ogłoszenia o przetargu oraz treści oferty. W oparciu o powyższe należało zatem uznać, że żądanie powoda zapłaty wynagrodzenia za wykonanie podstawowego zakresu robót zasługiwało w całości na uwzględnienie.

Mogło być ono jednak zniweczone, gdyby zasadny okazał się zgłoszony przez pozwanego zarzut potrącenia kwoty 909.620,24 zł, którą pozwany obciążył powoda tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy.

Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią umowy prace miały zostać rozpoczęte w dniu 21 września 2010 roku, zaś zakończone w dniu 15 listopada 2010 roku. Niesporne jest, że prace zostały rozpoczęte w dniu 18 października 2010 roku, a więc prawie miesiąc po terminie wynikającym z umowy. Pozwany twierdził, że to powód jest odpowiedzialny za nieterminowe rozpoczęcie prac, gdyż po pierwsze nie zgłosił się we właściwym terminie w celu odebrania placu budowy, po drugie zaś, mimo wielokrotnych monitów telefonicznych, nie złożył w odpowiednim terminie dokumentów obrazujących uprawnienia kierownika budowy, które zamawiający powinien przedłożyć przy zgłoszeniu Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego o rozpoczęciu robót.

Analiza materiału dowodowego zebranego w aktach sprawy dowiodła jednak, że twierdzenia pozwanego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z umową (podpisaną dnia 20 września 2010 roku) do obowiązków zamawianego należało przekazanie wykonawcy frontu robót w dniu 21 września 2010 roku (§ . Wykonawca zaś zobowiązany był do wykonania robót zgodnie z dokumentacją techniczną oraz w zgodzie z obowiązującymi przepisami i normami. Umowa nie zawiera

żadnych postanowień odnośnie sposobu i miejsca przekazania placu budowy, jak również przekazania wykonawcy dokumentów, w oparciu o które roboty miały być wykonane, należało więc uznać, że strony ustaliły te kwestie poza treścią umowy.

Do pozwu dołączono oświadczenie kierownika budowy D. W. z dnia 20 września 2010 roku, iż posiada stosowne uprawnienia budowlane, jak również decyzje i zaświadczenia nadające i stwierdzające te uprawnienia. Nie ma natomiast żadnego miarodajnego dowodu na to, że tych dokumentów nie przekazano pozwanemu po zawarciu umowy, zwłaszcza, że już w treści umowy wskazano, że kierownikiem budowy i przedstawicielem wykonawcy na budowie będzie D. W.. Co więcej nie ma podstaw do twierdzenia, że dokumenty te były niezbędne dla przekazania placu budowy.

Z protokołu przekazania placu budowy z dnia 13 października 2010 roku nie wynika, aby przekazywano wykonawcy jakiegokolwiek dokumenty, o których zeznawali świadkowie wnioskowani przez pozwanego, a których przekazanie było rzekomo konieczne przed faktycznym przejściem budowy na miejscu. Co więcej w tym zakresie sprzeczne ze stanowiskiem pozwanego są zeznania J. D. (1), który zeznał, że powód przekazał mu stosowne dokumenty 7 października 2010 roku, ale jednocześnie, do przekazania placu budowy doszło dopiero tydzień później. Budzi także wątpliwości zeznanie J. D. (1) w zakresie, w jakim precyzyjnie podał datę przekazania mu dokumentów przez kierownika budowy i określił ją na 7 października 2010 roku, podczas gdy z 8 października 2010 roku pochodzi zawiadomienie o terminie rozpoczęcia robót i wnioski o wydanie dziennika budowy, który tego dnia również został wydany. W ocenie Sądu wskazanie tej właśnie daty ma sugerować, że od przekazania dokumentów zależało zawiadomienie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o rozpoczęciu prac oraz wydania dziennika budowy, a tym samym ma wskazywać na odpowiedzialność powoda za nieterminowe przekazanie placu budowy. Sąd jednak odmówił zeznaniom świadka waloru wiarygodności w powyższym zakresie, gdyż jest w ocenie Sądu nieprawdopodobne, by precyzyjnie zapamiętał datę przekazania mu dokumentów przez D. W., sytuowaną w dodatku na ponad dwa lata przed dniem przesłuchania świadka. Nie ma żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że kierownik budowy zwlekał z przekazaniem stosownej dokumentacji, trudno także znaleźć argument dla uzasadnienia przyczyn takiej zwłoki.

Nadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 41 ust 4 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, na które jest wymagane pozwolenie na budowę, właściwy organ oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, co najmniej na 7 dni przed ich rozpoczęciem, dołączając na piśmie oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi), a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7. Nie ma jednak podstaw by z powyższego przepisu wywodzić, iż do przekazania placu budowy musi dojść dopiero po złożeniu dokumentów, o których w nim mowa. Innymi słowy, przekazanie placu budowy może nastąpić przed zawiadomieniem Inspektora Nadzoru Budowlanego, zwłaszcza, że niektóre prace o charakterze przygotowawczym mogą być wykonywane przez takim zawiadomieniem, a – o ile były podjęte - ich zaawansowanie powinno być stwierdzone w protokole przekazania placu budowy.

Należy także zauważyć, że w pismach z dnia 17.11.2010 roku i z dnia 23.12.2010 roku powód wskazywał, że przyczyną opóźnienia prac było nieterminowe przekazanie placu budowy, za co wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, zaś pozwany udzielając odpowiedzi na przedmiotowe pisma, w ogóle nie odnosił się do tej kwestii, a w szczególności nie podważał stanowiska powoda, że to nie powód jest odpowiedzialny za nieterminowe przekazanie placu budowy (k. 146 -150).

W aktach sprawy nie ma żadnego miarodajnego dowodu dla wykazania, że strony ustaliły, iż odbiór placu budowy ma nastąpić w siedzibie Nadleśnictwa. Sąd nie daje w tym zakresie wiary notatce służbowej z dnia 21 października 2010 roku, sporządzonej przez J. D. (1), gdyż jej walor poznawczy jest niewielki. Po pierwsze została ona sporządzona dopiero miesiąc po planowanym terminie przekazania placu budowy, a J. D. (1), w swoich zeznaniach nie potrafił

wytłumaczyć dlaczego sporządził tę notatkę dopiero po miesiącu. Po drugie w ocenie Sądu nielogiczne jest, aby przekazanie terenu budowy miało nastąpić w jakimkolwiek innym miejscu niż na placu budowy.

Zgodnie z art. 22 pkt 1 pr. bud. protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy należą do podstawowych obowiązków kierownika budowy. W doktrynie wskazuje się, że protokół przekazania placu budowy powinien zawierać oznaczenie stron, miejsca i daty sporządzenia, nazwę inwestycji, jak też określenie miejsca położenia terenu budowy, za pomocą adresu, numerów działek i innych cech charakteryzujących ten teren. Protokół powinien odpowiadać rzeczywistości stanowi faktycznemu i określać zawarte w nim informacje możliwie precyzyjnie.

Protokół winien potwierdzać kontrolę stron co do prawidłowego wyznaczenia przebiegu granic terenu budowy, jak też określenie spełnienia innych obowiązków przekazującego w zakresie organizacji placu budowy.

Protokół przekazania terenu budowy powinien zawierać informacje o tym, jakie działania związane z przygotowaniem procesu inwestycyjnego zostały na danym terenie już wykonane przez inwestora lub innych wykonawców, czy zostały wykonane uprzednio np. prace geodezyjne bądź niwelacyjne, mające charakter prac przygotowawczych.

Biorąc pod uwagę powyższe wymogi wskazać należy, że odebranie terenu budowy nie jest możliwe w miejscu innym niż plac budowy. Co prawda z zeznań świadków pozwanego (min. J. D. (1) czy H. Ł. (1)) wynikało, że powód miał się stawić w siedzibie Nadleśnictwa w celu dostarczenia dokumentów kierownika budowy oraz przekazania dokumentacji technicznej i innej przez zamawiającego a następnie przedstawiciele stron mieli wspólnie udać się na plac budowy, jednak zdaniem Sądu wyjaśnienia te są niewiarygodne.

Jak wynika z materiału dowodowego, pewne prace o charakterze przygotowawczym zostały rozpoczęte przez protokolarnym przekazaniem placu budowy, trudno więc sobie wyobrazić, by powód mógł je wykonywać nie dysponując kompletną dokumentacją budowy. Po drugie, skoro wykonawca rzekomo dostarczył dokumenty dopiero 7 października, to niezrozumiałe jest przekazanie placu budowy dopiero tydzień później. Nadto, skoro pozwany dysponował jak twierdzą zawnioskowani przez niego świadkowie kompletem dokumentów w dniu 7 października 2010 roku, a już następnego dnia zgłosił zamiar rozpoczęcia robót, pozostaje także niezrozumiałe dlaczego wskazał, iż roboty mające się zacząć 18 października 2010 roku, skoro mogłyby się zacząć 15 października 2010 roku (zgłoszenia należy dokonać najpóźniej tydzień przed rozpoczęciem robót).

