

Sygn. akt I C 130/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lutego 2014r.

**Sąd Okręgowy w Lublinie I Wydział Cywilny**

w składzie:

**Przewodniczący : S.S.O. Grażyna Lipianin**

Protokolant : sekretarz sądowy Ewa Wolniak

po rozpoznaniu w dniu 11 lutego 2014r. na rozprawie

sprawy z powództwa

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z.

przeciwko

Województwu L.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Województwa L. na rzecz powoda (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. kwotę 126.613,50 zł (sto dwadzieścia sześć tysięcy sześćset trzynaście złotych pięćdziesiąt groszy) z odsetkami ustawowymi od 21 stycznia 2011r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.331 zł (jedenaście tysięcy trzysta trzydzieści jeden złotych) tytułem kosztów procesu;

IV. nakazuje pobrać od powoda i pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Lublinie kwoty po 100,50 zł (sto złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem nieuiszczonych wydatków.

Sygn. akt **I C 130/11**

## UZASADNIENIE

Pozwem w postępowaniu upominawczym, z 11 lutego 2011 roku, powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. wniosła o orzeczenie nakazem zapłaty, że pozwany Województwo L. ma zapłacić powodowi kwotę 253.227 zł z ustawowymi odsetkami od 16 grudnia 2010 roku do dnia zapłaty, z kosztami postępowania upominawczego według norm przepisanych i kosztami zastępstwa procesowego.

W razie wniesienia przez pozwanego sprzeciwu od nakazu zapłaty, powód wniósł o zasądzenie od pozwanego Województwa L. kwoty 253.227 zł z ustawowymi odsetkami od 16 grudnia 2010 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego ( pozew k. 2-3).

W uzasadnieniu powód podniósł, że w przetargu nieograniczonym zorganizowanym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w L., działającym w imieniu Województwa L., na „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K.” oraz opracowanie materiałów

do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej za najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez (...) Sp. z o.o. z ceną 681.980,00 zł brutto. W dniu 16 grudnia 2009 roku, zamawiający i wykonawca zawarli umowę nr (...) na realizację zamówienia.

W trakcie realizacji umowy zaistniał szereg okoliczności, które zgodnie z § 8 umowy, winny skutkować jej zmianą, polegającą na przedłużeniu terminu wykonania i zwiększeniu wynagrodzenia.

Szczegółowa analiza dokumentacji, w szczególności Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Aktualizacja projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K.”, wskazywała na istotne jej braki, jak też niedostosowanie techniczne tego projektu budowlanego do wymogów technicznych i prawnych, jakie obowiązywały w okresie przystąpienia powoda do prac projektowych. Ponadto, wraz z rozpoczęciem prac okazało się, że niemożliwe jest wykonanie prac m. in. geodezyjnych – ze względu na obfite opady śniegu i niską temperaturę, które to okoliczności obiektywnie uniemożliwiły realizację zaplanowanych robót.

Powód podkreślił, że w trakcie realizacji robót, pozwany zwiększał zakres czynności, jednak odmawiał uwzględnienia tego faktu przy próbie podjęcia negocjacji, co do przedłużenia terminu wykonania umowy oraz zwiększenia wynagrodzenia powoda. Żądania pozwanego, który domagał się wykonania projektu odnośnie chodników usytuowanych na terenie niezabudowanym wykraczały poza ustalony zakres umowy.

Na opóźnienie w realizacji przez powoda umowy oraz na zwiększenie kosztów sporządzenie dokumentacji wpłynął nadto fakt, że w toku realizacji zamówienia wykryto istotne błędy w pomiarach geologicznych, z uwagi na ujawnienie pokładów torfu w podłożu, dotychczas nieoznaczonych, co spowodowało konieczność przeprowadzenia na koszt powoda szczególnej analizy geodezyjnej i geologicznej oraz uwzględnienia wyników w tworzonej projekcie.

W ocenie powoda, realizowana umowa o „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej” jest w istocie umową o przygotowanie od podstaw, całkowicie nowego projektu. Nie było bowiem żadnej możliwości wykorzystania dokumentacji opracowanej w 2005 roku z uwagi na błędy techniczne popełnione przy jej sporządzaniu.

Skoro nawet pomocnicze wykorzystanie nie jest możliwe, mamy do czynienia z błędem wywołanym przez pozwanego, który jest na tyle istotny, że spowodował obniżenie przez powoda ceny zaproponowanej w ofercie oraz wpłynął na błędne obliczenie możliwości wywiązania się z terminu realizacji umowy.

Powyższe naraziło powoda na szkodę. Pomimo zwiększonego zakresu robót – na dodatkowe żądanie Zamawiającego – i zwiększonych kosztów prac projektowych, powód wywiązał się z umowy. 3 listopada 2010 roku przedstawił pozwanemu projekty budowlane i 15 listopada 2010 roku projekty wykonawcze wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym. Jednak pozwany odmówił podpisania protokołu, po czym wzywał powoda do dokonania drobnych zmian w sporządzonej i gotowej już dokumentacji.

Pozwany stanął na stanowisku, że terminem wykonania umowy jest 28 grudnia 2010 roku, podpisał w tym dniu uprzednio przedstawiany protokół zdawczo-odbiorczy. Następnie naliczył kary umowne. Potrącił naliczone kary w kwocie 253.227 zł z wynagrodzenia mimo, że w ocenie powoda, nie ponosi on żadnej winy w nienależnym wykonaniu zobowiązania w wyniku przekroczenia terminu wykonania dzieła.

Powód dochodzi zapłaty kwoty 253.227 zł nienależnie potrąconych z wynagrodzenia umownego przez pozwanego kar umownych (uzasadnienie pozwu k. 5-14).

Zarządzeniem z 17 lutego 2011 roku, Przewodniczący stwierdził brak podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym (zarządzenie k. 159).

Na rozprawie w dniu 12 maja 2011 roku, pozwany złożył odpowiedź na pozew, w której nie uznał powództwa, wnosząc o jego oddalenie. Jednocześnie wniósł o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu pozwany podniósł, że naliczenie kar umownych z tytułu opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia należało uznać za zasadne. Sporządzona przez powodową Spółkę dokumentacja była niekompletna i obciążona tyłoma zasadniczymi wadami, że podpisanie protokołu odbiorczego nastąpiło dopiero w dniu 28 grudnia 2010 roku (odpowiedź na pozew k. 167-175).

W toku postępowania strony podtrzymywały stanowiska.

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

Zarząd Dróg Wojewódzkich w L., działający w imieniu Województwa L., ogłosił przetarg nieograniczony na „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej”.

Podstawowym celem zamówienia było:

- opracowanie (aktualizacja) dokumentacji projektowej wraz z dokumentacją geodezyjno-prawną rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku od km 9 + 711 do km 24 + 100 umożliwiającą uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w trybie ustawy z 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych;
- przygotowanie materiałów niezbędnych do ogłoszenia przetargu na wykonanie robót budowlanych wymaganych przez Prawo Zamówień Publicznych.

W ramach zleconej dokumentacji projektowej należało opracować, m. in. dokumentację geotechniczną, geologiczno-inżynierską i hydrogeologiczną.

