

Sygn. akt VIII GC 130/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Woźniak

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Monika Stachowiak

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2016 r. na rozprawie

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

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

I. oddała powództwo,

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.234 zł (siedem tysięcy dwieście trzydzieści cztery złotych) tytułem kosztów postępowania.

Sygnatura akt VIII GC 130/15

UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka akcyjna w S. wniosła o zasądzenie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwoty 209.608,56 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 16 listopada 2014 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu wskazała, że strony postępowania zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie prac budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych - likwidacja przejazdów w poziomie szyn w obszarze (...) N. - zadanie 4 - Wiadukt kolejowy w km 36.772 w ramach projektu: FS (...) - Modernizacja linii kolejowej E65, odcinek W. - G., etap II”. Elementem tych prac było wykonanie oznakowania poziomego chemoutwardzalnego. Pomimo przedłużenia terminu wykonania prac aneksem nr (...) do umowy, do dnia 29 lipca 2013 r., pozwana wykonała prace dopiero w dniu 21 września 2013 r. Wobec powyższego powódka naliczyła pozwanej karę umowną w kwocie 209.608,56 zł za 54 dni opóźnienia na podstawie § 14 ust. 1 lit. b) umowy, której pozwana pomimo wezwania nie zapłaciła.

W dniu 23 lutego 2015 r. Referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Szczecinie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym zgodnie z żądaniem powódki.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów procesu. Przyznała, że strony zawarły opisaną w pozwie umowę oraz trzy aneksy zmieniające jej treść. Zaprzeczyła, że opóźniła się z wykonaniem prac wynikających z umowy.

Pozwana wyjaśniła, że zawarcie aneksu nr (...) było wynikiem różnic w ilości robót wynikających z załącznika nr 1 do umowy oraz rzeczywistą ilością prac wynikających z projektu. Projekt przewidywał bowiem konieczność wykonania

oznakowania poziomego wraz z punktowymi elementami odblaskowymi. Zmianie uległ również stosunek tarcz znaków drogowych do słupków, rodzaj wynagrodzenia. W wyniku zmiany przepisów zaszła konieczność zmiany typu barier. Wartość prac objętych aneksem okazała się trzykrotnie wyższa niż pierwotnie przewidziana w umowie.

Pozwana wskazała, że przed przystąpieniem do wykonania prac, pozwana dwa miesiące oczekiwała na akceptację wyceny różnicowej kosztów oraz na akceptację zmiany technologii wykonania oznakowania poziomego z termoutwardzalnej na chemoutwardzalną. Ostateczna akceptacja zmiany technologii oznakowania poziomego została dokonana w dniu 28 sierpnia 2013 r. i przekazana powódce dopiero w dniu 29 sierpnia 2013 r. Ostateczne uzgodnienia dotyczące wykorzystywanych przez pozwaną materiałów uzyskano na piśmie w dniu 26 sierpnia 2013 r. Pozwana wskazała również, że w wrześniu 2013 r. w rejonie realizacji prac miały miejsce obfite opady deszczu, co uniemożliwiało wykonanie prac objętych aneksem nr (...). Strony podjęły również negocjacje w celu zawarcia kolejnego (czwartego) aneksu do umowy, do czego jednak nie doszło. Powyższe okoliczności miały wpływ na termin wykonania prac.

W świetle zaprezentowanej argumentacji pozwana podniosła, że nie można mówić o opóźnieniu w wykonaniu prac skoro zaistniały obiektywne przeszkody. Podkreślono, że powódka dopiero po upływie 8 miesięcy od dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy poinformowała pozwaną o naliczeniu kary umownej. Naliczenie tej kary było wynikiem otrzymania przez powódkę pisma pozwanej z żądaniem zapłaty nieuiszczonej części wynagrodzenia.

Z ostrożności procesowej pozwana wniosła o miarkowanie kar umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie, wykonanie znacznej części zobowiązania oraz brak szkody po stronie powódki.

W odpowiedzi na sprzeciw powódka wskazała, że pozwana nienależycie wykonywała umowę, niestaranie wykonywała prace, nie regulowała wynagrodzenia swoim podwykonawcom, co stanowiło zagrożenie dla płynności robót. Opóźnienie pozwanej w wykonaniu robót, miało wpływ na zwiększenie kosztów ogólnych budowy. Powódka zaprzeczyła, żeby warunki atmosferyczne uniemożliwiały pozwanej wykonanie prac w terminie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powódka zawarła umowę z (...) spółką akcyjną w dniu 26 maja 2010 r. umowę na realizację zadania pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych - likwidacja przejazdów w poziomie szyn w obszarze (...) N. - zdanie 4 - Wiadukt kolejowy w km 36,772 w ramach: FS (...) - Modernizacja linii kolejowej E65, odcinek W.-G., etap II.

Niesporne.

W pomocy technicznej dla przygotowania projektu modernizacji linii kolejowej E-65 na odcinku W.-D.-G. na terenie Polski w ramach umowy (...) - 01 wskazano, że oznakowanie poziome należy wykonać termoplastem z 5 letnim okresem trwałości.

Dowód: - pomoc techniczna (k. 94-113).

W dniu 21 sierpnia 2012 r. (...) spółka akcyjna z siedzibą w S. (wykonawca) oraz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. (podwykonawca) zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych - likwidacja przejazdów w poziomie szyn w obszarze (...) N. - zadanie 4 - Wiadukt kolejowy w km 36.772 robót drogowych polegających na wykonaniu: robót ziemnych, podbudowy z betonu asfaltowego, warstwy wiążącej nawierzchni z betonu asfaltowego, warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu asfaltowego oraz nawierzchni z kostki brukowej betonowej w zakresie szczegółowo określonym w załączniku nr 1 do umowy (Przedmiary robót), zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz dokumentacją projektową (§ 2 ust. 1 umowy). Podwykonawca oświadczył m. i.n, że zapoznał się z terminarzem realizacji przedmiotu umowy określonym w umowie oraz harmonogramie Kontraktu (§ 2 ust. 4 b) umowy).

W § 3 ust. 1 strony ustaliły następujące terminy realizacji robót: a) rozpoczęcie robót do 7 dni od daty podpisania umowy, b) zakończenie robót 20.10.2012 r.

Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, wynagrodzenie podwykonawcy za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy i usunięcie wszelkich wad przedmiotu umowy oraz spełnienie przez podwykonawcę wszelkich innych zobowiązań wynikających z umowy określono szacunkowo na kwotę 1.577.900,58 zł netto. Ostateczna wysokość wynagrodzenia miała zostać ustalona przy uwzględnieniu cen jednostkowych określonych w załączniku nr 1 do umowy (przedmiar robót) i rzeczywistych ilości robót wykonanych zgodnie ze specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową zatwierdzoną przez podwykonawcę. Zmiany ilości poszczególnych rodzajów robót powodujące zwiększenie wynagrodzenia określonego w zdaniu 1 wymagają aneksu do umowy. Strony postanowiły, że do wynagrodzenia podwykonawcy zostanie doliczony podatek VAT, w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury (§ 4 ust. 2 umowy).

W § 7 ust. 3 zd. 1 umowy strony postanowiły, że odbiór końcowy robót objętych przedmiotem umowy nastąpi po zakończeniu całości prac objętych umową.

W § 14 ust. 1 umowy strony postanowiły, iż kary umowne będą naliczane w następujący sposób: Podwykonawca zapłaci kary umowne: a) za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy lub jego części w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień opóźnienia.

W § 16 ust. 1 postanowiono, że osobą odpowiedzialną ze strony wykonawcy do realizacji umowy jest dyrektor kontraktu T. R..

W ramach umowy pozwana miała wykonać m. in. prace polegające na ustawieniu znaków pionowych na 17 słupkach, oznakowanie poziome termoplastem, ustawienie bariery ochronnej sp-08, wygrozdzenie łańcuchowe U-12b.

Dowody: - umowa nr (...) wraz z załącznikiem nr 1 (k. 13-29).

Strony postępowania trzykrotnie aneksowały zawartą umowę. W aneksie nr (...) z uwagi na niekorzystne warunki atmosferyczne oraz występowania wody na płycie dennej w najniższym punkcie tunelu na odcinku ok. 60 m, w § 1 zmieniły termin zakończenia prac na dzień 30 kwietnia 2013 r. W aneksie nr (...) zawartym w dniu 17 czerwca 2013 r. strony ustaliły termin zakończenia robót na dzień 21 czerwca 2013 r.

W dniu 8 lipca 2013 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...). W § 1 ust. 1 aneksu strony postanowiły, że ustala się nowy termin zakończenia robót na dzień 29 lipca 2013 r. W § 1 ust. 2 aneksu wprowadzono następującą zmianę do umowy: w § 3 ust. 1 umowy wprowadza się zapis lit c) zgodnie z którym podwykonawca wykona prace związane z wykonaniem nawierzchni oraz prace związane z oznakowaniem i urządzeniem bezpieczeństwa ruchu wymienione w pkt 5.4.2.27 do 5.4.3.31 załącznika nr 1 (Przedmiary robót w następujących terminach; c.1) do dnia 15.07.2013 wykonane zostaną prace wymienione w punktach od 5.4.2.3 do 5.4.2.8 oraz od 5.4.2.14 do 5.4.2.20, c.2) do dnia 11.07.2013 do 29.07.2013 wykonane zostaną prace wymienione w pkt; 5.4.2.27, 5.4.2.29, 5.4.2.30, 5.4.2.31, natomiast do dnia 29.07.2013 r. wykonane zostaną prace wymienione w pkt 5.4.2.28 - oznakowanie poziome chemoutwardzalne (zmiana technologii w zatwierdzeniu inżyniera kontraktu).

Dowody: - aneksy nr (...) do umowy (k.30-32, 76-77),

- korespondencja prowadzona przez strony drogą elektroniczną (k. 114),

- zeznania świadka P. A. (1) (od godz. 00:09:21 do 00:53:35

rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 234-237), T. G. (od

godz. 01:48:35 do 02:16:46 rozprawy w dniu 6.07.2013 r., k. 241-242),

Pozwana spółka była jedynym podwykonawcą powódki na zadaniu pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych - likwidacja przejazdów w poziomie szyn w obszarze (...) N. - zdanie 4 - Wiadukt kolejowy w km 36,772 w ramach: FS (...) - Modernizacja linii kolejowej E65, odcinek W.-G., etap II.

Pozwana korzystała z pomocy podwykonawców Z. K. i (...) K. C. M. K. (1) sp. j. w C.. Pozwana zalegała z zapłatą swoim podwykonawcom oraz dostawcy betonu na budowę. Pozwana miała problemy z uiszczeniem płatności na rzecz podwykonawców oraz niektórych dostawców materiałów budowlanych.

Pozwana zawarła z M. K. (2) i powódką oraz ze spółką jawną (...) w dniu 8 lipca 2013 r. umowy cesji wierzytelności, na podstawie których przeniosła na podwykonawców wierzytelności przysługujące jej od powódki, w kwocie odpowiadającej wynagrodzeniu podwykonawców.

W § 1 ust. 3 aneksu nr (...) strony w § 5 umowy dodały ust. 15 umożliwiający zapłatę wynagrodzenia przez powódkę bezpośrednio na rzecz podwykonawców pozwanej - M. K. (3) oraz (...) K. C., M. K. (1) sp. j. w C. oraz na rzecz dostawcy materiałów Przedsiębiorstwa (...) sp. z o. o. w M..

Funkcję dyrektora kontraktu pełnił ze strony pozwanej P. A. (1), N. R. była inżynierem budowy na tej inwestycji

Zmiana technologii wykonania robót wymagała zgody inżyniera kontraktu.

Pozwana przystąpiła do wykonania umowy. W trakcie wykonywania umowy zwiększył się zakres prac pozwanej w stosunku do prac wynikających z umowy oraz załącznika nr 1.

Dowody: - aneksy nr (...) do umowy (k.30-32),

- pismo inżyniera rezydenta z dnia 15.05.2014 r. (k. 53),

- umowy zawarte przez pozwaną z jej podwykonawcami (k. 192-198),

- umowy cesji wierzytelności (k. 199-206),

- zeznania świadków P. A. (1) (od godz. 00:09:21 do 00:53:35

rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 234-237), N. R. (od godz.

00:54:31 do 01:27:44 rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 237-239), T.

R. (od godz. 00:1:27:44 do 01:40:40 rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k.

239-240), T. G. (od godz. 01:48:35 do 02:16:46

rozprawy w dniu 6.07.2013 r., k. 241-242), K. L. (k. 306-

309), R. Ź. (od godz. 00:03:17 do 00:38:03 rozprawy w dniu

11.01.2015 r., k. 324-326), M. K. (4) (od godz. 00:40:14 do

01:02:49 rozprawy w dniu 11.01.2015 r., k. 326-327),

- zeznania za powódkę M. S. (od godz. 01:02:49 do 01:42:08

rozprawy w dniu 11.01.2015 r., k. 327-328).

W wiadomości e-mail z dnia 2 lipca 2013 r. skierowanej do K. L. R. K. (1) wskazała, że Inspektor Nadzoru miał następujące uwagi do zatwierdzeń materiałowych: w stałej organizacji ruchu występują oznakowania (...), (...), natomiast materiały, które zostały przekazane były na bariery (...).

W wiadomości wysłanej w dniu 4 lipca 2013 r. do T. G. R. K. (1) poinformowała, że przekazała pozwanej zmieniony projekt organizacji ruchu, gdzie były zmienione bariery wskazane przez inspektora, a przypadku różnicy cenowej w stosunku do zawartej umowy powódka wystąpi z wnioskiem roszczeniowym do inwestora. W kolejnym e-mailu - z dnia 5 lipca 2013 r. R. K. (2) zwróciła się o przesłanie powódce kosztorysu na wszystkie oznakowania, bariery, wygradzenia w celu wystąpienia do inwestora z wnioskiem o roboty dodatkowe.

Pismem z dnia 10 lipca 2013 r. pozwana zwróciła się do powódki o zatwierdzenie wyceny kosztów różnicowych związanych z wykonaniem oznakowania urządzeń i bezpieczeństwa ruchu wraz z dokumentami do zatwierdzenia barier ochronnych i wynagrodzenia U-12a.

W piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. skierowanym do powódki inżynier kontraktu wstępnie uzgodnił do stosowania balustrady U-11a, U-12a, masę chemoutwardzalną (...) oraz odbłaski bariery drogowej U-1c. Poinformował, że nie uzgadnia stalowych barier ochronnych SP-04, SP-06 w parametrach N2 W5 A.

Pismem z dnia 23 lipca 2013 r. pozwana poinformowała powódkę, że nie otrzymała potwierdzeń zatwierdzenia przez Inżyniera materiałów potrzebnych do wykonania stałej organizacji ruchu, bez których nie ma możliwości wykonania oznakowania oraz zabezpieczeń.

W wiadomości e-mail dnia 12 sierpnia 2013 r. powódka wskazała, że stałe znaki pionowe zostały już zatwierdzone, oznakowanie poziome chemoutwardzalne (...) zostało zatwierdzone - czekamy na akceptację zmiany technologii, że zostały zatwierdzone odbłaski bariery U-1c, że złożyła do zatwierdzenia U-12c i odbłasków na oznakowanie poziome, ogrodzenie U-12a zostało zaakceptowane przez Inżyniera Kontraktu, bariery typu N2/WSA zostały odrzucone przez Inżyniera Kontraktu. Zwróciła się również o uzupełnienie złożonych przez pozwaną dokumentów.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. z godz. 13:08 powódka wysłała pozwanej wniosek zatwierdzający oznakowanie pionowe. W odpowiedzi (e-mail z dnia 13.08.2013 r. godz. 13:37) na powyższe pozwana zwróciła się o dosłanie drugiej strony wniosku oraz o przesłanie dokumentu potwierdzającego akceptację wyceny kosztów różnicowych z dnia 10 lipca 2013 r.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2013 r. powódka zwróciła się do Inżyniera Kontraktu z prośbą o wyrażenie zgody na zmianę technologii wykonania oznakowania poziomego stałej organizacji ruchu z technologii termoplast na technologię oznakowania chemoutwardzalnego. Pismem z dnia 28 sierpnia 2013 r. skierowanym do inżyniera kontraktu, inwestor (...) wyraził zgodę na zmianę technologii oznakowania poziomego stałej organizacji ruchu. W piśmie z dnia 29 sierpnia 2013 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że inwestor zaakceptował zmianę technologii wykonania oznakowania poziomego z termoplast na chemoutwardzalną.

W dniu 22 sierpnia 2013 r. (godz. 10:51) P. A. (2) zwrócił się do pozwanej o zamówienie znaków pionowych oraz oznakowania poziomego chemoutwardzalnego. Zaproponował następującą cenę: - znaki zgodnie z pozycją umowy 300 zł za sztukę, - oznakowanie chemoutwardzalne 38 zł za metr bieżący. W odpowiedzi na powyższe (e-mail z dnia 22.08.2013 r., godz. 16:41) pozwana nie wyraziła zgody na zaproponowane przez powódkę ceny, wskazując, że zamówień dokona po zaakceptowaniu jej wyceny kosztów różnicowych. Wyjaśniła, że kwestionuje wyłącznie ilość słupków, że rozbiórka znaków wraz ze słupkami nie została uwzględniona w kosztorysie, a oznakowanie masami chemoutwardzalnymi jest droższe od termoplastu.

W piśmie z dnia 22 sierpnia 2013 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że uzgadnia do stosowania słupki blokujące - ogrodzenie łańcuchowe U-12c oraz nie uzgadnia punktowych elementów odblaskowych firmy (...). W

piśmie z dnia 22 sierpnia 2013 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że uzgadnia do stosowania punktowe elementy odblaskowe model C8o AW.

W wiadomości e-mail z dnia 26 sierpnia 2013 r. powódka zaproponowała cenę za oznakowanie chemoutwardzalne w wysokości 50 zł za metr bieżący. Wskazała, że jeżeli chodzi o balustrady i bariery energochłonne czeka na zatwierdzenie zakresu robót u inżyniera.

W wiadomości e-mail z dnia 12 września 2013 r. powódka poinformowała pozwaną, że akceptuje zaproponowane z piśmie z dnia 10 lipca 2013 r. ceny dotyczące wykonania oznakowania chemoutwardzalnego (55 zł/m²) oraz punktowych elementów odblaskowych (30 zł/sztuka), przy założeniu, że wejście na roboty związane z wykonaniem zakresu robót nastąpi dnia 16 września 2013 r.

Pismem z dnia 13 września 2013 r. powódka potwierdziła akceptację propozycji cenowej oraz ilościowej zaproponowaną przez pozwaną w piśmie z dnia 10 lipca 2013 r. dotyczącej wykonania stałej organizacji ruchu na kontrakcie „Budowa wiaduktu kolejowego w N.” przy założeniu, iż pozwana wykona oznakowanie poziome chemoutwardzalne oraz punktowe elementy odblaskowe w dniu 16 września 2013 r., a resztę elementów stałej organizacji ruchu w ciągu 21 dni od dnia 13 września 2013 r.

W wiadomości e-mail z dnia 13 września 2013 r. skierowanej do powódki pozwana potwierdziła termin wejścia na prace związane z wykonaniem oznakowania poziomego wraz z punktowymi elementami odblaskowymi w dniu 16 września 2013 r. Zwróciła uwagę, że prace te mogą być wykonywane przy sprzyjających warunkach, tj. brak opadów, sucha nawierzchnia.

Dowody: - korespondencja prowadzona przez strony postępowania w tym również za

pomocą poczty elektronicznej (k. 115-126, 134),

- korespondencja prowadzona przez powódkę z inżynierem kontraktu (k.

127-133),

- zeznania świadków P. A. (1) (od godz. 00:09:21 do 00:53:35

rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 234-237), N. R. (od godz.

00:54:31 do 01:27:44 rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 237-239), T.

R. (od godz. 00:1:27:44 do 01:40:40 rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k.

239-240), T. G. (od godz. 01:48:35 do 02:16:46

rozprawy w dniu 6.07.2013 r., k. 241-242), K. L. (k. 306-

309),

- zeznania za powódkę M. S. (od godz. 01:02:49 do 01:42:08

rozprawy w dniu 11.01.2015 r., k. 327-328).

We wrześniu 2013 r. w miejscu wykonywania inwestycji panowały niekorzystne warunki meteorologiczne, które charakteryzowały się zwiększonymi opadami deszczu.

W wiadomości e-mail z dnia 17 września 2013 r. pozwana poinformowała powódkę, że w dalszym ciągu nie może przystąpić do wykonania oznakowania poziomego wraz z punktowymi elementami odblaskowymi w J. ze względu na złe warunki atmosferyczne - opady deszczu. Poinformowała, że pozwana jest w ciągłej gotowości.

W odpowiedzi na powyższe, w wiadomości e-mail z dnia 17 września 2013 r. z godziny 23:14 powódka poinformowała pozwaną, że jutro bądź w czwartek ma być słonecznie więc liczy na wykonanie do końca tygodnia.

Dowody: - korespondencja prowadzona przez strony (k. 134-135),

- wydruki z internetowych portali pogodowych (k. 137-138),

- zeznania świadków P. A. (1) (od godz. 00:09:21 do 00:53:35

rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 234-237), T. G. (od

godz. 01:48:35 do 02:16:46 rozprawy w dniu 6.07.2013 r., k. 241-242),

K. L. (k. 306-309),

Pozwana zakończyła prace wynikające z umowy, tj. wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, w tym: malowanie termoplastem, elementy odblaskowe, znaki pionowe oraz słupki blokujące U-12c w dniu 21 września 2013 r., co zostało stwierdzone przez kierownika budowy wpisem w dzienniku budowy z dnia 30 września 2013 r.

Dowód: - kopia stron 29 i 30 dziennika budowy nr (...) (k. 33-34).

Strony postępowania rozważały zawarcie kolejnego - czwartego aneksu do umowy. Do zawarcia kolejnego aneksu do umowy nie doszło.

Dowody: - korespondencja stron wraz z projektami aneksu (k. 139-143),

- zeznania świadków P. A. (1) (od godz. 00:09:21 do 00:53:35

rozprawy w dniu 6.07.2015 r., k. 234-237), T. G. (od

godz. 01:48:35 do 02:16:46 rozprawy w dniu 6.07.2013 r., k. 241-242),

K. L. (k. 306-309),

W dniu 31 grudnia 2013 r. inwestor dokonał odbioru robót wykonanych w okresie od dnia 26 lipca do 31 grudnia 2013 r. W protokole wskazano, że zakres wykonanych robót jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i zatwierdzonym projektem wykonawczym, na podstawie protokołu odebrano elementy rozliczeniowych przedmiarów robót wyszczególnionych na odwrocie, zakres rzeczowy oraz wartość robót objętych protokołem jest ujęty w przedmiarach robót umowy, a protokół stanowi podstawę do wystawienia faktury Vat. Do protokołów załączono przedmiary robót o nr 5 i 10.

Dowody: - protokoły wraz z przedmiarami robót (k. 155-149).

Za wykonane prace pozwana wystawiła powódce faktury Vat: - o nr (...) na kwotę 512.378,38 zł brutto, - o nr (...) 215.999,43 zł brutto, - o nr (...) na kwotę 395.305,70 zł brutto, - o nr (...) na kwotę 623.029,94 zł brutto, - o nr (...) na kwotę 585.083,76 zł brutto. Powódka uiściła wynagrodzenie pozwanej z dwóch pierwszych faktur w kwocie 706.526,48 zł brutto, natomiast wynagrodzenie z trzech pozostałych faktur w kwocie 1.107.630,88 zł brutto zostało rozliczone przez powódkę przez bezpośrednią zapłatę na rzecz podwykonawców pozwanej.

Dowody: - faktury Vat wystawione przez powódkę pozwanej wraz z protokołami

zaawansowania robót (k. 79-87),

- wydruki potwierdzenia przelewów (k. 88-91),

- oświadczenia podwykonawców pozwanej (k. 92-93).

Pismem z dnia 13 czerwca 2014 r. pozwana wezwała powódkę do zapłaty kwoty 585.083,76 zł na podstawie faktury VAT nr (...).

Dowód: - pismo pozwanej skierowane do powódki z dnia 13.06.2014 r. z

załącznikami (k. 150-164).

W dniu 11 lipca 2014 r. powódka wystawiła pozwanej notę obciążeniową nr (...) w kwocie 209.608,56 zł tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie robót związanych z realizacją oznakowania poziomego stałej organizacji ruchu zgodnie z § 14 ust. 1 b) umowy nr (...) z dnia 21.08.2012 r. Jako termin zapłaty wskazała 1 dzień od daty otrzymania noty.

Pismem z dnia 29 października 2014 r., doręczonym pozwanej w dniu 12 listopada 2014 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 209.608,56 zł wynikającej z noty nr (...), wystawionej na mocy umowy nr (...) z dnia 21.08.2012 r. § 14 ust. 1 b).

Dowody: - nota obciążeniowa nr (...) (k. 35),

- ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty nr (...) z dowodem

doręczenia (k. 36-38).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Sąd Okręgowy po analizie materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy doszedł do przekonania, że powództwo okazało się niezasadne.

Powódka wystąpiła z powództwem o zapłatę kary umownej, którą obciążyła pozwaną z uwagi na nie zakończenie w umówionym terminie prac budowlanych wynikających z umowy nr (...) zawartej przez strony w dniu 21 sierpnia 2012 r., zmienionej aneksami (...). Z treści tej umowy wynika, że pozwana zobowiązała się do wykonania robót drogowych w ramach zadania „wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych - likwidacja przejazdów w poziomie szyn w obszarze (...) N. zadanie 4-Wiadukt kolejowy w km 36,772. Umowę łączącą strony z uwagi na jej przedmiot należy ocenić jako umowę o roboty budowlane uregulowaną w art. 647 i następnym k.c.

Strony stosunku zobowiązaniowego mogą określić umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju ustaleń kontraktowych jest kara umowna. Zgodnie z treścią przepisu art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna stanowi więc zastrzeżenie umowne, mocą którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu wyrażonym w art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Jak wskazuje się w orzecznictwie ciężar dowodu w rozumieniu art. 6 k.c. polega z jednej strony na obciążeniu strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. (por. wyrok SN z dnia 7 listopada 2007r., II CSK 293/07).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że powódka winna była udowodnić, że zaistniała podstawa do obciążenia pozwaną karą umowną.

Zastrzeżenie, o którym stanowi cytowany przepis, przewidziane zostało w § 14 ust. 1 pkt b) umowy zawartej przez strony, które postanowiły, że podwykonawca (pозwana) zapłaci wykonawcy (powódce) kary umowne za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy lub jego części w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień opóźnienia.

W niniejszej sprawie bezsporny był fakt, że strony łączyła umowa o wykonanie robót budowlanych o treści wskazanej w pisemnej umowie z dnia 21.08.2012 r., bezsporny było także ustalone wynagrodzenie oraz fakt, że umowy były przez strony trzykrotnie aneksowane, jeśli chodzi o termin zakończenia umowy. Ponadto niesporny był również fakt, iż w terminie te prace nie zostały ukończone. Ostatecznie, w § 1 ust. 1 aneksu nr (...) do umowy strony ustaliły termin zakończenia robót na dzień 29 lipca 2013 r. i bezsprzecznie w tym terminie robót nie wykonano. Jak wynika z materiału dowodowego, prace zostały wykonane w terminie 21 września 2013 r. co koreluje z naliczeniem kary umownej za 54 począwszy od 30 lipca 2013 r. Za niewiarygodne należy uznać więc zeznania świadka P. A. (1), który zeznał, że prace zakończono dopiero w dniu 30 września 2013 r. Zeznania te nie pozostają w zgodzie z zeznaniami pozostałych świadków, którzy wskazywali na termin zakończenia prac około 22 września 2013 r. czy w połowie w września oraz ze stanowiskiem samej powódki, która kary umowne naliczyła do dnia 21 września 2014 r. i tą datę wskazała jako rzeczywisty termin zakończenia robót.

W § 4 ust. 1 ustalono wynagrodzenie pozwanej w kwocie 1.577.900,58 zł netto, co odpowiada kwocie 1.940.817,71 zł brutto przy uwzględnieniu obowiązującej w dniu wystawiania faktur stawki podatku VAT. Kara umowna w wysokości 0,2% kwoty wynagrodzenia brutto dziennie wynosiła więc 3.881,64 zł za każdy dzień opóźnienia.

Strona pozwana broniła się przed roszczeniem powódki podnosząc, że w niniejszej sprawie doszło do zwiększenia zakresu robót w stosunku do tego określonego w umowie, wskazywała na zmianę technologii prac związanych z wykonaniem oznakowania poziomego. Zwróciła również uwagę, że warunki pogodowe, które uniemożliwiły jej wykonanie prac w terminie.

Przedstawiony na wstępie ogólny rozkład ciężaru dowodu (art. 6 k.c. i 232 k.p.c.) w reżimie odpowiedzialności kontraktowej zakłada bowiem, że to pozwana, jako dłużnik obciążony karą umowną może się uwolnić od odpowiedzialności wykazując twierdzenia, że okoliczności uzasadniające powstanie obowiązku zapłaty kary umownej powstały z przyczyn, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. W tym przypadku wymagało to wykazania przyczyn opóźnień w realizacji umowy. Zastrzec należy dodatkowo, że oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie nie odpowiada, jak już zostało powiedziane, dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 – 474 k.c.). Tym samym, należało mieć na uwadze, że w myśl art. 472 k.c., jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Miernik staranności obciążającej dłużnika, czyli powinność zachowania „należytej staranności”, wskazuje natomiast art. 355 k.c., zgodnie z którym, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ponadto, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (co odnosi się do pozwanej spółki) określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Zdaniem Sądu Okręgowego obrona strony pozwanej zasługuje na uwzględnienie. W niniejszej sprawie z korespondencji mailowej załączonej do akt sprawy przez stronę pozwaną wynika, iż w istocie okoliczności sprawy wskazują na przyczyny opóźnienia za które pozwana nie ponosi odpowiedzialności. Treści zawarte w tej korespondencji nie były kwestionowane przez stronę powodową. Jeżeli zaś chodzi o zeznania świadków w osobach P. A. (1), N. R. oraz T. R., które wskazywały, że pozwana prowadziła prace w sposób opieszawy, czy zalegała z płatnościami na rzecz podwykonawców, czy wskazanemu dostawcy materiału, w ocenie Sądu Okręgowego nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem okoliczności, które miały miejsce przed zawarciem aneksu nr (...) do umowy, w którym strony dokonały przedłużenia terminu zakończenia robót z pierwotnie określonego

w umowie (20 października 2012 r.) na 29 lipca 2013 r. Zwłaszcza, że nie był to pierwszy aneks zawartej umowy, który dotyczył tej kwestii. W niniejszej sprawie bezspornym był fakt trzykrotnego aneksowania umowy, strony nie kwestionowały również postanowień umowy zmienianych czy wprowadzanych aneksami. Powyższe dostrzega również powodowa, skoro dochodzi kary umownej dopiero za przekroczenie terminu wskazanego w aneksie. Skoro wskazywane okoliczności zostały „skonsumowane” przez przedłużenie terminu prac, to nie mogą mieć wpływu na ocenę zachowania strony pozwanej w kontekście niedochowania terminu wykonania umowy oznaczonego w aneksie nr (...) na dzień 29 lipca 2013 r.

Przechodząc do istoty sporu, a więc ustalenia, czy istniały podstawy do obciążenia strony pozwanej karą umowną za niewykonanie przedmiotu umowy w terminie odwołać należy się do korespondencji e-mail, prowadzonej przez strony postępowania w okresie realizacji przez pozwaną umowy. Z wiadomości e-mail R. K. (1) do T. G. z dnia 4 lipca 2013 r., który stanowił odpowiedź na wcześniejszy e-mail T. G. dotyczący materiałów użytych przez pozwaną, które miały być zatwierdzone wynika, że doszło do zmiany projektu organizacji ruchu, gdzie były bariery zmienione przez inspektora. Z kolei wiadomością adresowaną do T. G. z dnia 5 lipca 2013 r. R. K. (1) zwróciła się o przesłanie kosztorysu na wszystkie oznakowania, bariery, wynagrodzenia w celu jak najszybszego wystąpienia do inwestora z wnioskiem o zgodę na roboty dodatkowe. Natomiast z pisma pozwanej do powódki z 10 lipca 2013 r. (k. 117), do którego został załączony kosztorys, wynika, że po pierwsze istnieje duża różnica pomiędzy tym załącznikiem, w stosunku do przedmiotowej umowy jeśli chodzi o wycenę kosztów różnicowych, które dotyczą wykonania oznaczenia i urządzeń bezpieczeństwa ruchu, a także barier ochronnych. Dodatkowo pozwana (jej prezes zarządu) zwraca się o pilne zatwierdzenie tych kosztorysów, z uwagi na zbyt długi okres oczekiwania. Z załączonego kosztorysu wynika, że doszło do zwiększonego zakresu kosztowego prac. Z porównania kosztorysów wynika, że w pierwotnym kosztorysie (stanowiący załącznik do umowy) wartość prac opiewała na kwotę około 50.133,39 zł brutto a z propozycji zwiększonego (nowego) kosztorysu wartość kosztorysowa została określona na kwotę 142.249,50 zł.

Z korespondencji prowadzonej przez strony wynika również, że próbowały one negocjować stawkę wynagrodzenia, za oznakowanie poziome chemoutwardzalne ustalone ostatecznie na kwotę 55 zł/mb. Z wiadomości e-mail P. A. (1) z dnia 22 sierpnia 2013 r. wynika, iż powódka pierwotnie zaproponował cenę pozwanej na kwotę 38 zł/mb oznakowania, następnie 50 zł/mb (wiadomość z dnia 26 sierpnia 2013 r.), ostatecznie w dniu 13 sierpnia 2013 r. doszło do akceptacji żądania pozwanej na kwotę 55 zł/mb. Dodatkowo należy wskazać, iż mail datowany na dzień 13 lipca 2013 r. stanowi ponaglenie powoda w kwestii akceptacji wyceny zmiany kosztorysu.

Kolejną okolicznością wpływającą na termin wykonania przez pozwaną robót, była zmiana technologii oznakowania poziomego z termoutwardzalnej na chemoutwardzalną. W ocenie Sądu Okręgowego bez znaczenia była kwestia, z czyjej przyczyny dokonano tej zmiany, oraz kto był jej inicjatorem. Wprawdzie strona powodowa wskazywała, że propozycja zmiany technologii ułożenia tego oznakowania wyniknęła z przyczyn leżących po stronie pozwanego albowiem nie dokonał on ułożenia tego oznakowania w momencie kiedy była układana odpowiednia warstwa asfaltu. Niemniej z pisma powódki do inwestora wynika, że podstawy do zmiany technologii ułożenia oznakowania były inne. Wskazywano m. in. na względy technologiczne (wysoka trwałość, szybkie odprowadzenie wody z oznakowania, dobrą widocznością w niesprzyjających warunkach), łatwiejszą dostępnością na rynku, brakiem różnic w cenie. Zdaniem Sądu Okręgowego dla oceny terminowości wykonania prac przez stronę pozwaną nie ma znaczenia, kto był inicjatorem zmiany technologii wykonania oznakowania, skoro ostatecznie powód wyraził zgodę i taką też propozycję zmiany w technologii ułożenia tego oznakowania przedstawił inwestorowi.

Należy zgodzić się z argumentami pozwanej, że zasadnie nie wykonywała prac do czasu braku akceptacji zmiany technologii ułożenia. Pozwana konsekwentnie - wynika to także z korespondencji mailowej oraz zeznań prezesa jej zarządu wskazywała, że nowa technologia jest bardziej kosztowna, co wynika również z korespondencji e-mail pomiędzy stronami, dotyczącej negocjacji co do wyceny ceny jednostkowej za ułożenie 1 metra bieżącego oznakowania.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że dopiero w dniu 16 sierpnia 2013 r. powódka zwróciła się do inżyniera kontraktu o wyrażenie zgody na zmianę technologii oznakowania poziomego. Wprawdzie z wiadomości e-mail z dnia 15 lipca i 12 sierpnia 2013 r. oraz z zeznań świadków w osobach P. A. (1), N. R. wynika, że

powódka jeszcze przed wystosowaniem tego pisma zwracała się do inżyniera kontraktu o zaakceptowanie technologii chemoutwardzalnej. Jednak dopiero w dniach 28 i 29 sierpnia 2014 r. wystosowane zostały oficjalne pisma, inwestora oraz inżyniera kontraktu, kierowane do powódki, wyrażające zgodę na zmianę technologii wykonania prac.

Należy także zwrócić uwagę na podnoszoną przez pozwaną okoliczność zmiany wysokości wyceny wartości prac zamiennych. Strona pozwana wskazywała, że zmieniony kosztorys obejmował nie tylko zmiany technologii, ale także rozszerzenie pewnego zakresu prac wynikającego z aneksu nr (...).

W ocenie Sądu Okręgowego zasadnie strony pozwana wstrzymywała z podejmowaniem wykonania prac zamiennych do czasu akceptacji zmienionego kosztorysu. Trudno bowiem wymagać, żeby przedsiębiorca nie zachował należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.) i wykonał roboty, co do których nie uzyskał zgody, czy nie uzgodnił wynagrodzenia za ich wykonanie. W przypadku braku akceptacji co do zmiany technologii, w skrajnym przypadku mogłoby nawet dojść do demontażu takich robót, a kosztami obciążony zostałby ich wykonawca. Zwłaszcza w przypadku, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, że technologia wykonania prac została wskazana w umowie (załącznik nr 1 poz.5.4.2.28). Z korespondencji mailowej wynika, iż strony prowadziły negocjacje co do zmiany ceny jednostkowych prac. Ponadto kosztorysu przesłanego powodowi przez pozwanego w dniu 10 lipca 2013 r. wynika, że pierwotnie prace te były wycenione na kwotę 50.133,39 zł, a miały być zwiększone na kwotę 142.249,50 zł. Zatem usprawiedliwione było wstrzymywanie się przez pozwaną z wykonaniem prac do czasu pełnej ich akceptacji przez powódkę i inwestora. Do tej akceptacji, jak wynika z korespondencji także mailowej, doszło ostatecznie w dniu 12 września 2013 r. W treści wiadomości e-mail wysłanej przez N. R. do T. G. w dniu 12 września 2013 r. wskazano, że w imieniu P. A. (1) informuje, że: „akceptujemy zaproponowane przez państwa ceny wykonania oznakowania poziomego chemoutwardzalnego (55 zł/m²) oraz punktowych elementów odblaskowych (30 zł/szt), przy założeniu, że wejście na roboty związane z wykonaniem wskazanego zakresu robót nastąpi dnia 16.09.2013.”. Dodatkowo jeszcze z pisma na nadruku firmowym E. (z dnia 13 września 2013 r.) wynika, iż inżynier kontraktu P. A. (1) oficjalnie informuje pozwanego, że potwierdza akceptację dotyczącą propozycji cenowej oraz ilościowej zaproponowanej przez pozwaną w zakresie organizacji ruchu, na tym kontrakcie, przy założeniu że pozwana wykona to ułożenie w dniu 16.09.2013 r. a resztę elementów stałej organizacji w ciągu 21 dni licząc od 13.09.2013 r. Oznacza to, że sama strona powodowa w toku realizacji tych prac, miała świadomość tego, iż pozwana przystąpi do wykonania tych robót, związanych ze zmianą technologii, jak i tych robót wynikających z aneksu nr (...) w momencie kiedy nastąpi akceptacja cenowa.

Z korespondencji prowadzonej przez strony (k. 122 i 123) wynika, że prace związane z oznakowaniem poziomym chemoutwardzalnym oraz wykonaniem punktowych elementów odblaskowych miały być wykonane od 16 września 2013 r. Z dokumentacji e-mail, wynika także, że w tej dacie zaistniały niesprzyjające warunki pogodowe, na co w toku postępowania sądowego wskazywała pozwana. W e-mailu z dnia 17.09.2013 r. (od T. G. do P. A. (1)) pozwana poinformowała powódkę, że nie może przystąpić do wykonania oznakowania z uwagi na złe warunki atmosferyczne - opady deszczu. Potwierdza, że jest w gotowości od 16 września 2013 r. Jest to drugi e-mail z tego samego dnia, który też wskazuje, że pozwany pozostaje w gotowości do wykonania prac, lecz niezbędnym jest zachowanie suchej nawierzchni oraz brak opadów. W wiadomości e-mail z dnia 17.09.2013 r. wysłanego o godz. 23.14, tj. we wtorek, przedstawiciel powoda P. A. (1) pisze do T. G. „jutro bądź w czwartek ma być słonecznie więc liczę na wykonanie tych prac do końca tygodnia”. Niewątpliwie strona pozwana pod koniec tygodnia, tj. w sobotę i niedzielę 21 i 22 września 2013 r. owe prace wykonała. Należy zauważyć, iż z dziennika budowy wynika, że termin wykonania wszystkich prac, także sprzątających, porządkujących, został oznaczony na 19.10.2013 r., jednak biorąc pod uwagę naliczenie kar umownych do 21-22.09.2013 r. powyższe nie ma to znaczenia.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego należy przyjąć, że opóźnienie, które zaistniało, przy realizacji prac, było spowodowane oczekiwaniem przez pozwanego na akceptację zmiany technologii oznakowania poziomego, a także zatwierdzeniem zwiększonego wynagrodzenia oraz wystąpieniem niesprzyjających opadów atmosferycznych w dacie, kiedy zgodnie z zaleceniami przedstawicieli zamawiającego, roboty miały być wykonane.

Powyższe w ocenie Sądu Okręgowego doprowadziło do oddalenia powództwa z tytułu kary umownej za opóźnienie. Kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu oraz faktem, że pozwana wygrała sprawę w całości, Sąd

Okręgowy orzekając w oparciu o treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasądził w punkcie II wyroku od powódki na rzecz pozwanej kwotę 7.234 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Na koszty procesu złożyły się koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł określone w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t. ze zm.) oraz kwota 34 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw, gdyż do odpowiedzi na pozew zostały załączone 2 opłaty.

Sygnatura akt VIII GC 130/15 S., (...) r.

(...):

1. (...)

2. (...)

3. (...)