W konkluzji należy wskazać, że przekazanie placu budowy było obowiązkiem obciążającym zamawiającego (jak wynika z umowy), powinien on więc być zadbać o należytą komunikację stron w zakresie ustalania miejsca i czasu przekazania placu budowy. Nadto, skoro jak twierdzili świadkowie J. D. i H. Ł., powód nie stawił się w dniu 21 września 2010 roku na odbiór prac, to pozwany powinien podjąć jakiegokolwiek działania w celu zmobilizowania powoda do oczekiwanej aktywności. Wreszcie wskazać trzeba, że nawet przy przyjęciu, iż powód nie złożył wymaganych oświadczeń kierownika budowy, nie stało to na przeszkodzie przekazania placu budowy i kontynuowania czy zabezpieczenia prac przygotowawczych, a dopiero następnie zgłoszenie Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego. Również biegły sądowy w swojej opinii stwierdził, że nie można wiązać terminu przekazania terenu budowy z koniecznością dostarczenia zaświadczeń potwierdzających kwalifikacje kierownika budowy, gdyż przekazanie terenu budowy jest czynnością pomiędzy wykonawcą a inwestorem i nie jest uwarunkowane żadną zgodą i wymaganiami urzędów i instytucji. Jednocześnie przekazanie placu budowy wcale nie oznacza automatycznie, że z tym dniem następuje rozpoczęcie prac, dla których wymagane jest bezwzględnie zawiadomienie z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem Inspektora Nadzoru Budowlanego o planowanym terminie rozpoczęcia prac.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd uznał, że nieprzekazanie placu budowy w terminie wynikającym z umowy, nie obciąża wykonawcy, lecz zamawiającego. Konkluzja ta ma dwie istotne konotacje, z jednej bowiem strony oznacza, że powód miał uprawnienie do naliczenia pozwanemu kary umownej za nieterminowe przekazanie placu budowy, z drugiej zaś strony ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny, na ile niewykonanie prac w terminie obciążało powoda. Jest bowiem oczywiste, że skoro przekazanie placu budowy nastąpiło z przekroczeniem terminu umownego

z przyczyn leżących po stronie pozwanego, to również i opóźnienie w wykonaniu robót przez powoda, co najmniej o czas odpowiadający czasowi zwłoki w przekazaniu placu budowy, nie może obciążać powoda.

Jednak zdaniem Sądu nieprzekazanie placu budowy w terminie spowodowało o wiele dalej idące konsekwencje i miało o wiele istotniejszy wpływ na niemożność zakończenia prac w terminie, aniżeli to wynikało z przekroczenia w przekazaniu placu budowy o 21 dni. Z umowy wynikało, że na wykonanie prac strony przewidziały 38 dni roboczych (od 21 września 2010 roku do 15 listopada 2010 roku). Oznacza to, że prace rozpoczęte 18 października 2010 roku (nie mogły się rozpocząć wcześniej, gdyż w zawiadomieniu pozwanego skierowanym do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego wskazano termin rozpoczęcia prac na 18 października 2010 roku) trwające 38 dni mogłyby się zakończyć 8 grudnia 2010 roku. To jednak było niemożliwe, z uwagi na wejście prac w porę zimową, co spowodowało dalsze, niezawinione przez powoda opóźnienie w wykonaniu prac.

Analizując tę kwestię należy odwołać się do opinii biegłego sądowego, który stwierdził w oparciu o dane meteorologiczne, że w okresie od września 2010 do czerwca 2011 roku występowały opady atmosferyczne, przy czym – w listopadzie było 19 dni z opadami, w grudniu 22 dni z opadami, w styczniu 16 dni, w lutym 9 dni i w marcu 8 dni z opadami. Biegły wskazał, że grunt na obszarze objętym zadaniem inwestycyjnym był gliniasty i jego stan utrudniał prowadzenie robót na skutek jego nawodnienia i uplastycznienia, który mógł się utrzymywać 3-5 dni przy temperaturach powyżej 10 stopni C., kiedy z gruntu może odparować wilgoć. Przy niższych temperaturach możliwości odparowania są mniejsze, zależą też od miejscowych właściwości gruntu, ukształtowania terenu i rodzaju otoczenia. Biegły wskazał, że od dnia przekazania placu budowy czyli 13.10.2010 roku aż do 20.04.2011 roku nie występowały warunki sprzyjające wysuszeniu gruntu.

