

Sygn. akt VI GC 211/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Harmata

Protokolant: sekr. sądowy Małgorzata Florek

po rozpoznaniu w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko: Gminie N.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanego Gminy N. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. w W. kwotę 193.615,36 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt trzy tysiące sześćset piętnaście złotych 36/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty:

- 157.217,62 zł od dnia 14.05.2015r. do dnia zapłaty,

- 36.397,74 zł od dnia 3.02.2016r. do dnia zapłaty,

2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 17.451,51 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt VI GC 211/16

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 9 kwietnia 2018r.

Powód (...) sp z o.o. w W. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy N. kwoty 193. 615,36 zł wraz ustawowymi odsetkami od kwoty 157.217,62 zł z tytułu należności głównej od dnia 14 maja 2015roku do dnia zapłaty oraz od kwoty 36.397,74 zł z tytułu skapitalizowanych odsetek od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powód wskazał, iż strony w dniu 17 lipca 2012r. zawarły umowę na podstawie której powódka (wykonawca) zobowiązała się do realizacji na rzecz pozwanej gminy (zamawiającego) części nr 1 i 2 zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i ofertą przedstawioną przez wykonawcę tj. boisk sportowych w zakresie robót ziemnych oraz nawierzchni i oświetleń na przygotowanej przez pozwaną podbudowie. Termin rozpoczęcia wykonywania umowy strony ustaliły z chwilą protokolarnego przekazania terenu budowy, termin zakończenia prac na miesiąc od przekazania terenu robót, w przypadku części nr 1 zamówienia, w przypadku części nr 2 zamówienia do dnia 15 listopada 2012 roku. Za wykonanie części nr 1 zamówienia powódka miała otrzymać wynagrodzenie w wysokości 32.691,26 PLN brutto, a za realizację części nr 2 zamówienia kwotę 339.004,90 PLN brutto. Łączna kwota wynagrodzenia stanowiła więc wartość 371.696,16 PLN brutto. Powódka wniosła na rzecz pozwanej kwotę odpowiadającą 10% wynagrodzenia za każdą realizowaną część zamówienia tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie miało być zwrócone w następujących terminach: 70% wysokości

zabezpieczenia w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego oraz 30% wysokości zabezpieczenia najpóźniej w 15 dniu od upływu rękojmi za wady. Łączna kwota zabezpieczenia wynosiła 37.169,62 zł. W przypadku zwłoki powódki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w wyznaczonym przez strony terminie pozwana miała uprawnienie do naliczenia kar umownych, w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto za każdy kolejny dzień zwłoki. Pozwana miała we własnym zakresie przygotować podbudowę boiska w taki sposób, aby powódka zrealizowała jedynie warstwę wyrównującą, a następnie położyła nawierzchnię poliuretanową, co miał nadzorować kierownik robót ustalony przez pozwaną. Po zawarciu umowy powódka niezwłocznie przystąpiła do realizacji zamówienia. W dniu 14 sierpnia 2012 roku powódka zakończyła roboty ziemne i wystąpiła do pozwanej o przeprowadzenie odbioru prac. Powódka realizowała powierzone jej zadanie bez opóźnień. Pismem z dnia 16 sierpnia 2012 roku, w odpowiedzi na pismo powódki, pozwana wyznaczyła odbiór na dzień 21 sierpnia 2012 roku. Po zakończeniu prac ziemnych powódka była gotowa do podjęcia dalszych robót. Z przyczyn leżących po stronie pozwanej, powódka nie miała możliwości realizacji kolejnego etapu prac. Nie została bowiem ukończona podbudowa obiektów sportowych, która była niezbędna dla wykonania ostatniej warstwy wyrównującej miału kamiennego, a następnie nawierzchni poliuretanowych mających pokryć powierzchnię budowanych boisk. Wskutek odbytego spotkania sporządzono protokół z dnia 12 września 2012 roku, gdzie wskazano, że powódka rozpocznie prace niezwłocznie po zapewnieniu przez pozwaną podbudowy boisk, ustalono, że wymagana podbudowa będzie wykonana najpóźniej do dnia 26 września 2012 roku, ustalono, że geodeta oraz kierownik robót w dniu 13 września 2012 roku wykonają powtórne wymierzenia rzędnych boisk. Prace dotyczące wykonania podbudowy boiska nie zostały zrealizowane w terminie do dnia 26 września 2012 roku. W dniu 10 października 2012 roku, przedstawiciele pozwanej telefonicznie zgłosili wykonanie podbudowy. Wskutek wizyty przedstawiciela powódki na placu budowy w dniu 11 października 2012 roku, okazało się, że podbudowa nadal jest wykonana w sposób uniemożliwiający wykonanie nawierzchni poliuretanowej. W dniu 15 października 2012 roku, przedstawiciel powódki H. K. po raz kolejny spotkał się z kierownikiem budowy A. W. i kierownikiem robót R. N., na terenie budowy, w celu zbadania zaawansowania prac. Uczestnicy spotkania potwierdzili, że podbudowa nie była zagęszczona zgodnie z projektem technicznym. Podbudowa nie nadawała się do wykonania nawierzchni poliuretanowej, do której położenia była zobowiązana powódka. Podbudowa boisk była wykonana przez pozwaną całkowicie wadliwie. Na całej powierzchni podbudowy występowało niewłaściwe zagęszczenie i nierówności. Powódka nie mogła zgodzić się na położenie nawierzchni poliuretanowej na takiej podbudowie.

W związku z okresem jesiennym i ze zbliżającym się okresem zimowym powódka wskazała pozwanej, że nawierzchnię stanowiącą przedmiot umowy, może ona wykonać jedynie w temperaturze powyżej 10°C i przy suchym podłożu. W odpowiedzi na stanowisko powódki, pismem z dnia 17 października 2012 roku, pozwana stwierdziła, że wykonała ciężący na niej obowiązek przygotowania podbudowy w sposób prawidłowy. Twierdzenia pozwanej były nieprawdziwe, niczym nieoparte. Powódka do dnia 17 października 2012 roku, nadal nie miała możliwości wykonać w sposób prawidłowy, nie narażający stron na poniesienie dodatkowych, bardzo wysokich kosztów, swojego zobowiązania. W dniu 25 października 2012 roku, strony zorganizowały kolejne spotkanie. Podbudowa boisk nadal była wadliwa. Przedstawiciel pozwanej R. N., zapewnił przedstawiciela powódki H. K., że podbudowę wykona do dnia 26 października 2012 roku. W dniu 31 października 2012 roku powódka wystąpiła o przekazanie podbudowy pod montaż nawierzchni. Powódka zaproponowała termin przekazania na dzień 5 listopada 2012 roku. Jeszcze na początku listopada 2012 roku podbudowa przygotowywana przez pozwaną była wykonana wadliwie. Z uwagi na ten stan rzeczy oraz bezzasadne twierdzenia przedstawicieli pozwanej, jakoby podbudowa wypełniała wymagania techniczne, kierownik robót H. K. zlecił przeprowadzenie badania zagęszczenia podbudowy niezależnemu specjalście z zakresu geologiczno-technicznego, tj. firmie Zespół Usług (...)" mgr inż. R. P. w K.. Wyniki przeprowadzonych badań potwierdziły stanowisko powódki. Rzeczoznawca stwierdził, że podbudowa jest wykonana niewłaściwie, była za słabo dogęszczona i miała zbyt małą grubość warstw konstrukcyjnych, co rodziło konieczność jej dogęszczenia przed ułożeniem warstw, których wykonanie powierzone zostało na podstawie umowy powódce. Powódka uzyskała możliwość podjęcia powierzonych jej prac dopiero na początku listopada 2012 roku, zaś w dniu 14 listopada 2012 roku mogła dopiero rozpocząć kładzenie nawierzchni boisk, podczas gdy termin realizacji zamówienia mijał w dniu 15 listopada 2012 roku. Pomimo tego, że już w sierpniu 2012 roku powódka była gotowa podjąć planowane roboty, działania pozwanej całkowicie uniemożliwiły jej terminową realizację zamówienia. Powódka podjęła wzmożone prace

celem zakończenia robót w jak najszybszym możliwym terminie, wykorzystując każdy dzień dobrych warunków pogodowych do wykonania swoich prac. Pismem z dnia 13 grudnia 2012 roku, zawiadomiła pozwaną, że zakończyła kolejne prace i poprosiła o wyznaczenie terminu odbioru wykonanych prac. Dodatkowo przedstawiciele powódki informowali pozwaną, iż powódka nie może zrealizować wszystkich prac, gdyż nie pozwalają na to warunki pogodowe. W dniu 20 grudnia 2012 roku, odbyło się spotkanie w miejscu wykonywanego przez powódkę dla pozwanej zamówienia, którego celem było dokonanie odbioru technicznego. Podczas odbioru komisja złożona z przedstawicieli stron stwierdziła, że nie zostały wykonane wszystkie prace, jednocześnie, na spotkaniu wyznaczono termin kolejnego spotkania na dzień 3 stycznia 2013 roku. Powódka nie zdążyła wykonać wszystkich robót. Niewykonanie przez powódkę linii na boiskach sportowych, nieuzupełnienie nawierzchni piaskowej i wypełnienia nieznacznej części boiska granulem wynikało z warunków pogodowych panujących w czasie realizacji prac. Powódka zdążyłaby wykonać jej zobowiązanie, gdyby nie zwłoka pozwanej w wykonaniu podbudowy. Na kolejnym spotkaniu w dniu 3 stycznia 2013 roku, przedstawiciele pozwanej nadal mieli zastrzeżenia do wykonanych robót. Opóźnienia w wykonaniu prac przez pozwaną spowodowało uniemożliwienie zakończenia robót powódce w umówionym terminie. Pismem z dnia 11 kwietnia 2013 roku, powódka poinformowała pozwaną, że podejmie prace w dniu 15 kwietnia 2013 roku, a zakończy je w dniu 30 kwietnia 2013 roku. Terminy te były podyktowane koniecznością odpowiedniego i de facto ponownego przygotowania się do realizacji pozostałej części prac. Powódka zakończyła prace wcześniej, aniżeli deklarowała w jej piśmie z dnia 11 kwietnia 2013 roku, a mianowicie nie w dniu 30 kwietnia 2013 roku jak zakładała, a w dniu 22 kwietnia 2013 roku. Zakończenie prac zostało zgłoszone pozwanej kolejnym pismem powódki z dnia 22 kwietnia 2013 roku, a na potwierdzenie realizacji zamówienia kierownik robót dodatkowo sporządził stosowne oświadczenie o zakończeniu budowy z tej samej daty. Wobec tego pozwana wyznaczyła termin końcowego odbioru technicznego na dzień 25 kwietnia 2013 roku. W wyniku przeprowadzonego odbioru, potwierdzono zakończenie prac przez powódkę. Pozwana doprowadziła do opóźnienia wykonania podbudowy pod nawierzchnie boisk, a następnie przekazała te podbudowę dopiero w okresie, gdy czas pozostały na wykonanie prac przez powódkę był za krótki, a ponadto warunki pogodowe uniemożliwiały powódce kompleksowego zakończenia zadania. Opóźnienie w wykonaniu i wydaniu powierzonych prac pozwanej nie powstało zatem z przyczyn leżących po stronie powódki. W związku z zakończeniem prac stanowiących przedmiot umowy powódka w dniu 25 kwietnia 2013 roku wystawiła fakturę VAT nr (...) obejmującą kwotę 120.048,00 PLN, z tytułu pozostałej części przysługującego jej wynagrodzenia. Termin płatności ostatecznej faktury VAT został wyznaczony na dzień 10 maja 2013 roku. Pismem z dnia 30 kwietnia 2013 roku, pozwana stwierdziła, że powódka dopuściła się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, a wobec tego nalicza jej karę umowną na podstawie postanowień umowy w wysokości 158.653,56zł wyznaczając trzydniowy termin do zapłaty tej kwoty, a następnie skierowała do powódki oświadczenie z dnia 15 maja 2013 roku o potrąceniu nienależnie naliczonych kwoty wynikającej z noty obciążeniowej z należnościami przysługującymi powódce z tytułu doręczonej pozwanej faktury VAT nr (...) z dnia 26 kwietnia 2013 roku. Powódka nie zaakceptowała stanowiska pozwanej pismem z dnia 6 czerwca 2013 roku wezwała pozwaną do zapłaty pełnej kwoty przysługujących jej należności. Pozwana nie uregulowała wynagrodzenia wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 26 kwietnia 2013 roku, w kwocie 120 .048,00 PLN, jak również odsetek ustawowych za opóźnienie w jego zapłacie. Pozwana nie miała podstaw do naliczenia powódce kar umownych. Powódka wskazała, że niniejszym pozwem dochodzi zapłaty części wynagrodzenia z tytułu wykonania robót budowlanych w kwocie 120.048,00 zł wraz ustawowymi odsetkami liczonymi od tej kwoty od dnia wymagalności, tj, od dnia 11 maja 2013 roku do dnia zapłaty, odsetek liczonych od odsetek, które na dzień 13 maja 2015 roku wyniosły kwotę 29.005,57 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kwoty należności z tytułu wniesionego na rzecz pozwanej zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 37.169,62 zł oraz odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie tej kwoty wyliczonych na dzień 13 maja 2015 roku, w łącznej wysokości 7.392,17 zł. Zgodnie z treścią umowy pozwana miała zwrócić 70% wartości zabezpieczenia, a więc kwotę 26.018,73 PLN w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu końcowego. Mając na uwadze, że protokół końcowy został podpisany w dniu 25 kwietnia 2013 roku, powyższa część zabezpieczenia winna być zwrócona w terminie do dnia 25 maja 2013 roku, a roszczenie z tytułu zwrotu stało się wymagalne w dniu 26 maja 2013 roku. Powódka naliczyła odsetki za opóźnienie, co dało wartość 6.147,55zł. Pozwana miała zwrócić powódce również pozostałą część zabezpieczenia w wymiarze 30%, a więc kwotę 11.150,89 zł w terminie 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi. Skoro przedmiot umowy został wydany pozwanej w dniu 25 kwietnia 2013 roku, zaś przedmiotem umowy o roboty budowlane nie było wykonanie budynku, pozwana winna zwrócić pozostałą część zabezpieczenia w terminie do dnia 10 maja 2014 , a wobec tego roszczenie o zwrot tej kwoty

stało się wymagalne w dniu 11 maja 2014 roku. Od tej daty powódka naliczyła odsetki za opóźnienie, co dało wartość 1.244,62 zł. Łącznie należność główna z tytułu zabezpieczenia podlegającego zwrotowi wynosi kwotę 37.169,62 PLN, a odsetki ustawowe liczone za opóźnienie w zapłacie kwot składowych tej należności - kwotę 7.392,17 PLN. Z dalece posuniętej ostrożności procesowej powódka wniosła o miarkowanie naliczonej przez pozwaną kary umownej poprzez jej obniżenie do kwoty nie wyższej, niż 10% wynagrodzenia powódki, tj. 37.169,62 zł.

W sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty pozwana Gmina N. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzuciła, iż należności objęte żądaniem pozwu wygasły wskutek złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu kar umownych z dnia 15.05.2013r. Oświadczenie to zostało poprzedzone skierowaniem do powoda noty obciążeniowej z dnia 30.04.2013r. Pozwana zarzuciła również, że niezasadne jest żądanie zapłaty skapitalizowanych odsetek skoro pozwany nie pozostawał w opóźnieniu zapłaty należności, oświadczenie o potrąceniu ma bowiem moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Termin zapłaty faktury w/w upływał 10.05.2013r. Nota obciążeniowa z naliczeniem kar umownych została sporządzona w dniu 30.04.2013r. Została ona doręczona powodowi w dniu 06.05.2013r. Z tym też dniem stała się wymagalna wierzytelność pozwanego o zapłatę kary umownej. Odnośnie terminu zapłaty należności z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 37.169,62 zł, to pozwany nie pozostawał w opóźnieniu zapłaty kwoty zabezpieczenia, skoro przed nadejściem terminu wymagalności tego roszczenia, szczegółowo przedstawionego przez powoda w pozwie, złożył oświadczenie o potrąceniu kar umownych. Treść umowy zawartej przez strony wskazuje, że powód był zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy do dnia 15.11.2012r. Protokół końcowy odbioru robót został sporządzony w dniu 25.04.2013r. Oznacza to, że termin umowy nie został przez powoda dotrzymany. Powód kwestionując, że pozwanemu przysługiwała wierzytelność o zapłatę kar umownych za zwłokę, twierdzi, że okoliczności niezachowania terminu wykonania umowy leżą po stronie pozwanego. Pozwany wskazał, że domniemanie wynikające z treści art. 476 k.c. przemawia jednak przeciwko powodowi i w związku z tym to na powodzie spoczywa ciężar wykazania, że niezachowanie terminu jest skutkiem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Umowa nie określała harmonogramu robót, nie wskazywała, jaki okres czasu jest niezbędny dla powoda, by wykonać II część przedmiotu umowy. Umowa też nie określała, w jakim terminie pozwany powinien wykonać obciążający go zakres robót w zakresie wykonania podbudów, by przekazać powodowi plac robót. Kierując się brzmieniem treści umowy § 2 umowy to przekazanie powodowi placu powinno nastąpić najpóźniej na 1 miesiąc przed końcowym terminem wykonania umowy. W tym celu w dniu 15.10.2012r, a więc na 1 miesiąc przed terminem zakończenia realizacji umowy (15.11.2012r) pozwany chciał przekazać powodowi plac budowy. Na tę okoliczność został sporządzony protokół przekazania wykonawcy terenu i placu z tego dnia. Pozwany nie zaprzecza, że do jego obowiązków należało wykonanie podbudów na boiskach, jednak ostatnią warstwę podbudowy, na której miała być położona przez powoda nawierzchnia z trawy syntetycznej wykonać miał powód. W związku z zastrzeżeniami powoda co do wykonania podbudów przez pozwanego, co znalazło wyraz w treści protokołu z dnia 15.10.2012r pozwany wykonał niezwłocznie czynności w celu poprawienia wykonania podbudów. Tak więc ewentualne usterki po stronie pozwanego zostały usunięte w bardzo krótkim czasie i powód mógł niezwłocznie przystąpić do wykonywania przedmiotu umowy. Powód jednak nie przyjął do wiadomości faktu, że nie ma już jakichkolwiek przeszkód do wykonywania przez niego umowy. Powód w tym czasie realizował jeszcze inne inwestycje tego rodzaju i nie miał ani siły roboczej ani maszyn, które były potrzebne do wykonania umowy na rzecz pozwanego. Strona powodowa nie podjęła jakichkolwiek zabiegów aby zrealizować przedmiot umowy, pomimo, jak sama twierdzi niesprzyjających warunków atmosferycznych. Na rynku dostępne są technologie i sprzęt pozwalające zrealizować takie zamówienie nawet przy minusowych temperaturach. Efekt taki można uzyskać chociażby przez użycie przenośnych namiotów, które wykorzystywane są do zabezpieczenia terenu robót przed warunkami atmosferycznymi. Pozorną czynnością jest także decyzja powoda o zleceniu przeprowadzenia opinii geotechnicznej. Z jej treści wynika, że autor opinii wykonał badania w dniu 5.11.2012r. Powód nie wykazał, aby tę opinie brał pod uwagę przy realizacji umowy. Nie odnotowano też w dzienniku budowy, by po dniu 18.10.2012r. wykonane zostały przez powoda (bądź pozwanego) jakiegokolwiek czynności przy podbudowach. Pozwany przytoczył treść zapisów w dzienniku budowy z przebiegu realizacji umowy od 14.11.2012r. do 20.12.2013r., z dnia 3.01.2013r. i 16.04.2013r. do 22.04.2013r. oraz treść protokołów z dnia 20.12.2012r. i 3.01.2013r. stwierdzających, że roboty nie zostały do końca wykonane bez wzmianki

o nieodpowiednich warunkach pogodowych, a następnie treść protokołu z dnia 25.04.2013r. stwierdzającego, iż roboty zostały wykonane w czasie od dnia 26.07.2012 do dnia 22.04.2013r., umowny termin rozpoczęcia - z dniem przekazaniu placu budowy, zakończenia 15.11.2012., roboty (nie) zostały ukończone w terminie umownym, opóźnienie zakończenia robót wynosi 156 dni, odszkodowanie umowne za zwłokę na rzecz zam. - zostanie naliczone zgodnie z umową. Nadto w protokole - w uwagach komisji odnotowano „ Przedstawiciel wykonawcy wnosi następującą uwagę: „podbudowa 2-ch boisk sportowych która wykonywana była w zakresie gminy została przekazana 5 listopada 2012". Jak wskazał pozwany zapisy w dzienniku budowy wskazywały, że nie ma uzasadnienia uwaga przedstawiciela wykonawcy w końcowym protokole odbioru, że dopiero w dniu 5 listopada 2012 pozwany przekazał powodowi podbudowę dwóch boisk, wpisy w dzienniku budowy z dnia 17 i 18.10. 2012r wyraźnie i jednoznacznie wskazują, że już w dniu 18.10.2012r. powód mógł przystąpić do wykonania robot, powód rozpoczął roboty dopiero w dniu 14.11.2012r, które przerwał - bez wskazania

jakichkolwiek przyczyn - w okresie od dnia 19.11.2012 do dnia 27.11.2012r., pierwotnie zgłoszony odbiór 20.12.2012r okazał się bezskuteczny z uwagi opisane w protokole braki, nie odnotowano w tym protokole żadnych zastrzeżeń odnośnie pozwanego. Pozwany wskazał ponadto, że w § 12 ust 2 lit, b umowy określono sytuacje, w których było możliwe wprowadzenie istotnych zmian do umowy w przypadkach konieczności zmiany terminu realizacji umowy. Taki zapis umowy pozwalał obu stronom na zmianę terminu realizacji umowy. Powód jeśli więc stwierdziłby na etapie realizacji umowy, że zachodzą przestanki do zmiany ustalonego w umowie terminu wykonania umowy wymienione w § 12 ust.2 lit b - to podjąłby stosowne działania. Powód natomiast nie występował do pozwanego z wnioskiem o przesunięcie terminu zakończenia umowy, co prowadzi do jednoznacznego wniosku, że okoliczności dające podstawę do negocjacji nowego terminu zakończenia umowy w czasie realizacji umowy nie wystąpiły.

W ustosunkowaniu się do powyższego powód pismem z dnia 27 kwietnia 2016r. podtrzymał swoje stanowisko co do braku podstaw dla naliczenia przez pozwaną kary umownej. Odnosząc się do terminów wskazanych w umowie powódka wskazała, iż była zobowiązana do wykonania swojego zobowiązania w dwóch etapach. Pierwszy z nich miał być zrealizowany w terminie 1 miesiąca od protokolarnego przekazania terenu budowy. Następnie miała rozpocząć i wykonać drugi etap swojego zobowiązania do dnia 15 listopada 2012 roku, by wykonać drugi etap zobowiązania, powódka musiała otrzymać od pozwanej podbudowę gotową do ostatecznego zagęszczenia i położenia warstw poliuretanowych. Stąd podbudowa winna być gotowa najpóźniej w terminie, w którym powódka miała rozpocząć powierzone jej prace z zakresu drugiej części. Pozwana miała zatem co najwyżej miesiąc od protokolarnego przekazania terenu budowy na wykonanie jej zobowiązania w zakresie przygotowania podbudowy, by umożliwić powódce rozpoczęcie prac. Okazało się natomiast, że powódka zamiast otrzymać czas od dnia 18 sierpnia 2012 roku do dnia 15 listopada 2012 roku, czyli około 3 miesiące, otrzymała jako taką podbudowę dopiero w listopadzie 2012 roku, a tym samym, miała jedynie kilka dni na wykonanie większości swoich prac, co było niewykonalne. Strony określiły w miesiącach/tygodniach termin wykonania umowy co do poszczególnych części prac. W miejscu poświęconym na wskazanie terminów, strony zakreśliły ramy czasowe wykonania dwóch części (1 i 2), z uwagi na to, iż tylko te dwie części inwestycji miała wykonywać powódka. Terminy te przede wszystkim odnosiły się do robót powódki, a nie pozwanej. Pozwana zgodnie z dokumentacją kontraktową była zobowiązana do wykonania podbudowy przed rozpoczęciem prac powódki. W momencie kiedy powódka mogłaby rozpocząć realizację drugiej części inwestycji, nie mogła tego zrobić, gdyż podbudowa nie była wykonana. Od tego momentu pozwana znajdowała się już w zwłoce w zakresie jej obowiązków kontraktowych, co bezpośrednio rzutowało na termin rozpoczęcia wykonywania świadczeń powódki. Pozwana zaprzeczyła też, że nie miała odpowiedniego zespołu ludzi i właściwych maszyn do wykonania zobowiązania. Nawet gdyby taka okoliczność miała miejsce, to powódka nie była zobowiązana do rezerwacji swoich zasobów osobowych i materialnych na okres po dacie 15 listopada 2012 roku, gdyż w tym czasie nie miała w planie realizacji świadczenia dla pozwanej. Gdyby pozwana wykonała prawidłowo podbudowę do dnia wykonywania przez powódkę drugiej części inwestycji to powódka wykonałaby prace w terminie przy wykorzystaniu przygotowanego na tę potrzebę sprzętu i kadry. Brak podstaw by powódka miała korzystać z technologii i sprzętu rzekomo dostępnego na rynku tylko po to by wykonać zobowiązanie dla pozwanej po terminie na to przewidzianym (przekroczonym z winy pozwanej), w porze roku do tego nieodpowiedniej, przy niewłaściwych warunkach atmosferycznych (niezgodnych z technologią zastosowania materiałów przeznaczonych do wykonania boisk), na własny koszt, wbrew dokumentacji technicznej i sztuce budowlanej. Na wykonawcy ciąży odpowiedzialność gwarancyjna oraz wykonanie robót

zgodnie z technologią i kartami technicznymi materiałów, z których wykonuje się nawierzchnie. Wykonywanie w niesprzyjających warunkach atmosferycznych skutkuje pofalowaniem boiska, kruszeniem warstwy poliuretanu, rozwarstwianiem, osłabieniem wytrzymałości. Po stronie wykonawcy stoi konieczność wykonania nawierzchni zgodnie z zaleceniami producenta i to wykonawca (który udziela gwarancji) ocenia w jakim stopniu może zaryzykować i trochę odstąpić od wymogów technicznych. To wykonawca ponosi również odpowiedzialność za niewłaściwe wykonanie powierzchni boisk i niewłaściwe zastosowanie zakupionych materiałów. Powódka zleciła wykonanie opinii po to by zbadać dodatkowo podbudowę, tak by pozwana nie miała wątpliwości oraz uchronić się przed gołosłownymi zarzutami ze strony pozwanej. Pozwana sama sugerowała konieczność skorzystania z opinii rzeczoznawcy w piśmie z dnia 29 października 2012 roku. Odnosząc się do wpisów w dzienniku budowy powódka zarzuciła, iż są one jednostronne, wykonane przez przedstawiciela strony pozwanej, lakoniczne i nie zawierają wielu istotnych kwestii. To, że nie dokonano części wpisów nie oznacza, że podbudowy były wykonane przez pozwaną prawidłowo. Powódka nie miała podstaw do żądania zmiany warunków umowy w zakresie terminu wykonania zobowiązania, bowiem do dnia wyznaczonego na wykonanie zobowiązania, tj. do dnia 15 listopada 2012 roku, warunki klimatyczne pozwalały jej kontynuować prace. Załamanie pogody nastąpiło dopiero po upływie terminu ustalonego w umowie. Naliczenie powódce kary umownej było dla pozwanej zaskoczeniem, gdyż według treści umowy, taka sankcja mogła być naliczona wyłącznie w przypadku zwłoki powódki, która w przedmiotowym przypadku nie wystąpiła. Powódka dążyła wyłącznie do tego, by zakończyć swoje prace w najszybszym możliwym terminie i tak też zrobiła.

Sąd ustalił co następuje :

Pozwana Gmina N. ogłosiła przetarg w zakresie wykonania zespołu boisk sportowych, przy Szkole Podstawowej w W., pn.,; „Wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu Moje Boisko-Orlik 2012". Warunki przetargu zostały opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 31 maja 2012 roku (dalej zwana: SIWZ), według której na przedmiot zamówienia składały się trzy etapy prac: - boiska sportowe - roboty ziemne; -boiska sportowe - nawierzchnie i oświetlenie; budynek szatniowo-sanitarny. Wykonawcy byli zobowiązani do przygotowania ofert według schematu przedstawionego w SIWZ, w tym również do wskazania, których części zamówienia ona dotyczy. Możliwość składania ofert częściowych dopuszczono i opisano w rozdziale 18 SIWZ, tam też określono, jakie prace wchodziły w zakres robót objętych poszczególnymi częściami. Powódka przygotowała i złożyła ofertę z 15 czerwca 2012 roku. wskazując w niej, że jest zainteresowana realizacją dwóch części zamówienia, obejmujących budowę boisk sportowych w zakresie robót ziemnych oraz, nawierzchni i oświetlenia. Złożona przez powódkę oferta była najkorzystniejsza.

Dowód:Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na „Wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu Moje Boisko - Orlik 2012" przy Szkole Podstawowej w W. z dnia 31 maja 2012 roku wraz z załącznikami w postaci przedmiaru robót oraz opisu technicznego do projektu budowlanego wykonawczego; k. 35- 94, oferta k. 95 - 156, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 02 lipca 2012 roku; W dniu 17 lipca 2012r. strony Gmina N. oraz (...) sp z o.o. w S. zawarły umowę nr (...) w której powódka jako wykonawca, a pozwana jako zamawiający określili przedmiot umowy jako realizacja części nr 1 i 2 zamówienia, zgodnie wymaganiami określonymi przez zamawiającego i ofertą przedstawioną przez wykonawcę (§ 1 ust. 1 umowy), a więc boisk sportowych w zakresie robót ziemnych oraz nawierzchni i oświetleń na przygotowanej przez pozwaną podbudowie.

W § 2 umowy określono termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy - z dniem protokolarnego przekazania terenu budowy oraz termin zakończenia robót - nie później niż miesiąc licząc od przekazania terenu robót wykonawcy. Część nr 1 – 1 miesiąc , Część nr 2 : do dnia 15 listopada 2012 roku (§ 2 ust. 2 umowy). Pozwana była zobowiązana do wprowadzenia i protokolarnego przekazania powódce terenu robót w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy (§ 3 ust.1 umowy).

W § 5 umowy strony uregulowały wysokość i zasady zapłaty przez pozwaną wynagrodzenia powódki. Zgodnie z ust. 1 tegoż paragrafu umowy, za wykonanie części nr I zamówienia powódka miała otrzymać wynagrodzenie w wysokości 32.691,26 zł brutto, a za realizację części nr 2 zamówienia kwotę 339.004,90 zł brutto. Łączna kwota wynagrodzenia stanowiła więc wartość 371.696,16 zł brutto. Rozliczenie między stronami miało następować sukcesywnie za wykonane

prace, na podstawie faktur VAT zatwierdzonych przez pozwaną, a wystawionych przez powódkę wobec zatwierdzenia protokołów częściowych odbioru robót (§ 5 ust. 6 umowy). Płatności miały być dokonywane w formie przelewu na rachunek bankowy powódki w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez pozwaną prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z zatwierdzonym protokołem odbioru (§ 5 ust. 8 umowy). Za nieterminowe płatności faktur, powódka była uprawniona do naliczania odsetek ustawowych.

W § 7 ust. 1 i 2 umowy strony potwierdziły, że powódka wniosła na rzecz pozwanej kwotę odpowiadającą 10% wynagrodzenia za każdą realizowaną część zamówienia tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie miało być zwrócone w następujących terminach: 70% wysokości zabezpieczenia w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego oraz 30% wysokości zabezpieczenia najpóźniej w 15 dniu od upływu rękojmi za wady, łączna kwota zabezpieczenia wynosiła 37.169,62 zł.

W § 8 ust. 1 lit. a umowy strony ustaliły, że za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy powódka zapłaci pozwanej karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

W § 12 ust. 2 umowy pozwana przewidywała możliwość wprowadzenia istotnych zmian do umowy w przypadku braku możliwości prowadzenia robót na skutek obiektywnych warunków klimatycznych lub innych okoliczności niezawinionych przez powódkę.

Pozwana miała we własnym zakresie przygotować podbudowę boiska (składającą się z warstw - gruntu rodzimego, warstwy odsączającej o grubości 10 cm, warstwy konstrukcyjnej kruszywo kamiennego (31,5-63,0 mm) o grubości 10 cm oraz warstwy klinującej z kruszywa kamiennego (fr. 0-31,5 mm) o grubości 5 cm), w taki sposób, aby powódka zrealizowała jedynie warstwę wyrównującą, a następnie położyła nawierzchnię poliuretanową. Zagęszczenie podbudowy należało do pozwanej, która miała wykonać warstwę podbudowę czyli wszystkie warstwy z wyjątkiem warstwy wyrównującej. Zagęszczenie stanowiło element warstwy konstrukcyjnej, a nie wyrównującej.

Dowód: Umowa nr (...) z dnia 17 lipca 2012 roku k. 157-169, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia k. 35- 94, opinia uzupełniająca biegłego k. 678-681

Po zawarciu umowy powódka niezwłocznie przystąpiła do realizacji zamówienia. W dniu 14 sierpnia 2012 roku powódka zakończyła roboty ziemne i wystąpiła do pozwanej o przeprowadzenie odbioru prac. Powódka realizowała powierzone jej zadanie bez jakichkolwiek opóźnień, gdyż prace ziemne, zgodnie z treścią umowy, powódka miała wykonać w terminie miesięcznym od przekazania budowy. Pismem z dnia 16 sierpnia 2012 roku, w odpowiedzi na pismo powódki, pozwana wyznaczyła odbiór na dzień 21 sierpnia 2012 roku. W dniu 21 sierpnia 2012r. odbył się odbiór.

Dowód: pismo Powódki z dnia 13 sierpnia 2012 roku wraz z potwierdzeniem nadania faksem k. 175-176, pismo pozwanej z dnia 16 sierpnia 2012 roku k. 177, pismo powódki z dnia 10 września 2012 roku wraz z dowodem nadania k. 179 protokół z dnia 21 sierpnia 2012 roku k. 171-172

Po zakończeniu prac ziemnych do robót przystąpiła pozwana, której zadaniem było wykonanie podbudowy, na niej następnie powódka miała wykonać warstwę wyrównującą oraz nawierzchnię poliuretanową. Tak więc aby powódka mogła wykonać dalszą część prac w zakresie warstwy wyrównującej oraz nawierzchni poliuretanowej, pozwana musiała uprzednio wykonać podbudowę niezbędną dla wykonania ostatniej warstwy wyrównującej miały kamiennego, a następnie nawierzchni poliuretanowych mających pokryć powierzchnię budowanych boisk.

W dniu 12.09.2012r. odbyła się narada koordynacyjna. W naradzie tej wzięli udział przedstawiciel powódki H. K. oraz przedstawiciele pozwanej gminy w osobie wójta, inspektora nadzoru G. S., kierownika robót R. N. oraz pracowników pozwanej. Wskutek odbytego spotkania sporządzono protokół z dnia 12 września 2012 roku, w którym wskazano, że pozwana zobowiązuje się do wykonania podbudowy na boiskach zgodnie z dokumentacją w terminie do dnia 26.09.2012r., a powódka rozpocznie prace niezwłocznie po zgłoszeniu wykonania podbudowy przez kierownika R. N..

Dowód: protokół z dnia 12 września 2012 roku, w tym w wersji komputerowej, wraz z listą obecności k. 170-172

Pomimo zobowiązania kierownika robót R. N. zarządzającego realizacją podbudowy prace nie zostały zrealizowane w w/w terminie.

W dniu 15 października 2012 roku przedstawiciel powódki H. K. spotkał się z kierownikiem budowy A. W. i kierownikiem robót R. N., na terenie budowy w celu przejęcia placu budowy przez powódkę. Podbudowa nie była zagęszczona zgodnie z projektem technicznym i nie nadawała się do wykonania nawierzchni poliuretanowej, do której położenia była zobowiązana powódka. W związku z tym przedstawiciel powódki nie przejął placu budowy. Powyższe zostało ujęte w protokole sporządzonym w dniu 15.10.2012r. w tabeli inne ustalenia. Protokół został podpisany przez obecnych.

Pismem z dnia 17.10.2012r. powódka powołując się na wyniki w/w przeglądu, a to fakt, iż podbudowa nie jest zagęszczona i wyrównana zgodnie z projektem i nie nadaje się do montażu nawierzchni zwróciła się o poinformowanie jej kiedy będzie mogła rozpocząć montaż nawierzchni na właściwie przygotowanej podbudowie, wskazując, iż nawierzchnię tą można układać w temperaturze powyżej 10 stopni i przy suchym podłożu.

Dowód: protokół z dnia 15.10.2012, pismo powódki z dnia 17.10.2012r. k. 187 - 190

W odpowiedzi, pismem z dnia 17.10. 2012 roku, pozwana stwierdziła, że wykonała ciężący na niej obowiązek przygotowania podbudowy w sposób prawidłowy, a przedstawiciel powódki H. K. w dniu 15 października 2012 roku bezpodstawnie odmówił przyjęcia placu budowy oraz poinformowała że w dniu 17.10.2012r. dodatkowo wykonała wyrównanie i zagęszczenie warstwy klinującej kruszywem. W ustosunkowaniu się powódka pismem z dnia 24.10.2012r. podtrzymała stanowisko odnośnie braku należytego przygotowania podbudowy, wskazała na uchybienia przy wykonywaniu podbudowy oraz jej wady, zwracając uwagę że w dniu sporządzenia pisma przeprowadzona była rozmowa telefoniczna z Panem R. N., który przyznał, że podbudowa nie jest jeszcze gotowa

Dowód: pismo pozwanej z dnia 17.10.2012r. k. 173-174, pismo powódki z dnia 24.10.2012r. k. 191, 192

W dniu 25.10.2012 roku odbyło się kolejne spotkanie w którym wzięli udział R. N. – przedstawiciel Gminy oraz H. K. kierownik robót powódki, podczas którego stwierdzono, iż wykonanie podbudowy boisk wymaga zagęszczenia, a przedstawiciel gminy oświadczył, iż do dnia 26.10.2012r. zostanie wykonane zagęszczenie. Z tego spotkania sporządzono notatkę, przedstawiciel gminy jej nie podpisał, nie odnotował na niej jednak sprzeciwu dla jej treści.

Strony wymieniały dalszą korespondencję, a to w dniach 29.10.2012r. 29.10.2012r., 31.10.2012r., 31.10.2012r.

Dowód: notatka z dnia 25.10., 2012r. k.193, pisma k. 194-198.

Do dnia 5.11.2012r. podbudowa nie spełniała wymagań projektowych, wymagała dogęszczenia i była wykonana niewłaściwie.

W dniu tym bowiem, na zlecenie powódki mgr inż. R. P. specjalista z zakresu geologiczno-technicznego (Zespół Usług (...)" w K.) przeprowadził badanie nośności podłoża gruntowego i zagęszczenia podbudowy boisk. Wyniki badań potwierdziły, że podbudowa jest wykonana niewłaściwie, była za słabo dogęszczona i miała zbyt małą grubość warstw konstrukcyjnych, co rodziło konieczność jej dogęszczenia przed ułożeniem warstw, których wykonanie powierzone zostało na podstawie umowy powódce.

Dowód: sprawozdanie – opinia geotechniczna k. 199 – 203, opinia biegłego k. 533-586

Powódka w dniu 14 listopada 2012 roku rozpoczęła kładzenie nawierzchni boisk, termin realizacji zamówienia upływał w dniu 15 listopada 2012 roku. Powódka podjęła wzmożone prace celem zakończenia robót w jak najszybszym możliwym terminie. Pismem z dnia 13 grudnia 2012 roku, zawiadomiła pozwaną, że zakończyła kolejne prace

zwracając się o wyznaczenie terminu odbioru wykonanych prac. Powódka nie mogła zrealizować wszystkich prac, gdyż nie pozwoliły na to warunki pogodowe.

Dowód: pismo Powódki z dnia 13 grudnia 2012 roku k. 206, pismo z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Zestawienia temperatury przy gruncie oraz dobowej wilgotności (okres 14 listopada 2012 roku - 13 kwietnia 2013 roku) k. 239, 240, 366 367

W dniu 20 grudnia 2012 roku odbyło się spotkanie którego celem było dokonanie odbioru technicznego. Podczas odbioru Komisja złożona z przedstawicieli stron stwierdziła brak linii sportowych (boisko wielofunkcyjne) brak linii sportowych oraz uzupełnienia piaskiem i granulatem (boisko do piłki nożnej). Wyzaczyła 14-dniowy termin do uzupełnienia w/w zakresu robót. Ustaliła termin zakończenia czynności odbioru na dzień 3 stycznia 2013r. W dniu 3 stycznia 2013r. Komisja stwierdziła brak wykonania powyższego, odmawiając odbioru. Niewykonanie linii na boiskach sportowych, nieuzupełnienie nawierzchni piaskowej i wypełnienia nieznacznej części boiska granulatem wynikało z warunków pogodowych panujących w czasie realizacji prac uniemożliwiających wykonanie tych prac.

Dowód: protokół z dnia 20 grudnia 2012 roku, protokół z dnia 03 stycznia 2013 roku k. 207-210

Przyczyną opóźnienia w wykonaniu prac przez powódkę był termin zakończenia prac tj. przygotowania podbudowy przez pozwaną, a następnie warunki atmosferyczne po tej dacie. Powódce pozostał jeden dzień na wykonanie jakichkolwiek prac, mimo że powódka I etap prac (prace ziemne) wykonała w ustalonym czasie. Przed okresem zimowym powódka wykonała prace w możliwym zakresie.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2013r. pozwana zwróciła się o wskazanie terminu do przystąpienia do zakończenia prac przez powódkę. W odpowiedzi powódka pismem z dnia 11.04.2013r. poinformowała pozwaną, że podejmie prace w dniu 15 kwietnia 2013 roku, a zakończy je w dniu 30 kwietnia 2013 roku. Dowód: pismo pozwanej z dnia 08 kwietnia 2013 roku, pismo powódki z dnia 11 kwietnia 2013 roku wraz z dowodem nadania k. 211 - 213.

Powódka zakończyła prace w dniu 22 kwietnia 2013 roku. Zakończenie prac zostało zgłoszone pozwanej pismem powódki z dnia 22 kwietnia 2013 roku. Pozwana wyznaczyła termin końcowego odbioru technicznego na dzień 25 kwietnia 2013 roku. W wyniku przeprowadzonego odbioru, potwierdzono zakończenie prac przez powódkę. Jednocześnie przedstawiciel powódki H. K. zawarł uwagę, że podbudowa boiska została przekazana powódce dopiero w dniu 5 listopada 2012 roku.

Dowód: pismo powódki k. 214, pismo pozwanej k. 216, protokół odbioru k. 217

Łączny okres rzeczywistego wykonywania prac przez powódkę wyniósł około półtora do dwóch miesięcy (od dnia 5 listopada 2012 roku do grudnia 2012 roku, a następnie ukończenie linii boiska od 15 kwietnia 2013 roku do dnia 22 kwietnia 2013 roku). Przesunięta data wydania przedmiotu zamówienia pozwanej wynikała z przyczyn leżących po stronie pozwanej, a następnie nastania warunków pogodowych uniemożliwiających kontynuację prac. Pozwana przekazała podbudowę dopiero w okresie, gdy czas pozostały na wykonanie prac przez powódkę był za krótki, a warunki pogodowe uniemożliwiały powódce kompleksowe zakończenie zadania. Opóźnienie w wykonaniu i wydaniu powierzonych prac pozwanej nie powstało z przyczyn leżących po stronie powódki.

W związku z zakończeniem prac stanowiących przedmiot umowy z dnia 25.04.2013 roku powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) obejmującą kwotę 120.048,00 zł z tytułu pozostałej części przysługującego jej wynagrodzenia. Termin płatności ostatecznej faktury VAT został wyznaczony na dzień 10 maja 2013 roku.

Dowód: faktury k. 219 -220

Pismem z dnia 30.04.2013 roku, pozwana stwierdziła, że powódka dopuściła się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, a wobec tego nalicza jej karę umowną na podstawie postanowień umowy w wysokości 158.653,56 zł wyznaczając trzydniowy termin do zapłaty tej kwoty.

Dowód: wezwanie do zapłaty z dnia 30 kwietnia 2013 roku, nota obciążeniowa z dnia 30 kwietnia 2013 roku k. 224, 225

Powódka, w piśmie dnia 10 maja 2013 roku zakwestionowała zasadność naliczenia kary umownej.

Pismem z dnia 14 maja 2015 roku powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty zabezpieczenia wraz z odsetkami za opóźnienie w płatności należności.

W dniu 15 maja 2013 roku pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu naliczonej kwoty wynikającej z noty obciążeniowej z należnościami przysługującymi powódce z tytułu doręczonej pozwanej faktury VAT nr (...) z dnia 26 kwietnia 2013 roku (120 048 zł) oraz ze złożonego zabezpieczenia (37 169, 62 zł).

Dowód: pismo powódki z dnia 10 maja 2013 roku z dnia 14 maja 2013r. ; o świadczenie o potrąceniu z dnia 15 maja 2013 roku k. 226, 236, 232

Powódka pismem z dnia 6 czerwca 2013 roku ponownie wezwała pozwaną do zapłaty kwoty wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 26 kwietnia 2013 roku, w kwocie 120.048,00 zł z odsetkami, bezskutecznie.

Dowód : pismo k. 233—235

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodów pisemnych powołanych powyżej, niekwestionowanych w zakresie zgodności kopii z oryginałem (oświadczenie k. 463 v), jak również , iż osoby pod nimi podpisane złożyły oświadczenia jak w treści tychże dokumentów. Co do odzwierciedlenia przez dowody pisemne rzeczywistego stanu rzeczy Sąd ocenił je w świetle pozostałego materiału dowodowego. Sąd swoje ustalenia oparł również na materiale zdjęciowym (k. 442-457) zeznaniach świadków : R. F. k. 382 , M. K. k. 431, H. K. k. 433, E. D. k.498 jako znajdujących odzwierciedlenie w pozostałym materiale dowodowym (w tym adnotacji w protokole z dnia 15.10.2012r., notatce z dnia 25.10.2012r., opinii geologicznej, opinii biegłego) oraz częściowo na zeznaniach M. W. k. 383 oraz G. S. k. 386 co do zakresu wykonywanych prac (podbudowa). Sąd odmówił wiary zeznaniom w/w świadkom w zakresie daty prawidłowego wykonania podbudowy wskazywanej na 17.10.2012r. jako nie znajdujące odzwierciedlenia w notatce z dnia 25.10.2012r., opinii geologicznej z dnia 5.11.2012r. oraz opinii biegłego, św.d S. choć biorący udział w sporządzaniu protokołu z dnia 15.10.2012r. nie wyjaśnił w sposób przekonywujący dlaczego co do odmowy przejęcia placu budowy przez powódkę (pkt f inne ustalenia k. 188) nie odniesiono się, ew. ich nie zanegowano poprzez odpowiedni wpis w tym protokole. Sąd odmówił tym zeznaniom wiary również w zakresie możliwości kontynuacji prac w styczniu 2013r. wobec ich sprzeczności z opinią biegłego. Sąd oparł swoje ustalenia zarówno na prywatnej opinii geologicznej, jak i na opinii biegłego. Okoliczność wykonywania opinii geologicznej nie była kwestionowana przez pozwaną, a opinia biegłego nosiła cechy pełnej i logicznej.

Istotę sporu w niniejszej sprawie stanowiła właściwie okoliczność, czy i kiedy podbudowa została wykonana w sposób prawidłowy tj. spełniając wymagania techniczne i umożliwiając wykonanie na niej warstwy wyrównującej oraz nawierzchni poliuretanowej. Odpowiedź na to pytanie , w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego dała opinia biegłego, w ocenie Sądu sporządzona w sposób jednoznaczny i zawierający pełną analizę, z której to wyprowadzono logiczne wnioski, w oparciu o posiadaną przez biegłego wiedzę specjalistyczną. Biegły potwierdził, iż podbudowa została wykonana niewłaściwie, była za słabo dogęszczona i miała zbyt małą grubość warstw konstrukcyjnych , powód nie miał możliwości prowadzenia prac w zakresie kładzenia nawierzchni boisk przed 14.11.2012r., podczas gdy termin realizacji zamówienia mijał w dniu 15.11.2012r. Biegły wskazał, iż to pozwany doprowadził do opóźnienia wykonania podbudowy pod nawierzchnię boisk, a przekazał tę podbudowę dopiero w okresie gdy czas pozostały na wykonanie prac przez powoda był za krótki, a warunki pogodowe uniemożliwiały powodowi kompleksowe zakończenie zadania, warunki uniemożliwiały wykonywania prac przy użyciu materiałów wykorzystywanych przez powoda. Do wykonywania powierzchni poliuretanowych wymagana jest temperatura powyżej 10 stopni i suche podłoże. Do malowania linii wymagana jest temperatura nie mniejsza niż 5 stopni oraz wykluczone jest narażenie na wilgoć przez okres ok. 16 godzin. Biegły wykluczył zastosowanie namiotów, które miały

zdaniem pozwanej umożliwić powodowi kontynuację prac. Jednocześnie biegły w uzupełniającej opinii jednoznacznie wskazał, iż brak zagęszczenia podbudowy (braki podbudowy) dotyczyły warstwy konstrukcyjnej (którą wykonać miał pozwany), a nie wyrównującej (którą wykonać miał pozwany). Sąd oddalił wniosek pozwanego o zobowiązanie powoda do wykazu inwestycji polegających na budowie w okresie od sierpnia 2012r. do maja 2013r. zespołów boisk, wykazu osób z podaniem imienia i nazwiska oraz sprzętu przy pomocy których powód realizował roboty, objęte wnioskiem dowody oceniając jako zbędne skoro w badanym czasie przewidzianym umową do realizacji inwestycji powód i tak nie mógł jej kontynuować z uwagi na brak przygotowania podbudowy przez pozwaną Gminę.

Sąd zważył co następuje:

Żądaniem pozwu objęto kwotę 193.615,36 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty: - 157.217,62 zł od dnia 14 maja 2015r. – 36 397,74 zł od dnia wniesienia pozwu.

Na kwotę 193 615,36 zł składała się kwota: I 157 217,62 zł - należność główna z tytułu: - 120 048 zł wynikające z faktury nr (...) mniejsza kwota stanowiła pozostałe do zapłaty wynagrodzenie z tych umowy zawartej z pozwaną - 37 169,62 zł - należność z tytułu zwrotu kaucji zabezpieczającej; II 36 397,74 zł - skapitalizowane odsetki ustawowe z tytułu: - 29 005,57 zł tytułem odsetek naliczonych od kwoty 120 048 zł od dnia 11 maja 2013 do dnia 13 maja 2015r. - 7 392,17 zł tytułem odsetek naliczonych od kwoty na którą z kolei złożyły się: - 6 147, 55 zł tytułem naliczonych odsetek od kwoty 26 018,73 zł liczonych od dnia 26 maja 2013 do dnia 13 maja 2015r. (termin wymagalności tej kwoty wynikał z faktu iż 70 % zabezpieczeniem miał być wypłacona powódce po upływie 30 dni od daty podpisania protokołu końcowego który został podpisany 25 kwietnia 2013r.) - 1244, 62 zł tytułem odsetek naliczonych od kwoty 11 150, 89 zł liczonych od dnia 11 maja 2014 do dnia 13 maja 2015 (termin wymagalności tej kwoty wynikał z faktu iż 30 % wartości zabezpieczenia miało być wypłacone powódce po upływie 15 dni od daty upływu rękojmi to jest od daty 25 kwietnia 2014, czyli rok od daty końcowego protokołu odbioru który miał miejsce 25 kwietnia 2013r.).

Zgodnie z treścią umowy pozwana miała zwrócić 70% wartości zabezpieczenia, a więc kwotę 26.018,73 PLN w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu końcowego. Mając na uwadze, że protokół końcowy został podpisany w dniu 25 kwietnia 2013 roku, powyższa część zabezpieczenia winna być zwrócona w terminie do dnia 25 maja 2013 roku, a roszczenie z tytułu zwrotu stało się wymagalne w dniu 26 maja 2013 roku. Od tej daty do dnia 13 maja 2015 roku powódka naliczyła odsetki za opóźnienie co dało wartość 6.147,55 zł Pozwana miała zwrócić Powódce również pozostałą część zabezpieczenia w wymiarze 30%, a więc kwotę 11,150,89 zł w terminie 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi. Strony w treści umowy (szczególnie w postanowieniach zawartych w § 11 umowy) wyraźnie rozdzieliły pojęcia gwarancji i rękojmi, a zatem zwrot tej części zabezpieczenia miał nastąpić w terminie 15 dni od dnia upływu rękojmi, a nie gwarancji. Zgodnie z treścią przepisu art. 656 § 1 w zw. z art. 638 w zw. z art. 568 § 1 kc (w br/mieniu sprzed zmiany w dniu 25 grudnia 2014 roku), uprawnienia z rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została wydana. Skoro zatem przedmiot umowy został wydany pozwanej w dniu 25 kwietnia 2013 roku, zaś przedmiotem umowy o roboty budowlane nie było wykonanie budynku, pozwana winna zwrócić pozostałą część zabezpieczenia w terminie do dnia 10 maja 2014 roku (15 dni po upływie roku od wydania przedmiotu umowy, który mijał z dniem 25 kwietnia 2014 roku), a wobec tego roszczenie o zwrot tej kwoty stało się wymagalne w dniu 11 maja 2014 roku od tej daty do dnia 13 maja 2015 roku, powódka naliczyła odsetki za opóźnienie, co dało wartość 1.244,62 zł Łącznie należność główna z tytułu zabezpieczenia podlegającego zwrotowi wynosi kwotę 37.169,62 zł , a odsetki ustawowe liczone za opóźnienie w zapłacie kwot składowych tej należności - kwotę 7.392,17 zł.

Sama należność główna jako wartość pozostałego do zapłaty wynagrodzenia z tytułu umowy zawartej pomiędzy stronami w dniu 17 lipca 2012r. ((...)) , a ściślej jako należność wynikająca z faktury wystawionej w dniu 4 grudnia 2012r. vat nr (...) nie była kwestionowana przez stronę pozwaną, analogicznie jak kwota 37 169,62 zł - dochodzona przez powódkę tytułem zwrotu kaucji zabezpieczającej. Pozwany wniosek o oddalenie powództwa opierał natomiast na zarzucie potrącenia z powyższymi kwotami, kwoty należnej mu z tytułu naliczonej kary umownej , objętej notą obciążeniową z dnia 30 kwietnia 2013r. na kwotę 158 653, 56 zł, naliczonej za 156 dni zwłoki, przy karze umownej – 1017,01 zł dziennie, stanowiącej 0,3% wartości przedmiotu umowy (339 004, 26zł). Konsekwencję naliczenia i

obciążenia powódki przedmiotową karą stanowił wniosek o oddalenie powództwa również w przedmiocie odsetek, w tym zakresie bowiem pozwany powoływał się na skutek oświadczenia o potrąceniu wynikający z art. 499 kc a więc na mocy wstecznej od chwili gdy potrącenie stało się możliwe.

Tak więc istota sporu sprowadzała się do przesądzenia skuteczności złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu kary umownej, a ściślej zbadania istnienia i zasadności wierzytelności pozwanego tytułem kary umownej w stosunku do powoda.

Powód naliczenie przedmiotowej kary wywodził z uprawnienia umownego - § 8 ust. 1 lit. a stosownie do którego treści wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy - w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki. Termin wykonania umowy w zakresie części nr 2 - stanowił datę 15 listopada 2012r. i niewątpliwie w tej dacie umowa nie została wykonana, termin wykonania umowy to 25 kwietnia 2013r.

Stosownie do treści art. 483 kc można zastrzec w umowie że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Strony umownie ustaliły uprawnienie do naliczenia kary umownej przez pozwanego w przypadku zwłoki powódki. Stosownie do treści. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie (...). nie dotyczy to w wypadku gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Jak więc wynika z powyższego powyższa norma odpowiedzialność dłużnika łączy z domniemaniem jego winy, obciążając dłużnika wykazaniem okoliczności, iż za opóźnienie odpowiedzialności nie ponosi.

Ustalenia dokonane w niniejszej sprawie pozwoliły na stwierdzenie że dłużnik - powód wykazał powyższą okoliczność i sprostą spoczywającego na nim ciężarowi dowodu.

Istotnie umowa w paragrafie 2 (termin wykonania zamówienia) przewidywała termin wykonania pierwszej części zadania – 1 miesiąc, drugiej zaś do dnia 15 listopada 2012r. Istotnym jest jednak, iż wykonanie drugiej części zadania uzależnione było od terminu zakończenia etapu realizacyjnego w zakresie podbudowy wykonywanego przez gminę (pozwaną) i wprawdzie umowa nie wskazywała w sposób precyzyjny w jakim czasie gmina winna była wykonać swoją część zadania i w jakiej dacie udostępnić dalszy front robót pozwanej, niemniej jednak to właśnie ta data stanowiła podstawę do oceny, czy za przekroczenie przez powódkę terminu oznaczonego na 15 listopada 2012r. odpowiada powódka czy też nie. Gmina zresztą w toku niniejszego postępowania sama wskazywała w jaki sposób rozumiała termin jej przysługujący dla wykonania należącego do niej zadania, określając go jako miesiąc do terminu końcowego realizacji umowy tj. 15.10.2012r. Jak natomiast wynikało zebranego w sprawie materiału dowodowego, podbudowa którą miała wykonać gmina nie była wykonana w sposób, który umożliwiał wykonywanie dalszych prac powódce (tworząc właściwy front robót) jeszcze 5 listopada 2012r. - co wynikało w sposób precyzyjny i jasny z opinii biegłego. Powód wprawdzie przystąpił do wykonywania swoich prac 14.11.2012r. ryzykując niejako efekt swych robót pomimo panujących już warunków pogodowych, kontynuował je w zakresie w jakim było to możliwe do 20 grudnia 2012r. ale dalej warunki pogodowe nie pozwalały na zakończenie tych prac w zakresie malowania linii (boisko wielofunkcyjne) oraz uzupełnienia piaskiem i granulatem (boisko do piłki nożnej). Niniejsze stało się możliwe dopiero w kwietniu 2013 roku. Trzeba podkreślić, iż biegły w opinii sądowej, analizując całokształt materiału dowodowego, przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych wyraźnie stwierdził i to należy potwierdzić jako znajdujące odzwierciedlenie w materiale dowodowym, iż to z przyczyn leżących po stronie pozwanej powód nie miał możliwości realizacji kolejnego etapu prac. Nie została ukończona i zapewniona przez pozwanego podbudowa obiektów sportowych, która była niezbędna dla wykonania ostatniej warstwy wyrównującej miału kamiennego, a następnie nawierzchni poliuretanowych mających pokryć powierzchnię budowanych boisk. W dniu 15 października 2012r. podbudowa nie nadawała się do wykonania nawierzchni, była niewłaściwie zagęszczona i nierówna i powód nie mógł zgodzić się na położenie nawierzchni na takiej podbudowie, zresztą informował pozwanego, iż nawierzchnie można wykonać jedynie w temperaturze powyżej 10 stopni i przy suchym podłożu. W dniu 25 październik 2012r. podbudowa dalej była wadliwa, niewłaściwie zagęszczona

i miała zbyt małą grubość warstw konstrukcyjnych, co rodziło konieczność dogęszczenia przed ułożeniem warstw których wykonanie powierzono powodowi. Jeszcze w dniu 5 listopada 2012r. podbudowa była wadliwa. Pozwany przystąpił do prac 14 listopada 2012r. w tym czasie panujące warunki pogodowe nie pozwalały na pełną realizację wykonania robót do których zobowiązany był powód umownie.

Gdyby gmina wykonała swoje prace terminowo to zważywszy na termin wykonania pierwszej części prac przez powódkę, całość prac powódka wykonałaby przed 1 listopada 2012r. a więc w terminie. Wadliwość wykonanych prac przez pozwaną uniemożliwiła wykonywanie drugiego etapu prac przez powódkę.

Zważywszy na powyższe stwierdzić należy, iż pozwana nie miała podstaw do obciążenia powódki karami umownymi. Zgodnie z treścią postanowienia § 8 ust. 1 lit. a) umowy, pozwanej przysługiwało uprawnienie do naliczenia kar umownych w przypadku zwłoki powódki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy. Tym samym jej uprawnienie konkretyzowałoby się dopiero w momencie, gdyby powódka dopuściła się kwalifikowanej formy opóźnienia, opóźnienia od niej zależnego, nieusprawiedliwionego. Zwłoka **w** rozumieniu art. 491 § 1 k.c, jak również art. 476 k.c. jest kwalifikowanym opóźnieniem i należy ją rozumieć jako opóźnienie zawinione będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (vide : SN wyroku z dnia 4 lutego 2011 roku, sygn. akt: III CSK 161/10). Powódka nie dopuściła się zwłoki. Owszem prace wykonała z opóźnieniem, za które jednak nie ponosi odpowiedzialności.

Pozwana nie dokonała zwrotu zabezpieczenia umowy. Niniejsze należne było z umowy na podstawie par. 7 ust. 2 umowy w zakresie w jakim wskazała to powódka, szczegółowo opisanym powyżej. Pozwana zresztą nie kwestionowała co do zasady również tej części należności, przeciwstawiając jej potrącenie z tytułu kar umownych.

W braku więc podstaw dla uwzględnienia zarzutu potrącenia orzeczono jak w sentencji w pkt 1 na zasadzie art. 647 kc, o odsetkach na zasadzie art. 481 kc i 482 par. 2 kc. O kosztach procesu orzeczono stosownie do treści art. 98 kc. Na koszty te złożyły się : 9 681 (opłata sądowa od pozwu), 7217 zł (koszty zastępstwa procesowego) , 117,01 zł oraz 436, 50 zł tyt. wydatków. Rozstrzygnięciem o kosztach procesu nie objęto kosztów opinii biegłego w zakresie przyznanym postanowieniem z dnia 14.09.2017r. oraz 9.04.2018r. wobec braku ich prawomocności na datę wydania wyroku. Niniejsze zostanie objęte postanowieniem w wydanym w myśl art. 108 (1) kpc.

ZARZĄDZENIE

1. (...)
2. (...)
3. (...).