

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Siedlcach Wydział I Cywilny w składzie następującym:

**Przewodniczący SSO Małgorzata Chomiuk**

**Protokolant st. sekr. sąd. Iwona Bierkat**

po rozpoznaniu w dniu 05 grudnia 2014 r. w Siedlcach sprawy

z powództwa Gminy Ł.

przeciwko E. P. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W.

o zapłatę

z powództwa wzajemnego E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W.

przeciwko Gminie Ł.

o zapłatę

I. zasądza od E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. na rzecz Gminy Ł. kwotę 177.219,29 zł (sto siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście dziewiętnaście zł dwadzieścia dziewięć gr) z ustawowymi odsetkami od dnia 17 sierpnia 2011 r do dnia zapłaty;

II. oddała w pozostałej części powództwo Gminy Ł. przeciwko E. P. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. o zapłatę;

III. zasądza od Gminy Ł. na rzecz E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. kwotę 72.351,49 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące trzysta pięćdziesiąt jeden zł czterdzieści dziewięć gr) z ustawowymi odsetkami: od kwoty 21.566,66 zł (dwadzieścia jeden tysięcy pięćset sześćdziesiąt sześć zł sześćdziesiąt sześć gr) od dnia 30 maja 2012 r do dnia zapłaty, od kwoty 50.784,83 zł (pięćdziesiąt tysięcy siedemset osiemdziesiąt cztery zł osiemdziesiąt trzy gr) od dnia 11 stycznia 2012 r do dnia zapłaty;

IV. oddała w pozostałej części powództwo wzajemne E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. przeciwko Gminie Ł. o zapłatę,

V. wyrokowi nie nadaje rygoru natychmiastowej wykonalności,

VI. zasądza od E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. na rzecz Gminy Ł. kwotę 4.357,38 zł (cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt siedem zł trzydzieści osiem gr) tytułem zwrotu części kosztów procesu,

VII. zasądza od Gminy Ł. na rzecz E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. kwotę 7.252 zł (siedem tysięcy dwieście pięćdziesiąt dwa zł) tytułem zwrotu kosztów procesu,

VIII. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa od E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. kwotę 302,14 zł (trzysta dwa złote czternaście gr), zaś od Gminy Ł. kwotę 492,98 zł (czteryście dziewięćdziesiąt dwa zł dziewięćdziesiąt osiem gr) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

I C 318/12

## UZASADNIENIE

Gmina Ł. wniosła o zasądzenie od E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. kwoty 459 508 zł tytułem zapłaty kar umownych naliczonych z umowy (...).07.2009 r nr (...) wraz z odsetkami od dnia 17 sierpnia 2011 r do dnia zapłaty. Ponadto strona powodowa wniosła o zasądzenie na jej rzecz od pozwanego zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu swego stanowiska powód wskazał, iż w dniu 14.07.2009 r strony zawarły umowę, na podstawie której pozwany zobowiązał się do wykonania robót budowlanych polegających na przebudowie ulicy: Al. (...) w Ł. wraz z kanalizacją deszczową. Termin zakończenia robót strony określiły na dzień 31.10.2010 r . Pozwany miał wykonać roboty zgodnie z harmonogramem robót stanowiącym załącznik do złożonej przez niego oferty i w terminach w nim określonych, przy czym roboty miały być odbierane częściowo. Strona powodowa wskazała, iż pozwany nie wykonywał robót w terminach uzgodnionych w harmonogramie. Odbiory robót dokonywane były częściowo, pięcioma protokołami odbioru ze znacznym opóźnieniem w realizacji robót. Pozwany prowadził roboty budowlane do listopada 2010 r , lecz nie zgłosił gotowości inwestycji do odbioru. Pismem z dnia 25 października 2010 r (data odbioru przez powoda 30.11.2011 r) pozwany zwrócił się z prośbą do powoda o przedłużenie terminu zakończenia prac w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi. Powód nie wyraził zgody na powyższe kierując się przepisami prawa zamówień publicznych. W dniu 13.06.2011 r pismem datowanym na dzień 10.06.2011 r pozwany zgłosił gotowość do dokonania odbioru prac wykonanych zgodnie z zawartą umową. Zgodnie z pismem pozwanego dokonano końcowego odbioru prac wynikających z umowy i przekazano obiekt do użytku w dniu 5 lipca 2011 r. Z odbioru prac spisano protokół, z którego wynika, iż roboty były wykonywane w okresie od 21.09.2009 do 14.06.2011 r. Powódka naliczyła karę umowną pozwanemu zgodnie z postanowieniami umowy zawartymi w treści par. 13 ust. 1 lit. 1 a i e umowy. Łączna wysokość tak wyliczonej kary umownej wyniosła 459.507,42 zł. W dniu 04.07.2011 r zostało skierowane do pozwanego wezwanie do zapłaty, w odpowiedzi na które pozwany odmówił zapłaty żądanej kwoty. Pozwany nie kwestionował samego faktu opóźnienia w wykonaniu robót wskazując jednocześnie, iż przyczyny tego opóźnienia nie leżały po stronie pozwanego, ale były spowodowane brakiem środków finansowych po stronie powoda, a pochodzących z funduszy strukturalnych Wspólnoty UE. Zdaniem powódki takie twierdzenia są nieuzasadnione bowiem powódka do czasu pozyskania środków finansowych z UE mogła finansować roboty budowlane z własnych środków.

W odpowiedzi na pozew E. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. wniosł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. Jednocześnie na wypadek uznania przez Sąd co do zasady ,że pozwany zobowiązany jest jednak do zapłaty kar umownych żądanych przez powoda wniosł na podstawie art. 484 par. 2 k.c. o zmniejszenie kary umownej, gdyż zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane w terminie przewidzianym w umowie, jak również z uwagi na to ,iż żądana przez powoda kara umowna jest rażąco wygórowana.

W uzasadnieniu swego stanowiska pozwany wskazał, iż zgodnie z harmonogramem robót w 2009 r miały zostać wykonane roboty o łącznej wartości 671.928 zł netto, w tym na kwotę 670.428 zł netto tytułem części wynagrodzenia za odwodnienie korpusu drogowego. Harmonogram robót zawierał omyłkę rachunkową, która polegała na tym ,iż wartość całkowita elementu jakim jest odwodnienie korpusu drogowego stanowiąca kwotę 966.514,45 zł nie została podzielona na poszczególne kwartały harmonogramu robót. Wskazano jedynie, że w 2009 r ma zostać wykonana część tego elementu o wartości 670.428 zł netto. Pozwany wskazał, iż pozostała część tego elementu robót miała zostać wykonana w pierwszym i drugim kwartale 2010 r. Z protokołu odbioru z dnia 21.12.2009 r wynika, że do tego dnia zostały wykonane łącznie roboty o wartości 618.681,61 zł netto, a w tym roboty związane z odwodnieniem korpusu drogowego o wartości 458.600,56 zł. Tym samym w pierwszym okresie rozliczeniowym zostały wykonane

roboty o wartości mniejszej niż ustalona tj. o kwotę 211.827,44 zł. Natomiast pozwany karę umowną naliczył od kwoty 507.913,89 zł. Pozwany wskazał, iż w dniu 21 grudnia 2009 r. wystawił fakturę VAT nr (...) w kwocie 754.791,56 zł brutto, płatną do dnia 21 stycznia 2010 r. Zamawiający zapłacił wykonawcy w terminie jedynie część wynagrodzenia wynikającego z faktury. W dniu 18 lutego 2010 r. została wypłacona kwota 10.476 zł brutto, a dopiero w dniu 23 kwietnia 2010 r. tj. 92 dni po terminie wymagalności kwota 544.315,56 zł. Pozwany wskazał, iż w tym czasie uzyskał informacje, iż zwłoka w płatności spowodowana jest tym, że Gmina Ł. nie zawarła w 2009 r. umowy z Urzędem (...), której przedmiotem było pozyskanie unijnych środków finansowych służących do sfinansowania inwestycji. Zdaniem pozwanego okoliczności jakie wystąpiły w tej sprawie sugerują, że tego rodzaju umowa została zawarta w czerwcu 2010 r., a środki finansowe zostały uzyskane przez powoda dopiero latem 2010 r. W pierwszych miesiącach 2010 r. na skutek zwłoki w płatności po stronie powoda w zapłacie wynagrodzenia wynikającego z ww. faktury stało się wątpliwym czy stan majątkowy powoda pozbawionego dofinansowania ze środków z UE będzie na tyle dobry, że będzie on w stanie zapłacić wykonawcy za niewykonane przez niego roboty budowlane, skoro wątpliwą stała się zapłata wynagrodzenia za roboty wykonane przed 21 grudnia 2009 r. Pozwany wskazał, iż właśnie ten stan faktyczny upoważniał go na podstawie art. 490 par. 1 k.c. do powstrzymania się w pierwszym kwartale 2010 r. z wykonaniem jego świadczenia. Postanowienia umowy, które zakładały kwartalne finansowe rozliczenie robót budowlanych pozwalały pozwanemu przypuszczać w dacie zawarcia umowy, że będzie on finansować z własnych środków roboty i materiały budowlane w okresie nie dłuższym niż trzy miesiące. Pozwany wskazał, iż miał prawo zakładać, że po wykonaniu części robót w danym kwartale otrzyma on wynagrodzenie, w oparciu o które sfinansuje materiały i roboty budowlane konieczne do realizacji tej części przedmiotu umowy, która przewidziana była do realizacji w następnym kwartale. W związku ze zwłoką w zapłacie całości wynagrodzenia przewidzianego w ww. fakturze nie mogły być zrealizowane w pierwszym kwartale 2010 r. kolejne roboty budowlane. Pozwany wskazał, iż nie posiadał środków finansowych umożliwiających mu sfinansowanie dalszych materiałów i robót budowlanych czyli kredytowanie powoda. W szczególności powód nie wykonał robót budowlanych, które miały stanowić dokończenie robót, które miały być wykonane w 2009 r. zgodnie z harmonogramem w celu odwodnienia korpusu drogowego. Ponadto nie zostały wykonane roboty, które zostały wyspecyfikowane w harmonogramie robót w kolumnie I kwartał 2010 r. o łącznej wartości 358.993,73 zł. Pozwany stwierdził, iż na koniec pierwszego kwartału 2010 r. na skutek nie zrealizowania przez powoda jego obowiązku umownego polegającego na zapłacie wynagrodzenia raz na kwartał doszło do opóźnienia w realizacji robót budowlanych wynoszącego ok. 92 dni. Brak zapłaty należnego pozwanemu wynagrodzenia nie może w żaden sposób być pojmowany jako wystąpienie okoliczności zależnej od pozwanego. Tym samym w ocenie pozwanego nie istnieje podstawa do naliczania kary umownej w wysokości 80.767,65 zł. Z uwagi na powyższe pozwany został poza tym pozbawiony realnych szans na dotrzymanie pozostałych terminów, które przewidziane zostały w harmonogramie robót. Zgodnie z harmonogramem robot w drugim kwartale 2010 r. miały być wykonane roboty o łącznej wartości 691.457,02 zł netto. Z uwagi na zwłokę z wypłatą wynagrodzenia pozwany dopiero po 23 kwietnia 2013 r. przystąpić mógł do kontynuowania robót. Do końca czerwca zostały wykonane roboty budowlane o wartości 446.313,28 zł co stanowiło ok. 2/3 zaplanowanych na drugi kwartał 2010 r. robót budowlanych. Ponieważ roboty wykonywane były w niepełnym okresie rozliczeniowym odpowiadającym 2/3 części tego okresu, zdaniem pozwanego wykonane prace odpowiadały faktycznemu okresowi rozliczeniowemu. Tym samym nie istnieje podstawa do naliczania kolejnej kary umownej w wysokości 109.344,09 zł. Pozwany podniósł, iż oprócz zwłoki w zapłacie przez powoda wynagrodzenia w czerwcu 2010 r. wystąpiła kolejna niezależna od pozwanego okoliczność wpływająca na opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy. W tym bowiem czasie inspektor nadzoru reprezentujący powoda zobowiązał pozwanego do wykonania robót dodatkowych, które nie były przewidziane w umowie. Strony sporządziły protokół konieczności wykonania robót dodatkowych. Wartość robót dodatkowych stanowiła kwotę 51.095,12 zł brutto, a czas konieczny do ich wykonania stanowił ok. 10 dni kalendarzowych. Zlecenie robót dodatkowych nie skutkowało przedłużeniem terminu wykonania umowy. Pozwany wskazał, iż w połowie 2010 r. opóźnienie wynikające z uwagi na zachowanie powoda wynosiło łącznie 102 dni, brak było zatem podstaw prawnych do naliczania kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 30 czerwca 2010 r. Kolejna faktura VAT wystawiona przez pozwanego z dnia (...) r. nr (...) za roboty budowlane wykonane w drugim kwartale 2010 r. również nie została zapłacona w terminie. Część wynagrodzenia tj. kwota 462.826,87 zł zamiast do 28 lipca 2010 r. została zapłacona dopiero w dniu 20 sierpnia 2010 r. czyli 23 dni po terminie. Tym samym nastąpiło kolejne opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych niezależne od pozwanego. W związku z kolejną zwłoką w zapłacie wynagrodzenia w trzecim

kwartale 2010 r roboty budowlane były kontynuowane w miarę możliwości finansowych pozwanego. W dniu 30 września 2010 r został podpisany kolejny protokół odbioru na kwotę 700.000 zł netto. Kwota ta stanowiła ok. 90 % założonych w harmonogramie na trzeci kwartał 2010 r robót budowlanych. Wykonanie 90% przewidzianego w tym kwartale zakresu kwotowego robót pomimo 23 dni zwłoki w zapłacie wynagrodzenia świadczy o tym, że roboty budowlane były prowadzone w tempie szybszym niż zakładany w harmonogramie. Brak zatem podstaw do naliczania za ten okres kar umownych w kwocie 36.407,45 zł. Pozwany wskazał, iż dopiero po uzyskaniu finansowania z Urzędu (...) powód realizował terminowo swoje płatności na rzecz pozwanego. Dzięki temu do dnia 29 października 2010 r zostały wykonane przez pozwanego roboty budowlane o łącznej wartości 568.522,05 zł netto. Zgodnie z harmonogramem w tym okresie miały być wykonane prace o wartości 122.862,08 zł netto. W październiku 2010 r pozwany wykonał roboty o wartości czterokrotnie większej niż zakładana na ten miesiąc w harmonogramie robót. Pozwany podniósł, iż w drugiej połowie października 2010 r wystąpiły niekorzystne warunki atmosferyczne utrudniające lub wręcz uniemożliwiające wykonanie robót budowlanych w sposób zgodny ze sztuką budowlaną. W szczególności niekorzystny wpływ na wykonanie nawierzchni bitumicznej miała niska temperatura. Wpłynęło to na jakość wykonania niektórych fragmentów nawierzchni Alei (...) i zakwestionowanie części wykonanych robót przez inspektora nadzoru. Z tych względów protokoły odbioru robót z dnia 30 września 2010 r i z dnia 29 października 2010 r nie zawierają przyjęcia do odbioru części elementu nawierzchni o wartości 453.585,47 zł netto, który to element robót został wskazany w protokole odbioru z dnia 7 lipca 2011 r. Pozwany wskazał, iż gdyby nie nastąpiło spowodowane przez powoda opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy wówczas nawierzchnia bitumiczna byłaby układana w miesiącach letnich 2010 r. Pozwany wskazał także, iż roboty budowlane były przez niego realizowane aż do 17 listopada 2010 r. W tym czasie zostały wykonane wszystkie elementy przewidziane w harmonogramie robót za wyjątkiem takich elementów jak: oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu o wartości 4.764 zł netto i elementy ulicy o wartości 37.225,18 zł netto. Zdaniem pozwanego do dnia 17 listopada 2011 r nie zostały wykonane roboty budowlane o łącznej wartości 41.989,18 zł co stanowiło ok. 1,3 % wartości netto przedmiotu umowy. W dniu 17 listopada 2010 r inspektor nadzoru nakazał wykonawcy przerwanie pozostałych do wykonania robót z uwagi na wystąpienie złych warunków pogodowych. Od połowy listopada 2010 r pomimo nie zakończenia części robót Aleja (...) była w normalny sposób użytkowana przez (...).

W dniu 30 maja 2012 r E. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. złożył pozew wzajemny przeciwko Gminie Ł. wnosząc o zasądzenie od pozwanego wzajemnego na jego rzecz kwoty 21.929,10 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty oraz kwoty 51.095,12 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11 stycznia 2012 r do dnia zapłaty. Ponadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego wzajemnego zwrotu kosztów procesu związanych z wniesieniem pozwu wzajemnego.

W uzasadnieniu swego stanowiska powód wzajemny wskazał, iż w dniu 21 grudnia 2009 r wystawił pozwanemu wzajemnemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 754.791,56 zł, płatną do dnia 21 stycznia 2010 r. Zamawiający zapłacił wykonawcy w terminie jedynie część wynagrodzenia wynikającego z faktury. W dniu 18 lutego 2010 r została wypłacona kwota 10.476 zł brutto, a dopiero w dniu 23 kwietnia 2010 r tj. 92 dni po terminie wymagalności kwota 544.315,56 zł. Oznacza to, że powód wzajemny może żądać od pozwanego wzajemnego odsetek ustawowych za czas opóźnienia, które to odsetki wyniosły kwotę 108,20 zł za opóźnienie w zapłacie kwoty 10.476 zł oraz kwotę 18.029,52 zł za opóźnienie w zapłacie kwoty 544.315,56 zł. Pozwany wskazał, iż wystawił też fakturę VAT nr (...) z dnia (...) r, która opiewała na kwotę 544.502,20 zł brutto. Część wynagrodzenia tj. kwota 462.826,87 zł zamiast do 28 lipca 2010 r została zapłacona dopiero w dniu 20 sierpnia 2010 r czyli 23 dni po terminie. Zatem powód wzajemny może żądać odsetek ustawowych od zamawiającego za czas opóźnienia w zapłacie kwoty 462.826,87 zł, które to odsetki wyniosły kwotę 3.791,38 zł. Łącznie żądane przez wykonawcę odsetki wyniosły kwotę 21.929,10 zł dochodzoną w pozwie. Powód wzajemny ponadto powołał się na ustalenia zawarte w umowie w par. 7 ust. 3, ust. 4 i ust. 5 dotyczące robót dodatkowych koniecznych do wykonania w trakcie realizacji inwestycji. Zdaniem wykonawcy powyższe postanowienia umowy nakładały na niego obowiązek wykonania robót dodatkowych o ile zostały one zaakceptowane przez inspektora nadzoru reprezentującego zamawiającego poprzez dokonanie wpisu w dzienniku budowy i poprzez sporządzenie protokołu konieczności, a także nakładały na zamawiającego obowiązek udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia publicznego z wolnej ręki poprzez zawarcie umowy o roboty dodatkowe. Pismem z dnia 8 września 2010

r powód wzajemny zwrócił się do pozwanego wzajemnego o zawarcie umowy, której przedmiotem byłoby wykonanie robót dodatkowych. Do dnia wniesienia pozwu wzajemnego Gmina Ł. nie wyraziła woli zapłaty za dodatkowe roboty budowlane. Sporządzone przez powoda wzajemnego kosztorysy wykonanych robót dodatkowych zostały parafowane przez inspektora nadzoru. Po wykonaniu robót dodatkowych, które zostały przyjęte przez zamawiającego powód wzajemny wystawił w dniu 27 grudnia 2011 r dwie faktury VAT tj. fakturę VAT nr (...) na kwotę 22.430,93 zł brutto oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 28.664,19 zł brutto. Powyższe faktury zostały dostarczone pozwanemu wzajemnemu w dniu 27 grudnia 2011 r, a termin ich zapłaty wynosił 14 dni. Ponieważ żądane wynagrodzenie nie zostało zapłacone przez pozwanego wzajemnego zasadne jest zdaniem powoda wzajemnego jego żądanie w tym zakresie.

W odpowiedzi na pozew wzajemny Gmina Ł. przyznała, iż część kwoty z faktury nr (...) z terminem płatności na dzień 21.01.2010 r została zapłacona z opóźnieniem. Jednocześnie powód wskazał, iż opóźnienie w zapłacie kolejnej faktury nr (...) o 23 dni było spowodowane przedłużającymi się procedurami w rozpatrywaniu wniosku o zaliczkę w Instytucji (...). Jednak kwota wyliczonych przez powoda wzajemnego odsetek jest nieprawidłowa i została wyliczona niezgodnie z zapisem par. 4 ust. 1 zawartej umowy. Zdaniem pozwanego wzajemnego prawidłowa kwota odsetek to 21.566,66 zł. Gmina Ł. wskazała, iż nie kwestionuje wykonania przez powoda wzajemnego robót dodatkowych objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 27.12.2011 r na kwotę 22.430,93 zł wynikających z wpisu w dzienniku budowy z dnia 9 i 15 czerwca 2010 r. Kwestionuje natomiast okres wykonania tych robót wskazywany przez powoda wzajemnego. Natomiast faktura VAT nr (...) z dnia 27.12.2011 r na kwotę 28.664,19 nie dotyczy ulicy (...). Pokoju lecz inwestycji związanej z przebudową ulic (...). Również protokół konieczności oraz pismo wykonawcy z dnia 8.09.2010 r nie dotyczy inwestycji objętej przedmiotem tej sprawy. Poza tym pozwana wzajemna zakwestionowała zarówno zasadność jak i wysokość robót dodatkowych. Roboty objęte ww. fakturą wynikają zdaniem pozwanego wzajemnego z przedmiotu umowy, zaś ich wartość jest zawyżona i odbiega od cen rynkowych.

Pismem z dnia 2 października 2012 r (k. 241) strona powodowa zgłosiła zarzut potrącenia i oświadczyła, że potrąca z przysługującej powodowi kary umownej dochodzonej pozvem w wysokości 459.507,42 zł kwotę w łącznej wysokości 43.997,59 zł (kwota 22.430,93 zł z tytułu robót dodatkowych objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 27.12.2011 r oraz kwotą 21.566,66 zł z tytułu odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w płatności faktur).

Pozwany wykonawca w piśmie z dnia 17 października 2012 r (k. 253 - 254) wskazał, iż oświadczenie powoda o dokonaniu potrącenia jest bezskuteczne. Pozwany kwestionuje bowiem co do zasady roszczenie Gminy Ł. o zapłatę kar umownych stwierdzając, iż po stronie powoda nie ma wymagalnej wierzytelności nadającej się do potrącenia z wierzytelnością przysługującą pozwanemu.

#### Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 14 lipca 2009 r Gmina Ł. jako zamawiający oraz E. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług (...) z siedzibą w W. jako wykonawca zawarli umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie ulicy (...). Pokoju w Ł. wraz z kanalizacją deszczową zgodnie z projektem technicznych i Specyfikacjami Wykonania i Odbioru (...). Zakres prac wynikał z przedmiaru robót załączonych do(...). Szczegółowy harmonogram robót został dołączony do umowy. Jako termin realizacji zamówienia strony określiły dzień 31.10.2010 r. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone na kwotę brutto 3.558.614,71 zł. Zamawiający zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia według wystawionej przez wykonawcę faktury w terminie 30 dni od daty doręczenia faktury wraz z niezbędnymi dokumentami rozliczeniowymi. Przy czym zamawiający dopuszczał składanie faktur przez wykonawcę nie częściej niż jeden raz na kwartał. (umowa k. 7 – 10v, harmonogram robót k. 11, warunki SIWZ k. 89 - 98)

Zgodnie z treścią par. 13 ust 1 lit. a i e umowy wykonawca miał zapłacić kary umowne zamawiającemu za nieterminowe wykonanie określonych w umowie przedmiotów odbioru w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za dany przedmiot odbioru za każdy dzień opóźnienia, za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów robót określonych w harmonogramie z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego

za każdy dzień opóźnienia licząc od terminu określonego w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie. (umowa k. 7 – 10v)

W czasie spisania umowy pozwany był wykonawcą remontu ulic sąsiadujących z ul. (...)i łączyła go z powodem umowa w tym zakresie. (okoliczność bezsporna)

Na finansowanie inwestycji powódka otrzymała środki unijne, które przyznano w dniu 2 lutego 2009 r, umowa o dofinansowanie z Zarządem (...)została podpisana w dniu 23 marca 2010 r , a pierwsza transza dotacji wpłynęła na konto powoda w dniu 22.04.2010 r. Dofinansowanie wynosiło 85% wartości inwestycji. Uchwałą z dnia 10.03.2010 r Rada Miasta w Ł. postanowiła zaciągnąć kredyt długoterminowy w banku krajowym w zakresie m.in. kwoty 300.000 zł z przeznaczeniem na sfinansowanie zadania realizowanego z udziałem środków unijnych, a ujętego w budżecie Gminy Ł. pod nazwą przebudowa Alei (...) w Ł.. Źródłem spłaty kredytu miały być wpływy z podatku od nieruchomości od osób fizycznych i od osób prawnych , a spłata kredytu miał nastąpić w latach 2011 – 2010. Uchwałą z dnia 08.09.2010 r Rada Miasta w Ł. postanowiła zaciągnąć kredyt długoterminowy w banku krajowym w kwocie 1.681.552 zł z przeznaczeniem na sfinansowanie zadania realizowanego z udziałem środków unijnych, a ujętego w budżecie Gminy Ł. na 2010 r pod nazwą przebudowa Alei (...) w Ł.. Źródłem spłaty kredytu miała być dotacja zgodnie z umową Nr (...)o dofinansowanie projektu „przebudowa ulicy (...). Pokoju w Ł.” współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Priorytetu III (...) Działanie (...) (dokumenty - koperta k. 208)

Wprowadzenie wykonawcy na plac budowy przez zamawiającego odbyło się 17 lipca 2009 r, roboty budowlane pozwany rozpoczął w dniu 21 września 2009 r. (protokół - koperta k.208, wpisy w dzienniku budowy)

Zgodnie z harmonogramem robót w 2009 r miały zostać wykonane prace na łączną kwotę 671.928 zł netto. Z protokołu odbioru wykonanych robót z dnia 21.12.2009 r wynika ,iż pozwany wykonał roboty budowlane na łączną wartość 618.681,61 zł. Prace dotyczące odwodnienia korpusu drogowego zostały wykonane w kwocie 458.600,56 zł. W harmonogramie robót sporządzonym przez pozwanego znalazł się błąd dotyczący wartości robót dotyczących odwodnienia korpusu drogowego. Wartość całkowita elementu została określona na kwotę 966.514,45 zł, natomiast w okresie realizacji została wpisana tylko kwota 670.428 zł przewidziana w 2009 r. (harmonogram k. 11, protokół odbioru k. 111 – 111v)

W dniu 21 grudnia 2009 r pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) w kwocie 754.791,56 zł brutto, płatną do dnia 21 stycznia 2010 r za roboty wykonane w 2009 r. (faktura k. 165) Powód zapłacił wykonawcy w terminie wynagrodzenie w wysokości 200.000 zł brutto. W dniu 18 lutego 2010 r została wypłacona kwota 10.476 zł brutto, a dopiero w dniu 23 kwietnia 2010 r kwota 544.315,56 zł brutto. (polecenia przelewu k. 166 – 167)

W okresie od 14 grudnia 2009 do 5 maja 2010 r roboty budowlane nie były prowadzone. Zostały wstrzymane na okres zimowy przez inspektora nadzoru z uwagi na niesprzyjające warunki pogodowe. (wpisy w dzienniku budowy z dnia 12 grudnia 2009 r, z dnia 14 grudnia 2009r., z dnia 5 maja 2010 r)

W pierwszym kwartale 2010 r wykonane miały być prace o wartości łącznej 31.792,36 zł netto. W drugim kwartale 2010 r miały być wykonane prace o łącznej wartości 391.457,02 zł. Jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 28 czerwca 2010 r pozwany wykonał roboty budowlane o łącznej wartości 446.313,28 zł. (harmonogram k. 11, protokół odbioru k. 112 -112v)

Faktura VAT nr (...) wystawiona przez pozwanego dnia 28 czerwca 2010 r za roboty budowlane wykonane w drugim kwartale 2010 r nie została zapłacona w całości w umówionym terminie. Część wynagrodzenia tj. kwota 462.826,87 zł została zapłacona dopiero w dniu 20 sierpnia 2010 r. (faktura k. 171 , potwierdzenie przelewu k. 166 – 167)

W czerwcu 2010 r inspektor nadzoru reprezentujący powoda zobowiązał pozwanego do wykonania robót dodatkowych w zakresie poszerzenia projektowanej jezdni ulicy z 5,0 do 5,5 m na odcinku od skrzyżowania(...)w kierunku parku D. (odcinek długości 30 mb) i przestawienie ustawionego krawężnika po prawej stronie jezdni, jak również dodatkowych robót w zakresie kanalizacji sanitarnej, które nie były przewidziane w umowie. (wpis w dzienniku budowy z dnia

09.06.2010 r i z dnia 15.06.2010.) Pismem z dnia 8 września 2010 r powód wzajemny zwrócił się do pozwanego wzajemnego o zawarcie umowy, której przedmiotem byłoby wykonanie robót dodatkowych. (pismo k. 196) Do zawarcia takiej umowy jednak nie doszło . (okoliczność bezsporna)

Po wykonaniu robót dodatkowych, które zostały przyjęte przez zamawiającego powód wzajemny wystawił w dniu 27 grudnia 2011 r dwie faktury VAT tj. fakturę VAT nr (...) na kwotę 22.430,93 zł brutto oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 28.664,19 zł brutto. Powyższe faktury zostały dostarczone pozwanemu wzajemnemu w dniu 27 grudnia 2011 r , a termin ich zapłaty wynosił 14 dni. Przy czym faktura VAT nr (...) dotyczyła robót dodatkowych związanych z remontem sąsiedniej ul. (...) i ul. (...) w Ł., wskazanych w protokole konieczności z dnia 15 czerwca 2011 r. (faktury k. 186, k. 191, kosztorys k. 187-190, k. 192 - 195) Pismem z dnia 28.12.2011 r Gmina Ł. odmówiła zapłaty ww. kwot wskazując ,iż brak jest umowy na roboty dodatkowe w związku z czym Gmina zwraca faktury bez zapłaty. (pismo k. 197)

W III kwartale 2010 r miały być wykonane prace o łącznej wartości 775.569,07 zł netto. Jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 30 września 2010 r pozwany wykonał prace o wartości 700.000 zł. (harmonogram k. 11, protokół odbioru k. 115 – 115v)

W IV kwartale do 31.10.2010 r miały być wykonane prace o łącznej wartości 122.862,08 zł. Jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 29.10.2010 r pozwany wykonał prace o łącznej wartości 568.522,05 zł. (harmonogram k. 11, protokół odbioru k. 118 – 118v) Tym samym do dnia 31.10.2010 r pozwany wykonał prace o łącznej wartości netto 2.333.516,80 zł, a więc w 0,7(9) części całości umówionych prac.

Roboty budowlane wykonawca kontynuował do dnia 17.11.2010 r. W tym dniu inspektor nadzoru stwierdził wadliwe wykonanie nawierzchni ulicy tj. wykonanie warstwy ścieralnej bez wykonania odbioru warstwy wiążącej. W związku z tym zalecił komisyjne badanie laboratoryjne nośności i grubości warstwy bitumicznej przed dokonaniem ostatecznego odbioru. Prace budowlane wstrzymano do czasu wykonania badań. (wpis w dzienniku budowy z dnia 17.11.2010 r )

Pismem z dnia 25.10.2010 r pozwany zwrócił się do strony powodowej o przedłużenie terminu zakończenia prac przy budowie ul. (...) do dnia 31.05.2011 r , w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi uniemożliwiającymi prawidłowe położenie nawierzchni bitumicznej. Pismo to do strony powodowej wpłynęło w dniu 30.11.2010 r. (pismo k. 124)

Pismem z dnia 10.12.2010 r strona powodowa poinformowała pozwanego, iż przedłużenie terminu realizacji zamówienia nie jest możliwe. (pismo k. 125)

W dniu 29 kwietnia 2011 r odbyło się spotkanie stron w sprawie przebudowy Al. (...) w Ł.. Na podstawie przedstawionych wyników badań stwierdzono niezgodność grubości warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej (warstwy bitumicznej) z projektem oraz inne wady wykonanej nawierzchni. W efekcie przyjęto ustalenie określające konieczność wykonania określonych prac w celu wyeliminowania stwierdzonych wad. (notatka – koperta k. 207, wpis w dzienniku budowy)

Pismem z dnia 10 maja 2011 r strona pozwana została wezwana przez powoda do zakończenia realizacji przedmiotu umowy i zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego robót w terminie do 10.06.2011 r (pismo k. 126)

Pismem z dnia 10.06.2011 r pozwany zgłosił powodowi wykonanie roboty określonej umową do odbioru w związku z zakończeniem wszelkich prac i usuwaniem usterek. (pismo k. 128, wpis w dzienniku budowy)

W dniu 28 czerwca 2011 r został spisany protokół z rozpoczęcia czynności odbiorowych i przekazania inwestycji do eksploatacji. (protokół k.132 – 136)

Protokół z odbioru końcowego i przekazania inwestycji do eksploatacji został przez strony spisany w dniu 05.07.2011 r. (protokół k. 132 – 133)

Z protokołu odbioru wykonanych robót z dnia 07.07.2011 r wynikało ,iż pozwany wykonał roboty o łącznej wartości 583,380,37 zł. (protokół k. 121 – 121v)

Pismem z dnia 4 lipca 2011 r strona powodowa wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 459 507,42 zł tytułem zapłaty kary umownej za opóźnienia w wykonaniu przedmiotów odbioru robót w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania wezwania. (pismo k. 139) Pozwany pismo odebrał w dniu 9.08.2011 r. (potwierdzenie odbioru pisma k. 140)

Pismem z dnia 10 sierpnia 2011 r pozwany odmówił zapłaty naliczonej kary umownej wskazując ,iż opóźnienie w realizacji inwestycji spowodowane było brakiem środków finansowych potrzebnych na wykonanie inwestycji po stronie powodowej. Poza tym pozwany podniósł ,iż od listopada 2010 r pomimo nie wykonania części robót Aleja (...) była normalnie użytkowa przez mieszkańców. (pismo k. 141)

Sąd zważył, co następuje:

Zgodnie z treścią 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).

W przedmiotowej sprawie strony zawarły umowę, w której jasno określiły przesłanki zapłaty przez wykonawcę kary umownej zamawiającemu. Zgodnie z treścią par. 13 ust 1 lit. a i e umowy wykonawca miał zapłacić kary umowne zamawiającemu za nieterminowe wykonanie określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za dany przedmiot odbioru za każdy dzień opóźnienia, za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów robót określonych w harmonogramie z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia licząc od terminu określonego w zatwierdzonym przez zamawiającego harmonogramie.

Istotą kary umownej ,która zgodnie z zasadą swobody umów może być wprowadzona do treści umowy, jest wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami poprzez skłonienie strony zobowiązanej do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Stanowi ona niejako gwarancję spełnienia świadczenia przez dłużnika. Dłużnik ma bowiem świadomość, jakie konsekwencje poniesie na skutek swojego zachowania niezgodnego z treścią zobowiązania. Zastrzeżenie kary umownej wymaga akceptacji przez obie strony umowy, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Strony mogą w umowie ustanowić kilka kar umownych, odnosząc je do różnych sytuacji. W szczególności dozwolone jest zastrzeżenie odrębnej kary za niewykonanie zobowiązania i odrębnej za nienależyte wykonanie zobowiązania. Możliwe jest także dochodzenie kilku kar umownych zastrzeżonych w stosunku do różnych uchybień, jeżeli wystąpiły one łącznie (R. P., Kary umowne..., s. 18-26). Rozważenia wymaga, czy podstawą ustalenia wysokości kary umownej za opóźnienie powinien być jeden termin o charakterze ciągłym, czy też możliwe jest przyjęcie jej jako sumy należności wyliczonych odpowiednio do kolejnych okresów opóźnienia. Zdaniem Sądu Najwyższego istota i cel omawianej instytucji prawnej nie sprzeciwiają się przyjęciu, w indywidualnych okolicznościach danej sprawy, że określona suma w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. obejmuje należności wyliczone łącznie za różne, nie pozostające w bezpośredniej ciągłości czasowej terminy. W granicach swobody kontraktowej strony mogą bowiem umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego mają bowiem charakter dyspozytywny. (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 stycznia 2013 r. II CSK 331/2012 LexPolonica nr 4911648 [www.sn.pl](http://www.sn.pl))

W przedmiotowej sprawie pozwany zaakceptował warunki umowy, tym samym zgodził się na zapis par. 13 umowy. Jako profesjonalny przedsiębiorca działający na rynku budowlanym, o czym świadczą złożone do akt sprawy referencje oraz spis prowadzonych robót budowlanych dla powoda w ostatnich latach, pozwany powinien mieć świadomość konsekwencji jakie niesie za sobą przyjęty w umowie zapis o karach umownych obciążających w określonych sytuacjach wykonawcę. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 sierpnia 2008 r.(V CSK 85/2008, LexPolonica nr 2038695) rzeczą stron uczestniczących w obrocie gospodarczym jest ustalenie wagi i znaczenia niewykonania zobowiązania w całości lub w odniesieniu do zindywidualizowanych okoliczności. Art. 483 k.c. w związku z art.



353[1] k.c. stronom umowy pozostawia sposób zabezpieczenia wykonania przyjętych zobowiązań. Skoro zatem strony zgodnie ustaliły przesłanki ponoszenia odpowiedzialności wykonawcy za nieterminowe wykonanie zobowiązania i powiązały tę odpowiedzialność z harmonogramem robót przedstawionym przez wykonawcę, a zatwierdzonym przez zamawiającego, nie można w chwili obecnej uznać za uzasadniony zarzutu pozwanego dotyczący nieważności tego zapisu umowy. W ocenie Sądu pozwany nie przedstawił żadnych skutecznych argumentów, które uzasadniłyby stwierdzenie nieważności zapisu par. 13 ust. 1 lit. e zawartej przez strony umowy. Jak wynika z powołanego wyżej orzecznictwa nie ma przeciwskazań do tego, aby kary umowne wyliczane były okresowo i powiązane były z wykonaniem poszczególnych elementów lub etapów robót, o ile wynika to z istoty zawartej umowy. W tej sprawie wykonawca zobowiązał się do wykonania roboty budowlanej polegającej na przebudowie ulicy(...)w Ł. wraz z kanalizacją deszczową. Wykonanie inwestycji podzielone było na kilka etapów, ustalony został przez wykonawcę harmonogram robót, który powiązany był także z wypłatą wynagrodzenia wykonawcy, nie częściej jednak niż raz na kwartał. W nawiązaniu do tego zapisu umowy (par. 5) roboty budowlane zostały rozłożone w harmonogramie w 2010 r. na wykonanie kwartalne. Jedynie w 2009 r. roboty budowlane rozpocząć się powinny w lipcu i zakończyć w grudniu, a więc w dłuższym okresie rozliczeniowym. W świetle takich ustaleń umownych zapis par. 13 ust. 1 lit. e umowy był w pełni uzasadniony i miał na celu zmotywowanie wykonawcy do terminowego wykonania zobowiązania. Zwłaszcza, iż jak wynika z dołączonych do akt sprawy dokumentów wynagrodzenie miało być płatne w zdecydowanej części z przyznanych środków unijnych, co wymaga określonej dyscypliny finansowej. Poza tym powód jako jednostka samorządowa podlega dyscyplinie budżetowej i nie może wydatkować środków finansowych w dowolnym czasie, tylko w terminach płatności ściśle wynikających z umowy. Mając na uwadze powyższe Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu pozwanego dotyczącego nieważności zapisów umowy w zakresie zapłaty kar umownych.

Przesłanką zapłaty kary umownej jest wina dłużnika. Tym samym w przedmiotowej sprawie koniecznym jest ustalenie czy opóźnienie w wykonaniu zobowiązania powstało na skutek okoliczności zależnych od wykonawcy i zawinionych przez wykonawcę. Ponieważ treść umowy odwołuje się do harmonogramu robót sporządzonego przez wykonawcę, a zatwierdzonego przez zamawiającego istotnym przy ustalaniu terminowości wykonania zobowiązania będzie odwołanie się do zapisów w tym dokumencie. Harmonogram robót budowlanych składających się na jedną inwestycję może stanowić dla stron jedynie orientacyjne odniesienie co do kolejności wykonywanych prac budowlanych, jednak nie wtedy kiedy z harmonogramem robót powiązane są konsekwencje w postaci zapłaty wynagrodzenia oraz zapłaty kar umownych za nieterminowe wykonanie poszczególnych elementów prac. Przy przyjęciu w umowie takich rozwiązań harmonogram robót staje się istotnym elementem tejże umowy i nie może być zmieniany bez zgody obydwu stron, bez narażenia się na konsekwencje po stronie wykonawcy w postaci obowiązku zapłaty określonych kar umownych. W tej sprawie pozwany przygotował harmonogram robót w nawiązaniu do ich wartości. Zamawiający zatwierdził ten harmonogram. Obie strony sporządziły to niedbale, nie zwracając uwagi na rzeczywistą kolejność robót i błędy rachunkowe zawarte w harmonogramie, które w chwili obecnej stanowią podstawę sporu pomiędzy stronami. Poza tym w toku całego procesu inwestycyjnego pozwany nie zwracał się do zamawiającego o zmianę harmonogramu robót w związku z powstałymi opóźnieniami, które jak wskazuje w toku tego procesu miały powstać niezależnie od woli i działania wykonawcy.

Ustalając zakres powstałych opóźnień w wykonaniu poszczególnych elementów robót oraz powody tych opóźnień Sąd przeanalizował zapisy zawarte w treści harmonogramu robót oraz zapisy zawarte w dzienniku budowy i protokołach odbioru poszczególnych elementów robót.

Jak wynika z treści protokołu wprowadzenie wykonawcy na plac budowy przez zamawiającego odbyło się 17 lipca 2009 r. Tym samym pozwany od tej daty miał możliwość rozpoczęcia prac budowlanych. Wpis w dzienniku budowy dotyczący rozpoczęcia robót wskazuje, iż roboty te pozwany rozpoczął dopiero w dniu 21 września 2009 r. W dzienniku budowy nie ma żadnych wpisów, które wskazywałyby na uzgodnienia pomiędzy stronami umowy dotyczące opóźnień w rozpoczęciu robót z uwagi na niezakończone przez pozwanego inne prace budowlane prowadzone również na rzecz powoda w tym samym okresie. Nie ma także dokumentów, ani wpisów w dzienniku budowy, które wskazywałyby na konieczność opóźnienia w rozpoczęciu robót z uwagi na wady projektowe inwestycji. Z treści zeznań świadka U. K. złożonych podczas rozprawy w dniu 4 lipca 2013 r. wynika, iż w sierpniu wykonawca złożył

do zamawiającego wniosek o zmianę odcinka kanalizacji sanitarnej z betonowej na kanalizację z tworzywa, z uwagi na trudności w wykonaniu projektowanej instalacji. Również w sierpniu powód uzyskał zgodę od projektanta na powyższą zmianę. Jednak w treści wpisów w dzienniku budowy nie ma informacji o powyższym, w szczególności nie ma informacji o ewentualnej przerwie w pracach budowlanych z tego powodu. Jak wynika bowiem z treści wpisów w dzienniku budowy prace rozpoczęto dopiero znacznie później - w dniu 21 września. W 2009 r prace trwały do dnia 14 grudnia. Wpisy z dnia 12 grudnia i 14 grudnia 2009 r sporządzone przez inspektora nadzoru wskazują na wstrzymanie prac budowlanych na okres zimowy, a w szczególności do czasu wystąpienia korzystnych warunków atmosferycznych.

Zgodnie z harmonogramem robót w 2009 r miały zostać wykonane prace polegające głównie na odwodnieniu korpusu drogowego na kwotę 670.428 zł netto. Przy czym wartość całkowita tego elementu została określona na kwotę 966.514,45 zł. Tym samym w 2009 r wykonawca założył wykonanie tego elementu w około 70%. Pozostałe 30% elementu miało zostać wykonane w innym czasie, ale na podstawie harmonogramu prac nie można ustalić w jakim, bowiem ten element robót nie został ujęty w żadnym innym okresie robót. Pozwany wprawdzie twierdzi, iż jego zamiarem było ujęcie tych robót w pierwszym i drugim kwartale 2010 r jednak twierdzenie to nie znajduje potwierdzenia w żadnych innych dowodach. W szczególności analizując poszczególne protokoły odbioru wykonanych elementów wskazać należy, iż w 2009 r odwodnienie korpusu drogowego zostało wykonane jedynie w kwocie 458.600,56 zł, a więc znacznie mniejszej niż zakładano w harmonogramie. W drugim kwartale 2010 r odwodnienie korpusu drogowego wykonano na kwotę 104.033 zł, a więc nawet nie w całości zaległą część tego elementu przewidzianą do wykonania w 2009 r. W trzecim kwartale 2010 r odwodnienie korpusu drogowego wykonano na kwotę 193 302,89 zł, a więc w zakresie kwoty 107 795 zł wykonano zaległy element przewidziany do wykonania w 2009 r, a ponad tę kwotę dopiero w dalszej nie ujętej w harmonogramie prac kwocie. W okresie czwartego kwartału do dnia 30 października 2010 r wykonano odwodnienie korpusu drogowego na kwotę 160.577,73 zł. czyli na kwotę nie ujętą w harmonogramie. Dodatkowo do dnia 07 lipca 2011 r wykonano odwodnienie korpusu drogowego na kwotę 50.000 zł. Powyższe wskazuje jednoznacznie na to, iż pozwany w sposób odmienny od ujętego w harmonogramie robót oraz w sposób odmienny niż wskazywany w zeznaniach świadka J. P. realizował ten element robót. Niewątpliwie pozwany podzielił wykonanie tego elementu jednak trudno uznać jaki był pierwotny i zasadniczy zamiar podziału wykonania tego elementu robót. Z uzupełniającej opinii biegłego K. F. wynika, iż realizacja tego rodzaju robót powinna zostać podzielona na kolejne etapy. Biegły nie wskazał jednak czy tego rodzaju roboty mogły być wykonywane w pierwszym kwartale 2010 r czyli w okresie zimowym, kiedy to większość prac budowlanych nie jest wykonywana z uwagi na warunki pogodowe. Biegły wskazał również, iż harmonogram robót został sporządzony w sposób przypadkowy nie uwzględniający realnych warunków przebudowy ulicy, możliwości występowania i występowania warunków atmosferycznych uniemożliwiających lub ograniczających możliwości realizacji robót logicznego ciągu technologicznego, realnych kolejności realizacji poszczególnych czynności. Wnioski zawarte w opinii biegłego znajdują potwierdzenie w treści protokołów z wykonania poszczególnych elementów robót, które znacząco odbiegają od przyjętego przez strony harmonogramu. W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczności związane z niejasnością harmonogramu obciążają wykonawcę, który przygotował ten harmonogram dla powoda m.in. w celu zabezpieczenia przez powoda środków finansowych koniecznych do odbioru poszczególnych elementów robót. Pozwany jako profesjonalista powinien przygotować harmonogram z uwzględnieniem tych wszystkich warunków, o których mówił biegły w swojej opinii. Zdaniem Sądu z uwagi na treść opinii biegłego zasadnym jest przyjęcie, iż w 2009 r do wykonania elementu w zakresie odwodnienia korpusu drogowego powinna być ujęta kwota przewidziana w harmonogramie stanowiąca ok. 70% całości prac. Czas rozliczeniowy w 2009 r przewidywał pięć i pół miesiąca na wykonanie w zasadzie tylko tych robót, a więc był najdłuższym okresem w całym harmonogramie. Tym samym możliwym było wykonanie takiego zakresu prac. W ocenie Sądu nie można także uznać, aby w 2009 r pozwany nie ze swojej winy opóźnił się w wykonaniu zaplanowanych robót. Prace zostały rozpoczęte przez pozwanego ze znacznym opóźnieniem. Przy czym pozwany nie wykazał, aby powodem tego były okoliczności niezależne od niego i nie spowodowane jego winą. Podnoszone przez niego argumenty opisane wyżej w żaden sposób nie zostały udowodnione. W szczególności nie można uznać, aby wystarczające w tym zakresie były zeznania świadka J. P., który reprezentował pozwanego w procesie inwestycyjnym. Zwłaszcza, iż te zeznania nie znajdują potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Jedynie okres od 14 grudnia 2009 r do końca tego roku jest okresem kiedy brak robót był uzasadniony okolicznością niezależną od pozwanego tj. warunkami atmosferycznymi. Jednak zauważyć należy, iż druga połowa

grudnia to w większości okres świąteczny kiedy nie wykonuje się pracy, a zatem ten dwutygodniowy okres przestoju, zdaniem Sądu, nie miał wpływu na wielkość opóźnienia po stronie pozwanego. Tym samym powód zasadnie naliczył kary umowne od opóźnienia w zakresie wykonania pierwszego etapu robót w 2009 r, niezasadnie przyjmując jednak kwotę wyższą niż wskazana w harmonogramie. Zdaniem Sądu podstawę do wyliczenia kary umownej powinna stanowić różnica pomiędzy kwotą 670.428 zł netto ujętą w harmonogramie a wartością prac faktycznie wykonanych w kwocie 458.600,56 zł (wartość wykonanego odwodnienia korpusu drogowego) tj. kwota 211.827,44 zł. Kwota 0,1% wynagrodzenia umownego określona w treści par. 13 ust. 1 lit. e umowy wyniosła zatem 211,83 zł. Pomnożona przez 90 dni czyli okres od 01.01.2010 r do 31.03.2010 r dała kwotę 19.064,70 zł. Kwota ta powiększona o stawkę 22% VAT (4.194,23 zł) dała kwotę **23.258,93 zł**. Taką też kwotę przyjął Sąd jako należną od pozwanego z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie robót w 2009 r .

Zgodnie z harmonogramem robót w pierwszym kwartale 2010 r pozwany miał wykonać roboty składające się z następujących elementów: roboty przygotowawcze o wartości 169.494 zł, roboty ziemne o wartości 14.759,90 zł, podbudowa o wartości 92.947,47 zł, elementy ulic o wartości 81.792, 36 zł. Przy czym po zsumowaniu pozwany wskazał jako wartość prac do wykonania w tym kwartale jedynie kwotę 31.792,36 zł, co do której trudno ustalić z czego wynika. Uznając to za błąd rachunkowy Sąd jako wartość prac do wykonania w tym kwartale przyjął sumę wyżej wskazanych poszczególnych elementów, a nie kwotę 31.792,36 zł. W okresie od 14 grudnia 2009 r roboty budowlane zostały wstrzymane na okres zimowy przez inspektora nadzoru z uwagi na niesprzyjające warunki pogodowe. Zatem w okresie kalendarzowej zimy czyli do dnia 22 marca 2010 r. roboty budowlane nie mogły być wykonywane z przyczyn niezależnych od pozwanego. Nie ma żadnych wpisów w dzienniku budowy, które wskazywałyby na to ,iż do końca marca 2010 r pozwany mógł podjąć wykonywanie zaplanowanych prac. W tym miejscu wskazać należy, iż brak jest podstaw do przyjęcia ,aby w pierwszym kwartale 2010 r pozwany planował wykonanie części prac związanych z odwodnieniem korpusu drogowego. Przebieg robót budowlanych w tej inwestycji jednoznacznie wskazuje na to ,iż w okresie zimowym roboty budowlane nie mogły być wykonywane z uwagi na warunki pogodowe. Nawet gdyby okres zimowy nie był mroźny to związany jest w naszym klimacie z dużą liczbą opadów w przypadku wyższych temperatur, co również uniemożliwia wykonywanie prac objętych umową, o czym świadczą wpisy w dzienniku budowy dokonywane przez wykonawcę i inspektora nadzoru. W świetle powyższego nie można uznać, aby w pierwszym kwartale 2010 r w okresie zimowym pozwany planował wykonanie części prac związanych z odwodnieniem korpusu drogowego. W tym zakresie Sąd twierdzeń pozwanego nie uznał za wiarygodne i przyjął zakres robót przewidzianych w harmonogramie na ten okres nie uwzględniający elementu odwodnienia korpusu drogowego. W tym miejscu wskazać należy ,iż w 2009 r pozwany wykonał roboty przygotowawcze na kwotę 18.172,02 zł (planowane w I kwartale 2010 r na kwotę 169.494 zł), roboty ziemne na kwotę 11.014,50 zł (planowane w I kwartale 2010 r na kwotę 14.759,90 zł), podbudowa na kwotę 13.574,86 zł (planowane w I kwartale 2010 r na kwotę 92.947,47 zł), elementy ulic na kwotę 101.122,17 zł (planowane w I kwartale 2010 r na kwotę 81.792, 36 zł) oraz nawierzchnia na kwotę 16.197,50 zł (poza planem). Tym samym pozwany częściowo wykonał już w 2009 r zakres robót przewidziany w harmonogramie na pierwszy kwartał 2010 r. Ponieważ jak wskazano wyżej okres zimowy jak wynika z wpisu inspektora nadzoru miał stanowić przerwę w wykonaniu prac budowlanych z powodu złych warunków atmosferycznych, nie można przypisać pozwanemu winy w opóźnieniu dotyczącym wykonania prac przewidzianych w pierwszym kwartale 2010 r. Tym samym naliczenie kar umownych w tym zakresie uznać należy za nieuzasadnione.

Pozwany prace wznowił dopiero w dniu 5 maja 2010 r. Były to prace w zakresie uporządkowania placu budowy, jak wynika z wpisu w dzienniku budowy. Brak jest danych dlaczego pozwany nie przystąpił do wykonywania prac budowlanych w miesiącu kwietniu 2010 r. W szczególności miesiąc ten nie może zostać uznany za zimowy, a brak jest danych do uznania, iż warunki atmosferyczne nie pozwalały na rozpoczęcie prac budowlanych. Poza tym wskazać należy ,iż pozwany po okresie wstrzymania robót nie zmienił harmonogramu robót, nie dostosował go do stopnia zaawansowania robót, nie wystąpił także do zamawiającego o przedłużenie okresu wykonania poszczególnych prac, które nie mogły zostać wykonane w pierwszym kwartale 2010 r. Tym samym zamawiający miał prawo uznać, iż pozwany nadrobi wykonanie rozpoczętych już prac w następnym kwartale. Pozwany w toku procesu wskazywał, iż w dniu 21 grudnia 2009 r wystawił fakturę VAT nr (...) w kwocie 754.791,56 zł brutto, płatną do dnia 21 stycznia 2010 r. Powód zapłacił wykonawcy w terminie wynagrodzenie w wysokości 200.000 zł brutto. W dniu 18 lutego 2010 r

została wypłacona kwota 10.476 zł brutto, a dopiero w dniu 23 kwietnia 2010 r kwota 544.315,56 zł. Tym samym pozwany uznał, iż ma prawo wstrzymać się z wykonywaniem robót do czasu zapłaty przez powoda wynagrodzenia. Jednocześnie w aktach sprawy nie ma żadnych dowodów na to ,aby pozwany poinformował powoda o przyczynie powstrzymania się od wykonywania pracy. Poza tym podjęcie działań budowlanych w żaden sposób nie wiązało się z zapłatą przez powoda brakującej części wynagrodzenia. Prace porządkowe pozwany rozpoczął dopiero w dniu 5 maja, a nie bezpośrednio po otrzymaniu brakującej kwoty wynagrodzenia. Wynika to z wpisu w dzienniku budowy. Poza tym warunkiem podpisania umowy było posiadanie przez wykonawcę własnych środków finansowych potrzebnych do realizacji umowy. Jak wynika z treści umowy pozwany zobowiązał się wykonać przedmiot umowy z własnych materiałów. Jednocześnie z oświadczenia załączonego do oferty złożonej przez pozwanego wynika, że pozwany znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Do oferty dołączona została także opinia bankowa gwarantująca możliwość uzyskania przez pozwanego odpowiednich środków finansowych także na cel przedmiotowej inwestycji. Tym samym nie można uznać, aby brak zapłaty części wynagrodzenia skutkowało niemożnością podjęcia dalszych działań przez pozwanego z uwagi na brak środków finansowych. Ponadto przyjęte warunki wykonania umowy wskazane wyżej nie uzasadniają uznania, iż pozwanemu służyło prawo powstrzymania się od wykonywania robót z uwagi na brak świadczenia wzajemnego. Wynagrodzenie bowiem zostało określone ryczałtowo jako jedna kwota. Zamawiający natomiast dopuścił możliwość składania faktur cząstkowych za wykonaną pracę nie częściej jak raz w miesiącu. Pozwany powołując się na treść art. 490 § 1 k.c. wskazywał, iż spełnienie świadczenia przez powoda było wątpliwe ze względu na jego stan majątkowy. Jednak w tej sprawie zamawiającym była gmina posiadająca osobowość prawną, określony majątek, stałe dochody i środki finansowe. Nie ma żadnych dowodów na to ,aby stan majątkowy gminy był na tyle zły, iż uniemożliwiał spełnienie świadczenia. Poza tym pozwany nie wystąpił w związku z opóźnieniem w płatności faktury do powoda o udzielenie stosownego zabezpieczenia jego roszczenia. Powód w toku procesu złożył dokumenty, z których jasno wynika, iż gmina była przygotowana do sfinansowania przedmiotu umowy, a opóźnienia w płatności dwóch faktur wynikały z realizacji wpływów określonych środków finansowych na konto gminy. Jednak samo opóźnienie w płatności wynagrodzenia nie oznacza jeszcze automatycznie ,iż stan majątkowy drugiej strony umowy jest na tyle zły ,że uniemożliwia spełnienie świadczenia. Mając na uwadze powyższe Sąd nie uwzględnił argumentów podnoszonych przez pozwanego w zakresie zasadności powstrzymania się od prac budowlanych i braku winy po stronie pozwanego w zakresie opóźnienia w drugim kwartale 2010 r. Jak wynika z harmonogramu robót w drugim kwartale 2010 r pozwany miał wykonać roboty składające się z następujących elementów: roboty przygotowawcze o wartości 169.494 zł, roboty ziemne o wartości 29.520 zł, podbudowa o wartości 185.894,94 zł, nawierzchnia o wartości 96.471,08 zł, elementy ulic o wartości 163.584 zł, przebudowa kablowych linii telekomunikacyjnych o wartości 46.493 zł. Mając na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące odwodnienia korpusu drogowego Sąd uznał, iż zasadnym będzie uznanie twierdzenia pozwanego ,iż pozostałą część niezaplanowanego w 2009 r roku elementu w tym zakresie należało wykonać właśnie w drugim kwartale 2010 r. Tym samym pozwany był zobowiązany do wykonania prac o wartości 296.086,45 zł w zakresie odwodnienia korpusu drogowego. Jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 28 czerwca 2010 r pozwany wykonał w zakresie zaplanowanych robót: roboty przygotowawcze o wartości 8.346,67 zł (planowane - 169.494 zł), roboty ziemne o wartości 17.243,02 zł (planowane - 29.520 zł), podbudowa o wartości 190.564,02 zł ( planowane - 185.894,94 zł), nawierzchnia o wartości 23.259,33 zł (planowane - 96.471,08 zł), elementy ulic o wartości 102.866,37 zł (planowane - 163.584 zł), odwodnienie korpusu drogowego o wartości 104.033,27 zł (planowane - 296.086,45 zł). Tym samym za zasadne uznać należy żądanie powoda w zakresie zapłaty przez pozwanego kar umownych za opóźnienie w wykonaniu wyżej wskazanych robót w stosunku do ustaleń zawartych w harmonogramie robót. W tym zakresie Sąd uznał za uzasadnioną kwotę **109.344,09 zł** wyliczoną przez powoda i wskazaną w kalkulacji kary umownej. (k. 137)

Jak wynika z harmonogramu robót w trzecim kwartale 2010 r pozwany miał wykonać roboty ziemne o wartości 29.519,89 zł, podbudowa o wartości 185.894,96 zł, nawierzchnia o wartości 396.571,22 zł, elementy ulic o wartości 163.583 zł. Jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 30 września 2010 r pozwany wykonał następujące prace: roboty przygotowawcze o wartości 200.000 zł, roboty ziemne o wartości 25.541,62 zł (planowane - 29.519,89 zł), odwodnienie korpusu drogowego o wartości 193.302,89 zł, podbudowa o wartości 160.598,49 zł (planowane -185.894,96 zł), elementy ulic o wartości 120.557 zł (planowane - 163.583 zł). W dniu 29 czerwca 2010r pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane wykonane w drugim kwartale 2010 r na kwotę 544.502,20 zł.

Faktura ta nie została zapłacona w całości w umówionym terminie. Część wynagrodzenia tj. kwota 462.826,87 zł została zapłacona dopiero w dniu 20 sierpnia 2010 r. Tym samym pozwany wskazał, iż powstrzymał się od wykonywania prac zgodnie z argumentacją faktyczną i prawną przedstawioną wcześniej. Pozwany wskazywał, iż z uwagi na brak zapłaty kwoty wynagrodzenia służyło mu prawo powstrzymania się od wykonywania pracy i nie może z tego powodu ponosić winy za opóźnienie w realizacji zaplanowanego etapu robót. Poza tym z powodu braku środków finansowych nie mógł wykonywać robót budowlanych w pełnym zakresie. Jednak argumenty pozwanego nie znajdują potwierdzenia w treści wpisów w dzienniku budowy. Z treści tych wpisów nie wynika, aby po upływie terminu płatności faktury pozwany wstrzymał prace budowlane. Również wpisy inspektora nadzoru świadczą o tym, iż prace były w tym czasie kontynuowane bez żadnych przerw lub ograniczeń. Tym samym twierdzenia pozwanego uzasadniające opóźnienie w wykonaniu zaplanowanych na trzeci kwartał prac uznać należy za nieudowodnione. Poza sporem w sprawie jest, iż w czerwcu 2010 r inspektor nadzoru reprezentujący powoda zobowiązał pozwanego do wykonania robót dodatkowych w zakresie poszerzenia projektowanej jezdni ulicy z 5,0 do 5,5 m na odcinku od skrzyżowania (...)w kierunku parku D. (odcinek długości 30mb) i przestawienie ustawionego krawężnika po prawej stronie jezdni, jak również robót dodatkowych w zakresie instalacji sanitarnej, które nie były przewidziane w umowie. (wpis w dzienniku budowy z dnia 09.06.2010 r. i 16.06.2010 r.) Jak wynika z opinii biegłego sądowego wykonanie tych prac dodatkowych zajęło pozwanemu czas do 8 dni. Tym samym nie można uznać, aby wykonanie prac dodatkowych w znaczący sposób wpłynęło na opóźnienie zaplanowanych prac budowlanych na trzeci kwartał 2010 r. Zwłaszcza, iż w tym czasie opóźnienie w wykonaniu części elementów robót było znaczne i wynikało z wcześniejszych opóźnień w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe Sąd uznał za uzasadnione w tym zakresie żądanie powoda w zakresie zapłaty kary umownej w kwocie **36.407,45 zł.**

W IV kwartale 2010 r do 31.10.2010 r miały być wykonane prace w zakresie oznakowania dróg o wartości 4.764 zł, oznakowania pionowego o wartości 36.305,72 zł, elementów ulic o wartości 81.792,36 zł. Natomiast jak wynika z protokołu odbioru robót z dnia 29.10.2010 r pozwany wykonał następujące prace: roboty przygotowawcze o wartości 112.470, 27 zł, roboty ziemne o wartości 20.000,05 zł, odwodnienie korpusu drogowego o wartości 160.577,73 zł, podbudowa o wartości 100.000 zł, elementy ulic o wartości 128.981 zł (planowane - 81.792,36 zł), przebudowa kablowych linii telekomunikacyjnych o wartości 46.493 zł. Tym samym w dniu upływu terminu realizacji przedmiotu umowy tj. 31.10.2010 r pozwany nie zakończył inwestycji. Roboty budowlane wykonawca kontynuował do dnia 17.11.2010 r. W tym dniu inspektor nadzoru stwierdził wykonanie warstwy ścieralnej bez wykonania odbioru warstwy wiążącej. W związku z tym zalecił komisyjne badanie laboratoryjne nośności i grubości warstwy bitumicznej przed dokonaniem ostatecznego odbioru. Prace budowlane wstrzymano do czasu wykonania badań. Jak wynika z zeznań świadków K. M. i J. P. wykonanie odpowiednich badań mogło się odbyć dopiero po upływie okresu zimowego. Z treści par. 12 umowy wynika, iż wykonawca zobowiązany był do zgłoszenia inspektorowi nadzoru terminu zakończenia robót polegających na zakryciu i robót zanikających oraz robot wykonanych w danym miesiącu. O ile wykonawca nie dopełnił tego obowiązku był zobowiązany odkryć roboty lub wykonać odpowiednie odkucia lub otwory niezbędne do zbadania wykonanych robot, a następnie przywrócić je do stanu poprzedniego na własny koszt. Z treści wpisu w dzienniku budowy z dnia 7 listopada 2011 r dokonanego przez inspektora nadzoru wynika, iż wykonawca został zobowiązany do zgłoszenia inspektorowi nadzoru do odbioru warstwy wiążącej przed wykonaniem warstwy ścieralnej. Obowiązku wynikającego z umowy wykonawca nie dopełnił. Konsekwencją tego było zlecenie przez inspektora nadzoru odpowiednich badań, a w efekcie wydłużenie całego procesu inwestycyjnego o kilka miesięcy z uwagi na okres zimowy. Ponieważ powstały przestój w wykonywaniu prac spowodowany był postępowaniem wykonawcy niezgodnym z umową oraz zaleceniem inspektora nadzoru nie można uznać, aby wykonawca nie ponosił winy za niewykonywanie robót budowlanych do dnia 29.04.2011 r. Poza tym jak wynika z opinii biegłego warstwa wiążąca, której dokonania odbioru przez inspektora nadzoru uniemożliwił wykonawca, miała istotną wadę usuwalną. Warstwa ta została wykonana niezgodnie z projektem oraz specyfikacją i kwalifikowała się do poprawy. Sąd uznał wszystkie opinie biegłego z zakresu budownictwa, na które powołuje się w swoich rozważaniach za w pełni wiarygodne. Zostały one sporządzone w oparciu o cały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie a także na podstawie wiadomości specjalnych posiadanych przez biegłego. Również argumenty pozwanego w zakresie warunków pogodowych w październiku i listopadzie 2010 r, które miałyby uniemożliwiać wykonywanie prac budowlanych uznać należy za nieuzasadnione. Wpisy w dzienniku budowy w tym zakresie dokonane przez wykonawcę nie są wiarygodne.

Ponieważ inspektor nadzoru w żaden sposób nie odnosił się do tych wpisów trudno uznać, aby figurowały one w dzienniku budowy w chwili kiedy dysponował nim inspektor nadzoru dokonujący swego wpisu bezpośrednio po wpisie wykonawcy. We wcześniejszych okresach inspektor nadzoru swoimi wpisami w dzienniku budowy odnosił się do złych warunków pogodowych nakazując przerwanie określonych prac. Zatem gdyby warunki atmosferyczne w październiku – listopadzie 2010 r rzeczywiście były niewłaściwe do wykonywania robót budowlanych inspektor nadzoru na pewno by się do nich odniósł poprzez stosowny wpis w dzienniku budowy. Zwłaszcza ,iż odnosił się w swoich wpisach w tym czasie do treści wpisów pozwanego dotyczących rzeczywiście wykonywanych robót. W tym miejscu wskazać należy ,iż złożona do akt sprawy dokumentacja dotycząca warunków atmosferycznych nie może stanowić miarodajnej podstawy do ustalenia warunków pogodowych w Ł. z uwagi na odległości od stacji pomiarowych. Argument ten był także podnoszony przez strony procesu. Mając to na uwadze Sąd nie znalazł podstaw do uznania, aby to warunki pogodowe uniemożliwiły wykonywanie prac budowlanych przez wykonawcę w październiku i listopadzie 2010 r. Powstały przestój wynikał wyłącznie z powodu wstrzymania robót z uwagi na nieoddanie przez wykonawcę do odbioru inspektorowi nadzoru robót podlegających zakryciu. Jak wynika z wpisów do dziennika budowy pozwany dopiero w maju 2011 r wykonał prace budowlane eliminujące stwierdzone wady nawierzchni i dokończył inwestycję. Z protokołu odbioru z dnia 07.07.2011 r wynika, że pozwany po dniu 31.10.2010r do dnia 10.06.2011 r wykonał roboty przygotowawcze o wartości 1.500 zł, odwodnienie korpusu drogowego o wartości 50.000 zł, nawierzchnie o wartości 453.585,47 zł, oznakowanie dróg i urządzenie bezpieczeństwa ruchu o wartości 4.764 zł, oznakowanie pionowe o wartości 36.305,72 zł, elementy ulic o wartości 37.225,18 zł. Roboty ostatecznie zakończono w dniu 10.06.2011r i zgłoszono je do odbioru. W tym miejscu wskazać należy ,iż do dnia 31.10.2010 r pozwany nie zgłosił zakończenia robót i ich odbioru. Tym samym do chwili takiego zgłoszenia powód nie miał obowiązku odbierania robót mimo, ich formalnego niezakończenia i upływu terminu wykonania przedmiotu umowy. Jak wynika z treści par. 14 umowy wykonawca miał obowiązek zgłosić zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego robót w formie pisemnej po wcześniejszej akceptacji inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy. Czynności tych pozwany dopełnił dopiero w czerwcu 2011 r. Protokół z odbioru końcowego i przekazania inwestycji do eksploatacji został przez strony spisany dopiero w dniu 05.07.2011 r. Mając zatem na uwadze powyższe za zasadne uznać należy żądanie powoda w zakresie zasądzenia z tytułu opóźnienia w realizacji tego etapu robót kary umownej w wysokości **177.219,29 zł**.

Mając zatem na uwadze powyższe Sąd ustalił wysokość należnej od pozwanego na rzecz powoda kary umownej w łącznej kwocie **346.229,76 zł**.

Zgodnie z treścią art. 484 par. 1 i 2 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jeżeli jednak zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Warunkiem miarkowania jest wykonanie zobowiązania w „znacznej części”, czyli takiej, która w istotnym zakresie zaspokaja interes wierzyciela, a także „rażąco wygórowana” wysokość kary umownej, np. gdy szkoda, którą poniósł wierzyciel na skutek niewykonania zobowiązania, jest znikoma w porównaniu z należną z tego tytułu karą. Możliwe jest także uwzględnienie innych okoliczności konkretnego przypadku, które takie zmniejszenie by uzasadniały, np. gdy dłużnik tylko częściowo ponosił winę za niewykonanie zobowiązania. W przedmiotowej sprawie na dzień 31.10.2010 r, a więc umownego terminu zakończenia robót pozwany wykonał przedmiot umowy w 80%. W chwili wstrzymania inwestycji w listopadzie 2010 r. ulica (...)była udostępniona do ruchu dla mieszkańców Ł.. Inwestycja nie była wprawdzie zakończona, ale pozostałe do wykonania prace budowlane były pracami o niewielkim zakresie w stosunku do całego przedmiotu umowy. Gdyby nie okres zimowy wszystkie prace mogły być zakończone w ciągu jednego - dwóch miesięcy. Wynika to z treści wpisów w dzienniku budowy w okresie maj - czerwiec 2011 r. Poza tym jak wskazał to biegły z zakresu budownictwa w swojej opinii nadzór inwestorski w listopadzie 2010 r, a więc już po upływie terminu umownego zakończenia prac nie był sprawowany właściwie. Inspektor nadzoru nie podejmował właściwych decyzji w tym okresie, co spowodowało wydłużenie procesu inwestycyjnego. Zdaniem biegłego już w początkowej fazie robót w zakresie wykonywanej nawierzchni należało wstrzymać roboty, co było obowiązkiem inspektora nadzoru oraz zobowiązanie kierownika budowy do rozebrania i ponownego wykonania robót nieprawidłowo realizowanych. Twierdzenie biegłego koresponduje z zapisem zawartym w par. 12 umowy dotyczącym robót podlegających zakryciu i zanikających.

Powyższe zaniedbania po stronie inspektora nadzoru obciążają powoda, z ramienia którego występował on w procesie budowlanym. W ocenie Sądu fakt, iż zarzuty biegłego dotyczą działań inspektora nadzoru już po upływie umownego terminu zakończenia robót, nie może być pominięty przy miarkowaniu wysokości kary umownej. Proces budowlany nie został zakończony, a inspektor nadzoru nie został zwolniony ze swoich obowiązków mimo upływu umówionego terminu zakończenia robót. Tym samym wina za dalsze opóźnienie w wykonaniu zobowiązania rozkłada się na obie strony umowy. Zatem okoliczność tę należało uwzględnić przy miarkowaniu wysokości kary umownej. Nie bez znaczenia na wysokość należnej kary umownej ma także zachowanie powoda w zakresie nieterminowej wypłaty wynagrodzenia za dwie faktury na rzecz pozwanego. Wszystkie te okoliczności uzasadniają zdaniem Sądu obniżenie ustalonej wyżej kary umownej. Zdaniem Sądu wysokość kary umownej powinna zostać obniżona do kwoty **177.219,29 zł**. Tak ustalona wysokość kary umownej uwzględnia ww. okoliczności, a jednocześnie odpowiada wysokości kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w okresie od 1 listopada 2010 r do 5 lipca 2011 r, a więc obejmuje rzeczywiste opóźnienie pozwanego w wykonaniu umowy.

Odsetki od tak ustalonej kwoty Sąd zasądził zgodnie z żądaniem pozwu. Wykonawca został wezwany do zapłaty kary umownej pismem z dnia 4 lipca 2011 r. Termin zapłaty został określony jako siedem dni od dnia otrzymania pisma. Pozwany pismo otrzymał w dniu 09 sierpnia 2011 r. Tym samym bieg należnych odsetek rozpoczął się od dnia 17 sierpnia 2011r.

W pozwie wzajemnym wykonawca domagał się zasądzenia od powoda wzajemnego kwoty 21.929,10 zł. z tytułu należnych odsetek od dwóch nieterminowo opłaconych faktur. W dniu 21 grudnia 2009 r wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) w kwocie 754.791,56 zł brutto, płatną do dnia 21 stycznia 2010 r. Faktura do pozwanego wzajemnego wpłynęła w dniu 22.12.2009 r. Zamawiający zapłacił wykonawcy w terminie wynagrodzenie w wysokości 200.000 zł brutto. W dniu 18 lutego 2010 r została wypłacona kwota 10.476 zł brutto, a dopiero w dniu 23 kwietnia 2010 r kwota 544.315,56 zł. Faktura VAT nr (...) wystawiona przez powoda wzajemnego dnia 28 czerwca 2010 r na kwotę 544.502,20 zł za roboty budowlane wykonane w drugim kwartale 2010 r również nie została zapłacona w całości w umówionym terminie. Faktura do pozwanego wzajemnego wpłynęła w dniu 29.06.2011 r. Część wynagrodzenia tj. kwota 462.826,87 zł została zapłacona przez zamawiającego dopiero w dniu 20 sierpnia 2010 r. Mając na uwadze powyższe opóźnienia w płatności ww. faktur powód wzajemny zasadnie domaga się zapłaty odsetek od nieterminowo wypłaconych kwot. Zgodnie z treścią par. 5 umowy zamawiający dokona zapłaty wynagrodzenia według wystawionej przez wykonawcę faktury w terminie 30 dni od daty doręczenia faktury wraz z niezbędnymi dokumentami rozliczeniowymi. Mając na uwadze powyższy zapis umowy Sąd dokonał wyliczenia należnych powodowi wzajemnemu odsetek zgodnie z kalkulatorem odsetek znajdującym się w programie LexPolonica przyjmując datę płatności wynagrodzenia liczoną zgodnie z zapisem umowy czyli od dnia dostarczenia pozwanemu wzajemnemu faktury. Odsetki należne od kwoty 10.476 zł wyniosły kwotę 104,47 zł. Odsetki należne od kwoty 544.315,56 zł wyniosły kwotę 17.835,66 zł. Odsetki od kwoty 462.826,87 zł wyniosły kwotę 3.626,53 zł. Tym samym żądanie powoda wzajemnego jest uzasadnione do kwoty łącznej w wysokości **21.566,66 zł**.

Powód wzajemny domagał się również zapłaty na jego rzecz kwoty **22.430,93 zł** z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe w ramach inwestycji objętej umową z dnia 14 lipca 2009 r. Jak wynika z treści wpisu w dzienniku budowy z dnia 09.06.2010 r i 15.06.2010 r - w czerwcu 2010 r inspektor nadzoru reprezentujący pozwanego wzajemnego zobowiązał wykonawcę do wykonania robót dodatkowych w zakresie poszerzenia projektowanej jezdni ulicy z 5,0 do 5,5 m na odcinku od skrzyżowania (...)w kierunku parku D. (odcinek długości 30mb) i przestawienie ustawionego krawężnika po prawej stronie jezdni, jak również robót dodatkowych w zakresie kanalizacji sanitarnej, które nie były przewidziane w umowie. Na wykonane prace dodatkowe zaakceptowane przez zamawiającego nie została zawarta umowa. Wykonawca prace dodatkowe wykonał zgodnie z zamówieniem pozwanego wzajemnego. Służy mu zatem prawo żądania wynagrodzenia za wykonaną pracę. W toku procesu pozwany wzajemny nie kwestionował faktu wykonania tych robót dodatkowych przez powoda wzajemnego, ani wysokości żądanego wynagrodzenia. Po wykonaniu robót dodatkowych, które zostały przyjęte przez zamawiającego powód wzajemny wystawił w dniu 27 grudnia 2011 r fakturę VAT nr (...) na kwotę 22.430,93 zł brutto, która została dostarczona pozwanemu wzajemnemu w dniu 27 grudnia 2011 r, a termin zapłaty wynosił 14 dni. Mając na uwadze powyższe Sąd

uwzględnił żądanie powoda wzajemnego w tym zakresie wraz z żądaniem w zakresie zaległych odsetek od żądanej kwoty. Bieg terminu odsetek rozpoczął się po upływie 14 dni od dnia doręczenia faktury pozwanemu wzajemnemu.

Powód wzajemny domagał się zapłaty na jego rzecz od pozwanego wzajemnego kwoty 28.664,19 zł brutto z tytułu faktury VAT nr (...), która to faktura została dostarczona pozwanemu wzajemnemu w dniu 27 grudnia 2011 r, a termin zapłaty wynosił 14 dni. Przy czym faktura VAT nr (...) dotyczyła robót dodatkowych związanych z remontem ul. (...) i ul. (...) w Ł., wskazanych w protokole konieczności z dnia 15 czerwca 2011 r. W tym miejscu wskazać należy, iż stronami umowy obejmującej remont ww. ulic były strony niniejszego procesu. Protokół konieczności na wykonanie robót dodatkowych został podpisany przez przedstawiciela inwestora, inspektora nadzoru oraz wykonawcę. Tym samym wszystkie strony zainteresowane procesem budowlanym wyraziły zgodę na konieczność wykonania prac dodatkowych spisanych w protokole. Pozwany wzajemny kwestionując żądanie wykonawcy w tym zakresie nie zaprzeczył prawdziwości zapisów zawartych w protokole konieczności. W tym miejscu wskazać należy, iż pozwana wzajemna początkowo odmówiła zapłaty za obydwie faktury obejmujące prace dodatkowe wskazując, iż brak jest umowy na wykonanie tych robót. Czyli początkowo zamawiający nie kwestionował zakresu robót dodatkowych oraz ich wykonania, a jedynie brak umowy obejmującej wykonanie tych robót. W toku procesu pozwany wzajemny kwestionował wysokość wynagrodzenia wynikającego z faktury oraz zasadność robót dodatkowych wskazując, iż wynikają one z przedmiotu umowy. Jednocześnie na potwierdzenie swoich zarzutów nie przedstawił ani umowy, ani SIWZ, ani innych dowodów. Natomiast z treści nie kwestionowanego przez pozwanego wzajemnego protokołu jednoznacznie wynika, iż objęte nim roboty były robotami dodatkowymi, a zatem nie objętymi umową podstawową. W tym miejscu wskazać należy, iż pozwany wzajemny nie wykazał również, aby rozliczenie finansowe tych robót dodatkowych nastąpiło lub powinno nastąpić w innej formie niż żąda tego powód wzajemny. Ponieważ zamawiający kwestionował wartość robót dodatkowych wyliczonych przez powoda wzajemnego Sąd w tym zakresie posiłkował się opinią biegłego z zakresu budownictwa, który wartość wykonanych zgodnie z protokołem konieczności robót określił na kwotę 28.353,90 zł. W tym miejscu wskazać należy, iż inwestycja w postaci remontu ulicy (...), jak wynika z wpisów w dzienniku budowy, została odebrana przez zamawiającego, a zatem odebrane zostały również prace objęte protokołem konieczności. Za zasadne uznać należy stanowisko powoda wzajemnego, iż w sytuacji kiedy stron nie łączy umowa, która byłaby podstawą do zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty, zastosowanie będzie miał przepis art. 405 k.c. Pozwany wzajemny uzyskał bowiem korzyść majątkową kosztem powoda wzajemnego w postaci wartości wykonanych robót dodatkowych. Mając zatem na uwadze powyższe Sąd uznał żądanie powoda wzajemnego za uzasadnione w wysokości określonej w opinii biegłego z zakresu budownictwa tj. kwocie **28.353,90 zł**. Za zasadne Sąd uznał także żądanie w zakresie zaległych odsetek od żądanej kwoty. Bieg terminu odsetek rozpoczął się po upływie 14 dni od dnia doręczenia faktury pozwanemu wzajemnemu.

W toku przedmiotowej sprawy pismem z dnia 2 października 2012 r (k. 241) strona powodowa zgłosiła zarzut potrącenia i oświadczyła, że potrąca z przysługującej powodowi kary umownej dochodzonej pozwem w wysokości 459.507,42 zł kwotę w łącznej wysokości 43.997,59 zł (kwota 22.430,93 zł z tytułu robót dodatkowych objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 27.12.2011 r oraz kwota 21.566,66 zł z tytułu odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w płatności faktur). Pozwany nie zgodził się na dokonanie potrącenia wskazując, iż jest ono bezskuteczne. Pozwany kwestionuje bowiem zasadność roszczenia powoda w zakresie zapłaty kar umownych, a ponadto powód nie wskazał, z którą z żądanych kar umownych dokonuje potrącenia.

Zgodnie z treścią art. 498 k.c. możliwość dokonania potrącenia powstaje, gdy strony są w stosunku do siebie jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem. Wierzytelności wynikające z łączących strony stosunków prawnych, które mają być przedmiotem potrącenia, mogą wynikać z różnych tytułów prawnych. Kodeks cywilny nie zawiera żadnych ograniczeń w zakresie możliwości potrącenia wierzytelności wzajemnie przysługującym stronom pod kątem ich pochodzenia. Zawsze jednak do potrącenia dochodzi między dłużnikiem będącym jednocześnie wierzycielem swojego wierzyciela. Potrąceniu mogą podlegać wierzytelności, których przedmiotem świadczenia są jednocześnie pieniądze albo rzeczy oznaczone tylko co do gatunku i zarazem tej samej jakości. Poza tym obie wierzytelności muszą być wymagalne i zaskarżalne. Wierzytelność jest wymagalna, gdy wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia przez dłużnika. Zaskarżalność natomiast oznacza możliwość dochodzenia wierzytelności przed sądem lub innym



organem powołanym do rozpatrywania sporów. Zgodnie z treścią art. 499 k.c. oświadczenie o potrąceniu wywiera jednak skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata. W przedmiotowej sprawie oświadczenie o potrąceniu zostało zawarte w piśmie procesowym pozwanego wzajemnego zawierającym zarzut potrącenia wierzytelności. Oświadczenie to zostało złożone wobec pełnomocnika procesowego powoda wzajemnego. Treść art. 91 k.p.c. nie daje podstaw do przypisania pełnomocnikowi procesowemu prawa przyjmowania w imieniu mocodawcy materialnoprawnych oświadczeń kształtujących. W tym wypadku wykładnia celowościowa ustawowego zakresu pełnomocnictwa procesowego sprzeciwia się przypisaniu rozszerzonych uprawnień. Pełnomocnik procesowy nie jest więc pełnomocnikiem, jaki po myśli art. 95 k.c. mógłby zastąpić powoda wzajemnego w skutecznym zapoznaniu się z oświadczeniem. (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 października 2007 r. V CSK 171/2007) Pozwany wzajemny nie przedstawił w toku procesu dowodu, iż złożone przez niego oświadczenie zostało doręczone skutecznie powodowi wzajemnemu. Brak też jest dowodu wskazującego z jaką datą nastąpiło doręczenie tego oświadczenia powodowi wzajemnemu. Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, iż w tej sprawie oświadczenie o potrąceniu wierzytelności złożone przez pozwanego wzajemnego nie może zostać uznane za skuteczne.

Pozwany, a zarazem powód wzajemny wskazywał, iż poprzez zgłoszony zarzut potrącenia powód, a zarazem pozwany wzajemny uznał żądanie pozwu wzajemnego w kwocie 43.997,59 zł (kwota 22.430,93 zł z tytułu robót dodatkowych objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 27.12.2011 r oraz kwota 21.566,66 zł z tytułu odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w płatności faktur). Tym samym wnosił o nadanie wyrokowi w tym zakresie rygoru natychmiastowej wykonalności zgodnie z treścią art. 333 par. 1 pkt. 2 k.p.c. W przedmiotowej sprawie pozwany wzajemny nie złożył oświadczenia o uznaniu powództwa w ww. części. Pozwany wzajemny kwestionował sposób wyliczenia przez powoda wzajemnego należnych mu odsetek i przedstawił własny sposób wyliczenia tych odsetek. Poza tym pozwany wzajemny konsekwentnie wnosił o oddalenie powództwa wzajemnego w toku niniejszego postępowania. Powyższe zdaniem Sądu przemawia za uznaniem, iż zgłoszony ewentualny zarzut potrącenia nie może być traktowany jako uznanie pozwu wzajemnego przez Gminę Ł..

Mając na uwadze powyższe Sąd orzekł jak w wyroku. W zakresie kosztów procesu dotyczących powództwa głównego Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. Powództwo główne zostało uwzględnione w 0,38 części. Zasadnym zatem było rozdzielenie kosztów procesu stosownie do rozstrzygnięcia. Powód poniósł koszty w wysokości: 22.976 zł tytułem opłaty sądowej od pozwu, 3.222,09 zł tytułem zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego z zakresu budownictwa oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 14.417 zł. Pozwany natomiast poniósł w tym zakresie koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 14.417 zł oraz kwotę 226 zł z tytułu zaliczki na opinię (...), kwotę 3.222,09 zł tytułem zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego z zakresu budownictwa. Sąd uznał za uzasadnione podwyższenie wynagrodzenia pełnomocników procesowych stron do kwoty podwójnej stawki minimalnej. Takie stanowisko uzasadnione jest skomplikowanym charakterem sprawy oraz znacznym nakładem pracy poniesionej przez pełnomocników procesowych w toku sprawy. Mając na uwadze powyższe pozwany jest zobowiązany do zwrotu na rzecz powoda kwoty 15.433,73 zł z tytułu poniesionych przez niego kosztów procesu. Natomiast powód zobowiązany jest do zwrotu na rzecz pozwanego z tytułu kosztów procesu kwotę 11.076,35 zł. Po wzajemnej kompensacji tych kwot pozwany zobowiązany jest do zwrotu na rzecz powoda kwotę 4.357,38 zł. Powództwo wzajemne uwzględnione zostało praktycznie w całości. Zatem z mocy art. 98 k.p.c. zasadnym jest zobowiązanie pozwanego wzajemnego do zapłaty na rzecz powoda wzajemnego poniesionych przez niego kosztów procesu w wysokości 3.652 zł z tytułu opłaty sądowej od pozwu oraz kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, co dało łącznie kwotę 7.252 zł. Jednocześnie Sąd obciążył strony nieuiszczonymi kosztami sądowymi należnymi na rzecz Skarbu Państwa, które wyniosły łącznie kwotę 795,12 zł, ustalając ich odpowiedzialność w tym zakresie w proporcjach odpowiadających rozstrzygnięciu w zakresie powództwa głównego. Tym samym powód ma obowiązek zapłacić na rzecz Skarbu Państwa kwotę 492,98 zł, zaś pozwany kwotę 302,14 zł.