Kolejną przyczyną opóźnienia w wykonaniu prac była konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych.

W opinii biegły wskazał, że konieczne było dokonanie zmian projektowych, głównie dotyczących poziomu i sposobu wykonania drogi w miejscu mocno wcinającym się w teren, tzw. wąwozie. Wskazał on, że zamiennie rozwiązania projektowe zostały wprowadzone jako skutek podcięcia skarp w wąwozie, czyli wykonania prawie pionowych ścian przy krawędzi drogi, co wynikało z ukształtowania terenu w wąwozie i braku miejsca na wykonanie umocnienia ścian skarp i wykonania odwodnienia. Powstała sytuacja wyniknęła po wytyczeniu poziomu przez wykonawcę zgodnie z projektem pierwotnym. Zdaniem biegłego wykonanie robót zamiennych, jak również czas potrzebny na konsultację z inwestorem i projektantem w celu ustalenia sposobu rozwiązania problemu jak również opracowanie niezbędnej dokumentacji zmieniającej projekt w tym zakresie, były bezsprzecznie okolicznościami wpływającymi na przedłużenie realizacji inwestycji.

Sąd w powyższym zakresie w pełni podziela stanowisko biegłego, który podtrzymał je również w czasie składania ustnej opinii uzupełniającej. Należało zatem wskazać, że w świetle opinii biegłego nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty pozwanego, że możliwa była realizacja zadania bez dodatkowych zmian projektowych, skoro jednocześnie wskazywany jest sposób zamiennych realizacji zadania według zmienionego przez projektanta projektu pierwotnego. Dopiero pismem z dnia 31 marca 2011 roku pozwany potwierdził zmianę technologii wykonania skarp na podstawie projektu zamiennego.

W tym kontekście nieuprawnione są twierdzenia pozwanego prezentowane jeszcze przed procesem, że co prawda wyraził zgodę na wykonanie części prac według zmienionego projektu, jednak w jego ocenie nie wiąże się to z uprawnieniem powoda do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia. Innymi słowy pozwany domagał się wykonania robót według zmienionego projektu, a jednocześnie wywodził, że wartość tych prac i robocizny mieści się w umówionym wynagrodzeniu ryczałtowym.

Stanowisko pozwanego jest dlatego nieuzasadnione, że zdaniem Sądu Okręgowego, roboty dodatkowe związane były z wynikłą w toku procesu inwestycyjnego koniecznością dokonania zmian projektowych zostały wykonane nie w ramach pierwotnej umowy, ale w ramach nowego kontraktu jaki strony zawarły, a którego celem była ostatecznie prawidłowa realizacja głównego przedmiotu umowy. Należy zauważyć, że proces budowlany jest dynamiczny i często nie da się przewidzieć w toku czynności przygotowawczych inwestycji wszystkich koniecznych prac do wykonania,

to samo należy odnieść do zmian wywołanych koniecznością zmiany rozwiązań projektowych. Z koniecznością przeprowadzenia dalszych prac dodatkowych wiąże się konieczność zwiększonego zakresu prac, co generuje dodatkowe koszty. W świetle zasad doświadczenia życiowego i realiów obrotu gospodarczego proces wykonania inwestycji i czynności prawne z tym związane należy ujmować dynamicznie. Sam planowany efekt prac może w praktyce ulegać zmianie w toku wykonywania prac (np. na skutek wprowadzenia zmian projektowych lub w przypadku zaistnienia konieczności wykonania robót wcześniej nie planowanych- co zdarza się. To zaś powoduje, że w praktyce często zachodzą sytuacje, gdy dotychczasowy wykonawca w ramach (ujmowanej jako całość) tej samej inwestycji otrzymuje zamówienie wykonania także innych prac nie objętych umową wcześniej wiążącą ją z inwestorem. W tym ujęciu w świetle przepisów prawa cywilnego nie jest koniecznym aby wykonanie zamawianych w różnym czasie przez inwestora u tego samego wykonawcy prac odbywała się w ramach jednej umowy (jedynie zmienionej przez kolejne czynności między jej stronami dochodzące do skutku w trakcie jej wykonywania). Nie jest bowiem wykluczone by w ramach jednej inwestycji między inwestorem a wykonawcą dochodziło do wykonywania poszczególnych robót na podstawie kilku obłądnych stosunków obligacyjnych. W świetle zasad prawa cywilnego, a zwłaszcza autonomii woli nie ma jakichkolwiek podstaw do uznania, że taka praktyka nie jest dopuszczalna. Przyjąć więc należy, że jest możliwym, by obok umowy pierwotnej doszło do późniejszego zawarcia dalszej umowy dotyczącej innych nie objętych pierwotną umową prac koniecznych do uzyskania pożądanego przez inwestora efektu procesu inwestycyjnego.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Analizując powyższy przepis w kontekście okoliczności faktycznych niniejszej sprawy należało uznać, że ewidentnie z przyczyn technicznych oraz gospodarczych nie było możliwe oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. Konieczność wykonania prac dodatkowych była wyraźnie związana z wadliwą technologią wykonania prac w wąwozie, ustaloną w pierwotnym projekcie, a jednocześnie, zmiana tej technologii była niezbędna dla prawidłowego wykonania umowy. Trudno sobie wyobrazić, aby w toku trwającego procesu budowlanego, prace w tym zakresie mogły być wykonane przez wykonawcę innego niż ten, z którym zawarto pierwotną umowę. Jednocześnie podkreślić trzeba, że wartość tych prac nie przekroczyła 50 % wynagrodzenia umownego.

Zdaniem Sądu strony zachowały tutaj również formę pisemną, gdyż powód zwrócił się na piśmie do pozwanego o potwierdzenie wykonania prac w wąwozie za pomocą nowej technologii, a pozwany złożył na piśmie oświadczenie, iż wyraża zgodę na takie wykonanie prac. Złożenie oświadczeń woli w formie pisemnej nastąpiło w realiach niniejszej sprawy przy zastosowaniu trybu, o którym mowa w art. 78 k.c.

W opinii biegły wskazał, że na skutek wprowadzonych zmian projektowych wystąpiły zwiększone ilości prac, głównie ziemnych, związanych z umocnieniem skarp, niezbędne do wykonania w stosunku do ilości przewidzianych w projekcie pierwotnym. Prace te dotyczyły zdjęcia humusu, wykopów, nasypów oraz formowania i zagęszczenia nasypów. Zakres robót dodatkowych, koniecznych dla prawidłowego zakończenia prac nie były kwestionowane przez pozwanego. Wskazać też należy, że zdaniem biegłego ilości robót ziemnych, szczególnie przy bardzo zróżnicowanej rzeźbie terenu, nie są możliwe do zweryfikowania przez oferentów, co stanowi podstawę do ustalania ceny umownej. Zdaniem biegłego konieczność wykonania dodatkowych robót - wielkości zwiększonych w stosunku do ilości wskazanych w kosztorysie inwestorskim, bezsprzecznie spowodowała konieczność zwiększonych nakładów robocizny, materiałów

i pracy sprzętu. Biegły wskazał również, że w tym zakresie sporządzony kosztorys podwykonawczy można uznać za odpowiadający zwiększonym ilościom robót.

W konkluzji należało stwierdzić, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie również w zakresie żądania zapłaty kwoty 136.190 zł za wykonanie robót dodatkowych, bez wykonania których niemożliwe było osiągnięcie efektu końcowego w postaci prawidłowego wykonania robót bez wad. Domaganiu się przez powoda dodatkowe wynagrodzenia nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że w umowie strony przewidziały ryczałtowe wynagrodzenie.

Na podstawie umowy o roboty budowlane, do których to postanowień stosuje się przepisy umowy o dzieło dzieło przyjmujący zamówienie może być zobowiązany do zapłaty zamawiającemu tzw. wynagrodzenia ryczałtowego- art. 632 k.c. Wynagrodzenie ryczałtowe to określane z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła, wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Strony mogą także przy umowach o dzieło określić wynagrodzenie kosztorysowo na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów- art. 629 k.c. (por. uchwała sądu Najwyższego z 29 września 2009 r. (III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33

W praktyce obrotu ukształtował się zwyczaj ustalania wynagrodzenia ryczałtowego z elementami wynagrodzenia kosztorysowego. W wypadku przyjęcia takiego sposobu określania wynagrodzenia, jest ono ustalane przez strony na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów z zastrzeżeniem, że należne wynagrodzenie nie może przekroczyć przyjętej umownie wysokości (element ryczałtowy). W takiej sytuacji, zastosowanie art. 629 k.c. będzie ograniczone. W realiach niniejszej sprawy strony w taki właśnie sposób ustaliły wynagrodzenie zawierając w § 4 umowy wyraźne odesłanie do kosztorysów ofertowych. W świetle zasad doświadczenia życiowego i realiów obrotu gospodarczego proces wykonania inwestycji i czynności prawne z tym związane należy ujmować dynamicznie. Sam planowany efekt prac może w praktyce ulegać zmianie w toku wykonywania prac (np. na skutek wprowadzenia zmian projektowych lub w przypadku zaistnienia konieczności wykonania robót wcześniej nie planowanych- co zdarza się. To zaś powoduje, że w praktyce często zachodzą sytuacje, gdy dotychczasowy wykonawca w ramach (ujmowanej jako całość) tej samej inwestycji otrzymuje zamówienie wykonania także innych prac nie objętych umową wcześniej wiążącą ją z inwestorem. W tym ujęciu w świetle przepisów prawa cywilnego nie jest koniecznym aby wykonanie zamawianych w różnym czasie przez inwestora u tego samego wykonawcy prac odbywała się w ramach jednej umowy (jedynie zmienionej przez kolejne czynności między jej stronami dochodzące do skutku w trakcie jej wykonywania). Nie jest bowiem wykluczone by w ramach jednej inwestycji między inwestorem a wykonawcą dochodziło do wykonywania poszczególnych robót na podstawie kilku obłądnych stosunków obligacyjnych. W świetle zasad prawa cywilnego, a zwłaszcza autonomii woli nie ma jakichkolwiek podstaw do uznania, że taka praktyka nie jest dopuszczalna. Przyjąć więc należy, że jest możliwym, by obok umowy pierwotnej doszło do późniejszego zawarcia dalszej umowy dotyczącej innych nie objętych pierwotną umową prac koniecznych do uzyskania pożądanego przez inwestora efektu procesu inwestycyjnego.

W tym miejscu należy również wskazać, że wobec zakwalifikowania trybu zawarcia nowej umowy według zasad opisanych w art. 67 Prawa zamówień publicznych, nie zachodziła potrzeba rozważania czy w świetle art. 144 PZP zlecenie wykonania prac dodatkowych stanowiło istotną zmianę umowy. Prace dodatkowe zostały zlecone na podstawie nowej umowy, a zatem jest oczywiste, że w żadnym sposób nie mogło to doprowadzić do jakichkolwiek zmian umowy pierwotnej.

Należy także odwołać się do pojęcia nieistotności zmian, która uprawniają w myśl art. 144 prawa zamówień publicznych do zmiany umowy, w warunkach przewidzianych w przepisie. Chodzi o zachowanie równowagi ekonomicznej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, która nie prowadzi do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa (...). Europejski Trybunał Sprawiedliwości kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext (...) v. (...) (B.), (...), (...) (...)*A (...) *registrierte G. mit beschränkter H. , LEX nr 410027, z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich v. C. S. di*

F. S. , (...) 2004, nr (...), s. I- (...) oraz z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich v. (...) , (...) 2000, nr (...), s. I- (...). W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 (...) wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dot. udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 (...) stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko (...) w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazuje na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W realiach mniejszej sprawy zmiana projektu leżąca po stronie zamawiającego, a wynikająca z konieczności prawidłowego wykonania drogi nie może być uznana za zmianę umowy niedozwolona przepisami zamówień publicznych.

Zasadne okazały się zarzuty obu stron dotyczące konieczności miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Należy podnieść, że pojęcie „rażącego wygórowania” kary umownej jest niedookreślonym zwrotem normatywnym. Ustawodawca nie określił w ustawie kręgu przypadków, w których można mówić o spełnieniu przesłanki „rażąco wygórowanej” kary umownej, a przepis art. 484 § 2 k.c. nie daje jakichkolwiek wskazówek co do stanów faktycznych oraz okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki „rażąco wygórowanej kary”. Niewątpliwie jest jednak, że celem redukcji kary umownej jest jej określenie przez sąd w takiej wysokości, aby utraciła ona cechę „rażącego wygórowania” w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. Przyjmuje się przy tym, że kara umowna może być „rażąco wygórowaną” już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności (wyrok SN z dnia 14.07.1976 r., I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.12.2008 r., V ACa 483/08, LEX nr 491137). Z tego też względu jednym z kryteriów i przesłanek podejmowania decyzji o zastosowaniu miarkowania kary umownej jest jej stosunek do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 30.11.2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369; wyrok SN z dnia 16.01.2009 r., III CSK 198/08, LEX nr 523684; wyrok SN z dnia 19.04.2006 r., V CSK 34/06, LEX nr 195426; wyrok SN z dnia 21.06.2002 r., V CKN 1075/00, LEX nr 566024). Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (wyrok SN z 19.04.2006 r., V CSK 34/06, LEX nr 195426). Przesłanka „rażącego wygórowania” implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą a żadaną karą (wyrok SN z 21.11.2007 r., I CSK 270/07, LEX nr 530614). Wniosek ten jawi się tym bardziej uzasadniony w sytuacji, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania.

W realiach niniejszej sprawy strony zastrzegły kary umowne w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego w stosunku dziennym, zarówno za nieterminowe przekazanie placu budowy, jak i za każdy dzień zwłoki w zakończeniu robót.

W sensie formalnym powód nie poniósł żadnej szkody z powodu niefermionowego przekazania placu budowy. Jedyną obciążającą go konotacją mogło być uznanie, że ponosi winę w opóźnieniu wykonania robót, jednak jak już wcześniej

wskazano, z całą pewnością termin wykonania prac musiały się przesunąć co najmniej o czas, w którym pozwany pozostawał w zwłoce z przekazaniem placu budowy. Powód nie poniósł zatem żadnej szkody, co implikuje uznanie, że żądanie kary umownej w wysokości 0,5 % dziennie wynagrodzenia umownego (niemałego skądinąd) jest rażąco wygórowane.

Podobnie należało ocenić żądanie pozwanego zapłaty kary umownej w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w oddaniu prac.

Wskazać należy, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe wynoszące 812.160,93 zł, zaś jak wcześniej wskazano, prace miały być wykonywane (zgodnie z założeniami umownymi) przez 38 dni roboczych. Założona kara umowna miała wynosić ponad 4.000 zł dziennie, a więc już 5 dniowe opóźnienie w wykonaniu prac powodowałoby konieczność zapłaty kary umownej niemal sięgającej wysokości dziennego wynagrodzenia za całość robót wraz z materiałami (ok. 21.000 zł). Zdaniem Sądu Okręgowego zestawianie tych okoliczności świadczy o rażącym wygórowaniu tej kary. Wskazać również należy, że pozwany także nie poniósł szkody majątkowej związanej z nieterminową realizacją robót. Przedmiotem prac było wykonanie drogi pożarowej, zaś jak wynika z materiału dowodowego, zwłaszcza zeznań osób przesłuchanych w sprawie z wniosku pozwanego, pozwanemu zależało na ukończeniu robót przed okresem wiosenno – letnim z uwagi na wzrastające ryzyko pożarowe. Jest zatem oczywiste i nie wymaga prowadzenia dowodów, że ryzyko pożarowe właśnie w porze zimowej jest niewielkie, zwłaszcza zaś w takich warunkach atmosferycznych, jakie panowały na przełomie 2010/2011, kiedy to występowały znaczne opady atmosferyczne i dość niskie temperatury. Jednocześnie, pomimo pewnych opóźnień, sama droga była przejezdna już w listopadzie 2010 roku. Biorąc to pod uwagę Sąd Okręgowy uznał, że również żądanie przez pozwanego kary umownej w takiej wysokości nie może się ostać. Ostatecznie bowiem kara umowna wyliczona przez pozwanego przekroczyła i to dość znacząco wysokość umownego wynagrodzenia za wykonanie prac. Uwzględnienie żądania pozwanego w całości (a więc uwzględnienie zarówno okresu opóźnienia, który zarzuca powodowi – 224 dni i wysokości kary umownej 0,5 % wynagrodzenia dziennie) doprowadziłoby do sytuacji, że pozwany dysponowałby niewadliwie wykonanymi robotami, zaś nie zapłaciłby za nie powodowi żadnego wynagrodzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Sąd uznał, że kara umowna powinna być ukształtowana w realiach sprawy – dla obu stron – maksymalnie na poziomie 0,2 % wynagrodzenia umownego dziennie. Kara w takiej wysokości jest znacznie niższa niż kara, którą strony zastrzegły w umowie (o ponad połowę) i zdaniem Sądu nie tylko należyście zabezpieczy interesy stron, gwarantując im sytuowaną na odpowiednim poziomie kompensatę za niewywiązanie się z poszczególnych postanowień umowy, ale spełni funkcję odszkodowawczą.