Zakres projektowanych robót obejmował, m. in.:

1. poszerzenie i wzmocnienie istniejącej nawierzchni oraz umocnienie poboczy, dla klasy Z i nośności 115kN;
2. budowę lub przebudowę zatok autobusowych;
3. budowę, rozbudowę lub przebudowę chodników jedno lub dwustronnych w terenie zabudowanym – w uzgodnieniu z Zamawiającym oraz gminami przez tereny, których przebiega projektowana droga.

Celem prawidłowego przygotowania oferty – w tym uwzględnienia wszystkich opracowań branżowych i szczegółowych rozwiązań technicznych – zalecone było zapoznanie się z dotychczasowymi opracowaniami będącymi w posiadaniu Zarządu oraz dokonanie wizji w terenie i zapoznanie się z kopią mapy zasadniczej, a tam, gdzie istnieją wątpliwości sprawdzenie przy pomocy odkrywek sieci uzbrojenia podziemnego.

Opracowana dokumentacja powinna odpowiadać wymogom:

Instrukcji i innym wytycznym geodezyjnym:

1. właściwego miejscowo powiatowego ośrodka dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej;
2. Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego w L. – wytyczne techniczne dotyczące opracowania (redakcji) mapy z projektem podziału nieruchomości niezbędnej do przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych.

Kompletną dokumentację projektową należało dostarczyć osobie wskazanej przez zamawiającego w terminie przewidzianym umową, W razie braku dokumentów lub uzgodnień w przekazanej dokumentacji, Zamawiający mógł żądać ich uzupełnienia.

Za termin przekazania – odbioru dokumentacji projektowej miał być uznany dzień przekazania wszystkich dokumentów kompleksowej dokumentacji projektowej.

Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy w terminie do 30 lipca 2010 roku.

Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany został do zapłacenia kar umownych z tytułu:

1. opóźnień w wykonaniu zamówienia – w wysokości 0,3 % ceny umownej za każdy dzień opóźnienia;
2. zwłoki w usunięciu wad w wykonanej pracy projektowej – w wysokości 0,5 % ceny umownej za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad;
3. odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w wysokości 20 % ceny umownej;
4. odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy w wysokości 20 % ceny umownej.

W przypadku opóźnienia w zapłacie kar umownych, Zamawiający swoją wierzytelność mógł zaspokoić w pierwszej kolejności przez potrącenie z należności Wykonawcy wynikającej z umowy, a w dalszej kolejności – z dowolnej jego należności.

Zamawiający przewidywał możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, polegających na zmianie terminu wykonania umowy, zakresu prac projektowych, zmianie wynagrodzenia oraz wynikających ze zmian osobowych w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych poniżej:

1. zmianie uległy przepisy prawne istotne dla realizacji przedmiotu umowy;
2. wystąpiła niezgodność pomiędzy częścią opisową, a kartograficzną ewidencją gruntów w obszarze, którego dotyczy projektowana inwestycja;
3. przedłużeniu uległy procedury administracyjne, na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień i decyzji administracyjnych;
4. wystąpiły zamówienia dodatkowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i które mają wpływ na termin realizacji zamówienia;
5. w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający polecił dokonanie zmian w uzgodnionych wcześniej rozwiązaniach projektowych;
6. warunki atmosferyczne nie pozwoliły na sporządzenie materiałów przedprojektowych (np. inwentaryzacji, mapy, pomiarów, ugięć sprężystych nawierzchni, opracowań geodezyjnych, geologicznych i geotechnicznych);
7. zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie;
8. z uwagi na niezależne od stron okoliczności (tj. choroba, wypadki losowe, nieprzewidziane zmiany organizacyjne) nastąpiła lub powinna nastąpić zmiana osób kluczowych dla realizacji umowy np. koordynatora prac, projektanta itp. oraz osób reprezentujących strony;
9. zmianie uległy dane teleadresowe zapisane w umowie;

10. zmianie uległy stawki podatku VAT (dowód: dokumentacja przetargowa k. 26; Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, k. 27-64).

3 grudnia 2009 roku, Zarząd Województwa L. ogłosił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą okazała się być oferta złożona przez (...) Sp. z o.o. w Z. z ceną 681.980,00 zł brutto (dowód: informacja o wyborze k. 67).

W dniu 16 grudnia 2009 roku w L., pomiędzy Zarządem Dróg Wojewódzkich w L. zwanym Zamawiającym, a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., zwanym Wykonawcą, zawarta została umowa (...), na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia: „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” (§ 1 umowy).

Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy do 30 lipca 2010 roku. Za wykonanie zamówienia uznano przekazanie Zamawiającemu w jego siedzibie opracowania zawierającego kompletną dokumentację projektową objętą zamówieniem. Z dniem przekazania kompletnego opracowania miało nastąpić podpisanie przez Zamawiającego protokołu jego odbioru (§ 3 ust. 1 umowy).

Za wykonanie zamówienia, Zamawiający zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie w wysokości 681.980,00 zł brutto, w tym netto 559.000,00 zł i podatek VAT 122.980,00 zł. Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić na podstawie faktury VAT. Podstawą wystawienia faktury był protokół odbioru zamówienia, podpisany przez obie strony (§ 5 ust. 1-3 umowy).

W ustępie 5 cytowanego paragrafu z kolei, Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z sytuacją w terenie oraz wycenił wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. W związku z tym wykluczono jakiegokolwiek roszczenia Wykonawcy związane z nieprawidłowym skalkulowaniem ceny lub pominięciem pewnych elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy.

Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany został do zapłacenia kar umownych z tytułu:

- 1) opóźnienia w wykonaniu zamówienia – w wysokości 0,3 % ceny umownej za każdy dzień opóźnienia;
- 2) zwłoki w usunięciu wad w wykonanej pracy projektowej – w wysokości 0,5 % ceny umownej za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad;
- 3) odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w wysokości 20 % ceny umownej;
- 4) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy w wysokości 20 % ceny umownej (§ 6 umowy).

Zamawiający przewidywał możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, polegające na zmianie zakresu prac projektowych, zmianie terminu wykonania umowy, zmianie wysokości wynagrodzenia oraz wynikających ze zmian osobowych w przypadku wystąpienia niżej wymienionych okoliczności:

- 1) zmianie uległy przepisy prawne istotne dla realizacji przedmiotu umowy;
- 2) wystąpiła niezgodność pomiędzy częścią opisową, a kartograficzną ewidencją gruntów w obszarze, którego dotyczy projektowana inwestycja;
- 3) przedłużeniu uległy procedury administracyjne na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień i decyzji administracyjnych;

- 4) wystąpiły zamówienia dodatkowe, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i które mają wpływ na termin realizacji zamówienia;
- 5) w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający polecił dokonać zmian w uzgodnionych wcześniej rozwiązaniach projektowych;
- 6) warunki atmosferyczne nie pozwoliły na sporządzenie materiałów przedprojektowych (np. inwentaryzacji, mapy, pomiarów, ugięć sprężystych nawierzchni, opracowań geodezyjnych, geologicznych i geotechnicznych);
- 7) zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie (zgodnie z wymogami specyficznymi dla poszczególnych gatunków);
- 8) zaistniała konieczność wykonania badań archeologicznych w ściśle określonym terminie;
- 9) z uwagi na niezależne od strony okoliczności (tj. choroba, wypadki losowe, nieprzewidziane zmiany organizacyjne) nastąpiła lub powinna nastąpić zmiana osób kluczowych do realizacji umowy np. koordynatora prac, projektanta itp. oraz osób reprezentujących stronę;
- 10) zmianie uległy dane teleadresowe zapisane w umowie;
- 11) zmianie uległy stawki podatku VAT (§ 8 umowy) (dowód: umowa, k. 68-73).

W dniu 9 listopada 2009 roku, Wykonawca wystosował do Zamawiającego trzy zapytania. Dwa z nich to:

1. jaki jest rzeczywisty zakres aktualizacji dokumentacji? Jakie części dokumentacji istnieją? Które i w jakim zakresie wymagają aktualizacji, a które należy wykonać od podstaw?
2. czy aktualizacja dokumentacji będzie wymagała udziału zespołu projektowego w pierwotnym składzie, czy też nie?

W odpowiedzi na powyższe, Zarząd Dróg Wojewódzkich wskazał:

1. Zamawiający posiada opracowaną w 2005 roku dokumentację projektową rozbudowy przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej obejmującą wszystkie występujące branże, jednak z uwagi na konieczność przeprowadzenia nowego postępowania środowiskowego zgodnie z aktualnym stanem prawnym, opracowana dokumentacja projektowa utraciła swoją ważność poprzez: utratę ważności ZUDP, wszystkich warunków i uzgodnień branżowych, mapy do celów projektowych, itp. Ponadto zaistniała konieczność dostosowania opracowanej dokumentacji technicznej do wymogów uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia (...).

Stosownie do powyższego, zlecona aktualizacja ma na celu opracowanie dokumentacji technicznej na podstawie nowej mapy do celów projektowych, nowych warunków branżowych, nowej „decyzji środowiskowej” z wykorzystaniem dokumentacji opracowanej w 2005 roku jako materiał wyjściowy (pomocniczy) do projektowania.

2. W związku z tym, że zlecenie wymaga opracowania dokumentacji projektowej na nowej mapie do celów projektowych na podstawie nowych warunków nie ma potrzeby udziału zespołu projektowego realizującego dokumentację projektową w 2005 roku, a więc nie zachodzą też przesłanki naruszenia praw autorskich (dowód: treść pytań k. 65-66).

W piśmie z 1 lutego 2010 roku (...) Sp. z o.o. w Z. wniosła o zmianę klasy obciążenia obiektów inżynierskich z A na klasę B. Uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że zaprojektowanie obciążeń wszystkich obiektów inżynierskich w klasie A wydłuży termin opracowania dokumentacji oraz przyczyni się do znacznego wzrostu kosztów przy realizacji tej inwestycji (dowód: pismo, k. 75).

W odpowiedzi Zarząd Dróg Wojewódzkich w L., pismem z 3 lutego 2010 roku, nie wyraził zgody na zmianę klasy obciążenia dla obiektów inżynierskich (dowód: pismo k. 76).

W związku z tym Z. Dyrekcja zwróciła się w dniu 5 marca 2010 roku o przekazanie takiej dokumentacji, która nadaje się do aktualizacji zgodnie z zawartą umową, bowiem przekazana do tej pory dokumentacja nie nadaje się do tejsze aktualizacji za wyjątkiem projektów budowlanych i wykonawczych obiektów inżynierskich. Wskazała, że konieczne jest opracowanie całkiem nowej dokumentacji budowlano – wykonawczej i to zadanie zobowiązuje się wykonać po podpisaniu stosownego aneksu (dowód: pismo k. 77-78).

W dniu 5 marca 2010 roku sporządzony został projekt Aneksu nr (...), na mocy którego strony miały rozszerzyć zakres rzeczowy prac projektowych o następujące elementy:

1. projekt budowlany i wykonawczy wraz z przedmiarami robót, kosztorysami inwestorskimi, Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót obiektów inżynierskich w kategorii A;
2. projekt budowlany i wykonawczy mostów objazdowych w związku z realizacją nowych, wraz z przedmiarami, kosztorysami inwestorskimi i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót;
3. uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zmienionej w części dotyczącej obiektów inżynierskich;
4. uzyskanie wszystkich nowych podziałów geodezyjnych działek wraz z badaniem ich stanu prawnego;
5. opracowanie nowych badań geotechnicznych (§ 1 Aneksu).

Powód wnosił o zmianę terminu opracowania przedmiotu umowy na 30 kwietnia 2011 roku oraz wartości opracowania przedmiotu umowy na kwotę 833.880,00 zł (§ 2 – 3 Aneksu) (dowód: Aneks k. 79-80).

W piśmie z 5 marca 2010 roku Z. Dyrekcja wskazała również, że z powodu trudnych warunków zimowych (duże opady śniegu zalegające w rowach), termin do opracowania map do celów projektowych ulenie wydłużeniu. Ze względu na występujące niskie temperatury niemożliwe jest również wykonanie badań ugięć nawierzchni drogi (dowód: pismo k. 77-78).

W piśmie z 10 marca 2010 roku Zarząd nie wyraził zgody na zawarcie aneksu, w zakresie zmiany terminu oraz wartości zamówienia. Dodatkowo wskazał, że dotychczasowa decyzja środowiskowa spełnia wymagania obowiązujących przepisów prawa w zakresie ochrony środowiska i jest wystarczająca do realizacji zamówienia (dowód: pismo, k. 81-82).

Stanowisko Zarząd podtrzymał w piśmie z 25 marca 2010 roku, w którym jeszcze raz wskazał, że przedmiotem umowy było opracowanie przez Wykonawcę całej dokumentacji, a nie „przerobienie” dokumentacji z 2005 roku (dowód: pismo k. 87-88).

31 marca 2010 roku Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. przesłało Zamojskiej (...) wyjaśnienie opóźnienia wykonania map geodezyjnych do celów projektowych podnosząc, że z uwagi na występowanie w miesiącach styczeń – marzec 2010 roku bardzo trudnych warunków atmosferycznych, termin wykonania map przewidziany w umowie ulegnie opóźnieniu (dowód: pismo, k. 89).

10 maja 2010 roku, spisany został protokół z posiedzenia Rady Technicznej Zarządu Dróg Wojewódzkich w L., która w pkt 4 wniosła o rozważenie lokalizacji chodnika na odcinku od km ok. 10 + 700 do km ok. 12 + 100 na wniosek Gminy Z.. Protokół ten, ZDW w L.przesłał (...)Dyrekcji w dniu 19 maja 2010 roku (dowód: protokół k. 91; pismo k. 336).

W odpowiedzi Z. Dyrekcja stwierdziła, że tak duży zakres prac projektowych wymaga dodatkowego zlecenia, ponieważ znacznie wydłuży się termin oczekiwania całej dokumentacji, zwiększy koszt realizacji inwestycji, jak również konieczne będzie wystąpienie o nową decyzję środowiskową (dowód: pismo k. 92). W związku z tym, w piśmie z

8 czerwca 2010 roku, Z. (...) oświadczyła, że nie zostanie przez nią zaprojektowany chodnik, bo nie jest on objęty zakresem zlecenia (dowód: pismo k. 98).

W odpowiedzi Zarząd Dróg Wojewódzkich w Z. poinformował, że nieuwzględnienie w dokumentacji chodnika na odcinku od km ok. 10 + 700 do km ok. 12 + 100 spowoduje brak pozytywnej opinii Urzędu Gminy w Z., niezbędnej do uzyskania decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej dla zadania (dowód: pismo, k. 95).

25 czerwca 2010 roku w Zarządzie Dróg Wojewódzkich w L. odbyło się spotkanie z udziałem (...) Sp. z o.o. Przyjęto następujące wnioski:

1. ZDW w L. podtrzymał swoje stanowisko w sprawie lokalizacji omawianego chodnika, powinien być uwzględniony w ramach umowy (...) z 16 grudnia 2009 roku;
2. jednostka projektowa postanowiła uwzględnić w dokumentacji budowę chodnika, jednakże nadal stała na stanowisku, że przedmiotowy chodnik nie jest objęty zakresem zleconych ZDI prac projektowych i powinien być projektowany na podstawie dodatkowego zlecenia (notatka k. 101).

Decyzją z 7 czerwca 2010 roku Starosta (...) zatwierdził „Projekt prac geologicznych na wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej” dla zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Na (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K.”, opracowany w czerwcu 2010 roku przez „(...) s.c. – J. G., H. L. w Z. obejmujący następujące prace:

- pomiary geodezyjne – tyczenie i niwelacja odwiertów;
- prace terenowe – wiercenia i wykopy geologiczne;
- sondowania gruntów;
- pomiary i obserwacje wody w odwiertach;
- badania makroskopie gruntów;
- pobieranie próbek gruntu do badań laboratoryjnych;
- analizy sitowe piasków;
- likwidacja wyrobisk po zakończeniu robót;
- prace dokumentacyjne – wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Decyzja była ważna do 31 grudnia 2011 roku (dowód: decyzja, k. 96-9).

Pismem z 28 czerwca 2010 roku Z. Dyrekcja Inwestycji poinformowała ZDW w L., że na odcinku przewidzianej do rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr (...), w miejscowości L., występują bardzo niekorzystne warunki gruntowe, co spowoduje konieczność opracowania dodatkowych wzmocnień konstrukcji. W związku z tym, zwróciła się z prośbą o udzielenie dodatkowego zlecenia na znaczenie większy zakres prac projektowych oraz przesunięcie terminu opracowania dokumentacji (dowód: pismo, k. 102).

27 lipca 2010 roku Urząd Miejski w K. uzgodnił bez uwag projekt rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 2 + 100 w zakresie gminy K.. Z kolei Urząd Gminy w Z., w zakresie gminy Z. (dowód: pisma k. 317 i 319).

28 lipca 2010 roku odbyło się posiedzenie Rady Technicznej Zarządu Dróg Wojewódzkich w L., która zatwierdziła plan sytuacyjny z pewnymi uwagami (dowód: protokół k. 138).



Niemniej jednak, w dniu 5 sierpnia 2010 roku, Zarząd odmówił akceptacji dokumentacji, z powodu:

1. projekt budowlany – branża drogowa zawierała jedynie plan sytuacyjny i przekroje konstrukcyjne, brak było m. in. profilu podłużnego, wymaganych przekroji normalnych dla całego projektowanego odcinka z uwzględnieniem wszystkich elementów;
2. brak projektów branży mostowej;
3. brak pozwoleń wodno-prawnych;
4. brak wymaganego uzgodnienia projektu branży elektrycznej zgodnie z warunkami (...) Sp. z o.o. o nr (...) z 12 stycznia 2010 r.;
5. brak odniesienia do warunków (...) Sp. z o.o. w T. (brak projektu usunięcia kolizji);
6. brak uzgodnień branży telekomunikacyjnej od zarządców sieci;
7. braki w materiałach graficznych do wniosku o ZRID;
8. projekty stałej i czasowej organizacji ruchu zostały złożone odrębnymi pismami do zatwierdzenia (dowód: pismo, k. 177).

W związku z powyższym, Z. Dyrekcja (...) stopniowo uzupełniała wskazane braki (dowód: pisma, k. 178-200).

15 września 2010 roku ZDW w L.zaopiniował, że nie wnosi uwag do geometrii dokumentacji projektowej dla zleconego zadania przedstawionej w planach sytuacyjnych projektu budowlanego w skali 1:1000 (dowód: pismo, k. 139).

Wykonawca sporządził protokół zdawczo-odbiorczy (dowód: protokół k. 145-146).

17 listopada 2010 roku Dyrekcja wystawiła fakturę VAT (...) na kwotę 681.980,00 zł (dowód: faktura VAT, k. 144). Zwróciła się z prośbą o odstąpienie od naliczania kar umownych z powodu opóźnienia w przekazaniu dokumentacji projektowej, które to opóźnienie wynikało z okoliczności niezależnych. Przekazana dokumentacja nie nadawała się bowiem do aktualizacji i w żadnym stopniu nie została wykorzystana. Ponadto w trakcie zleconych dodatkowych prac geotechnicznych okazało się, że w miejscowości L. znajdują się pokłady torfu, które nie były uwzględnione w pierwotnej dokumentacji. Ponadto podjęta została decyzja o zaprojektowaniu chodnika w miejscowości A. oraz oświetleniu zatok autobusowych (dowód: pismo k. 388-389).

W piśmie z 24 listopada 2010 roku ZDW w L.poinformowała (...)Dyrekcję o odmowie podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego z uwagi na niekompletność dokumentacji projektowej (brak zatwierdzenia stałej i tymczasowej organizacji ruchu) (pismo k. 143). Stanowisko Zarząd podtrzymał w piśmie z 22 grudnia 2010 roku, w związku z czym, odesłał fakturę bez jej zapłaty (dowód: pismo k. 147).

(...) (...)zarzuciła ZDW bezpodstawne korzystanie z autorskich praw majątkowych do opracowanej przez nią dokumentacji budowlano – wykonawczej. ZDW w L.zaprzeczył w piśmie z 3 stycznia 2011 roku (dowód: pisma k. 148, 150).

21 grudnia 2010 roku do Zarządu Dróg Wojewódzkich w L. ponownie wpłynęła faktura VAT (dowód: faktura VAT k. 149).

Pismem z 3 stycznia 2011 roku Zarząd Dróg Wojewódzkich L. poinformował Wykonawcę o braku podstaw do odstąpienia od naliczenia kar umownych z powodu opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia. Miał na uwadze:

1. termin umowy – 30 lipiec 2010 roku;

2. faktyczny termin przekazania – grudzień 2010 roku (zatwierdzenie projektu tymczasowej organizacji ruchu);
3. ilość dni opóźnienia – 151 dni;
4. kara umowna za każdy dzień opóźnienia – 0,3 %.

ZDW obliczył karę za zwłokę w następujący sposób:

$559.000,00 \times 151 \text{ dni} \times 0,003 = 253.227,00 \text{ zł}$ .

Kwota została potrącona z wynagrodzenia z faktury VAT Nr (...) z 21 grudnia 2010 roku.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w L. odesłał podpisany protokół zdawczo-odbiorczy przekazania dokumentacji projektowej (dowód: pismo k. 151; nota księgowa Nr (...) z 28 grudnia 2010 r. k. 152; protokół zdawczo-odbiorczy k. 153-156).

Na skutek obciążenia Dyrekcji karami umownymi, wystosowała ona do ZDW w L. przesądowe wezwanie do zapłaty, domagając się niezwłocznej zapłaty kwoty 753.227,00 zł (253.227,00 zł tytułem kar umownych + 500.000,00 zł tytułem zwiększonego wynagrodzenia wykonawcy, objętych wezwaniem do zapłaty z 19 października 2010 roku) (dowód: wezwanie przesądowe k. 157).

(...)Dyrekcja Inwestycyjna zwróciła notę księgową jako wystawioną niezasadnie, wnosząc jednocześnie o uregulowanie wystawionej faktury VAT, bowiem opóźnienie w wykonaniu umowy nie nastąpiło z przyczyn od nich zależnych, a więc było opóźnieniem zwykłym, a za które Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności (dowód: pismo k. 253).

28 grudnia 2010 roku ZDW w L. ogłosił przetarg na wykonawstwo, uznając złożoną dokumentację za kompletną (dowód: zeznania świadka M. M.k. 330v-331v).

W sprawie wywołana została opinia sądowa z zakresu budownictwa drogowego, z której wynika, że w świetle dokumentów można stwierdzić, że pozwany prowadził działania zmierzające do realizacji inwestycji, które określił jako konieczność aktualizacji posiadanego projektu budowlanego i wykonawczego, przy czym szczegółowo opisał w SIWZ jakie elementy składowe ma zawierać zamawiany projekt. Opisany w specyfikacji zakres prac do wykonania oraz składniki dokumentacji szczegółowo definiują formę taką, jaka jest wymagana do opracowania praktycznie nowej dokumentacji. W konsekwencji, wykonana została dokumentacja projektowa odpowiadająca zamierzeniu inwestycyjnemu według projektu z 2005 roku, ale różniącą się w zakresie wielu szczegółów technicznych i rzeczowych.

W zakresie zadania inwestycyjnego zbieżność wskazanych powyżej dokumentacji była całkowita, natomiast w dokumentacji – projekcie wykonawczym powoda, w różnych zakresach zastosowano inne rozwiązania techniczne, odniesiono się do warunków dodatkowych i uwzględniono w projekcie wykonawczym inne warunki geotechniczne na części trasy, tj. prowadzono prace projektowe i kompletowano dokumentację w taki sposób jak realizuje się nowe dzieło – projekt budowlany, wykonawczy. Materiały do uzyskania ZRID (pozwolenia na realizację inwestycji drogowej) nie były opracowane w 2005 roku, stanowiły odrębną część dokumentacji powoda. Ponadto znany stronom fakt konieczności opracowania nowych map do celów projektowych w podwyższonym standardzie w stosunku do dokumentacji z 2005 roku, jest jednoznaczną informacją, że istnieje znaczne ryzyko braku możliwości zastosowania wprost poprzednich rozwiązań.

Obowiązki powoda określone w umowie poprzez odwołanie do SIWZ, dotyczące formy i składu dokumentacji, określono w sposób, który jednoznacznie wskazywał na potrzebę działań niejako od podstaw – przy nieznacznym (pomocniczym) zakresie wykorzystania istniejącej dokumentacji.

Dokumentacja, przekazana protokołem z 3 listopada 2010 roku, zawierała elementy umożliwiające skompletowanie załączników oraz złożenie wniosku o pozwolenie na realizację inwestycji drogowej.

Samo dokonanie wglądu do dokumentacji projektowej w czasie przetargu nie daje możliwości ustalenia, czy zawiera ona błędy. Można natomiast określić wstępnie zakres niezbędnych prac projektowych i koniecznych uzgodnień.

Zakres prac wykonanych przez powoda mieści się w przedmiocie umowy określonym szczegółowo w SIWZ, stanowiącej załącznik do umowy.

Powód przekazał kompletną dokumentację projektową w grudniu 2010 roku. Z akt sprawy i analizy dokumentacji wynika, że dokumentację z 2005 roku wykorzystano tylko jako materiał poglądowy (dowód: opinia biegłego z zakresu budownictwa drogowego k. 371-380).

Biegły zaopiniował, że dokumentacja z 2005 roku była wykonywana na mapach będących kopiami analogowymi graficznymi map do celów projektowych, natomiast dokumentacja z 2009 roku miała być wykonana na mapach w standardzie cyfrowym. Taka zmiana standardu jest dla profesjonalisty oczywistym sygnałem ryzyka wystąpienia niezgodności (dowód: opinia k. 437-440).

Biegły sądowy z zakresu geodezji zaopiniował, że projektowana niweleta drogi musiała być opracowana na nowo, bez możliwości wykorzystania projektu z 2005 roku, a fakt istnienia tak dużych rozbieżności i braków nie mógł być wykryty na etapie przygotowania oferty (dowód: opinia z zakresu geodezji k. 403).

Z opinii biegłego sądowego z zakresu geologii wynika natomiast, że dokumentacja geotechniczna ZUT NOT L.z 2005 roku dotyczyła obiektów inżynierskich (mostów, przepustów). Nie obejmowała warunków geotechnicznych w ciągu liniowym, jakim jest droga, w tym przypadku droga nr (...). Brak szczegółowych danych z rozpoznania wiertniczego całego ciągu drogi sprowadzał się do domniemań na podstawie oglądu graficznego, co do m. in. możliwych trudnych warunków gruntowych w rejonie doliny.

Co do czasu 12 dni roboczych na zapoznanie się z dokumentacją przetargową, to był wystarczający na analizę warunków geologicznych (dowód: opinia z zakresu geologii k. 460-490).

Ustaleń Sąd dokonał w oparciu o wskazane powyżej dowody.

Odnośnie dokumentów żadna ze stron nie zgłaszała zastrzeżeń, co do ich prawdziwości. Sąd z urzędu również nie dostrzegł jakichkolwiek podstaw do zakwestionowania ich mocy dowodowej. Stąd też, ta kategoria dowodów została obdarzona w całości walorem wiarygodności.

Sąd uznał również za wiarygodne zeznania świadków: M. M. (k. 330v-331v), T. S. (k. 296-298v), M. K. (k. 298v-299v), P. F. (k. 299v-300) i A. W. (k. 300-301), odnoszące się do okoliczności braków, jakie zawierała dokumentacja przekazana powodowi przez pozwanego w celu wykonania umowy oraz co do przebiegu wszystkich etapów postępowania prowadzącego do wykonania umowy. Zeznania wskazanych świadków były logiczne, w pełni ze sobą korelowały, jak również znajdowały potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, a przede wszystkim w treści opinii sądowej z zakresu budownictwa drogowego.

W pozostałym zakresie zeznania świadków nie zasługiwały na uwzględnienie. Zeznania świadków na okoliczność braku winy strony powodowej w niewykonaniu umowy nie rozstrzygały istoty sprawy.

Przechodząc do oceny wiarygodności wywołanych w sprawie opinii sądowych: z zakresu budownictwa drogowego sporządzonej przez D. F. (k. 371-380, k. 437-440, k. 619v), z zakresu geodezji sporządzonej przez L. J. (k. 403-404) i z zakresu geologii sporządzonej przez J. M. (k. 460-490) zostały sporządzone przez osoby posiadające wiedzę specjalistyczną w danej dziedzinie.

W ocenie Sądu, wywołane w sprawie opinie, opracowane przez wyżej wymienionych biegłych, spełniają wymagania stawiane im przez przepisy proceduralne, są bowiem zupełne, jasne i niesprzeczne, a wyrażone w nich wnioski stanowcze i wyważone.

## **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo jest częściowo zasadne.

(...) (...)„ZDI” z siedzibą w Z.domagała się zasądzenia na jej rzecz kwoty 253.227,00 zł, podnosząc, że naliczenie przez pozwanego Województwa L., reprezentowanego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich, kar umownych w wyniku opóźnienia w przekazaniu zamówionego dzieła było niezawinione.

Strony niniejszego postępowania zawarły 16 grudnia 2009 roku umowę (...), na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia: „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” (§ 1 umowy).

Wskazana powyżej umowa zawarta została w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.).

W pierwszej kolejności należy podnieść, że w przypadku umów zawieranych w ramach pzp zasada swobody kontraktowania została ograniczona. Wyraża się to m.in. w ograniczonych możliwościach wprowadzania zmian do zawartej umowy. Zawarcie umowy w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) jest procesem bardzo sformalizowanym. Zgodnie z art. 139 pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Jedną z podstawowych zasad dotyczących zawierania umów na gruncie prawa cywilnego jest zasada swobody zawierania umów. Została ona wyrażona w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny w sposób dowolny, jednak muszą pamiętać, aby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się naturze stosunku, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. Swoboda zawierania umów obejmuje przede wszystkim swobodę podjęcia decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy, w jakiej umowa ma być zawarta (oczywiście najpewniejszą formą jest forma pisemna). Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą wprowadzić zmiany w umowie, o ile obie strony wyrażają na nie zgodę.

W przypadku umów zawieranych w ramach pzp zasada swobody zawierania umów została ograniczona. W wyroku z 6 listopada 2012 r. (I Ca 813/12), Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że „art.144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych krępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie”.

Kryteria przedmiotu zamówienia określone są szczegółowo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp w siwz muszą się znaleźć istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego i ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Najczęściej załącznikiem do siwz jest wzór umowy, w którym po wyborze oferty nie można dokonać zmian. Zasadniczo wprowadzać zmian nie można. Istnieje ustawowy zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę (art. 144 pzp). Wszelkie zmiany dokonane wbrew zakazowi są nieważne. Zakaz wprowadzania zmian ma na celu zagwarantowanie transparentności oraz równego traktowania oferentów w procesie zamówień publicznych. Nie ma więc możliwości modyfikacji umowy zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak również co do jej poszczególnych elementów po wyborze oferty przez zamawiającego. Zmiany dopuszczalne są jedynie wtedy, gdy zamawiający przewidział dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz.

Aby zamawiający mógł wprowadzić zmiany w umowie, niezbędne jest, aby w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu dokładnie określił warunki zmiany. Zamawiający powinien określić, jakie elementy umowy mogą ulegać zmianom i w jakim zakresie. Nie wystarczy wymienienie obszaru zmian. Wiele problemów interpretacyjnych stwarza też określenie, czym jest zmiana „istotna” w rozumieniu w art. 144 pzp. Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczono opinię, zgodnie z którą „celem wprowadzenia zmian w zakresie art. 144 pzp było uelastycznienie i usprawnienie procesu

udzielania zamówień publicznych, a także uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (orzeczenie C-454/06 Presse -text Nachrichtenagentur, wyrok z 29 kwietnia roku, C-496/99 Succhi di Frutta) w zakresie możliwości wprowadzenia zmian w umowie. W wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse -text Nachrichtenagentur Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał: „Zmiana zamówienia wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”. Należy w tym miejscu podkreślić, że we wspomnianych orzeczeniach (C-454/06 oraz C-496/99) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

W sprawie C-337/98 Trybunał stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania, może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przedmiocie stwierdzenia charakteru zmiany (istotna, czy nieistotna) umowy zawieranej w trybie pzp odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego charakteru zobowiązania. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnosi się do konieczności uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz potrzeby porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie interpretacji przedstawionej przez Urząd Zamówień Publicznych za istotne zmiany należałoby uznać cenę przedmiotu zamówienia, zmianę podmiotu wykonawcy zamówienia, czas realizacji zamówienia. Należy także zwrócić uwagę na charakter całej umowy w zakresie kwalifikowania zmiany jako istotnej, bądź nieistotnej. Zmiana w zakresie terminu obowiązywania umowy mogłoby spowodować stałe przedłużanie umowy, co doprowadziłoby do obejścia przepisów pzp. Aneksowanie pozwoliłoby na stałe utrzymywanie jednego wykonawcy zamówienia. Z kolei możliwość aneksowania terminu umowy powinna być rozważana w przypadku umów tzw. rezultatu (np. umowa o roboty budowlane), gdzie zmiana podmiotu wykonującego przedmiot zamówienia nie jest korzystna dla zamawiającego, ponieważ ten sam wykonawca może dokończyć umowę w terminie krótszym, niż przygotowanie nowego przetargu, wybranie nowego wykonawcy i dopuszczenie go do wykonania zamówienia. Pomimo restrykcji wprowadzonych na gruncie pzp należy pamiętać, że to zamawiający decyduje o przedmiocie oraz warunkach zamówienia. Spoczywa na nim także obowiązek dbania o równe traktowanie i przejrzystość zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, strony w SIZW w pkt XVII postanowiły, że Zamawiający, zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, polegających na zmianie terminu wykonania umowy, zakresu prac projektowych, zmianie wynagrodzenia oraz wynikające ze zmian osobowych w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych powyżej:

- 1) zmianie uległy przepisy prawne istotne dla realizacji przedmiotu umowy;
- 2) wystąpiła niezgodność pomiędzy częścią opisową, a kartograficzną ewidencji gruntów w obszarze, którego dotyczy projektowana inwestycja;

- 3) przedłużeniu uległy procedury administracyjne na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień i decyzji administracyjnych;
- 4) wystąpiły zamówienia dodatkowe, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i które mają wpływ na termin realizacji zamówienia;
- 5) w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający polecił dokonać zmian w uzgodnionych wcześniej rozwiązaniach projektowych;
- 6) warunki atmosferyczne nie pozwoliły na sporządzenie materiałów przedprojektowych (np. inwentaryzacji, mapy, pomiarów, ugięć sprężystych nawierzchni, opracowań geodezyjnych, geologicznych i geotechnicznych);
- 7) zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie (zgodnie z wymogami specyficznymi dla poszczególnych gatunków);
- 8) zaistniała konieczność wykonania badań archeologicznych w ściśle określonym terminie;
- 9) z uwagi na niezależne od strony okoliczności (tj. choroba, wypadki losowe, nieprzewidziane zmiany organizacyjne) nastąpiła lub powinna nastąpić zmiana osób kluczowych do realizacji umowy np. koordynatora prac, projektanta itp. oraz osób reprezentujących strony;
- 10) zmianie uległy dane teled adresowe zapisane w umowie;
- 11) zmianie uległy stawki podatku VAT (SIWZ, k. 64).

Z możliwości zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, próbował skorzystać powód w zakresie zmiany terminu wykonania umowy. Podnosił, że przekazana przez ZDW dokumentacja nie nadawała się do aktualizacji, za wyjątkiem projektów budowlanych i wykonawczych obiektów inżynierskich. Dyrekcja wskazywała, że konieczne jest opracowanie całkiem nowej dokumentacji budowlano – wykonawczej (pismo, k. 77-78).

Dlatego też w dniu 5 marca 2010 roku sporządzony został projekt Aneksu nr (...), na mocy którego strony miały rozszerzyć zakres rzeczowy prac projektowych o następujące elementy:

Powód wnosił o zmianę terminu opracowania przedmiotu umowy na dzień 30 kwietnia 2011 roku oraz wartości opracowania przedmiotu umowy na kwotę 833.880,00 zł (§ 2 – 3 Aneksu) (Aneks k. 79-80).

W piśmie z 5 marca 2010 roku Z. Dyrekcja wskazała również, że z uwagi na trudne warunki zimowe (duże opady śniegu zalegające w rowach), termin do opracowania map do celów projektowych ulegnie wydłużeniu (pismo, k. 77-78).

W piśmie z 10 marca 2010 roku Zarząd nie wyraził jednak zgody na zawarcie aneksu w zakresie zmiany terminu oraz wartości zamówienia (pismo k. 81-82).

Powód spóźnił z wykonaniem umowy. Termin wykonania określony został na 30 lipca 2010 roku, zaś powód wykonał umowę w grudniu 2010 roku. Pozwany naliczył karę umowną za opóźnienie w wykonaniu zamówienia w wysokości 0,3 % ceny umownej za każdy dzień opóźnienia

Instytucję kary umownej w polskim prawie umów reguluje art. 483 oraz art. 484 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny. Zgodnie z pierwszym z tych artykułów, kara umowna zdefiniowana jest następująco: można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Ponadto: w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 zd. pierwsze k.c.).

Istota takiego zastrzeżenia umownego sprowadza się do uzgodnienia przez kontrahentów, że w sytuacji niewywiązania się z wykonania umowy, dłużnik (strona zobowiązana do zapłaty kary) zapłaci wierzycielowi (stronie na rzecz, której dana kara jest zastrzeżona) z góry określoną kwotę pieniężną. W sytuacji niewywiązania się kontrahenta z zobowiązań umownych, wierzycielowi przysługiwać będzie zryczałtowany odpowiednik odszkodowania, całkowicie niezależny od przyczyny uchybienia, a także rozmiarów, a nawet faktu zaistnienia szkody. Roszczenie o zapłatę kary umownej aktualizuje się już w momencie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zaś do jego egzekucji potrzeba jedynie wykazania faktu nienależytej realizacji umowy, lub też braku jej realizacji w ogóle, oraz faktu skutecznego zastrzeżenia kary w umowie. Stanowi to znaczące udogodnienie dla wierzyciela, który jest w stanie uzyskać w takim przypadku rekompensatę uszczerbku w swym majątku spowodowaną nierzetelnym działaniem kontrahenta, bez odwoływania się do żmudnej procedury dokumentowania i udowadniania szkody w postępowaniu sądowym.

Kontrahent, któremu przysługuje kara umowna, dysponuje silnym uprawnieniem pozwalającym na dochodzenie zapłaty z góry określonej należności, nawet w wypadku braku jakiegokolwiek szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę.

Zastrzeżenie kary umownej uprawnia wierzyciela do otrzymania z góry zastrzeżonej sumy pieniężnej. W efekcie wierzyciel uzyskuje łatwe do wyegzekwowania zryczałtowane roszczenie pieniężne.

Przesłanką żądania kary umownej nie jest każdy przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, ale tylko taki, za który on odpowiada.

Przy ocenie zasadności naliczenia kary umownej należy zbadać, jak w ocenianym stosunku obligacyjnym kształtuje się zakres okoliczności obciążających dłużnika. Wina w postaci niedbalstwa stanowi okoliczność, za którą dłużnik odpowiada (art. 471 w zw. z art. 472 Kodeksu cywilnego).

Orzecznictwo Sądu Najwyższego uzależnia możliwość obciążenia dłużnika karą umowną od jego winy (tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z 20 marca 1968 roku wydanym w sprawie o sygn. akt II CR 419/67).

Z ogólnej reguły wynika, że kara umowna może być naliczona za zwłokę dłużnika w wykonaniu zobowiązania.

Nie można pominąć możliwości umownego kształtowania okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jak wskazuje Edward Gniewek w „Komentarzu do Kodeksu cywilnego”, ustalenie powinności zapłaty określonej kwoty w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, będzie podlegało ocenie na podstawie art. 65 § 2 k.c.

Według treści artykułu 65 ust. 2 k.c., w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Należy zaznaczyć, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 września 2010 roku wydanym w sprawie o sygn. akt V ACa 267/2010 (Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych 2011/1 poz. 5 str. 28): „zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika zgodnie z art. 471 k.c. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 k.c. także zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Jednakże art. 472 k.c. nie ma charakteru umowy bezwzględnie obowiązującej. Stosownie bowiem do treści art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu oznaczonych, niezawinionych okoliczności i nie ma przeszkody, aby strony umówiły się, żeby odszkodowanie z tego tytułu przybrało wtedy postać kary umownej. W sytuacji, gdy strony umowy zastrzegły w sposób wyraźny i jednoznaczny, że na rzecz zamawiającego zastrzeżona została kara umowna za opóźnienie w przekazaniu

określonego w umowie przedmiotu odbioru, a nie tylko w przypadku opóźnienia zawinionego (zwłoki) powód nie może podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku na sam fakt opóźnienia bez względu na przyczynę.”

W powyższym orzeczeniu Sąd dalej wskazuje, że powyższe „nie oznacza jednak, że okoliczności te nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie, czy istnieje podstawa do miarkowania kar umownych. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. podstawą miarkowania kary umownej jest wykonanie zobowiązania w znacznej części oraz jej rażące wygórowanie”.

W uzasadnieniu, dalej Sąd Apelacyjny wskazuje, że „zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2008 roku wydanym w sprawie o sygn. akt I CSK 240/2008 „Zastrzeżenie nie będące karą umowną w rozumieniu art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, ale bez wątpienia mające charakter represyjny, dopuszczalne jest w świetle zasady swobodnego kształtowania stosunku prawnego (art. 353[1] kodeksu cywilnego)”.

Powód wskazał, że realizowana umowa o „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej” jest w istocie umową o przygotowanie od podstaw nowego projektu. Mimo zapewnień zamawiającego, nie było możliwości wykorzystania dokumentacji opracowanej w 2005 roku, z uwagi na błędy techniczne popełnione przy jej sporządzaniu oraz z uwagi na istotne braki tej dokumentacji, np. w przypadku prac geologicznych i geodezyjnych.

Jak wynika z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego, obowiązki powoda określone w umowie poprzez odwołanie do SIWZ dotyczące formy i składu dokumentacji – określono w sposób, który jednoznacznie wskazywał na potrzebę działań niejako od podstaw – przy nieznacznym (pomocniczym) zakresie wykorzystania istniejącej dokumentacji (k. 371-380). Okoliczność tę potwierdził sam pozwany.

Ponadto, jak wynika z pkt 2.3.1. SIWZ, w celu prawidłowego przygotowania oferty, zaleca się zapoznanie się z dotychczasowymi opracowaniami, będącymi w posiadaniu Zarządu Dróg Wojewódzkich oraz dokonanie wizji w terenie i zapoznanie z kopią mapy zasadniczej, a tam, gdzie istnieją wątpliwości, sprawdzenie przy pomocy odkrywek sieć uzbrojenia podziemnego. Natomiast, w pkt 2.4.1.2. znajduje się zapis, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest dokładnie zapoznać się z będącymi w posiadaniu Zamawiającego dotychczasowymi opracowaniami oraz dokonanie wizji lokalnej w terenie pod kątem zakresu opracowania objętego zamówieniem.

Biegły sądowy z zakresu budownictwa podkreślił, że samo wykonanie wglądu do dokumentacji projektowej w czasie przetargu wprawdzie nie zapewni możliwości ustalenia, czy zawiera ona błędy, można jednak określić wstępnie zakres niezbędnych prac projektowych i koniecznych uzgodnień.

Z opinii z zakresu geologii wynika, że czas 12 dni roboczych na zapoznanie się z dokumentacją przetargową, to ten czas był wystarczający na analizę warunków geologicznych (dowód: opinia z zakresu geologii k. 460-490). Natomiast termin 9 – 12 miesięcy jest terminem wystarczającym na wykonanie umowy.

Okoliczność występowania zbyt dużej pokrywy śniegu, nie uzasadnia, w ocenie Sądu, domagania się przez powoda wydłużenia terminu do wykonania umowy. Taką okoliczność powód powinien, po pierwsze przewidzieć, a po drugie, jak wynika z informacji meteorologicznej (k. 270), wysokość pokrywy śnieżnej w okresie, w którym powód był zobowiązany wykonać umowę nie była szczególna w porównaniu z innymi okresami zimowymi.



Powód podnosił także, że pozwany domagał się wykonania projektu odnośnie chodników usytuowanych na terenie niezabudowanym, co wykraczało poza ustalony zakres umowy.

Jak wynika jednak z zeznań świadka M. M. (k. 330v-331v), chodnik miał być zaprojektowany na terenach zabudowanych. Teren zabudowany to nie to samo co obszar zabudowany, a projektanci powoda, obszar zabudowany traktowali jako teren zabudowany. Analogicznie zeznał świadek M. K. (k. 298v-299v), że obszar zabudowany określony jest znakami drogowymi. Teren zabudowany natomiast to pojęcie dyskusyjne.

Pojęcie terenu zabudowanego, nie jest obecnie pojęciem prawnym. Jak wynika z treści ustawy z 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (tekst jednolity 19.1.2013 – ze zm.), mowa jest o obszarze zabudowanym, który jest obszarem oznaczonym odpowiednimi znakami drogowymi (par. 2 pkt 15).

SIWZ posługuje się pojęciem terenu zabudowanego, niemniej jednak, pojęcia tego nie precyzuje. Powód tego nie wyjaśniał przed złożeniem oferty.

W związku z powyższym, w ocenie Sądu, zakres prac wykonanych przez powoda mieści się w przedmiocie umowy określonym szczegółowo w SIWZ, stanowiącej załącznik do umowy (k. 371-380).

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy jednoznacznie wskazać, że powód w trakcie realizacji zamówienia dopuścił się szeregu zaniedbań, które w rezultacie skutkowały opóźnieniem w wykonaniu umowy.

Niemniej jednak, w ocenie Sądu, wysokość kary umownej, którą został obciążony powód, winna podlegać miarkowaniu.

W rezultacie wykonał umowę łączącą strony. Powód reagował też na zgłaszane zastrzeżenia i bez zwłoki dokonywał żądanej korekty dokumentacji. Dokumentacja przekazana 3 listopada 2010r. była niekompletna, chociaż w minimalnym zakresie (opinia biegłego D. F. k. 376). Powód wystawił fakturę VAT w dniu 17 listopada 2010 roku, ale wobec nieodebrania prac, jako niekompletnych, uzupełnił braki i ponownie 21 grudnia 2010r. wystawił fakturę VAT (...), doręczoną pozwanemu w tej samej dacie (faktura k. 149).

Należy podnieść, że, mimo opóźnienia w wykonaniu umowy, pozwany nie poniósł z tego powodu szkody. Okoliczności tej nie dowodził. W prawdzie okres opóźnienia był dosyć długi, ale z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego wynika, że tego rodzaju prace realizuje się w okresie 9-12 miesięcy (opinia biegłego D. F. k.378-379) i w tym czasie ostatecznie umowa została wykonana.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, należy uznać, że kwota 253.227 zł - stanowiąca połowę wartości zamówienia netto jest rażąco wysoka dla obciążenia powoda karą umowną. Podlega miarkowaniu o 1/2. Sąd uznając zasadność naliczenia kary umownej obniżył jej wysokość do kwoty 126.613,50 zł. Uznał potrącenie za nieskuteczne co do pozostałej kwoty i zasądził część dochodzonego wynagrodzenia. W pozostałej części, Sąd powództwo oddalił, uznając za skuteczne potrącenie kary umownej.

Sąd zasądził powyższą kwotę wraz z ustawowymi odsetkami od 21 stycznia 2011 roku, tj. po upływie 30 dni od doręczenia faktury.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., stanowiącego, że w razie częściowego uwzględnienia żądań, koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone.

Zarówno powód, jak i pozwany wygrali proces w takim samym zakresie, tj. w 50 %.

Stosując zasadę stosunkowego rozdzielania kosztów Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.331 zł tytułem zwrotu poniesionych kosztów procesu (pkt III wyroku). Powód poniósł koszty w kwocie 29.862zł. Jest to opłata sądowa od pozwu 12.662 zł, zaliczka na wynagrodzenia biegłych w kwocie 10.000 zł. Obie strony poniosły koszty wynagrodzenia pełnomocników po 7.200zł. Łącznie koszty procesu to kwota 37.062zł, połowa 18.531zł i w tej

części koszty obciążają każdą ze stron. Skoro koszty powoda to kwota 29.862zł, to pozwany winien mu zwrócić kwotę 11.331zł.

Wynagrodzenia biegłych wyniosły 3.045,25zł (postanowienie k. 398), 2.433,10zł (postanowienie k. 444), 609,05zł (postanowienie k. 595), 4.113,63zł (postanowienie k. 598), łącznie 10.201,03zł. Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594 ze zm.), Sąd nakazał pobrać od powoda i pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Lublinie kwoty po 100,50 zł (brak zaliczki na kwotę 201zł) tytułem nieuiszczonych wydatków.

Mając na uwadze okoliczności sprawy, powyższe rozważania i na podstawie wyżej powołanych przepisów, Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji.