

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 27 stycznia 2014 roku powódka M. D. wniosła o zasądzenie od pozwanego Miasta K. – Zarządu Dróg Miejskich kwoty 90.091,16 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 18 października 2012 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, iż dochodzona kwota stanowi wynagrodzenie wynikające z umowy z dnia 5 października 2011 roku zawartej z pozwanym, na podstawie której powódka zobowiązała się do wykonania zadania pod nazwą P. ulicy (...) w K. wraz z odwodnieniem i uzupełnieniem oświetlenia.

Strony ustaliły wynagrodzenie kosztorysowe brutto w kwocie 475. 078, 40 złotych. Ostatecznie ustalone wynagrodzenie na podstawie dokonanych obmiarów zaakceptowane przez zamawiającego wyniosło 474.164,27 złotych. Powódka wykonała bowiem roboty i ostatecznie w dniu 13 stycznia 2012 roku zgłosiła gotowość do odbioru.

Z tytułu wykonanych robót powódka wystawiała pozwanemu faktury. Z ostatniej faktury numer (...) z dnia 25 września 2012 roku odebranej i potwierdzonej przez pozwanego zapłacił on powódce jedynie kwotę 4.220,11 złotych. Pozostała należność z tej faktury stanowi kwotę dochodzona pozwem.( pozew k. 2 – 3)

W dniu 10 lutego 2014 roku Sąd Okręgowy w Łodzi wydał w sprawie nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym. ( nakaz k. 29)

Od wydanego w sprawie nakazu zapłaty pozwany wniósł zarzuty, zaskarżając nakaz zapłaty w całości, wnosząc o jego uchylenie i oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu.

Pozwany wskazał na okoliczność dokonania przez pozwanego potrącenia wierzytelności pozwanego wobec powódki z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy z wierzytelnością powódki wynikającą z faktury VAT numer (...). (zarzuty k. 34 - 36)

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

W dniu 5 października 2011 roku została zawarta pomiędzy powódką a Miastem K. – Zarządem Dróg Miejskich umowa numer (...)2011. Na podstawie tej umowy pozwany jako zamawiający zlecił powódce do wykonania w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej realizację zadania „ Przebudowa ulicy (...) w K. wraz z odwodnieniem i uzupełnieniem oświetlenia” Termin wykonania zamówienia strony ustaliły na dzień 14 listopada 2011 roku rozliczenie robót nastąpić miało do dnia 21 listopada 2011 roku. Ustalono wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 475 078,40 złotych, przy czym ostateczne wynagrodzenie miało zostać ustalone po odbiorze robót, ich obmiarze i sporządzeniu kosztorysu powykonawczego.

Zamawiający dopuścił możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających realizację robót i w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych określonych odrębną umową warunkujących prawidłowe wykonanie zamówienia o czas niezbędny do wykonania robót dodatkowych.

Zgodnie z par 15 umowy przedmiotem odbioru końcowego miała być całość robót określonych w par. 1 umowy.

Wykonawca zobowiązany był zgłosić zamawiającemu wpisem do dziennika budowy zakończenie robót i gotowość do dokonania odbioru.

Podstawą zgłoszenia gotowości do odbioru będzie pisemne jej potwierdzenie przez inspektora nadzoru. Warunkiem przyjęcia zgłoszenia zadania do odbioru będzie przedłożenie przez wykonawcę: kosztorysu powykonawczego,

wszystkich niezbędnych dokumentów do dokonania odbioru robót zgodnie z zapisem art. 57 ust 1 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający wyznaczy termin i dokona odbioru robót w ciągu 10 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia do odbioru wraz z pełną dokumentacją powykonawczą, o której mowa w umowie informując o powyższym wykonawcę.

Zamawiający dokona odbioru robót z udziałem wykonawcy, z czynności odbioru sporządzony zostanie protokół odbioru zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru.

Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych. (...), o których mowa w ust. 1 powinny odpowiadać co do jakości wymogom obowiązujących norm, specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca obowiązany jest okazać w stosunku do wskazanych materiałów świadectwa badań i atestów.

Wykonawca ma obowiązek wykonania na własny koszt wszystkich badań wynikających z obowiązujących norm i przepisów.

O ile Wykonawca nie wykona badań, o których mowa w ust. 5 Zamawiający wykona takie badania a ich kosztami obciąży Wykonawcę na podstawie cennika obowiązującego w Zarządzie Dróg Miejskich, którego treść jest Wykonawcy znana (załącznik nr 1 do umowy).

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Wykonawca oświadcza, iż wyraża zgodę na potrącenie kar z przysługującego mu wynagrodzenia.

( umowa k. 7 - 9)

Zgodnie z kosztorysem powykonawczym wartość kosztorysowa robót wyniosła 496 090,46 złotych brutto.

( kosztorys powykonawczy k. 10 - 14)

W trakcie wykonywania przez powódkę robót na podstawie umowy z dnia 5 października 2012 roku wystąpiły okoliczności powodujące wydłużenie czasu realizacji robót względem terminu umownego.

Było to spowodowane koniecznością wykonywania robót dodatkowych, warunkami atmosferycznymi, zmianami w dokumentacji projektowej.

Aneks numer (...) z dnia 10 listopada 2011 roku na wniosek wykonawcy strony przedłużyły termin wykonania umowy do dnia 21 listopada 2011 roku, termin rozliczenia do dnia 28 listopada 2011 roku.

( aneks k. 50)

W trakcie wykonywania robót przez powódkę zastrzeżenia inspektora nadzoru wzbudzała, jakość kruszywa użytego na podbudowę. W związku z tym pobrano próbki i przeprowadzono badania kruszywa.

Po przeprowadzeniu badań ustalono, iż uziarnienie odpowiada wymaganiom dla kruszywa na podbudowę pomocniczą (dolną oraz uziarnienie próbki nr 4/przy posesji nr (...)/ odpowiada wymaganiom dla kruszywa na podbudowę zasadniczą( górną warstwę) lub podbudowę jednowarstwową. Uziarnienie pozostałych próbek nie odpowiada wymaganiom dla kruszywa na żadną podbudowę według normy.

( ocena, jakości kruszywa łamanego k. 99 -104)

W piśmie z dnia 24 listopada 2011 roku pozwany powiadomił powódkę, iż począwszy od dnia 22 listopada 2011 roku naliczać będzie kary umowne w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia. Faktura

końcowa za wykonana usługę zostanie pomniejszona o wartość kar umownych proporcjonalnie do ilości dni, o które przekroczony zostanie termin realizacji inwestycji.

( pismo k. 112, potwierdzenie odbioru k. 113)

W piśmie z dnia 28 listopada 2011 roku powódka powiadomiła Zarząd Dróg Miejskich o wystąpieniu szeregu okoliczności, które spowodowały opóźnienie robót na budowie.

W piśmie wskazała m. in na dokonywane w trakcie robót zmiany w dokumentacji projektowej, konieczność wykonania robót dodatkowych, konieczność oczekiwania na wyniki badań kruszywa łamanego.

Wniosła o wydłużenie terminu umownego na zakończenie robót do dnia 15 grudnia 2011 roku. ( pismo k. 114 – 116)

Zamawiający przygotował projekt aneksu numer (...) do umowy, który przewidywał wydłużenie terminu na zakończenie robót objętych umową do dnia 6 grudnia 2011 roku.

( aneks k. 124)

Powódka aneksu tego nie podpisała i w piśmie z dnia 15 grudnia 2011 roku zwróciła się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na zakończenie robót do dnia 23 grudnia 2011 roku.

( okoliczność niesporna pismo k. 125)

Zamawiający nie wyraził zgody na dalsze wydłużenie terminu.

( pismo k. 126)

Pismem z dnia 27 grudnia 2011 roku powódka zwróciła się ponownie do zamawiającego o wydłużenie jej terminu na wykonanie umowy do dnia 30 grudnia 2011 roku, wskazując na szereg okoliczności związanych z wykonywaniem robót. W tym m. in opóźnienie firmy telekomunikacyjnej w przepięciu kabli, zmianą niwelety na skrzyżowaniu z ulicą (...) dodatkową obróbką ogrodzeń ,wstrzymanie rozpoczęcia robót przy schodach (w związku ze świętami) zwiększenie zakresu przełożenia kostki betonowej na posesji, zwiększenie zakresu uzupełnienia masą asfaltową nawierzchni ulicy (...).

( pismo k. 132)

Zamawiający nie wyraził zgodę na dalsze wydłużenia terminu wykonania umowy.

( pismo k. 133)

Pismem z dnia 30 grudnia 2011 roku powódka zgłosiła zakończenie robót i prosiła o wyznaczenie terminu odbioru.

W dniu 2 stycznia 2012 roku kontrolujący budowę inspektor nadzoru stwierdził, iż roboty budowlane nie zostały zakończone, trwa budowa schodów i zjazdów do posesji, nie wykonano poprawek, teren nie został uprzątnięty.( pismo k. 136, 137)

Ponownie powódka zgłosiła zakończenie robót w dniu 10 stycznia 2012 roku i prosiła o wyznaczenie terminu odbioru. Jednocześnie powódka ponownie wskazała na szereg okoliczności skutkujących wydłużeniem terminu realizacji robót. ( pismo k. 139, k. 140 - 143)

W piśmie z dnia 12 stycznia 2012 roku zamawiający ponownie stwierdził, iż z uwagi na nie zakończenie robót nie może wyznaczyć terminu odbioru.( pismo k. 144, dokumentacja fotograficzna k. 148 – 173)

Ostatecznie roboty zostały przez powódkę zakończone w dniu 13 stycznia 2013 roku. Pisemne zgłoszenie zakończenia robót wpłynęło do Zarządu Dróg Miejskich w K. wpłynęło w dniu 17 stycznia 2013 roku. ( pismo k. 176, protokół odbioru końcowego robót k. 25 -26)

Do pisemnego zgłoszenia zakończenia robót załączone było jedynie oświadczenie kierownika robót o wykonaniu obiektu zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz stosownymi przepisami prawa oraz dziennik budowy . Nie było załączonych innych dokumentów wymaganych przez specyfikację techniczną.

Z uwagi na niezłączenie przez powódkę do pisemnego zgłoszenia zakończenia robót wszystkich dokumentów przewidzianych w specyfikacji technicznej w dniu 19 stycznia 2013 roku Zarząd Dróg Miejskich wystosował do firmy powódki pismo informujące o konieczności złożenia wraz ze zgłoszeniem kosztorysu powykonawczego oraz wszystkich niezbędnych dokumentów.

Jednocześnie na dzień 23 stycznia 2013 roku wyznaczone zostało spotkanie w siedzibie zarządu Dróg Miejskich w K. w celu poczynienia ustaleń w przedmiocie kosztorysów powykonawczych przedstawionych przez powódkę.

W dniu 23 stycznia 2013 roku doszło do spotkania z pracownikami Zarządu Dróg Miejskich w K. i pełnocnikiem powódki Z. D.. W trakcie spotkania przedmiotem rozmów był przede wszystkim przedstawiony przez powódkę kosztorys powykonawczy, który został zakwestionowany przez zamawiającego. (Okoliczność niesporna)

W dniu 6 lutego 2013 roku Zarząd Dróg Miejskich w K. wystosował do powódki kolejne pismo, w którym m. in przypomniał o konieczności uzupełnienia dokumentów warunkujących przyjęcie zgłoszenia do odbioru zgodnie z ustaleniami poczynionymi na spotkaniu w dniu 23 stycznia 2013 roku.

( pismo k. 180)

Następnie w dniu 20 lutego 2013 roku Zarząd Dróg Miejskich w K. ponownie zwrócił się na piśmie do firmy powódki o podjęcie pilnych działań mających na celu umożliwienie przyjęcia zgłoszenia do odbioru.

( pismo k. 181)

W piśmie z dnia 10 maja 2013 roku stanowiącym odpowiedź na pismo pełnomocnika powódki z dnia 18 kwietnia 2013 roku, które wpłynęło do zarządu w dniu 26 kwietnia 2013 roku, Zarząd Dróg Miejskich wyznaczył komisję odbiorową i termin dokonania odbioru robót wykonywanych przez powódkę na dzień 1 4 maja 2013 roku.

( pismo k. 123)

W dniu 14 maja 2012 roku sporządzony został i podpisany protokół odbioru robót wykonywanych przez powódkę przy ul (...) w K..

( protokół odbioru k. 190 -191) W dniu 26 września 2012 roku powódka przedstawiła pozwanemu do zapłaty fakturę numer (...) z dnia 25 maja 2012 roku na kwotę 94.311,27 złotych brutto. ( okoliczność niesporna, pismo k. 192)

W piśmie z dnia 4 października 2012 roku pozwany poinformował powódkę, iż wystawną fakturę uważa za fakturę końcową. Jednocześnie pozwany poinformował o naliczeniu powódce kary umownej za opóźnienie w realizacji umowy.

Kara umowna naliczona została przez zamawiającego za okres od 6 grudnia 2011 roku do dnia faktycznego zakończenia robót. Liczba opóźnienia wynosi zatem 38 dni a naliczona z tego powodu kara umowna zgodnie z §18 ust. 2 tiret 1 kara umowna za jeden dzień zwłoki wynosi:  $0,5\% \times 474\,164,27 \text{ zł} = 2\,370,82 \text{ złotych}$  - obliczenie wartości kary umownej:  $2\,370,82 \text{ zł} \times 38 \text{ dni} = 90\,091,16 \text{ zł}$  (brutto)

Jednocześnie poinformował powódkę, iż zgodnie z § 18 ust. 5 umowy nr (...) z dnia 05.10.2011 r, naliczona kara zostanie potrącona z przysługującego wynagrodzenia i rozliczona fakturą VAT nr (...) z dnia 25.09.2012r., zgodnie z wystawioną notą księgową nr(...) z dnia 04.10.2012r.

( pismo k. 193, nota księgowa k. 194, naliczenie kary umownej k. 195)

W trakcie realizacji robót przez powódkę nie wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych mające wpływ na wykonywane roboty.

W dzienniku budowy nie ma wpisu o przerwaniu prac z powodu złych warunków atmosferycznych. Powód podejmując się wykonania zadania w terminie do 14 listopada winien wziąć pod uwagę, że w listopadzie mogą wystąpić przymrozki

Wystąpiła konieczność wykonania przez powódkę robót dodatkowych nieprzewidzianych w momencie zawarcia umowy z dnia 05.10.2011r. z pozwanym.

Były to; zmiana spadków poprzecznych z daszkowych na jednostronne. Ta zmiana nie spowodowała wydłużenia czasu wykonania. Zmniejszyła ilość wpustów kanalizacji deszczowej. Przebudowa 8 szt. studni kanalizacji sanitarnej od ul. (...) do końca odcinka nie spowodowała wydłużenia czasu wykonania (Inwestor z tego m.in. względu zgodził się na przedłużenia terminu wykonania do 06.12.2011r.) wymiana słupa telefonicznego drewnianego na żelbetowy spowodowała wydłużenie czasu wykonania o jeden dzień (reperacja kostki kolizja projektowanego wpustu kanalizacji deszczowej (przy posesji nr.1) z przewodami energetycznymi. Zmiana wykonawstwa poręczy ochronnych nie spowodowała wydłużenia czasu wykonania . (k.58) O zmianie niwelety kierownik budowy poinformował inwestora wpisem do dziennika budowy już 25.10.2011

Obniżenie krawężników w miejscach przejścia dla pieszych spowodowała wydłużenie czasu wykonania o dwa dni.

Rozbiórka studzienki telefonicznej na skrzyżowaniu ulic (...)

nie spowodowała wydłużenia czasu wykonania. Powód znalazł z projektu usytuowanie wszystkich elementów uzbrojenia. W protokole przejścia placu budowy nie wniósł żadnych uwag ani zastrzeżeń. Wystąpiła konieczność wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej dot. wykonywanych robót, lecz nie miało to wpływu na termin realizacji umowy i nie powodowało konieczności wykonania przez powódkę robót dodatkowych.

Zmiana w przekroju poprzecznym spadków z daszkowego na jednostronny wiązała się jednocześnie ze zmniejszeniem ilości kanalizacji deszczowej. Pracochłonność wersji ze spadkiem jednospadowym jest mniejsza o zmniejszony zakres w tym przypadku kanalizacji deszczowej. ( opinia pisemna biegłego sądowego C. D. k. 298 – 310, opinia ustna uzupełniająca k. 336 – 337, nagranie 00;44;20 – 02;13;25)

W przedstawionym projekcie występuje materiał na barierki i słupki w postaci rur stalowych ocynkowanych. Nie ma więc mowy o zmianie materiału.

Biegły wycofał swoją opinię zasadniczą, co do barier i jego wpływu na termin realizacji gdyż oparł się w niej na wpisach kierownika budowy a zapis w notatce służbowej z 07.12.2011 o wątpliwościach dotyczących rodzaju materiały na poręcze przy schodach przeczy tej informacji.

( opinia uzupełniająca biegłego k. 305)

Brak w dzienniku budowy wpisu kierownika budowy w związku z jakąkolwiek przyczyną mającą wpływ na terminowe zakończenie robót. Nie ma żadnego wpisu w dzienniku budowy o opadach deszczu uniemożliwiających kontynuowanie robót na budowy.

Zmiany projektowe nie miały wpływu na opóźnienie robót, roboty dodatkowe stwierdzone w protokole numer (...) usprawiedliwiają wydłużenie terminu o 7 dni, zamawiający zaznaczał ciągłą nieobecność na budowie kierownika budowy.

Kierownik budowy nie widział podstaw do zapisów istotnych przerw robót w związku z przebudową studzienek wodościekowych, zmian projektowych (zmiana pochylenia jezdni) przebudowy krawężników, bo istniał front robót w innych miejscach budowy.

W tej sytuacji biegły nie znalazł podstaw do uznania ilości dni uzasadnionego przedłużenia terminu poza 6 grudnia 2011 roku.

W trakcie budowy wystąpiły roboty dodatkowe, nieprzewidziane w dokumentacji, wystąpiła konieczność zmian w dokumentacji (spadki poprzeczne ulic, zmiana rzędnych niwelety, zmiana usytuowania studni wodościekowych). Biegły uznał, iż zamawiający przedłużając termin do 6 grudnia 2011 roku uwzględnił zmiany w stosunku do dokumentacji.

(opinia biegłego S. W. k 421- 430)

Czas, o który pozwany przedłużył termin wykonania robót tj. do dnia 6 grudnia 2011 roku był wystarczający do zakończenia wykonania wszystkich robót z uwzględnieniem występujących robót dodatkowych. Z pewnością przy normalnej mobilności wykonawcy w terminie do dnia 6 grudnia 2011 roku można było zakończyć roboty.

Powódka nie powinna zatrzymywać robót na czas badania kruszywa. Powódka powinna zagwarantować sobie dostawę kruszywa odpowiadającego parametrom żądanym przez zamawiającego i powinna być pewna jego jakości. Postój w dniach 24 października – 14 listopada 2011 roku był nieuzasadniony. Przystawienie słupa wykonano w okresie trwania umowy, przepięcie przewodów nie miało istotnego wpływu na zakończenie terminu robót.

(opinia uzupełniająca k. 456, 457, ustna uzupełniająca biegłego W. k. 508 – 509)

Powyższy stan faktyczny sąd ustalił przede wszystkim w oparciu o dowody z dokumentów prywatnych załączonych do akt sprawy przez strony niniejszego procesu oraz na podstawie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Treść, wiarygodność ani moc dowodowa tych dokumentów nie była przez żadną ze stron procesu kwestionowana.

W zasadzie wszystkie istotne dla sprawy okoliczności faktyczne wynikają z treści przedłożonych przez strony dokumentów prywatnych w tym umowy, korespondencji stron dotyczącej procedury odbioru robót, specyfikacji technicznej zamówienia.

Przeprowadzone w sprawie dowody z zeznań świadków potwierdzają jedynie okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy wynikające z tychże dokumentów.

W sprawie przeprowadzone były dwie opinie biegłych z zakresu budownictwa wobec kwestionowania przez powódkę zasadności naliczenia przez pozwanego kary umownej z tytułu opóźnienia w zakończeniu robót oraz wskutek kwestionowania opinii biegłego C. D. (2).

Ustalenia obu opinii biegłych są zgodne, konsekwentne i potwierdzają się wzajemnie.

Obaj biegli w sposób jednoznaczny stwierdzili po analizie akt sprawy i dokumentacji techniczno – projektowej budowy, iż nie istniały żadne obiektywne, niezależne od powódki jako wykonawcy okoliczności uzasadniające wydłużenie terminu realizacji robót wykonywanych przez powódkę poza termin uwzględniony przez zamawiającego tj. do dnia 6 grudnia 2011 roku. Strony, co prawda nie zawarły formalnie aneksu do umowy wydłużającego termin jej realizacji właśnie do tej daty, jednakże zajmując stanowisko procesowe w sprawie pozwany potwierdził, iż uznaje

wydłużenie terminu realizacji robót do dnia 6 grudnia 2011 roku i nalicza powódce karę umowną za opóźnienie wyłącznie za okres od tej daty do dnia faktycznego zakończenia robót.

Wobec zgodności ustaleń obydwu biegłych zarzuty powódki, co do braku kompetencji i obiektywizmu biegłych ocenić należy, jako całkowicie nieuzasadnione.

Jednym z przejawów specyfiki dowodu z opinii biegłego sądowego jest, że, mimo iż podlega on, tak jak każdy inny dowód, ocenie według art. 233 § 1 KPC, to jednakże sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych. W konsekwencji odwołanie się przez sąd dokonujący oceny dowodu z opinii biegłego, do takich kryteriów jak: zgodności opinii z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, podstaw teoretycznych opinii, sposobu motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także poziomu wiedzy biegłego, stanowi wystarczające i należyte odniesienie się do wiarygodności dowodu z opinii biegłego sądowego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 kwietnia 2005 r. II CK 572/04, Lex 151656; teza z uzasadnienia wyroku SN z 15 listopada 2002 r. V CKN 1354/00, Lex 77046; teza z uzasadnienia wyroku SN z 15 listopada 2000 r. IV CKN 1383/00, Lex 52544; teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2000 r. I CKN 1170/98, OSNC 2001, z. 4, poz. 64).

### ***Sąd zważył, co następuje:***

Powództwo nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie wobec skutecznego podniesienia przez stronę pozwaną zarzutu dokonania skutecznego potrącenia własnej wierzytelności wobec powoda z wierzytelnością dochodzoną w niniejszym procesie.

Z dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych wynika, iż strony łączyła umowa o roboty budowlane, bądź też umowa o roboty remontowe, do której z mocy art., 658 kc. stosuje się odpowiednio przepisy kc. o umowie o roboty budowlane tj. przepisy art. 647 i nast. kc.

Choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 kc.

Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci, co najmniej niedbalstwa. „ tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013 r. CSK 748/12) opubl. Biuletyn SN 2013/11.

Za uwodniony należy więc uznać zarzut potrącenia zakresie kwoty 90.091,16 Złoty (w tym zakresie spełnione są, bowiem przesłanki z art. 498 § 1 KC).

Zgodnie z art. 498 § 2 KC skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Stosownie do treści art. 498 kc, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym; na skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Potrącenie (kompensacja, kompensata, od łac. compensatio) polega na umorzeniu wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie – wartość jednej wierzytelności zalicza się na poczet drugiej. W wyniku potrącenia wprawdzie żaden z wierzycieli nie otrzymuje efektywnego świadczenia, ale za to zwolniony zostaje z zobowiązania albo całkowicie, albo

do wysokości wierzytelności niższej (zob. wyrok SN z dnia 14 czerwca 1974 roku, III CRN 395/73, LEX nr 7520; W. Bryl (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, pod red. Z. Resicha, Warszawa 1972, s. 1204; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System..., t. 6, s. 1091). Potrącenie definiuje się również jako umorzenie dwóch przeciwstawnych sobie wierzytelności w następstwie złożenia oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi (zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania..., s. 350).

W dniu 26 września 2012 roku powódka przedstawiła pozwanemu do zapłaty fakturę numer (...) z dnia 25 maja 2012 roku na kwotę 94.311,27 złotych brutto. Pozwany nie kwestionował zasadności wystawienia faktury. W piśmie z dnia 4 października 2012 roku pozwany poinformował powódkę, iż wystawioną fakturę uważa za fakturę końcową. Jednocześnie pozwany poinformował o naliczeniu powódce kary umownej za opóźnienie w realizacji umowy. Kara umowna naliczona została przez zamawiającego za okres od 6 grudnia 2011 roku do dnia faktycznego zakończenia robót tj. 13 stycznia 2012 roku. Liczba opóźnienia wynosi zatem 38 dni a naliczona z tego powodu karta umowna zgodnie z §18 ust. 2 tiret 1 kara umowna za jeden dzień zwłoki wynosi:  $0,5\% \times 474\,164,27 \text{ zł} = 2\,370,82 \text{ złotych}$  - obliczenie wartości kary umownej:  $2\,370,82 \text{ zł} \times 38 \text{ dni} = 90\,091,16 \text{ zł}$  (brutto) poinformował powódkę, iż zgodnie z § 18 ust. 5 umowy nr (...) z dnia 05.10.2011 r, naliczona kara zostanie potrącona z przysługującego wynagrodzenia i rozliczona fakturą VAT nr (...) z dnia 25.09.2012r., zgodnie z wystawioną notą księgową nr(...) z dnia 04.10.2012r.

( pismo k. 193 , nota księgową k. 194, naliczenie kary umownej k. 195)

Pozwany zapłacił pozostałą należność z faktury numer (...). ( okoliczność niesporna)

Na wstępie należy zauważyć, iż zgłaszając zarzut potrącenia pozwany uznał roszczenie powódki. Należy to potraktować, jako tzw. niewłaściwe uznanie długu. Przez uznanie niewłaściwe rozumie się taką czynność dłużnika, przez którą zostaje wyrażone jego przeświadczenie o istnieniu roszczenia wierzyciela. Jest to oświadczenie wiedzy jednostronne przyznanie faktów (tak uchwała SN z dnia 30.12.1964 R. III PO 35/64 OSNC 6/1965 poz. 90; Orzeczenie SN z dnia 19.02.2002 r., II CKN 1312/2003). Uznaniem niewłaściwym jest więc każde stwierdzenie istnienia długu skierowane do wierzyciela. Istotą potrącenia jest konieczność istnienia dwóch wierzytelności: po stronie powoda i po stronie pozwanego. Skoro pozwana dopuszcza możliwość potrącenia oznacza to, iż akceptuje istnienie wierzytelności po stronie powodów oraz nie kwestionuje tej wierzytelności, taka postawa pozwana na uznanie, iż kwota dochodzona pozwem jest akceptowana przez stronę pozwaną i przez nią nie jest kwestionowana. Zgodnie z 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. A zatem obowiązujące przepisy dawały pozwanej możliwość obciążenia powódki karą umowną. Jednakże warunkiem jej nałożenia było nieterminowe wykonanie umówionego dzieła.( robót budowlanych )

W świetle poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, w szczególności treści wydanych w sprawie opinii biegłych złożone przez pozwanego oświadczenie o potrąceniu wierzytelności tytułu kary umownej uznać należy za skuteczne.

Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych i niezastnienie żadnej z przesłanek negatywnych (jednej lub trzech, w zależności od przyjętej koncepcji, co do wymogu zaistnienia szkody: brak winy albo brak szkody, brak winy, brak związku przyczynowego).

Pierwszą z przesłanek pozytywnych jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Na dłużniku natomiast ciąży obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 lutego 2013 r. (...))LEX nr 1289367.)

Powódka w toku postępowania nie kwestionowała faktu opóźnienia w zakończeniu realizacji umowy względem jej umownego terminu. Podnosiła natomiast, iż okoliczność zakończenia prac po upływie terminu umownego i po dniu



6 grudnia 2011 roku spowodowana była okolicznościami przez nią niezawinionymi. Fakt ten nie został jednakże w toku procesu udowodniony.

Z opinii obu biegłych przeprowadzonych w toku postępowania wynika w sposób jednoznaczny, iż wskazane przez powódkę okoliczności nie uzasadniały wydłużenia terminu wykonywania robót poza dzień 6 grudnia 2011 roku i nie usprawiedliwiały dalszego opóźnienia w wykonywaniu robót. Jednocześnie obaj biegli zgodnie wskazywali na zaniedbania po stronie powódki jako wykonawcy w zakresie należytego prowadzenia i dokumentowania robót. ( brak wpisów w dzienniku budowy, nieobecność kierownika robót na placu budowy)

Wobec umorzenia się wierzytelności powódki wskutek dokonania skutecznego potrącenia powództwo podlegało oddaleniu a wydany uprzednio nakaz zapłaty podlegał uchyleniu.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Z uwagi na oddalenie powództwa strona powodowa, jako przegrywająca proces została obciążona obowiązkiem zwrotu na rzecz pozwanej kwoty 9.596 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Na koszty te złożyła się kwota 3.600 zł stanowiąca wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone w oparciu o § 6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013, poz. 489 j.t. ze zm.) i opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych, 3.379 zł. opłaty od zarzutów i 2.600 złotych tytułem uiszczonej przez pozwanego zaliczki na biegłego.

Na podstawie przepisu art.113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U nr 167, poz. 1398) Sąd nakazał pobrać od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa reprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Ł.kwotę 1.938,84 zł tytułem kosztów poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa (wydatki na opinię biegłego).