Kary umowne, jak już wyżej wskazano należą się powodowi za nieterminowe przekazanie placu budowy: za 20 dni zwłoki pozwanego (od 21 września do 13 października 2010 roku; zwłoka występowała jednak od dnia następującego po dniu wyznaczonym jako termin przekazania placu budowy i trwała do dnia poprzedzającego przekazanie placu budowy; w ocenie Sądu w dniu 13 października 2010 roku pozwany nie pozostawał już w zwłoce, gdyż doszło do przekazania placu budowy). Pozwanemu przysługiwała kara umowna również za 20 dni zwłoki w wykonaniu prac. Biegły stwierdził bowiem w opinii, z prace mogły zostać wykonane około 20 maja 2011 roku. Nie określił on zatem precyzyjnie terminu zakończenia prac, ani też termin ten nie jest możliwy do precyzyjnego zweryfikowania za pomocą jakichkolwiek innych dowodów.

W tej sytuacji Sąd przyjął że obu stron należą się kary umowne za taki sam okres opóźnienia (z jednej strony w przekazaniu placu budowy, z drugiej strony) w wykonaniu prac, mimo iż faktycznie gdyby precyzyjnie przyjąć datę 20 maja, różnica wynosiłaby 1 dzień. Przyjęcie takiego rozwiązania nie będzie krzywdzące dla żadnej ze stron gdyż w tej sytuacji kary umowne przysługujące im nawzajem, już po ich odpowiednim miarkowaniu, ustalone zostały na tym samym poziomie.

Wynagrodzenie umowne wynosiło 812.160,93 zł, a zatem kary umowne za każdy dzień zwłoki wynosiły 1.624,32 zł (812.160,93 zł x 0,2%). Skoro każdej ze stron przysługiwała karna umowna za taki sam czas, to po dokonaniu wzajemnych potrąceń (obie strony złożyły oświadczenia o potrąceniu) kary te skompensowały się nawzajem.

Sąd poczynił ustalenia faktyczne w oparciu o zebrane w aktach sprawy dowody z dokumentów, którym w całości przypisał walor wiarygodności. W większości wiarygodne okazały się też zeznania przesłuchanych w sprawie osób, które posłużyły do ustalenia stanu faktycznego jedynie w zakresie, w jakim świadkowie i strony nie wypowiedzieli się w materii wymagającej wiadomości specjalnych i tym samym zastrzeżonej dla biegłego. Częściowo Sąd odmówił wiarygodności zeznaniom świadków J. D. i H. Ł., o czym była mowa we wcześniejszej części uzasadnienia.

W istotnym zakresie ustalenia faktyczne oparte zostały o dowody z opinii biegłego, którą Sąd wykorzystał w całości. Biegły rzetelnie, rzeczowo i wyczerpująco odpowiedział na pytania postawione w tezie dowodowej, a następnie ustosunkował się do zarzutów stron w toku ustanej opinii uzupełniającej, po wygłoszeniu której pełnomocnicy stron nie mieli już dalszych pytań do biegłego i nie zgłaszali wniosku o dopuszczenie dowodu z innego biegłego. Należało zatem uznać, że postępowanie dowodowe zostało w tym zakresie przeprowadzone wyczerpująco i również przez strony zostało uznane za kompletne.

Mając na uwadze powyższe Sąd uwzględnił powództwo co do kwoty 812.160,93 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy wraz z odsetkami od dnia 19 sierpnia 2011 roku oraz co do kwoty 136.190 zł z odsetkami od dnia 1 września 2011 roku – tytułem robót dodatkowych.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c., uwzględniając, że faktury zostały wystawione odpowiednio w dniach: 19 lipca 2011 roku oraz 1 sierpnia 2011 roku, zaś wynikający z umowy termin płatności faktur wynosił 30 dni.

Powództwo zostało oddalone w zakresie żądania zapłaty kwoty 89.337,70 zł tytułem kary umownej za nieterminowe przekazanie placu budowy, gdyż jak wskazano, powodowi co prawda przysługiwała co do zasady kara umowna z tego tytułu, jednak w mniejszej wysokości. Ponieważ zaś jednocześnie pozwanemu przysługiwała również kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy trwająca od 20 maja do 10 czerwca, a obie strony złożyły oświadczenia o potrąceniu to obie te wierzytelności umorzyły się nawzajem, co skutkowało oddaleniem powództwa w tym zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., ustalając, że powód wygrał sprawę w 91,39 %, a pozwany w 8,61 % i pozostawiając szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu.