

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 16 czerwca 2016 roku Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna wniosła o zasądzenie od pozwanego Miasta Ł. – Zarządu Dróg i (...) kwoty 354.750 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 24 marca 2016 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż dochodzona pozwem kwota to część nienależnie potrąconego powodowi wynagrodzenia z tytułu niezasadnego naliczenia powodowi kary umownej za opóźnienie w realizacji zawartej pomiędzy stronami w dniu 7 lipca 2015 roku umowy numer (...). (...), której przedmiotem było wykonanie zamówienia publicznego w systemie zaprojektuj i wybuduj polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej i na jej podstawie wykonania robót budowlanych – zrealizowania zamówienia publicznego pod nazwą Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji wschód – zachód (R. – O.) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – zaprojektuj i wybuduj – zamówienie uzupełniające.

Powód wskazał, iż nie ponosi, co do zasady odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji przedmiotowej umowy, bowiem nie był w stanie przewidzieć położenia infrastruktury elektroenergetycznej, powodującej kolizję, ewentualnie wniósł o miarkowanie kary umownej, jako rażąco wygórowanej.

(pozew. 4 – 12)

W dniu 15 lipca 2016 roku referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Łodzi wydał w sprawie nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.(nakaz k. 96)

Pozwany złożył sprzeciw od nakazu zapłaty wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego w sprawie. Pozwany podniósł, iż w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły przewidziane w umowie okoliczności uzasadniające wydłużenie czasu na realizację umowy. W ocenie pozwanego powód założył, że cała infrastruktura umieszczona jest na poziomie 0,7 m. zgodnie z obecnie obowiązującym rozporządzeniem, całkowicie pomijając możliwość umieszczenia infrastruktury przez rok 2005 i nie dokonał inwentaryzacji sieci ustalającej jej faktyczne wysokościowe usytuowanie w gruncie.

Zdaniem pozwanego w zamówieniu realizowanym w systemie zaprojektuj i wybuduj to na wykonawcy ciąży całkowita odpowiedzialność względem zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi zamawiającego opisane w niewadliwym programie funkcjonalno – użytkowym.

(sprzeciw k. 101 – 105)

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W wyniku przeprowadzonego postępowania na udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 7 lipca 2015 roku strony zawarły umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki w systemie zaprojektuj i wybuduj pn. Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji (...) (R.- O.) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – zaprojektuj i wybuduj – zamówienie uzupełniające obejmujące roboty na obszarze ul. (...) w Ł. na odcinku od Al. (...) / Al. (...).

Realizacja przedmiotu zawartej umowy miała nastąpić w oparciu o Program F. Użytkowy stanowiący opis przedmiotu zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj.

Termin opracowania części dokumentacji projektowej został określony na 30 września 2015 roku, pozostała część dokumentacji projektowej miała zostać wykonana do dnia 30 lipca 2015 roku. Termin wykonania robót budowlanych w oparciu o zatwierdzony projekt strony ustaliły nadzień 30 października 2015 roku za wyjątkiem robót w obszarze ul. (...). M. / Al. (...), dla którego to obszaru przewidziano wykonanie robót oraz złożenie kompletnego wniosku o

pozwolenie na użytkowanie do dnia 30 października 2015 roku z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy pozwolenie na użytkowanie zostanie wydane w terminie dłuższym niż 30 dni od dnia złożenia kompletnego wniosku o jego wydanie, wówczas termin wykonania robót w tym obszarze ulega wydłużeniu o czas odpowiedni, o jaki nastąpiło przedłużenie uzyskania pozwolenia na budowę ponad ww. 30 – dniowy termin. Zastrzegły, iż termin ulegnie wydłużeniu o ww. okres tylko w przypadku, gdy kompletny wniosek o wydanie pozwolenia na budowę zostanie złożony do odpowiedniego organu nie później niż do dnia 10 sierpnia 2015 roku.

Zgodnie z postanowieniami par. 16 umowy wykonawca był zobowiązany do zapłacenia zamawiającemu kar umownych w tym m. in. za zwłokę w przekazaniu określonego w umowie przedmiot odbioru w wysokości 0,05 wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień kalendarzowy liczony od terminu wykonania zamówienia określonego w par. 5 umowy.

Strony przewidziały możliwość dokonania zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadku m. in. zmian będących następstwem okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy tj. np. niesprzyjających warunków atmosferycznych, archeologicznych, kolizji z sieciami infrastruktury uniemożliwiającymi terminowe wykonanie zamówienia.

(okoliczności niesporne, umowa k. 25- 45)

Stosownie do punktu B.II Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do umowy na zamówienie uzupełniająca wartość pozycji roboty drogowe – północna strona ulicy (...), w zakresie chodnika z płyt granitowych 40 x80 oraz jezdni z kostki granitowej wynosiła 660.156,60 złotych. (okoliczność niesporna)

Zgodnie z zapisami Programu F. - Użytkowego dla zadania Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód od Zachód (R. - O.) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem – zaprojektuj i wybuduj – zamówienie uzupełniająca wykonawca winien wystąpić do gestorów sieci o warunki przebudowy lub zabezpieczenia oraz sporządzić niezbędne dokumentacje branżowe, na podstawie których będzie możliwe wykonanie robót budowlanych. Projekt powinien uzyskać uzgodnienia projektów branżowych oraz niezbędne decyzje administracyjne.

W zakresie opracowania należy rozwiązać kolizje wynikające z zakresu prac. Wykonać regulacje urządzeń infrastruktury dostosowując je sytuacyjnie i wysokościowo do wbudowywanej nawierzchni. Sposób rozwiązania kolizji z infrastrukturą techniczną winien być ustalony i uzgodniony przez Wykonawcę z Zamawiającym i gestorami sieci. (k. 110 – 123)

Pismem z dnia 21 października 2015 roku wykonawca (powód) zgłosił pozwanemu, iż realizując roboty rozbiórkowe na północnej części ul. (...) przed skrzyżowaniem z ulicą (...) napotkał nieprzewidywalną przeszkodę w postaci sieci teletechnicznych ułożonych ok. 40 cm. poniżej warstwy ścieralnej asfaltu oraz, iż sieci te uniemożliwiają kontynuację robót drogowych na tym odcinku. Powód wskazał, iż w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazano na możliwość wystąpienia kolizji z sieciami teletechnicznymi. Wezwał ponadto pozwanego do usunięcia kolizji, aby można było dalej realizować prace. Jednocześnie Wykonawca zadeklarował także ewentualną pomoc w usunięciu kolizji za dodatkowym wynagrodzeniem i zwrócił uwagę, iż przedmiotowa kolizja może doprowadzić do konieczności wydłużenia terminu realizacji umowy.(pismo k. 64)

Pismami z dnia 28 października 2015 roku i 29 października 2015 roku Zamawiający zwrócił się kolejno do: (...) S. A. i (...) S. A. Oddział Ł.- Miasto o niezwłoczne usunięcie kolizji sieci teletechnicznej i elektroenergetycznej usytuowanej w pasie drogi ul. (...) wskazując, iż sieci te zostały wybudowane z naruszeniem obowiązujących norm dla budowy tego typu urządzeń. Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku niedotrzymania terminu usunięcia kolizji zmuszony będzie zlecić wykonanie powyższych robót wyspecjalizowanej firmie telekomunikacyjnej a kosztami przebudowy obciążyć właściciela sieci teletechnicznej. Jednocześnie poinformował, iż na przedmiotowym odcinku ul. (...) trwają prace w

ramach przebudowy i modernizacji trasy W- Z. Kolidują z sieciami teletechnicznymi opóźniają realizację robót drogowych na powyższym odcinku. (pisma k. 65, 66)

Pisma te do wiadomości przesłano wykonawcy. (okoliczność niesporna)

Pismem z dnia 29 października 2015 roku wykonawca w nawiązaniu do wcześniejszej korespondencji zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zmianę terminu realizacji umowy z uwagi na kolizję z siecią teletechniczną jak również wskazując na niesprzyjające warunki atmosferyczne występujące w okresie od 1 sierpnia do 15 sierpnia 2015 roku.

W uzasadnieniu wniosku wykonawca wskazał, iż na dzień jego złożenia okoliczność uniemożliwiająca prowadzenie robót w postaci stwierdzonej kolizji nie ustała i nie jest jeszcze znany nawet przybliżony termin jej usunięcia. Jednocześnie poinformował, iż zakończenie robót będzie możliwe w terminie 14 dni od usunięcia kolizji, przy możliwie sprzyjających warunkach atmosferycznych. Przy założeniu usunięcia kolizji w terminie do dnia 15 listopada 2015 roku wykonawca zadeklarował zakończenie robót do dnia 30 listopada 2015 roku i zadeklarował pomoc w rozwiązaniu problemu występującej kolizji.

(pismo k. 69 -70)

Odpowiedź na powyższe pismo wpłynęła do wykonawcy w dniu 16 listopada 2015 roku. W piśmie datowanym na 10 listopada 2015 roku zamawiający nie wyraził zgody na zmianę terminu realizacji umowy i jednocześnie wezwał wykonawcę do kontynuowania robót. Zdaniem zamawiającego nie wystąpiły w sprawie okoliczności, których nie dało się przewidzieć na etapie prac projektowych – sieci są widoczne na mapach a wykonawca miał obowiązek przeprowadzenia inwentaryzacji w terenie, gdzie stwierdziłby ich kolizję już na etapie prac projektowych, co pozwoliłoby mu na wykonanie robót z należytą starannością, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i stosowanymi aktami prawa. (pismo k. 71)

W podpowiedzi na powyższe wykonawca wystosował do zamawiającego kolejne pismo, w którym zwrócił uwagę, iż mapy do celów projektowych nie wskazywały na istnienie jakichkolwiek kolizji na tej wysokości, na której stwierdzono posadowienie sieci – głębokość 40 cm. (pismo k. 71 – 76)

Wykonawca napotkał podobne kolizje w innych częściach realizowanej inwestycji, w tym. m. in. na odcinku W. – K.. Kolizja ujawniona przy ulicy (...) ujawniła się dopiero przy wykonywaniu prac, nie było żadnych taśm ostrzegawczych. Obie sieci biegły na tym samym poziomie. Ostatecznie wykonawca usunął kolizje po otrzymaniu pisma od inwestora, że leży to w zakresie jego obowiązków. (zeznania świadka J. O. k. 157)

Pismem z dnia 22 grudnia 2015 roku zamawiający powiadomił wykonawcę o roszczeniu z tytułu uchybienia terminowi ustalonym jako termin realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na złożenie kompletnego wniosku o pozwolenie na użytkowanie dla zakresu objętego umową z dnia 7 lipca 2015 roku w dniu 1 grudnia 2015 roku obejmującym kary umowne za opóźnienie w wysokości 0,05 % wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień kalendarzowy zwłoki liczony od terminu wykonania zamówienia ustalonego na 30 października 2015 roku. (pismo k. 77)

Wykonawca w kolejnym piśmie zakwestionował obciążenie go karą umowną za opóźnienie.

(pismo k. 78 – 82)

W dniu 4 lutego 2016 roku pozwany wystawił notę księgową numer (...), w której obciążył powoda, jako wykonawcę kwotą 354.750 złotych z tytułu kary umownej za zwłokę w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru i wezwał powoda do uiszczenia tej kwoty w terminie 3 dni na wskazany rachunek bankowy. (nota k. 84)

W dniu 22 lutego 2016 roku powód wystawił dla pozwanego fakturę VAT numer (...).88/Dz./ (...).2/4 na kwotę 1.012.642,91 złotych brutto z tytułu realizacji zadania Zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy ul. (...) w Ł. wraz z przebudową układu drogowego – umowa numer (...).88. (...). (faktura k. 90)

Następnie w piśmie z dnia 1 marca 2016 roku Zarząd Dróg i (...) w Ł. zawarł oświadczenie o dokonaniu potrącenia wierzytelności Miasta Ł. – z tytułu kary umownej wynikającej z noty księgowej numer (...) z dnia 4 lutego 2016 roku na kwotę 354.750 złotych z wierzytelnością (...) Spółki Akcyjnej wynikającą z faktury VAT nr (...). (...).2/4. (pismo k. 108 – dowód nadania k. 109, pismo prostujące k. 107)

W dniu 17 maja 2016 roku powód wystosował do pozwanego wezwanie do zapłaty kwoty 354.750 złotych z tytułu części wynagrodzenia nieuregulowanej należności wynikającej z faktury numer (...). (...).2/4. (pismo k. 93, dowód nadania k. 94)

Brak jest możliwości ustalenia rzędnych położenia sieci na podstawie materiałów mapowych, z uwagi na okoliczność, iż mapy geodezyjne pozyskane przez powoda i wykorzystywane przy realizacji umowy nie zawierają takich danych.

Jedyną możliwością oceny faktycznych rzędnych wysokościowych posadowienia sieci przed rozpoczęciem robót (rozumianych, jako całość zlecenia – opracowanie dokumentacji technicznej i wykonania robót budowlanych zgodnie z formułą zamówienia zaprojektuj i wybuduj) było dokonanie przez wykonawcę wizji lokalnej lub przekopów próbnych, które to czynności nie zostały przeprowadzone (nie były również wymagane zgodnie z zapisami umieszczonymi w materiałach dostarczonych przez zamawiającego) lub powołanie się na obowiązujące przepisy prawne, – czyli przyjęcie rzędnych posadowienia sieci, jako min. 0,8 m poniżej poziomu terenu (zgodnie z obowiązującym w tym zakresie aktami normatywnymi)

Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami branżowymi głębokość ułożenia kanalizacji kablowej przy przejściach pod jezdnią bez linii tramwajowej oraz przy kanalizacji ułożonej w międzytorzu powinna być taka, aby pokrycie nie było mniejsze od 0,8 m. a pod linią tramwajową od 1 m. W odniesieniu do sieci energetycznych przed rokiem 2005 obowiązywały, jako podstawowe normy 100 cm. i 80 cm. jako głębokość posadowienia sieci.

Wobec powyższego stwierdzenie wystąpienia, z prawdopodobieństwem 100 % kolizji bez dokonania dodatkowych czynności (wizja lokalna, otwarcie studni, dokonanie próbnego przekopu(rozbiórki nawierzchni) bazując jedynie na materiałach stanowiących podstawę wyceny robót budowlanych oraz obowiązujących przepisów było niemożliwe.

Wystąpienie okoliczności nieujętych w harmonogramie realizacji robót budowlanych, zwłaszcza w przypadku kolizji z sieciami infrastrukturalnymi, jest z reguły czynnikiem wpływającym na czas wykonywania prac budowlanych. Z uwagi na charakter takiego zdarzenia związany z koniecznością (miedzy innymi) wskazania i powiadomienia gestora sieci, zabezpieczenia terenu budowy w obszarze występowania kolizji, wstrzymania prac budowlanych w tym rejonie, wykonanie szczegółowej analizy możliwości usunięcia kolizji oraz uzgodnienia przyjętej metody zarówno z zamawiającym jak i z gestorem sieci należy założyć, iż czas niezbędny na wykonanie robót budowlanych zwiększa się, w zależności od skali problemu o okres od kilku do kilkunastu a w skrajnych przypadkach do kilkudziesięciu dni. Minimalny okres wydłużenia czasu realizacji prac zawarty w okresie od 22 października 2015 roku (data wpływu do zamawiającego pisma) do dnia 31 października 2015 roku (wskazana przez zamawiającego data usunięcia kolizji przez (...) S. A.) Kalkulacja ta nie uwzględnia jednak czasu niezbędnego na usunięcie kolizji w przypadku niepodjęcia działań przez gestorów sieci, (co jak wynika z akt sprawy miało miejsce)

W związku z brakiem stanowiska w tym zakresie niemożliwe jest jednoznaczne dookreślenie pozostałego niezbędnego czasu koniecznego do rozwiązania problemu.

(opinia pisemna biegłego K. N. k. 296 – 310)

Podstawą wyceny przez wykonawcę robót budowlanych jest – będący integralnym załącznikiem do umowy – Formularz cenowy. Przedmiotowy formularz nie zawiera w swoim zakresie robót budowlanych z zakresu usunięcia kolizji. Konieczność opracowania projektów rozwiązania kolizji nie jest – w świetle zapisów umowy jednoznaczna z koniecznością wykonania tychże robót, na co wskazują również pisma zamawiającego z dnia 28 października 2015 roku adresowane do gestorów sieci.

W okolicznościach związanych z realizacją umowy zamawiający nie dysponował pełną wiedzą o możliwych kolizjach (stąd konieczność wystąpienia przez wykonawcę o warunki przebudowy i rozwiązanie kolizji). Wykonawca natomiast nie miał możliwości rzetelnego skalkulowania pozycji usunięcia kolizji w swojej ofercie.

W świetle informacji zgromadzonych w aktach sprawy usunięcie kolizji polegało na relokacji sieci na głębszą głębokość niż spąg najniższej warstwy konstrukcyjnej nowo wykonanej nawierzchni (0,75 m. poniżej poziomu jezdni w przypadku sieci telekomunikacyjnej i 0,87 m. poniżej poziomu jezdni – w przypadku sieci energetycznej oraz wprowadzenie lokalnych – elementów osłonowych. (opinia uzupełniająca biegłego k. 346- 357)

Nawet w sytuacji gdyby wykonawca wykonał inwentaryzację sieci, (którego to obowiązku nie miał w umowie) to i tak musiałby podjąć działania zmierzające do uzgodnienia usunięcia kolizji i to rzutowałoby na termin wykonania robót. (opinia ustna uzupełniająca biegłego protokół rozprawy z dnia 24 lipca 2018 roku k. 392 – 393, nagranie 00;19;48 – 01;03;10)

Powyższy stan faktyczny był w zakresie okoliczności dotyczących treści łączącej strony umowy, jej realizacji, co do zasady nie sporny.

Rozbieżności stanowisk stron odnosiły się natomiast do oceny przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy – w zakresie zamówienia uzupełniającego oraz związanego z tym zakresu obowiązków umownych powoda - wykonawcy – w zakresie ustalenia i usunięcia ewentualnych kolizji z sieciami, jakie potencjalnie mogły wystąpić i wystąpiły w miejscu prowadzonych prac oraz zasadności naliczenia przez zamawiającego kary umownej za wynikłe stąd opóźnienie.

Dodatkowo ustalenia faktyczne w sprawie sąd poczynił na podstawie złożonych do akt sprawy dokumentów, których treść, wiarygodność i moc dowodowa nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania. Zeznania przesłuchanych przez sąd świadków potwierdzają jedynie i uzupełniają okoliczności faktyczne, bądź niesporne, bądź wynikające z załączonych dokumentów. Ustalenia, co do możliwości przewidzenia przez wykonawcę wystąpienia kolizji i jej wpływu na czas trwania robót sąd poczynił w oparciu o opinię biegłego wskazanego przez NOT.

W ocenie sądu opinie (główna i uzupełniająca) sporządzone przez biegłego są kompletne, logiczne, merytorycznie poprawne. Biegły wykazał się zarówno wiedzą fachową jak i doświadczeniem zawodowym w realizacji robót drogowych będących przedmiotem opinii.

Biegły udzielił wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie pytania stron, gruntownie i szczegółowo przeanalizował dokumentację stanowiącą podstawę realizacji robót i z analizy tej wyciągnął logiczne i przekonujące dla sądu wnioski. Strona pozwana nie zakwestionowała skutecznie sporządzonej przez biegłego opinii.

Sąd oddalił natomiast dalsze wnioski dowodowe strony pozwanej zmierzające do ustalenia czy potencjał wykonawczy strony powodowej pozwalał na wykonanie zleconych jej robót w terminie przy założeniu braku kolizji zważywszy na termin rozpoczęcia wykonywania robót przez wykonawcę. (10 dni)

W ocenie sądu: po pierwsze biegły udzielił po części odpowiedzi na tak postawione pytanie stwierdzając, iż zważywszy na rozmiar przedsięwzięcia powoda prowadzącego największe inwestycje na terenie miasta Ł. (w tym. m. in budowę stadionu miejskiego i trasę W- Z) dysponował on potencjałem pozwalającym na wykonanie robót w terminie umownym nawet przy uwzględnieniu daty ich faktycznego rozpoczęcia.

Poza tym okoliczności podnoszone przez stronę pozwaną pozostają bez związku z rozstrzygnięciem sprawy. Zarówno bowiem w toku korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami na etapie realizowania umowy jak i na etapie postępowania sądowego okoliczność braku potencjału koniecznego do realizacji robót nigdy nie pojawiła się, jako ewentualna przyczyna opóźnienia.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Strona pozwana nie kwestionowała ani istnienia, ani wysokości dochodzonej przez powoda należności.

Zawartemu w pozwie żądaniu zapłaty pozwany przeciwstawił jedynie zarzut dokonania skutecznego potrącenia z dochodzoną przez powoda wierzytelnością wierzytelności z tytułu naliczonej powodowi (wykonawcy) kary umownej za zwłokę w zakończeniu realizacji umowy z dnia 7 lipca 2015 roku.

Na wstępie należy zauważyć, iż zgłaszając zarzut potrącenia pozwana uznała roszczenie powoda. 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 pozwany dopuszcza możliwość potrącenia oznacza to, iż akceptuje istnienie wierzytelności po stronie powoda raz nie kwestionuje tej wierzytelności.

W pierwszej kolejności mieć należy na uwadze, iż dokonane przez pozwanego potrącenie wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnościami powoda było bezskuteczne z uwagi na brak spełnienia wszystkich przesłanek potrącalności określonych w art. 498 par 1 kc.

Stosownie do treści art. 498 KC, potrącenie może być skutecznie dokonane, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki: wierzytelności muszą być wzajemne, co oznacza, że każda ze stron jest wierzycielem drugiej i jednocześnie jej dłużnikiem. Muszą być one **jednorodnjowe**, wierzytelność strony korzystającej z potrącenia ma być **wymagalna i zaskarżalna**.

W okolicznościach faktycznych sprawy kara za opóźnienie przedstawiona do potrącenia została niesłusznie naliczona bowiem nie było podstaw do obciążenia powoda karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania. (zwłoki)

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. W razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 KC).

Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 kc. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Stosownie do art. 473 § 1 kc. strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. (tak m. in. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku - I Wydział Cywilny z dnia 8 czerwca 2016 r. I ACa 116/16 Teza redakcyjna L.) Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawca był zobowiązany do zapłacenia zamawiającemu kar umownych w tym m. in. za zwłokę w przekazaniu określonego w umowie przedmiot odbioru w wysokości 0,05 wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień kalendarzowy liczony od terminu wykonania zamówienia określonego w umowie.

Z dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych wynika, iż wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w zakończeniu realizacji umowy.

Z opinii biegłego jednoznacznie wynika, iż stwierdzenie wystąpienia, z prawdopodobieństwem 100 % kolizji bez dokonania dodatkowych czynności (wizja lokalna, otwarcie studni, dokonanie próbnego przekopu(rozbiórki nawierzchni) bazując jedynie na materiałach stanowiących podstawę wyceny robót budowlanych oraz obowiązujących przepisach było niemożliwe.

Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami branżowymi głębokość ułożenia kanalizacji kablowej przy przejściach pod jezdnią bez linii tramwajowej oraz przy kanalizacji ułożonej w międzytorzu powinna być taka, aby pokrycie nie było mniejsze od 0,8 m. a pod linią tramwajową od 1 m. W odniesieniu do sieci energetycznych przed rokiem 2005 obowiązywały, jako podstawowe normy 100 cm. i 80 cm., jako głębokość posadowienia sieci. Tymczasem, jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń sieci posadowione były na głębokości około 40 cm. pod poziomem nawierzchni. Jednocześnie powód na etapie zawierania umowy ani w dokumentacji czy programie funkcjonalno – użytkowym nie otrzymał od zamawiającego żadnej informacji o możliwości wystąpienia tego rodzaju zjawiska (posadowienia sieci na głębokości niezgodnej z normami).

Jednocześnie zakres prac na tym odcinku drogi był tego rodzaju, (wymiana jedynie nawierzchnie jezdni i niewielka zmian niwelety), że w przypadku posadowienia sieci na właściwej, zgodnej z normami głębokości – nie doszłoby do kolizji.

W tych okolicznościach wystąpienie kolizji z sieciami i konieczność jej usunięcia traktować należy, jako zdarzenie, którego wykonawca nie miał obowiązku przewidywać ani uwzględniać przy ustalaniu czasu niezbędnego do wykonania umowy. Jediną możliwością oceny faktycznych rzędnych wysokościowych posadowienia sieci przed rozpoczęciem robót (rozumianych, jako całość zlecenia – opracowanie dokumentacji technicznej i wykonania robót budowlanych zgodnie z formułą zamówienia zaprojektuj i wybuduj) było dokonanie przez wykonawcę wizji lokalnej lub przekopów próbnych, które to czynności nie zostały przeprowadzone (nie były również wymagane zgodnie z zapisami umieszczonymi w materiałach dostarczonych przez zamawiającego) lub powołanie się na obowiązujące przepisy prawne, – czyli przyjęcie rzędnych posadowienia sieci, jako min. 0,8 m poniżej poziomu terenu (zgodnie z obowiązującym w tym zakresie aktami normatywnymi)

Aby jednakże można było wymagać od wykonawcy wykonania tego rodzaju czynności wykonawca powinien dysponować jakąkolwiek wiedzą o możliwości wystąpienia kolizji w tym miejscu a zatem wiedzą nie tylko o samym fakcie przebiegu sieci, (bo taką wiedzą na podstawie map geodezyjnych dysponował), lecz również o możliwości posadowienia sieci na innej, niższej i znacząco odbiegającej od obowiązujących w tym zakresie norm głębokości (40 cm. zamiast 80 cm.)

Oceniając racjonalnie, w świetle zasad doświadczenia życiowego okoliczności faktyczne sprawy trudno, bowiem racjonalnie wymagać od wykonawcy dokonywania badań – próbnych przekopów itd. t w celu ewentualnego wykluczenia wystąpienia kolizji na całym terenie prowadzonej inwestycji, w tym również w tych miejscach, gdzie zakres robót ograniczających się praktycznie wyłącznie do rob nawierzchniowych wykluczał, co do zasady możliwość wystąpienia kolizji z sieciami.

Nie można w tym zakresie zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż w przypadku zawarcia umowy w systemie zaprojektuj i wybuduj wykonawca ponowi odpowiedzialność za wszelkie zdarzenia, utrudnienia w prowadzeniu procesu wykonywania robót niezależnie od przyczyn ich wystąpienia, charakteru oraz możliwości ich przewidzenia przez wykonawcę na etapie zawierania umowy i projektowania robót.

Naliczenie przez pozwanego kary umownej w okolicznościach faktycznych sprawy sprowadza się w zasadzie do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za nieprawidłowe, niezgodne z obowiązującymi normami działanie innych podmiotów (gestorów sieci), za które to działania powód w żadnej mierze nie odpowiada.

Ponadto taka interpretacja zapisów umowy stoi w sprzeczności z jej treścią.

Z treści łączącej strony umowy wynika, iż wystąpienie tego rodzaju nieprzewidywalnej kolizji było traktowane, jako podstawa do żądania zmiany terminu umownego zakończenia prac. Strony przewidziały możliwość dokonania zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadku m. in, zmian będących następstwem okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy tj. np. niesprzyjających warunków atmosferycznych, archeologicznych, **kolizji z sieciami infrastruktury** uniemożliwiającymi terminowe wykonanie zamówienia.

Pomimo tego i pomimo powiadamiania przez wykonawcę pismem z dnia 29 października 2015 roku o fakcie wystąpienia kolizji pozwany nie wyraził zgody na wnioskowane przez wykonawcę wydłużenie terminu realizacji umowy.

Nadto jak wynika z treści korespondencji stron powód otrzymał pismo zawierające ostateczne stanowisko zamawiającego w przedmiocie sposobu usunięcia kolizji dopiero w dniu 16 listopada 2015 roku. Powód, zatem od **29 października do 16 listopada 2015** roku oczekiwał na ostateczne stanowisko zamawiającego, który pierwotnie zwrócił się o usunięcie kolizji do gestorów sieci.

Powód w dniu 1 grudnia 2015 roku złożył kompletny wniosek o wydanie decyzji o użytkowanie, roboty zakończył, zatem w terminie 2 tygodni od otrzymania ostatecznego stanowiska zamawiającego.

Powyższe okoliczności świadczą o braku winy wykonawcy w opóźnieniu w zakończeniu prac a tym samym brak jest podstaw do obciążania powoda karą umowną za opóźnienie, bowiem nie był w stanie przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć wystąpienia kolizji z powyżej opisaną infrastrukturą elektroenergetyczną, która to kolizja stała się przyczyną opóźnienia robót.

Nadto zgodnie z przedłożonymi protokołami odbioru powód wykonał w terminie umownym praktycznie cały zakres robót tak, że zamawiający mógł z niego korzystać. Kara umowna natomiast naliczona została od całej kwoty wynagrodzenia umownego tj. od kwoty 21.500 000 złotych, gdy tymczasem wartość fragmentu robót, którego dotyczy opóźnienie wynosiła 660. 165,60 złotych. w rezultacie powód pozostając w opóźnieniu wykonał jedynie zakres 0,03 % prac, gdy tymczasem pozwany naliczył mu karę umowną dla 100 % prac.

Przepis art. 484 § 2 kc. zezwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, co z kolei ma miejsce min. wówczas, gdy w przekonaniu organu orzekającego istnieje dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej. Szkada spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje bowiem interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 KC miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a godnym ochrony interesem wierzyciela (por. wyrok SN z dnia 21 września 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07, opubl.). Jako okoliczności uzasadniającej miarkowanie kary umownej nie wyklucza się relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Trzeba bowiem pamiętać, że praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem nieodpłatnym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty nie może być aprobowana, nawet wówczas, gdy zostanie ustalone, że wykonawca dopuścił się zwłoki z winy umyślnej. Celem zastrzeżenia kary umownej nie jest stworzenie wierzycielowi warunków zmierzających do osiągnięcia celu umowy minimalnym nakładem kosztów, tudzież nawet „za darmo”, lecz jedynie zdyscyplinowanie dłużnika do należytego wykonania zobowiązania. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku - I Wydział Cywilny z dnia 13 maja 2016 r. I ACa 32/16 L.)

Tymczasem naliczona i potrącona powodowi kara umowna wynosi ponad połowę wynagrodzenia należnego za opóźniony etap prac a zatem w ocenie sądu jest karą rażąco wygórowaną.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności sąd uznał potrącenie za nieskuteczne i zasądził dochodzoną kwotę wynagrodzenia.

O odsetkach ustawowych od dochodzonej należności sąd orzekł na podstawie przepisu art. 481 par 1 i kc. zasądzając je od daty wymagalności faktury.

Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem

okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Jeżeli stopa odsetek nie była z góry oznaczona należą się odsetki ustawowe.

Ustawą z dnia 9 października 2015 roku o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz.1830) nadano brzmienie art. 6 ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zgodnie z którym - jeżeli strony transakcji handlowej nie przewidziały w umowie terminu zapłaty, wierzycielowi bez wezwania przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych po upływie 30 dni liczonych od dnia spełnienia przez niego świadczenia, do dnia zapłaty.

Jednocześnie przepisami tej ustawy dokonano zmiany przepisu art. 359 par. 2 i 2 (1) kc., którym nadano brzmienie, „ jeżeli wysokość odsetek nie jest w inny sposób określona należą się odsetki ustawowe w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 3,5 punktów procentowych. Maksymalna wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych (odsetki maksymalne)”

Ustawa weszła w życie z dniem 1 stycznia 2016 roku za wyjątkiem art. 50,51, i 54 które weszły w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia.

Jednocześnie w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych dodano art. 4a, zgodnie z którym do transakcji handlowych nie stosuje się przepisu art. 481 par. 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks Cywilny.

Powyższe oznacza, iż po dniu 1 stycznia 2016 roku tj. po dniu wejścia w życie tej ustawy podstawą orzeczenia o odsetkach ustawowych jest przepis art. 359 kc. wobec braku żądania odsetek w innej wysokości. Stosownie bowiem do przepisu art. 321 kpc. sąd nie może wyrokować, co do żądania nieobjętego żądaniem pozwu.

Wobec uwzględnienia powództwa na podstawie art. 98 kpc. sąd obciążył pozwanego, jako stronę przegrywającą proces obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda poniesionych przez niego kosztów procesu obejmujących koszty zastępstwa procesowego strony - koszty wynagrodzenia pełnomocnika (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za adwokackie (tekst jednolity Dz. U. 2018 nr 265) raz 17 zł tytułem opłaty skarbowej od złożenia kopii dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa w postępowaniu sądowym oraz poniesione koszty sądowe – opłatę sądową od pozwu w wysokości 17.738 złotych.

z/ odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron.