

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 25 stycznia 2016 r.

Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie Wydział V Gospodarczy w składzie następującym:

**Przewodniczący: SSR J. Dams**

**Protokolant: S. Poborczyk**

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2016 r. w Dzierżoniowie na rozprawie sprawy

**z powództwa :**

Skarbu Państwa – Państwowego Przedsiębiorstwa (...) „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwa Z. w(...)

**przeciwko:**

Przedsiębiorstwu (...) sp. z o. o. we W.

**o zapłatę 42.425,67 zł**

I. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 11.200,38 zł (jedenaście tysięcy dwieście złotych trzydzieści osiem groszy) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 9 lipca 2014 r. do dnia zapłaty

II. oddała powództwo w pozostałym zakresie

III. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 1.475,40 zł tytułem zwrotu kosztów procesu

IV. zasądza od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa (kasa Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie) kwotę 560,20 zł tytułem opłaty, z której strona powodowa była zwolniona

Sygnatura akt: V GC 97/15

## UZASADNIENIE

Pozwem złożonym skutecznie dnia 20 stycznia 2015r. Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Z. z/s w (...) domagało się od Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. we W. zapłaty kwoty 42 425,67 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 9 lipca 2014r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania. Uzasadniając roszczenie strona powodowa podała, że na podstawie postępowania przetargowego, w którym pozwany przedstawił najkorzystniejszą cenowo ofertę, w listopadzie 2013r. strony zawarły umowę w przedmiocie modernizacji szkółki leśnej w Szczytnej. Ponieważ zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych, strony podpisały umowę w ich przedmiocie. Prace z obu zakresów miały zostać wykonane w terminie do dnia 30 kwietnia 2014r. W umowach zawarto zapis zobowiązujący pozwanego do zapłaty kary umownej m.in. z tytułu przekroczenia umownego terminu wykonania zadania, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Pozwany ostatecznie zakończył roboty bezusterkowo w dniu 28 maja 2014r. i ich odbiór nastąpił w dniu 29 maja 2014r. W konsekwencji strona powodowa obciążyła pozwanego karami umownymi za 29 dni zwłoki w wykonaniu obydwu umów w łącznej kwocie 42 425,67 zł, która stanowi przedmiot roszczenia pozwu. Pozwany pisemnie odmówił zapłaty.

W odpowiedzi na pozew złożonej dnia 11 marca 2015r. strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości. Wyjaśniła, że obie umowy zostały narzucone co do treści przez powoda i zawierają klauzule uprzywilejowujące

wyłącznie zamawiającego. Zawierają zatem postanowienia sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, które z tej przyczyny są nieważne. Pierwsza z umów przewidywała m.in. zmianę terminu wykonania umowy w następstwie wystąpienia okoliczności leżących po stronie zamawiającego. Jednak nawet w przypadku wystąpienia takich okoliczności zamawiający nie był zobligowany do przedłużenia terminu, a jedynie uprawniony. Postanowienie to w przekonaniu strony pozwanej jest nieważne. Zdaniem pozwanej strona powodowa jaskrawo nadużyła powyższej klauzuli abuzywnej w sytuacji, gdy wydała teren budowy niezdatny do wykonania zleconych pozwanej prac, odebrała jej front robót wydając go w posiadanie innemu wykonawcy w celu uzdatnienia terenu (wymiany gruntu), zmieniła projekt budowlany i technologię, udzieliła dodatkowego zamówienia zwiększającego zakres prac, nie wyraziła zgody na zmianę terminu końcowego wykonania robót, a w konsekwencji naliczyła pozwanej kary umowne. Okoliczności te wskazują, że strona powodowa chce czerpać korzyści kosztem wykonawcy, obciążając go skutkami jej własnego zawinięcia. Tożsame zarzuty pozwana podniosła co do umowy o roboty dodatkowe, która określała końcowy termin wykonania na dzień 30 kwietnia 2014r., lecz nie później niż 31 maja 2014r. W konsekwencji wskazała, że po wyeliminowaniu postanowień abuzywnych termin wykonania robót z obydwu umów przedłużył się o czas, w którym z winy zamawiającego pozwana nie mogła realizować zlecenia, tj. o 53 dni przypadające po 30 kwietnia 2014r., a liczone od daty ujawnienia i opisanego w dzienniku budowy problemów technicznych (niestabilny grunt) do czasu udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, warunkujące rzeczywiste rozpoczęcie wykonywania zadania. Zatem pozwana nie pozostawała w zwłoce w wykonaniu którejkolwiek z umów. Stąd brak podstawy dla obciążenia jej karą umowną. Pozwana zarzuciła również, iż strona powodowa w związku z wydłużeniem wykonania robót nie poniosła jakiegokolwiek szkody, a zatem nie może żądać zapłaty zryczałtowanego odszkodowania.

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

W dniu 22 listopada 2013r., po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Z. z/s w (...) zawarło z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. we W. umowę w przedmiocie wykonania zadania: „Modernizacja szkółki leśnej w (...), dz. nr (...) – Nawodnienie szkółki”. Szczegółowy przedmiot zamówienia opisanym był m.in. w SIWZ, stanowiącej załącznik do umowy, jak również projekcie budowlanym. Umowa przewidywała modernizację upraw w kwaterach I-IV tak, by uprawa sadzonek mogła być prowadzona w korytach D. i na polach otwartych z nawodnieniem z istniejącej pompowni.

Termin rozpoczęcia robót ustalono na 29 listopada 2013r., a ich zakończenia na 30 kwietnia 2014r.

Do obowiązków zamawiającego należało m.in. niezwłoczne rozwiązywanie problemów technicznych wskazanych wpisami do dziennika budowy (§ 2 lit.d/). Z kolei wśród obowiązków wykonawcy wymieniono wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją techniczną (...) oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną, jak również przyjęcie do wykonania robót dodatkowych i zamiennych związanych z przedmiotem umowy w oparciu o dodatkowe zlecenie (§ 3 lit.a/ i b/).

Wynagrodzenie wykonawcy określono na łączną kwotę 437 696,81 zł netto (538 367,08 zł brutto), w tym 224 991,35 zł netto za instalację sanitarną (52 %), 160 752,45 zł netto za koryta D. (36 %) i 51 953,01 zł netto za tunele foliowe (12 %) - § 4.

Postanowiono, że roboty dodatkowe potwierdzone protokołem konieczności, których zakres nie przekroczy 50 % uprzedniego zamówienia, wykonawca będzie zobowiązany wykonać na podstawie zamówienia z wolnej ręki, przy zachowaniu nośników cenotwórczych ujętych w kosztorysie ofertowym (§ 6).

Odbiór końcowy miał dotyczyć przedmiotu całej umowy i zostać rozpoczęty w terminie 14 dni od daty zawiadomienia inwestora przez wykonawcę o gotowości do odbioru, co miało nastąpić wpisem w dzienniku budowy potwierdzonym przez inspektora nadzoru. Ujawnienie wad w toku odbioru uprawniało zamawiającego do odmowy odbioru do czasu usunięcia wad (jeżeli nadawały się one do usunięcia) bądź do obniżenia wynagrodzenia / odstąpienia od umowy / żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający miał też prawo do przerwania odbioru w sytuacji

ujawnienia takich wad, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem (§ 10 ust.5 i 10).

Strony ustanowiły odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych należnych m.in. w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczony od 30 kwietnia 2014r. (§ 12 ust.1 lit.a/), tj. **1076,75 zł dziennie**.

W umowie postanowiono również, że wszelkie jej zmiany wymagają zgody obu stron i zachowania formy pisemnej (aneks) pod rygorem nieważności. Strony dopuściły możliwość zmian umowy w takiej formie – w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy - m.in. w przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie robót (tu np. rozmiękczenie gruntu uniemożliwiające poruszanie się sprzętu, czy zmiany spowodowane warunkami geologicznymi), zmian będących następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego (tu np. wstrzymanie robót przez zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej, konieczność udzielenia zamówień dodatkowych na zasadach art.67 ust.5 p.z.p., choć chodziło zapewne o art.67 ust.1 pkt 5 p.z.p.). W przypadku wystąpienia w/w okoliczności termin wykonania umowy mógł ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny, lecz nie dłużej niż do dnia 30 maja 2014r. (§ 16 ust.1-6 i 12). Jednocześnie pomimo ich wystąpienia zamawiający nie był zobligowany do wydłużenia terminu, a jedynie uprawniony.

Przedstawicielem zamawiającego na budowie był inspektor nadzoru R. P., a przedstawicielem wykonawcy kierownik budowy P. T. i A. M. (1) (zmiana kierownika z dniem 29 listopada 2013r., formalnie w drodze aneksu z dnia 31 marca 2014r.) - § 9, aneks nr (...).

(Dowód: - umowa nr (...) wraz z aneksem nr (...), k.5-15;

- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, k.72-93;

- Dziennik Budowy – wpis z dnia 29.11.2013r., k.97)

Zakres prac obciążających stronę pozwaną na podstawie w/w umowy obejmował wykonanie instalacji wodociągowej, kanalizacji deszczowej, nawadniającej, elektrycznej – sterowniczej oraz wykonanie koryt D. i namiotów foliowych.

W zakresie koryt D. pozwana była zobowiązana do wykonania ich na 12-tu polach. W jednym korycie miały znajdować się 34 – 45 słupków. W ramach całego zadania należało zamontować ponad tysiąc słupków (ok. 1200).

Kolejność wykonywania koryt miała być wskazywana pozwanej na bieżąco przez stronę powodową.

(Dowód: - protokół odbioru końcowego nr (...) z 13.05.2014r., k.32-34;

- protokół odbioru końcowego nr (...)z 29.05.2014r., k.35-37;

- okoliczności bezsporne – twierdzenia str. pozwanej na k.232v.;

- przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.255, CD k.257)

W toku robót okazało się, że natura zastanego gruntu jest taka, że wynikający z projektu sposób montażu słupków betonowych koryt D. bezpośrednio w istniejącym gruncie nie zapewnia stabilności i grozi katastrofą budowlaną.

W dniu 9 stycznia 2014r. kierownik budowy A. M. (1) wstrzymał montaż koryt D. z uwagi na niestabilny grunt. Wpisu do Dziennika Budowy w tym przedmiocie z datą 9 stycznia 2014r. faktycznie dokonał jednak do miesiąca później. Jednak już w dniu 9 stycznia 2014r. przedstawił inspektorowi nadzoru propozycję zmian oraz rozwiązań w zakresie wymaganych robót dodatkowych. Obejmowały one m.in. montaż słupków koryt D. przez ich zabetonowanie

w otworach o głębokości 80 cm i oceniały jako niewystarczające wykonanie utwardzenia terenu na kwaterach I i II gr.10 cm.

(Dowód: - zeznania świadka A. M. (2), k.159-160, CD k.161;

- Dziennik Budowy – wpisy z 9.01., k.98;

- e-mail z dnia 9.01.2014r. z zał., k.104-105;

- zeznania świadka W. H., k.232v., 233v., CD k.235)

Strona powodowa wdrożyła procedurę ustalenia zakresu i zatwierdzenia niezbędnych zmian. W tym celu również projektanci zobowiązani byli do wyrażenia akceptacji na wybranie miękkiej ziemi i osadzenie słupków w betonie; natomiast dokonanie zmian samego projektu nie było konieczne. W sumie procedura ta zajęła ok. 2,5 miesiąca i zakończyła się wraz z podpisaniem z pozwaną umowy o roboty dodatkowe.

Strona powodowa podpisała tę umowę właśnie ze stroną pozwaną, gdyż ta przedstawiła powódce korzystną cenowo ofertę.

(Dowód: - okoliczności bezsporne;

- zeznania świadka A. M. (2), k.159v., CD k.161;

- notatka służbowa z dnia 14.01.2014r., k.227;

- zeznania świadka W. H., k.232v., CD k.235;

- zeznania świadka A. P., k.254, CD k.257;

- przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.255, CD k.257)

Zmiana technologii osadzenia słupków betonowych koryt D. wymagała także usunięcia substratu znajdującego się w kwaterach (quasi torf) aż do ziemi rodzimej, tj. do ok. 50 cm głębiej niż pierwotnie zaplanowano i było objęte zakresem robót pozwanej z umowy podstawowej. Dopiero po tym usunięciu pozwana mogła przystąpić do wykonywania koryt.

W dniu 17 lutego 2014r. – na podstawie oferty z dnia 14 stycznia 2014r., z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych – strona powodowa zawarła ze Z. M., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) z/s w (...), umowę w przedmiocie wykonania załadunku i wywozu substratu z terenu szkółki leśnej P., działka nr (...), oraz przyzbowania substratu.

Prace te miały być wykonane w terminie od 17 lutego 2014r. do 7 marca 2014r., co też nastąpiło. Ich realizacja nie kolidowała z pracami wykonywanymi przez pozwaną w tym sensie, że nie wpłynęła na termin wykonania jej robót.

Samo wydobycie substratu nie było objęte umową z dnia 17 lutego 2014r.

(Dowód: - zeznania świadka A. M. (2), k.159v.-160, CD k.161;

- zeznania świadka W. H., k.232v.-233, CD k.235;

- notatka służbowa z dnia 14.01.2014r., k.227;

- umowa nr (...) z 17.02.2014r., k.70-71;

- zeznania świadka Z. M., k.233, CD k.235;

- przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.255, CD k.257;
- zeznania świadka K. T. – transkrypcja k.218, CD k.205;
- zeznania świadka A. P., k.253v.-254, CD k.257)

W dniu 25 lutego 2014r. strony sporządziły protokół konieczności, w którym stwierdziły konieczność wykonania robót niezbędnych do doprowadzenia obiektu do pełnej używalności technicznej. Wymieniono wśród nich m.in. wykonanie montażu słupków koryt D. w otworach  $\varnothing$  250 mm i głębokości 80 cm, wykonanie utwardzenia terenu na kwaterze I i II oraz ułożenie geowłókniny w korytach. Wykonanie tych robót miało dawać gwarancję prawidłowego działania instalacji wod. – kan. oraz bezpiecznego użytkowania.

Orientacyjny koszt wszystkich robót z protokołu określono na kwotę 218 000 zł netto. Jednocześnie wskazano, że wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione jest od wykonania zamówienia dodatkowego, przy czym wartość zamówienia dodatkowego nie przekracza łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia podstawowego.

Wynikające z protokołu roboty po wykonaniu stosownego kosztorysu miały zostać zatwierdzone przez stronę powodową i objęte aneksem do umowy, który dopiero miał stanowić podstawę do ich wykonania.

(Dowód: - protokół konieczności z 25.02.2014r., k.106-107)

Po sporządzeniu protokołu konieczności strona pozwana zaczęła częściową realizację objętych nim robót, ale tych mniej kosztowych. Nowa technologia wykonania koryt D. należała do zakresu wysokokosztowego i pozwana obawiała się ich podjąć przed podpisaniem dodatkowej umowy ze stroną powodową.

(Dowód: - przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.254v.-255,

CD k.257;

- zeznania świadka A. P., k.253v.-254, CD k.257)

W dniu 25 marca 2014r., po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie oferty pozwanej z dnia 20 marca 2014r. strony zawarły umowę w przedmiocie robót dodatkowych dla zadania: „Modernizacja szkółki leśnej w (...), (...) – Nawodnienie szkółki”.

Termin rozpoczęcia robót ustalono na 25 marca 2014r., a ich zakończenia na 30 kwietnia 2014r.

Wynagrodzenie wykonawcy określono na łączną kwotę 157 000 zł netto (193 110 zł brutto) - § 4.

Strony ustanowiły odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych należnych m.in. w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczony od 30 kwietnia 2014r. (§ 11 ust.1 lit.a/), tj. **386,22 zł dziennie**.

W umowie postanowiono również, że wszelkie jej zmiany wymagają zgody obu stron i zachowania formy pisemnej (aneks) pod rygorem nieważności. Strony dopuściły możliwość zmian umowy w takiej formie – co do zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy - m.in. w przypadku warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie robót (tu np. rozmiękczenie gruntu uniemożliwiające poruszanie się sprzętu, czy zmiany spowodowane warunkami geologicznymi), zmian będących następstwem okoliczności leżących po stronie zamawiającego (tu np. wstrzymanie robót przez zamawiającego, inne przyczyny zewnętrzne niezależne od stron, skutkujące niemożliwością prowadzenia prac). W przypadku wystąpienia w/w okoliczności termin wykonania umowy mógł ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny, lecz nie dłużej niż do dnia 30 maja 2014r. (§ 15 ust.1-6 i 12). Jednocześnie pomimo ich wystąpienia zamawiający nie był zobligowany do wydłużenia terminu, a jedynie uprawniony.

(Dowód: - umowa nr (...), k.16-24;

- pismo strony powodowej z 15.07.2014r., k.51)

Podpisanie umowy o roboty dodatkowe poprzedziły negocjacje stron, w toku których strona pozwana nie sygnalizowała, że potrzebuje wydłużenia terminu wykonania obu umów.

Podpisując tę umowę strona pozwana kierowała się przekonaniem, że obie umowy z uwagi na ich wzajemne powiązanie muszą mieć oznaczony jednakowy termin wykonania.

W dniu podpisania umowy o roboty dodatkowe dotrzymanie terminu jej wykonania do dnia 30 kwietnia 2014r. było mało realne (25 % szans), lecz nie wykluczone w sprzyjających warunkach pogodowych.

Inspektor nadzoru uspokajał na późniejszym etapie pozwaną, że nie widzi podstaw do odmówienia przez powódkę wydłużenia terminu obu umów.

Termin 30 kwietnia 2014r. był optymalny dla strony powodowej z punktu widzenia kalendarza leśnego związanego z siewem roślin.

(Dowód: - zeznania świadka E. K. - transkrypcja k.213v., 215, CD k.205;

- zeznania świadka A. M. (2), k.159v., CD k.161;

- przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.254v.-255,

CD k.257;

- zeznania świadka A. P., k.253v.-254, CD k.257)

W połowie kwietnia strona pozwana wiedziała już, że nie uda jej się dotrzymać terminu wykonania umów, także z uwagi na niesprzyjającą aurę (deszcze). W dniu 18 kwietnia 2014r. wystąpiła do powódki o przesunięcie terminu zakończenia robót objętych obydwoma umowami do dnia 30 maja 2014r. W uzasadnieniu wskazała na zwiększony zakres prac z umowy dodatkowej, a w szczególności na konieczność betonowania słupków koryt D..

Strona powodowa nie udzieliła formalnej odpowiedzi na wnioszek. Odmawiając w ten sposób przedłużenia terminu ówczesny Nadleśniczy A. P. kierował się swoją subiektywną oceną, że tempo wykonywania prac dodatkowych przez stronę pozwaną i jej zaangażowanie w budowę jest niezadowalające.

Strona pozwana nigdy nie była wzywana przez powódkę do zwiększenia tempa prac.

(Dowód: - pismo strony pozwanej z 18.04.2014r., k.101, 144;

- zeznania świadka A. M. (2), k.159v.-160, CD k.161;

- zeznania świadka A. P., k.253v., CD k.257;

- zeznania świadka K. T. – transkrypcja k.217, CD k.205;

- przesłuchanie prezesa str. pozwanej J. R., k.254v.-255,

CD k.257)

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014r. strona pozwana zgłosiła do odbioru końcowego roboty objęte obiema umowami.

W toku odbioru w dniu 13 maja 2014r. – dotyczącego robót z umowy podstawowej – stwierdzono jednak, że nie wykonano 4 szt. koryt D. z instalacją nawadniającą i utwardzeniem terenu. Natomiast w zakresie robót dodatkowych stwierdzono, że nie wykonano obetonowania na kwartale I czterech rzędów słupków pod koryta D. oraz nie utwardzono i nie ułożono geowłókniny na kwartale I w ostatnim rzędzie dla 4 szt. koryt D.. W konsekwencji uznano roboty podstawowe oraz dodatkowe za nieodebrane.

Prace, z którymi strona pozwana nie zdążyła w terminie, stanowiły wartościowo ok. 5 % całego kontraktu.

(Dowód: - Dziennik Budowy – wpisy z 30.04.2014r., k.100;

- pismo strony pozwanej z 30.04.2014r., k.25;
- zarządzenie z 5.05.2014r. o powołaniu komisji odbiorowej, k.30;
- zawiadomienie z 5.05.2014r. o terminie odbioru, k.31;
- protokół odbioru końcowego nr(...)z 13.05.2014r., k.32-34, 108-110;
- protokół odbioru końcowego nr (...)z 13.05.2014r., 26-28, 111-113;
- zeznania świadka A. M. (2), k.159v.)

Strona pozwana dokończyła prace i w dniu 28 maja 2014r. ponownie zgłosiła je do odbioru końcowego.

Roboty odebrano w dniu 29 maja 2014r. w całości jako bezusterkowe.

(Dowód: - pismo strony pozwanej z 28.05.2014r., k.29;

- protokół odbioru końcowego nr (...)z 29.05.2014r., k.35-37, 117-119;
- protokół odbioru końcowego nr (...)z 29.05.2014r., k.114-116)

W dniu 4 czerwca 2014r. inspektor nadzoru R. P. zwrócił się do Działu Księgowości strony powodowej o obciążenie strony pozwanej karami umownymi za 29-dniową zwłokę w wykonaniu przedmiotu umów: w zakresie umowy podstawowej w kwocie **31 225,29 zł** i w zakresie umowy o roboty dodatkowe w kwocie **11 200,38 zł**.

W dniu 5 czerwca 2014r. strona powodowa wystąpiła do pozwanej o wyrażenie zgody m.in. na kompensatę naliczonych kar umownych z tytułu przekroczenia terminu wykonania robót z obu umów z wystawionymi przez pozwaną fakturami.

Strona pozwana nie wyraziła zgody na taką kompensatę, wskazując na przerwanie budowy koryt D. w dniu 9 stycznia 2014r. z uwagi na zagrożenie katastrofą budowlaną i wywołany tym 53-dniowy przestój (53 dni robocze), który zakończył się wraz z akceptacją przez stronę powodową nowych rozwiązań w umowie o roboty dodatkowe z dnia 25 marca 2014r. Wskazała też na dodatkowe opóźnienie wywołane wywożeniem przez zamawiającego niestabilnego gruntu z koryt D., w czasie czego pozwana nie mogła realizować robót na terenie objętym tym wywozem.

Strona powodowa odpowiedziała, iż ponieważ obie umowy były ze sobą integralnie powiązane, to nic nie stało na przeszkodzie, by w dacie podpisania umowy o roboty dodatkowe uzgodnić inny termin zakończenia robót aniżeli 30 kwietnia 2014r. Wskazała też, że wpis do dziennika budowy datowany na 9 stycznia 2014r. został dokonany zdecydowanie po tej dacie.

Pismem z dnia 1 lipca 2014r. strona powodowa wezwała pozwaną do zapłaty łącznej kwoty 42 425,67 zł w terminie 7 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

(Dowód: - pisma inspektora nadzoru do działu księgowości z 4.06.2014r., k.38, 42-43;

- pismo strony powodowej z 5.06.2014r., k.41;

- kompensata umowna z 4.06.2014r., k.46;

- pismo strony pozwanej z dnia 12.06.2014r., k.45, 103;

- pismo strony powodowej z 18.06.2014r., k.44, 102, 145;

- wezwanie do zapłaty z 1.07.2014r. z dowodem doręczenia, k.39-40)

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie co do koty 11 200,38 zł, stanowiącej karę umowną za zwłokę w wykonaniu umowy o roboty dodatkowe.

Istota sporu sprowadzała się w sprawie do rozstrzygnięcia, czy zachodzi podstawa do obciążenia strony pozwanej karą umowną w kwocie 31 225,29 zł na podstawie umowy podstawowej i w kwocie 11 200,38 zł na podstawie umowy o roboty dodatkowe, tj. czy strona pozwana dopuściła się zwłoki (zawinionego opóźnienia) w wykonaniu tych umów. Sama wysokość kar i okres opóźnienia były bezsporne między stronami. Strona pozwana kwestionowała nadto ważność tych postanowień obu umów, które uzależniały zgodę strony powodowej na wydłużenie terminu wykonania od jej arbitralnego uznania pomimo wystąpienia okoliczności obiektywnie uzasadniających takie wydłużenie.

Jak wynika z opisanego powyżej szczegółowo stanu faktycznego sprawy - którego okoliczności były w istocie lub okazały się na koniec w zdecydowanej większości niesporne między stronami (patrz przesłuchanie pozwanego i zeznania byłego Nadleśniczego) – w toku wykonywania przez stronę pozwaną umowy z dnia 22 listopada 2013r. ujawniły się wady dokumentacji projektowej w tym sensie, że przewidziany przez projektantów sposób osadzenia słupków koryt D. i zakres prac z tym związanych (głębokość wykopu) nie uwzględniał w pełni właściwości gruntu znajdującego się na obszarze prac i w konsekwencji nie dawał „gwarancji” stabilności i trwałości koryt. Jak opisał sytuację świadek A. M. (1): „po pierwszych deszczach koryto by się rozeszło”. Okoliczność ta doprowadziła do wstrzymania robót w zakresie koryt D. przez pozwaną, która już w dniu 9 stycznia 2014r. wskazała inspektorowi nadzoru na zakres wymaganych zmian (zmiany i propozycje rozwiązań dodatkowych nie dotyczyły w istocie tylko spornych koryt, ale znacznie szerszego zakresu – k.105). Strona powodowa uznała zasadność uwag pozwanej i wdrożyła postępowanie celem zatwierdzenia tychże zmian, także przez projektantów. Ostatecznie pozwana złożyła powódce ofertę na wykonanie robót dodatkowych (oferta z dnia 20 marca 2014r. przywołana w umowie o roboty dodatkowe), a ta ją przyjęła w trybie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Podstawę dla tego trybu stanowił art.67 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych (tak protokół konieczności z dnia 25 lutego 2014r., k.106-107), zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów bądź wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Jednocześnie strona pozwana była zobowiązana umową z dnia 22 listopada 2013r. do wykonania robót dodatkowych potwierdzonych protokołem konieczności, których zakres nie przekroczy 50 % uprzedniego zamówienia, na podstawie zamówienia z wolnej ręki i przy zachowaniu nośników cenotwórczych ujętych w kosztorysie ofertowym (§ 6). Odnotować jednak należy, że pomimo tego zobowiązania A. P. zeznał na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016r., że stosując procedowanie w ramach zamówień publicznych strona powodowa po opracowaniu zakresu prac dodatkowych wystąpiła z zapytaniem, kto te prace wykona „lepiej i taniej” i okazało się, że oferta pozwanej jest najkorzystniejsza – dlatego też została wybrana (tak nagranie rozprawy na płycie CD, k.257, czas: 1:32:20-1:33). Zatem strona powodowa nie była bynajmniej zobowiązana do powierzenia prac dodatkowych właśnie



stronie pozwanej. Stąd zakresy obu umów należy widzieć rozdzielnie, pomimo że w istocie wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Nadto A. P. zeznał, że strona pozwana bardzo sprawnie wykonywała zakres podstawowy robót i niewątpliwie dotrzymałaby terminu umownego z umowy z dnia 22 listopada 2013r., gdyby nie potrzeba wykonania robót dodatkowych (czas nagrania ok.1: 44). Podał też, że opieszałość wykonawcy wystąpiła dopiero co do dodatkowych robót budowlanych, tj. dotyczących słupków koryt D.. Z kolei z protokołów odbiorów z dnia 13 maja 2014r. wynika, że nie wykonanie umowy podstawowej w zakresie 4 szt. koryt D. z instalacją nawadniającą i utwardzeniem terenu było konsekwencją nie zdążenia przez stronę pozwaną z robotami dodatkowymi dotyczącymi czterech rzędów słupków pod koryta D. na kwartale I oraz utwardzenia i ułożenia geowłókniny na kwartale I w ostatnim rzędzie dla 4 szt. koryt D..

Wyżej przedstawione okoliczności wskazują w ocenie Sądu, że zarzut zawinionego niezachowania terminu wykonania umowy można postawić stronie pozwanej jedynie co do robót z umowy z dnia 25 marca 2014r. Strona pozwana podpisując tę umowę niewątpliwie знаła jej pełen zakres i warunki, przewidywała, że umowny termin wykonania robót dodatkowych jest mocno „wyśrubowany”, pomimo czego przyjęła na siebie zobowiązanie realizacji umowy w terminie do dnia 30 kwietnia 2014r. (bynajmniej nie udało jej się udowodnić, by na etapie negocjacji otrzymała od organu strony powodowej wiążące zobowiązanie - nie zaś tylko niedookreśloną obietnicę od jej pomniejszych pracowników - że termin wykonania zostanie niewątpliwie wydłużony na późniejszym etapie). Terminu tego nie dochowała z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, skoro prezes strony pozwanej J. R. ostatecznie zeznał, że „prace pana M. nie wpłynęły na termin wykonania robót”, „myśmy stawali na głowie, aby skończyć te prace”, „zatrudniliśmy dwa razy więcej pracowników”, a „jedynym czynnikiem opóźniającym wykonanie prac była przede wszystkim pogoda”, przy czym przy podpisaniu umowy oznaczony w niej termin wykonania robót był realny w ocenie pozwanej tylko w 25 % (k.254v.). Jednocześnie strona pozwana nie zarzucała w odpowiedzi na pozew, że nie dochowała terminu wykonania robót dodatkowych z powodu pogody (prekluzja zarzutów i twierdzeń) i nie zaoferowała w tym zakresie wiarygodnych dowodów, a zwłaszcza takich, na podstawie których można by ustalić, że pogoda w kwietniu 2014r. była nietypowa in minus jak dla tej pory roku bądź powodowała rozmiękczenie gruntu uniemożliwiające poruszanie się sprzętu (§ 15 ust.3 lit. a/ umowy o roboty dodatkowe). Notabene sama pozwana wskazała we wniosku o wydłużenie terminu obu umów z dnia 18 kwietnia 2014r. (k.101), że jego podstawą jest zwiększony zakres prac z umowy dodatkowej, a w szczególności konieczność betonowania słupków koryt D., nie zaś niesprzyjająca aura.

Jak wynika z powyższego, wszystkie okoliczności, które doprowadziły do przekroczenia przez pozwaną terminu wykonania umowy o roboty dodatkowe, były możliwe do przewidzenia w dniu 25 marca 2014r. i pomimo przewidywania znacznego prawdopodobieństwa ich wystąpienia pozwana przyjęła na siebie ryzyko zachowania terminu wykonania, który przypadał na 30 kwietnia 2014r. Stąd można jej postawić zarzut zawinionego niedotrzymania terminu, co w konsekwencji doprowadziło do skutecznego obciążenia jej przez powódkę karą umowną w kwocie 11 200,38 zł na podstawie § 11 ust.1 lit. a/ umowy z dnia 25 marca 2014r.

Sąd nie podziela natomiast oceny strony powodowej, że również w zakresie wykonania zobowiązania z umowy podstawowej z dnia 22 listopada 2013r. nastąpiła zwłoka wykonawcy, rodząca podstawę dla kary umownej z § 12 ust.1 lit. a/ umowy. Niewątpliwie w zakresie wykonania tej umowy nastąpiło opóźnienie wykonawcy (bezporne), lecz nie może być mowy o zwłoce. W przekonaniu Sądu bowiem stronie pozwanej udało się udowodnić, że opóźnienie zostało wywołane przyczynami, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. I tak, strony zgodziły się z oceną, że rozszerzenie zakresu robót o prace dodatkowe było niezbędne dla prawidłowego, zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania umowy podstawowej, przy czym potrzeba rozszerzenia ujawniła się – z przyczyn obciążających projektantów, a więc stronę powodową – dopiero w trakcie wykonywania robót. Nadto prowadzony przez stronę powodową proces decyzyjny – formalny związany ze zleceniem wykonania robót dodatkowych wykonawcy trwał pomiędzy 9 stycznia 2014r. a 25 marca 2015r., tj. 75 dni. Wreszcie – jak zeznał A. P. – roboty dodatkowe co do zasady można było zlecić innemu podmiotowi, lecz strona pozwana przedstawiła korzystną w ich przedmiocie ofertę. Zatem zakresy obydwu umów, pomimo ich niewątpliwego funkcjonalnego i technicznego powiązania, trzeba jednak widzieć oddzielnie. Stąd, nawet jeżeli strona pozwana ponosi odpowiedzialność za przekroczenie terminu wykonania robót z umowy dodatkowej, to nie można tej odpowiedzialności przekładać wprost na umowę podstawową. Nie zmienia tej oceny fakt, że obydwie

umowy realizował ten sam podmiot, a wydłużone wykonywanie robót dodatkowych musiało wpłynąć i wpłynęło na wykonywanie robót z umowy podstawowej. Umowa ta bowiem – gdyby nie zakres dodatkowy – zastałaby wykonana w terminie (jak przyznał A. P.).

Mając na uwadze wyżej przedstawioną ocenę Sąd na podstawie umowy stron i art.484 § 1 k.c. uwzględnił powództwo w zakresie kwoty 11 200,38 zł i oddalił je co do kwoty 31 225,29 zł – o czym orzekł w pkt I i II sentencji wyroku z dnia 25 stycznia 2016r. Odsetki ustawowe zasądzono na podstawie art. 481 k.c. z uwzględnieniem terminu wezwania pozwanej do zapłaty.

Na marginesie odnotować jeszcze należy, że okoliczności sprawy wydawały się uzasadniać miarkowanie kary umownej na podstawie art.484 § 2 k.c., skoro prace, z którymi strona pozwana nie zdążyła w terminie, stanowiły wartościowo ok. 5 % całego kontraktu (tak zeznania A. M., k.159v.), a wierzyciel nie poniósł szkody (co przyznał A. P.). Jednakże strona pozwana nie złożyła w tym zakresie stosownego wniosku. Tymczasem żądanie miarkowania kary umownej musi być konkretnie sprecyzowane, tj. dotyczyć określonej przesłanki, która podlega dowodzeniu przez zgłaszającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.04.2010r., IV CSK 494/09; także wyrok SN z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98; wyrok SN z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 240/01).

Odnosząc się jeszcze do zarzutu zastosowania w umowach stron klauzul abuzywnych i naruszenia zasad współżycia społecznego, a w konsekwencji nieważności poszczególnych postanowień, wskazać należy, że w zakresie, w jakim uwzględniono powództwo, Sąd nie dopatrył się naruszenia zasad współżycia społecznego postanowień umownych stanowiących podstawę zasądzenia (art.58 § 2 i 3 k.c.), a koncepcja klauzul abuzywnych nie znajduje zastosowania w umowach między przedsiębiorcami (art.385 i nast. k.c.).

Na zakończenie wskazać należy, że podstawą dla oddalenia wniosku dowodowego dotyczącego zeznań świadka R. P. było nie wskazanie przez strony w określonym przez Sąd terminie (patrz rozprawa z dnia 14 września 2014r.) jego aktualnego adresu (świadek przebywa w Anglii), skutkiem czego na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016r. oddalono ten wniosek dowodowy, nie uwzględniając zgłoszonych dopiero wówczas przez stronę pozwaną dodatkowych wniosków (pismo z dnia 8 stycznia 2016r., k.252).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 100 k.p.c. przyjmując, że strona powodowa wygrała niniejszy spór w 26,40 %, a strona pozwana w 73,60 %. Na koszty procesu poniesione przez stronę powodową złożyły się koszty zastępstwa prawnego w kwocie 2 400 zł, odpowiadające stawce minimalnej na podstawie § 6 pkt 5 Rozp. Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...). Z kolei na koszty postępowania poniesione przez stronę pozwaną złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika według norm przepisanych, tj. odpowiadające stawce minimalnej w kwocie 2 400 zł (na podstawie § 6 pkt 5 Rozp. Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (...)) oraz wydatki postępowania związane ze stawieniem świadków A. M. (2) i W. H. (łącznie 465,49 zł pokryte z zaliczki pozwanej). Po skompensowaniu stosunkowo obniżonych wzajemnych należności stron zasądzono z tego tytułu na rzecz strony pozwanej od strony powodowej kwotę 1 475,40 zł.

Orzeczenie z pkt IV oparto na podstawie art.113 ust.1 w zw. z art.94 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Zasądzona z tego tytułu kwota 560,20 zł odpowiada stosunkowi, w jakim strona pozwana przegrała sprawę, odniesionemu do opłaty sądowej od pozwu (2 122 zł x 26,40 %).