

Sygn. akt: I C 323/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2014 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Juliusz Ciejek
Protokolant:	p.o. sekr. sądowego Natalia Anielska

po rozpoznaniu w dniu 18 listopada 2014 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka Masy Upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w J.**

przeciwko **Powiatowi (...)**

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 305.218 zł 92 gr (trzysta pięć tysięcy dwieście osiemnaście złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) z odsetkami ustawowymi, z tym, że od kwot:

- 93.988 zł 90 gr (dziewięćdziesiąt trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt groszy) od dnia 25 lipca 2011 r. do dnia zapłaty,

- 211.230 zł 02 gr (dwieście jedenaście tysięcy dwieście trzydzieści złotych dwa grosze) od dnia 20 października 2011 r. do dnia zapłaty,

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.217 (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt I C 323/14

UZASADNIENIE

Powód Syndyk Masy Upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w J. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Powiatu (...) kwoty 305.218,92 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 93.988,90 złotych od dnia 25 lipca 2011r. do dnia zapłaty,

- 211.230,02 złotych od dnia 20 października 2011r. do dnia zapłaty.

Jednocześnie domagał się zasądzenia od pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Uzasadniając swoje żądanie, wskazał, że w dniu (...)między stronami doszło do zawarcia umowy o wykonanie usług architektonicznych i inżynierskich w zakresie projektowania oraz o roboty budowlane w ramach zadania

inwestycyjnego „(...) Szpitala Pomocy (...)w O.” realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zgodnie ze złożoną ofertą, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, programem funkcjonalno-użytkowym, opracowaną i zatwierdzoną dokumentacją projektową, uzyskanym pozwoleniem na budowę. Wykonawca zrealizował wynikające z umowy prace, za które wystawił faktury VAT na kwoty 344.572 złotych (pozwany uiszczył jedynie część w kwocie 250.583,20 złotych) i 211.230,02 złotych. Pozwany odmówił zapłaty należności za wykonane prace, wskazując, że dokonał ich potrącenia z przysługującą mu wierzytelnością z tytułu kar umownych. Powód podniósł, że program funkcjonalno-użytkowy dotyczący inwestycji w B.powinien był uwzględniać przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej. Po stwierdzeniu w toku I etapu prac wadliwości (...)wykonawca musiał dokonać stosownych zmian w dokumentacji, które były zmianami istotnymi i koniecznymi oraz których skala była znaczna. Nieuwzględnienie przez pozwanego wytycznych Ministra Zdrowia spowodowało, że wykonawca w przedstawionej pozwanemu ofercie uwzględnił i oszacował zakres i czas wykonania prac na podstawie błędnej dokumentacji. Po wprowadzeniu koniecznych zmian w założeniach inwestycyjnych okazało się, że w stosunku do oferty przetargowej zakres robót uległ znacznemu zwiększeniu, a terminy wykonania poszczególnych etapów robót nie mogą być dochowane. W toku współpracy okazało się, że nie wyrażono zgody na przedłużenie terminów umownych zakończenia inwestycji. Ostatecznie w dniu (...)pozwany odstąpił od umowy i obciążył wykonawcę karami umownymi za nieterminowe zrealizowanie przedmiotu umowy, jak również za odstąpienie od umowy z tej przyczyny. Powód wskazał, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu umowy nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej w sytuacji, gdy w umowie zastrzeżono również taką karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy. Ponadto złożenie przez wierzyciela upadłościowego oświadczenia o potrąceniu powinno być dokonane najpóźniej w chwili zgłoszenia wierzytelności (k. 3-9).

Pozwany Powiat (...) wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew podał, że przesunięcie terminu zakończenia I etapu prac w ramach umowy z dnia (...)nie było konsekwencją ujawnionych błędów technicznych. Program funkcjonalno-użytkowy stanowi tylko i wyłącznie założenia projektowe, co potwierdza fakt braku wymogu posiadania uprawnień budowlanych przy jego sporządzeniu. Wykonawca kalkuluje cenę ofertową, biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony programem funkcjonalno-użytkowym. Właściwe ustalenie ilości robót, jak i przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Zmiany w dokumentacji projektowej sporządzonej przez wykonawcę, nanoszone w trakcie realizacji umowy, nie stanowią zmiany tej umowy, o ile nie naruszają założeń stanowiących podstawę do opisu przedmiotu zamówienia w programie funkcjonalno-użytkowym. Wykonawca nie skorzystał z uprawnienia w postaci składania wniosków lub zapytań. Ponadto oświadczył w ofercie, że zapoznał się z warunkami w (...)i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz że zdobył konieczne informacje potrzebne do właściwego przygotowania oferty. Pozwany podkreślił, że do opóźnienia w realizacji I etapu prac doszło z winy wykonawcy i mimo opóźnień terminowa realizacja całej umowy była możliwa, a termin realizacji umowy nie został zachowany z uwagi na trudną sytuację finansową wykonawcy. Pozwany nadto zauważył, że w piśmie z dnia (...)złożył oświadczenie, że należności powoda dochodzone w niniejszym procesie potrąca z należnościami wynikającymi z naliczonych kar umownych za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów prac (k. 71-77).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu (...)między pozwanym Powiatem (...)jako zamawiającym a konsorcjum (...) (lider konsorcjum (...) Sp. z o.o.z siedzibą w O.oraz partner konsorcjum (...) Sp. z o.o.z siedzibą w B.) jako wykonawcą doszło w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego do zawarcia umowy nr (...). Przedmiotem umowy było wykonanie usług architektonicznych i inżynierskich w zakresie projektowania, robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „(...) Szpitala Pomocy (...)w O.”, realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zgodnie ze złożoną

ofertą, specyfikacją istotnych warunków zamówienia (...), programem funkcjonalno-użytkowym, opracowaną i zatwierdzoną dokumentacją projektową, uzyskaniem pozwoleniem na budowę, wiedzą techniczną, prawem budowlanym, z uwzględnieniem wymagań obowiązujących przepisów prawnych.

Zakres robót obejmował:

- etap I – fazę projektową, która składała się m.in. z opracowania szczegółowej inwentaryzacji obiektu niezbędnej do określenia zakresu robót budowlanych, opracowania projektu budowlanego niezbędnego do uzyskania pozwolenia budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zakresem opisanym w (...) oraz programie funkcjonalno-użytkowym, w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, przedłożenia opracowanego projektu budowlanego, szczegółowej inwentaryzacji obiektu, projektów wykonawczych wszystkich branż, przedmiarów robót, kosztorysów ofertowych wraz z zestawieniem cen materiałów i opracowań towarzyszących: inżynierowi kontraktu do sprawdzenia, wskazania ewentualnych zmian lub uzupełnień i akceptacji w imieniu zamawiającego, oraz zamawiającemu do zatwierdzenia ostatecznej wersji dokumentacji projektowej, zaakceptowanej przez inżyniera kontraktu, uzyskania pozwolenia na budowę przy współpracy z inżynierem kontraktu i zamawiającym,

- etap II – fazę wykonania robót budowlanych składającą się m.in. z wykonania robót na podstawie opracowanej i zatwierdzonej dokumentacji projektowej, zgodnie z pozwoleniem budowlanym, niniejszą umową, harmonogramem rzeczowo-finansowym robót budowlanych, obowiązującym prawem, normami, zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną i (...), wykonania robót pomocniczych, przygotowawczych i porządkowych oraz napraw ewentualnych uszkodzeń,

- etap III – uzyskania pozwolenia na użytkowanie, które składało się z przygotowania dokumentów wymaganych przepisami prawa, związanych z oddaniem obiektu do użytkowania oraz współpracy z inżynierem kontraktu i zamawiającym w zakresie uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Wykonawca zobowiązał zrealizować zamówienie w terminie:

- termin zakończenia I etapu (faza projektowa) – po uzyskaniu pozwolenia na budowę, zaplanowany do dnia (...)
- termin zakończenia II etapu (faza wykonania robót budowlanych) – zakończenie robót zaplanowane do dnia (...)
- termin zakończenia III etapu (uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) – zaplanowane do dnia (...)

Za wykonanie zamówienia objętego umową strony uzgodniły, że wykonawcy należy się wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 6.039.000 złotych brutto, w tym: etap I – kwota 67.100 złotych brutto, etap II – 5.874.300 złotych brutto, etap III – kwota 97.600 złotych brutto.

Zgodnie z § 11 umowy zamawiający miał prawo naliczyć wykonawcy karę umowną:

- za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego,
- za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym etapu w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki,
- za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

Odstąpienie od umowy mogło nastąpić:

- przez zamawiającego, bez wyznaczania terminu dodatkowego, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że wątpliwe będzie terminowe zakończenie robót,

- przez zamawiającego na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca – wówczas wykonawca będzie obciążony obowiązkiem naprawienia szkody, jaką poniósł zamawiający, w związku z odstąpieniem od umowy i powierzeniem jej wykonywania innemu wykonawcy.

(dowód: umowa nr (...))

W formularzu ofertowym składanym przez konsorcjum (...) zawarto oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z warunkami zamieszczonymi w (...) i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje do właściwego przygotowania oferty.

(dowód: formularz ofertowy, k. 82-83v.)

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków umowy oferent – w celu zapoznania się z przedmiotem zamówienia – miał możliwość dokonania oględzin miejsca budowy i rozpoznać wszelkie uwarunkowania, które mogą mieć wpływ na przyszły proces realizacji zadania i podaną w ofercie cenę.

(dowód: wyciąg z (...), k. 81)

W trakcie wykonywania prac projektowych okazało się, iż założenia przyjęte w programie funkcjonalno-użytkowym nie mogą być zrealizowane. Rozrysowany przez pozwanego rozkład pomieszczeń, na podstawie którego wykonawca określił zakres prac budowlanych i sporządziła kalkulację kosztów wykonania zamówienia, nie spełnia wymogów zawartych w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej. Przyjęte w programie czterołóżkowe pokoje (w liczbie ok. 65 łóżek) nie spełniały wymaganych przepisami prawa przestrzeni wokół łóżek. Łóżka powinny stać dłuższym bokiem do ściany, a w programie funkcjonalno-użytkowym były ustawione krótszym bokiem do ściany.

(dowód: program funkcjonalno-użytkowy, k. 10, zeznania świadka K. M., k. 176v.-178, płyta CD, k. 179)

W dniu (...) miało miejsce spotkanie przedstawicieli (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., w trakcie którego ustalono m.in. przyjęte czterołóżkowe pokoje (łącznie ok. 65 łóżek) w koncepcji dołączonej do (...) nie zapewniają wymaganej przestrzeni wokół łóżek, dlatego też jest możliwe jest zaprojektowanie pokoi trzyłóżkowych (łącznie ok. 66 łóżek) w większości bez przylegających łazienek lub pokoi dwułóżkowych z łazienkami (łącznie ok. 50 łóżek). Uczestnicy tego spotkania uznali, że istniejąca klatka schodowa nie spełnia warunków technicznych, w związku z czym są dwa warianty do rozważenia – jeden obejmuje pozostawienie istniejącej klatki schodowej bez zmian i realizację nowej klatki schodowej dobudowanej od strony zewnętrznej budynku (wówczas należy się liczyć ze zmniejszeniem ilości łóżek do ok. 63), a drugi wskazuje na konieczność przebudowy z powiększeniem istniejącej klatki schodowej do wymaganych parametrów, w tym przeciwpożarowych.

(dowód: notatka służbowa, k. 30)

W dniu (...) odbyło się kolejne spotkanie z udziałem przedstawicieli inwestora, inżyniera kontraktu, wykonawcy i użytkownika obiektu. Ustalono, że ze względu na rozbieżności w wyliczeniu łącznej liczby łóżek wykonawca zweryfikuje podane wyliczenia przy uwzględnieniu izolatki i przy zachowaniu łącznej liczby łóżek 67. Wyrażono zgodę, aby zamiast przyjętych pokoi czterołóżkowych zaprojektować zgodnie z propozycją pokoje trzyłóżkowe bez łazienek przy zachowaniu optymalnej liczby łazienek niezbędnej do obsługi osób przewlekle chorych oraz zachowaniu minimum 66 łóżek. Odnośnie do wykorzystania istniejącego poddasza wykonawca stwierdził, że zmiana gabarytów poddasza spowoduje zwiększenie kosztów realizacji inwestycji, zaś pozwany jako zamawiający zajął stanowisko, że inwestycja nie może generować dodatkowych kosztów finansowych, ponieważ są to koszty niekwalifikowane w projekcie.

(dowód: protokół ze spotkania, k. 31-31v.)

W dniu (...) wykonawca przekazał pozwanemu propozycję projektową z prośbą o wyznaczenie terminu spotkania celem jej zatwierdzenia lub akceptacji. W odpowiedzi na powyższe pozwany pismem z dnia (...) przekazał kserokopię uwag do przedłożonej koncepcji modernizacji Szpitala Pomocy (...) w B., wniesionych przez inżyniera kontraktu i użytkownika obiektu. Pozwany stwierdził, że po uwzględnieniu uwag przez wykonawcę akceptuje przedstawioną koncepcję, poprzedzając sporządzenie wymaganej dokumentacji projektowej dla inwestycji objętej umową z dnia (...)

(dowód: pismo z dnia (...), k. 85)

W dniu (...) wykonawca przekazał dokumentację projektową zawierającą: inwentaryzację budynku wraz z kaplicą w B., inwentaryzację zieleni oraz ekspertyzę konstrukcyjną.

(dowód: protokół zdawczo-odbiorczy, k. 86)

Pismem z dnia (...) pozwany zwrócił się do (...) Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum o niezwłoczne przekazanie informacji o stanie zaawansowania prac projektowych. Wskazał, że zgodnie z umową faza projektowa powinna być zakończona do dnia (...) a opracowany projekt budowlany przed złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia budowlanego należy złożyć do sprawdzenia i akceptacji przez inżyniera kontraktu i zatwierdzenia ostatecznej wersji przez pozwanego jako zamawiającego.

(dowód: pismo z dnia (...))

Pismem z dnia (...) przekazano wykonawcy pismo zawierające uwagi inżyniera kontraktu, użytkownika obiektu i Wydziału Inwestycji i Funduszy (...) Starostwa Powiatowego do przedłożonego projektu budowlanego.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 88-89v.)

W dniu (...) odbyło się spotkanie w obecności przedstawicieli inwestora, inżyniera kontraktu, wykonawcy i użytkownika obiektu. Wykonawca zobowiązał się przekazać inżynierowi kontraktu jeden egzemplarz projektu budowlanego do zaakceptowania, a inżynier kontraktu zobowiązał się do przekazania zaakceptowanego egzemplarza projektu budowlanego pozwanemu jako zamawiającemu do dnia (...)

(dowód: protokół ze spotkania, k. 33-33v.)

W dniu (...) wykonawca przekazał pozwanemu jako zamawiającemu projekt budowlany „(...) Szpitala Pomocy (...) w O.” niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę dla realizowanego zadania inwestycyjnego. Wykonawca zobowiązał się do uzupełnienia i wniesienia korekt w przypadku ujawnienia istotnych wad w projekcie budowlanym. Do protokołu przekazania projektu budowlanego sporządzono załącznik, w którym wskazano, że nie zostały uwzględnione uwagi wyszczególnione w piśmie z dnia 13 i 16 września 2010r., a przedstawiona dokumentacja nie zawiera wymagań w zakresie instalacji, wykończenia budynku i wyposażenia w branży sanitarnej, teletechnicznej i elektrycznej.

(dowód: protokół zdawczo-odbiorczy z załącznikiem, k. 90, 91-92)

W dniu (...) (...) Sp. z o.o. zwróciła się do pozwanego z prośbą o przesunięcie w harmonogramie rzeczowo-finansowym terminu realizacji I etapu prac o 30 dni, co było podyktowane czasochłonnymi uzgodnieniami z inżynierem kontraktu oraz pozwanym jako inwestorem i zwiększeniem prac projektowych, wskazując jednocześnie, że zakończenie inwestycji nastąpi w pierwotnie ustalonym terminie.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 128)

W odpowiedzi na powyższą prośbę pozwany poinformował, że nie ma możliwości przesunięcia w harmonogramie rzeczowo-finansowym terminu realizacji I etapu prac obejmującego prace projektowe. Jak podkreślił po zasięgnięciu opinii radcy prawnego, konsekwencją zmiany harmonogramu jest konieczność wprowadzenia zmiany do umowy w

zakresie terminu realizacji umowy, a taka zmiana jest zmianą istotną, której zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wprowadzić.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 129)

Pismem z dnia (...) (...) (...) Sp. z o.o. jako lider konsorcjum wystąpiła do pozwanego z wnioskiem o wycofanie wniosku o pozwolenie na budowę i zwrócenie dokumentacji projektowej w celu poprawienia błędów w projekcie.

(dowód: pismo z dnia (...) k. 94)

W dniu (...) doszło do kolejnego spotkania z udziałem przedstawicieli zamawiającego, wykonawcy i inżyniera kontraktu celem ustalenia stanowiska stron w sprawie zmienionego zakresu robót projektowych i budowlanych. Ostatecznie uzgodniono, że wykonawca do dnia (...) przedłoży inżynierowi kontraktu i do wiadomości zamawiającemu projekty wykonawcze i kosztorysy celem weryfikacji zmian wprowadzonych do projektu w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego i oferty złożonej przez wykonawcę w przetargu.

(dowód: protokół ze spotkania, k. 95-95v.)

Pismem z dnia (...) pozwany powiadomił wykonawcę, że w dniu (...) otrzymał następujące dokumenty: „Projekt wykonawczy drogowy” (niekompletny), „B.-konstrukcja”, „Projekt wykonawczy technologii medycznej”. Zgodnie natomiast z ustaleniami dokonanymi podczas spotkania w dniu (...) wykonawca zobowiązał się do przekazania projektu budowlanego oraz dokumentacji projektowej do dnia (...). Pozwany wskazał, że oczekuje wywiązania się z ustaleń i zobowiązań zawartej umowy oraz niezwłocznego przedłożenia kompletnej dokumentacji projektowej inżynierowi kontraktu do sprawdzenia i akceptacji w imieniu zamawiającego.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 98)

W dniu (...) (...) Sp. z o.o. jako lider konsorcjum poinformowała pozwanego, że wskutek zmiany podstaw projektowych w zakresie układu pomieszczeń, ich funkcji i powierzchni zakres robót zwiększył się do wartości znacznie przekraczającej cenę ofertową. Jednocześnie spółka sporządziła ofertę na wykonanie robót dodatkowych poza zakresem przedmiotu umowy nr (...) z dnia (...), wliczając wartość nieprzewidzianych prac na kwotę 1.800.000 złotych.

(dowód: pismo z dnia (...) k. 35, oferta, k. 36)

W dniu (...) spotkał się kolejny zespół projektowy. Podczas spotkania wykonawca zobowiązał się do przedłożenia projektów wykonawczych, kosztorysów i przedmiarów celem weryfikacji zmian wprowadzonych przez wykonawcę w stosunku do (...) i oferty złożonej w przetargu.

(dowód: protokół ze spotkania, k. 173-174v.)

Pismem z dnia (...) inżynier kontraktu poinformował pozwanego, że w wyniku oceny przedłożonego przez wykonawcę projektu budowlanego inwestycji nie wyraża zgody na jego akceptację, bowiem jest on niezgodny z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. W załączeniu przesłał uwagi branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego do projektu budowlanego.

(dowód: pismo z dnia (...))

W dniu (...) pozwany złożył wniosek o wydanie pozwolenia na budowę, do którego załączono projekt budowlany nieuwzględniający korekt inżyniera kontraktu.

(dowód: wniosek, k. 110)

Pismem z dnia (...) pozwany wezwał wykonawcę do wywiązania się z warunków umowy nr (...) w terminie do dnia (...) Wskazał, że mimo wielokrotnych ustaleń i zobowiązań do dnia (...) wykonawca nie złożył kompletnej dokumentacji projektowej. W załączeniu przekazał kopie pism inżyniera kontraktu z dnia (...). potwierdzające, że dokumentacja zawiera luki i została wykonana nienależycie.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 102)

Postanowieniem z dnia (...) Starosta (...) nałożył na inwestora obowiązek usunięcia w terminie 10 dni stwierdzonych braków:

- należy dołączyć uzgodnienie projektu inwestycji przez Zespół (...) Dokumentacji Projektowej przy Starostwie Powiatowym w O.,
- należy dostarczyć projekty: kanalizacji deszczowej, odwodnienia parkingów i dojazdów, oświetlenia terenu, uzupełnione o rysunki,
- należy dostarczyć projekty branżowe przebudowy instalacji m.in.: c.o., technologii kotłowni, wodno-kanalizacyjnej, przeciwpożarowej, elektrycznej, budowy instalacji wentylacji mechanicznej,
- należy dostarczyć decyzję Burmistrza B. na wycinkę drzew, kolidujących z projektowanym zagospodarowaniem terenu.

(dowód: postanowienie, k. 108)

Pismem z dnia (...) będącym odpowiedzią na pismo z dnia (...) (...) Sp. z o.o. jako lider konsorcjum zwróciła się do pozwanego z prośbą o przesunięcie realizacji zawartej umowy nr (...) o 5 miesięcy. Wniosek motywowała wydłużeniem etapu I prac, zwiększonym zakresem prac projektowych znacznie odbiegającym od programu funkcjonalno-użytkowego i zwiększonym zakresem robót budowlanych.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 130)

W dniu (...) odbyło się spotkanie z udziałem przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy. W trakcie tego spotkania omówiono sprawy związane z terminem i kosztem wykonania robót budowlanych objętych umową nr (...). (...) Sp. z o.o. jako lider konsorcjum zaproponowała wydłużenie terminu realizacji umowy. Pozwany oświadczył, że wyraża wstępną zgodę na przedłużenie terminu realizacji II etapu umowy do dnia (...) oraz III etapu umowy do dnia (...) ale zaznaczył, że podstawowym warunkiem zawarcia aneksu do umowy zmieniającego termin jest uzyskanie zgody na wprowadzenie zmian od instytucji udzielającej dofinansowania oraz zgody partnera projektu – przyszłego użytkownika budynku szpitalnego.

(dowód: protokół ze spotkania, k. 40)

W dniu (...) Starosta Powiatowy w O. wydał decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na przebudowę dwóch budynków (...) Szpitala Pomocy (...) w O. – istniejącego budynku szpitala i budynku świetlicy letniej wraz z instalacjami.

(dowód: decyzja nr (...), k. 109-109v.)

W dniu (...) stwierdzono ukończenie I etapu prac objętych umową nr (...) z dnia (...)

(dowód: protokół zdawczo-odbiorczy, k. 111-112v.)

W związku z wykonanymi pracami (...) Sp. z o.o. jako lider konsorcjum będącego wykonawcą wystawiła dwie faktury VAT:

- w dniu (...) (...) na kwotę 344.572 złotych z terminem płatności na dzień (...)

- w dniu (...) (...) na kwotę 211.230 złotych, skorygowaną następnie fakturą z dnia (...) nr K-1/09/2011 na kwotę 211.230,02 złotych z terminem płatności zgodnym z umową.

(dowód: faktury VAT, k. 22, 24, 25)

Częściowo należność z tytułu faktury VAT nr (...) w kwocie 250.583,20 złotych została przez pozwanego uiszczona.

(dowód: faktura VAT, k. 22)

Pismem z dnia (...) pozwany poinformował wykonawcę, że naliczył karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym I etapu prac w wysokości 6.575,80 złotych oraz że powyższa kwota zostanie potrącona z należnością wynikającą z faktury częściowej nr (...)

(dowód: pismo z dnia (...), k. 113)

Pismem z dnia (...) pozwany zobowiązał (...) Sp. z o.o. do zaangażowania sił i środków niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Zdaniem pozwanego, powinno się zwiększyć przerób dzienny w realizacji budowy przez zaangażowanie większej liczby osób, zorganizowanie robót na drugą zmianę, zabezpieczenie frontu pracy pracownikom znajdującym się na terenie budowy.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 131)

W dniu (...) do (...) Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum wpłynęło pismo pozwanego, w którym stwierdził, że wykonawca był obowiązany do zakończenia II etapu robót do dnia (...) czego nie uczynił. Jednocześnie poinformowano, że została podjęta decyzja o naliczeniu kar umownych od dnia (...) do dnia odbioru końcowego w wysokości 5.874,30 złotych za każdy dzień zwłoki w oddaniu określonego w umowie etapu prac.

(dowód: pismo z dnia (...) k. 134)

Pismem z dnia (...) inżynier kontraktu poinformował pozwanego, że w jego ocenie, nie jest możliwe wykonanie pełnego zakresu przedmiotu umowy do dnia (...) Zakończenie robót w sierpniu jest możliwe, jeśli wykonawca zwiększy przerobyienne, angażując pracowników w systemie co najmniej dwuzmianowym i w dni ustawowo wolne od pracy, zwiększy znacznie liczbę pracowników i bardziej zaangażuje się w skuteczną realizację prac dotyczących usankcjonowania proponowanych odstępstw od projektu.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 138-138v.)

W dniach od (...) oraz od (...) miały miejsce częściowe odbiory prac objętych II etapem. Do wykonanych robót zaliczono m.in. instalacje elektryczne w piwnicy, na parterze i I piętrze, uzupełnienie sufitów w piwnicy, instalacje w zakresie gazów medycznych.

(dowód: protokół zdawczo-odbiorczy, k. 18-19, 20-21)

(dowód: pismo z dnia (...), k. 41-41v.)

Pismem z dnia (...), doręczonym w dniu (...) pozwany powiadomił (...) Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, że należności objęte fakturami VAT nr (...) zostały przez niego potrącone z wierzytelnością z tytułu kar umownych za nieterminową realizację II etapu prac wynikającego z umowy nr (...) (za okres od (...) naliczono karę 98.988,80 złotych, a za okres od (...) (...) – 340.709,40 złotych). Pierwszą karę umowną potrącono z należnością wynikającą z faktury VAT nr (...), a drugą z należnością objętą fakturą VAT nr (...) i tym samym do zapłaty pozostała jeszcze kwota 129.479,40 złotych.

(dowód: pismo z dnia (...) wraz z dowodem doręczenia, k. 135-136)

Pozwany zgłosił w postępowaniu upadłościowym dotyczącym (...) Sp. z o.o.z siedzibą w O.wierzytelność w łącznej wysokości 733.379,38 złotych, w tym wierzytelność w kwocie 129.479,38 złotych z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy oraz wierzytelność w kwocie 603.900 złotych z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 11 ust. 1 pkt umowy nr (...), tj. z tytułu odstąpienia od umowy. Ostatecznie postanowieniem z dnia (...) po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, sędzia-komisarz zmienił listę wierzytelności w ten sposób, że uznał część wierzytelności pozwanego w wysokości 402.600 złotych z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy.

(dowód: zgłoszenie wierzytelności, k. 57-58, lista wierzytelności, k. 59)

Postanowieniem z dnia (...) w sprawie V GUp 13/11 Sąd Rejonowy w Olsztynie zmienił sposób prowadzenia postępowania upadłościowego (...) Sp. z o.o.z siedzibą w O.z postępowania z możliwością zawarcia układu na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego.

(dowód: postanowienie, k. 26-26v.)

W dniu (...) (...) Sp. z o.o.z siedzibą w O.wystąpiła do (...) przeciwko pozwanemu z pozwem o zapłatę kwoty 100.000 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa tytułem części wynagrodzenia za roboty wykraczające poza zakres rzeczowy i kosztowy umowy pierwotnej.

Wyrokiem z dnia (...) (...) w sprawie (...) oddalił powództwo. Wyrok ten uprawomocnił się bez zaskarżenia.

(bezsporne, vide: dokumenty w aktach sprawy (...))

Pismem z dnia (...) doręczonym w dniu (...) powód wezwał pozwanego do zapłaty w terminie do dnia (...) kwoty 3.797.540,78 złotych z tytułu należności przysługujących (...) Sp. z o.o.jako wykonawcy robót projektowych i budowlanych na podstawie umowy nr (...). Na powyższą sumę składały się: kwota 6.575,80 złotych – częściowo niezapłacona należność z faktury nr (...) po uwzględnieniu faktury korygującej nr (...) kwota 93.988,80 złotych – częściowo niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 211.230 złotych – niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 2.792.481,18 złotych – niezapłacona należność z faktury nr (...) po uwzględnieniu faktury korygującej nr (...) kwota 89.365 złotych – niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 603.900 złotych – niezapłacona kara umowna za odstąpienie przez LB od umowy z winy pozwanego.

(dowód: pismo z dnia (...) wraz z dowodem doręczenia, k. 27-28)

W odpowiedzi na wezwanie pozwany pismem z dnia (...) pozwany wskazał, że (...) Sp. z o.o.nie posiada wobec niego żadnych roszczeń, a przedstawione należności nie posiadają podstaw faktycznych i prawnych i są bezzasadne.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 29)

Sąd zważył, co następuje:

W świetle ustalonych okoliczności faktycznych sprawy powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Powód dochodził w niniejszym postępowaniu należności za wykonane prace na podstawie umowy nr (...) z dnia (...) w oparciu o faktury VAT nr (...). Strona powodowa podnosiła przy tym, że pozwany nie złożył oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kar umownych w terminie zakreślonym art. 96 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze. Strona pozwana natomiast stała na stanowisku, że wierzytelności (...) Sp. z o.o.z siedzibą w O.będącej liderem konsorcjum z tytułu wykonanych prac nie istnieją z uwagi na skuteczne ich potrącenie z wierzytelnością służącą pozwanemu z tytułu naliczonej kary umownej za nieterminową realizację przedmiotu umowy.

Poza sporem pozostawała okoliczność, że pismem z dnia (...) (dzień po upływie terminu do zakończenia III etapu prac obejmującego uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy,

powołując się na § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a tejże umowy, a następnie z tego tytułu naliczył karę umowną w wysokości 603.900 złotych, którą zgłosił do masy upadłości.

Bezspornym było również, że w umowie nr (...)z dnia (...)strony niniejszego sporu zastrzegły na rzecz pozwanego jako zamawiającego trzy kary umowne: 1. za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy, 2. za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym etapu prac, 3. ze zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi. Pismem z dnia (...) pozwany naliczył karę umowną z tytułu zwłoki w oddaniu II etapu prac w łącznej wysokości 434.698,20 złotych i złożył oświadczenie o potrąceniu jej z należnościami (...) Sp. z o.o.w kwocie 305.218,82 złotych z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty, wskutek czego – zdaniem pozwanego – wierzytelność wykonawcy uległa umorzeniu i nie istnieje. Należy przy tym przyznać rację stronie pozwanej, że przepis art. 96 ustawy z dnia 28 lutego 2003r. Prawo upadłościowe i naprawcze nie będzie miał zastosowanie do sytuacji, gdy oświadczenie o potrąceniu zostało złożone jeszcze przed ogłoszeniem upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika. Jeśli potrącenie zostało dokonane jeszcze przed ogłoszeniem upadłości, a więc w chwili ogłoszenia upadłości, wzajemna wierzytelność upadłego (ściślej dłużnika) nie istnieje i z tego względu nie może być objęta masą upadłości, a w takim przypadku do potrącenia dokonanego przed ogłoszeniem upadłości nie mają zastosowania modyfikacje płynące z przepisów prawa upadłościowego.

W niniejszej sprawie upadłość likwidacyjną ogłoszono na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Olsztynie z dnia (...)w sprawie (...) a oświadczenie o potrąceniu zawarto w piśmie z dnia (...)W związku z powyższym rozstrzygnięcia wymagała przede wszystkim kwestia, czy potrącenie dokonane przez stronę pozwaną na podstawie pisma z dnia (...)było skuteczne i tym samym doprowadziło do umorzenia potrącanych wierzytelności do wysokości niższej z nich.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Stosownie do § 2 tego przepisu skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Na podstawie przywołanych przepisów należy stwierdzić, że do skutecznego potrącenia wierzytelności może dojść, jeśli są spełnione następujące przesłanki: 1) dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami (wzajemność wierzytelności); 2) przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku (jednorodność wierzytelności); 3) obie wierzytelności są wymagalne (wymagalność roszczeń); 4) obie wierzytelności mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym (zaskarżalność wierzytelności).

Oświadczenie o potrąceniu jest czynnością materialnoprawną powodującą – w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. – odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności. Jednak trzeba wyraźnie zastrzec, że oświadczenie o potrąceniu może wywołać skutki określone w przepisach prawa materialnego tylko wówczas, gdy obie potrącanie wierzytelności rzeczywiście przysługują osobom będącym względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2011r., sygn. akt IV CSK 488/11, LEX nr 1131137).

Mając powyższe na uwadze, należało w realiach niniejszej sprawy ustalić, czy stronie pozwanej faktycznie przysługiwała wierzytelność z tytułu kary umownej za nieterminową realizację II etapu prac objętych umową nr (...).

Słusznie wskazywał powód w toku niniejszego procesu, że nie jest dopuszczalne obciążenie dłużnika karą umowną z tytułu zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w sytuacji jednoczesnego nałożenia kary umownej za odstąpienie od umowy na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W uchwale z dnia (...)w sprawie (...) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie sposób bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają. Wskutek odstąpienia od umowy (na

podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego uregulowanego w art. 492 k.c.) powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z tego względu, że odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.

W uzasadnieniu tej uchwały wskazano, że zakresy pojęć „niewykonanie zobowiązania” oraz „nienależyte wykonanie zobowiązania” nie są tożsame. Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania; gdy dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania, w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast u podstaw konstrukcji kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania leży założenie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Jeżeli więc umowa przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, oznacza to, że pierwsza z tych kar jest zastrzegana jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką – jako jednych z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, które jednak zostanie wykonane – natomiast drugi rodzaj kary umownej dotyczy rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania, w następstwie odstąpienia od umowy, chociażby przyczyną wykonania tego uprawnienia była wcześniejsza zwłoka dłużnika lub inne okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik. Konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzi w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy.

Na podstawie powyższej uchwały należy stwierdzić, że wobec odstąpienia od umowy pismem z dnia (...) pozwany nie mógł naliczyć odrębnie kary umownej z tytułu zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy. Kara ta, będąc zastrzeżoną na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, została niejako pochłonięta z uwagi na odstąpienie od umowy. Innymi słowy, jeżeli miało miejsce odstąpienie od umowy, w grę wchodzi jedynie kara umowna za odstąpienie od umowy.

W tych okolicznościach należało rozważyć, czy w świetle okoliczności faktycznych sprawy pozwany był uprawniony do odstąpienia od umowy z dnia (...) Kwestia ta ma o tyle istotne znaczenie, że w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy pozwany byłby pozbawiony prawa obciążenia wykonawcy karą z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy i tym samym skutecznego przedstawienia tej wierzytelności do potrącenia.

Zgodnie z § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a umowy nr (...) z dnia (...) pozwany jako zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy, bez wyznaczenia dodatkowego terminu, oraz powierzenia realizacji umowy innemu wykonawcy, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że wątpliwe będzie terminowe zakończenie robót. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że w tym zakreślonym umownie terminie umowa nie została wykonana. Niemniej jednak powód wskazywał, że zachowanie terminu wykonania nie było możliwe z uwagi na okoliczności całkowicie od wykonawcy niezależne, a związane głównie z błędnymi założeniami projektowymi zawartymi w programie funkcjonalno-użytkowym, skutkującymi zwiększeniem zakresu prac projektowych i budowlanych.

Stosownie do zapisów umownych przedmiot zamówienia miał być zrealizowany w III etapach, przy czym termin zakończenia ostatniego z nich przypadał na dzień (...), zaś umowę realizowano w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Według art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych jeżeli przedmiotem zamówienia

jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Formuła „zaprojektuj i wybuduj” znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W przeciwieństwie do realizacji inwestycji w systemie „tradycyjnym”, gdzie wykonawca zamówienia realizuje roboty według dostarczonego przez zamawiającego projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” na zlecenie zamawiającego opracowany jest jedynie wstępny projekt inwestycji, a na tej podstawie opracowywana jest dokumentacja przetargowa. Następnie w wyniku postępowania przetargowego wyłaniany jest wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę, a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie prawa zamówień publicznych, zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej. (por. wyrok (...)z dnia (...) sygn. akt KIO 1835/10).

Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowe warunki programu funkcjonalno-użytkowego znajdują się w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z § 15 rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

W przypadku procesu „zaprojektuj i wybuduj” zamawiający odpowiada za prawidłowe sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast za prawidłowość dokumentacji projektowej odpowiada wykonawca, jako że sporządzenie dokumentacji projektowej jest jednym z zadań mu powierzonych. Ryzyko nieprawidłowego wykonania robót budowlanych związanych z błędami w tej dokumentacji będzie więc obciążało wykonawcę.

Oczywiście przy realizacji inwestycji w modelu „zaprojektuj i wybuduj” program funkcjonalno- użytkowy nie może być utożsamiany z projektem budowlanym, a stanowi jedynie wstęp do jego opracowania przez wykonawcę (tak (...)w wyroku z dnia (...) sygn. akt KIO 1071/11, LEX nr 847098). Celem programu funkcjonalno- użytkowego jest bowiem przedstawienie projektantowi założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne planowanego obiektu i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Oznacza to, że niekiedy może powstać potrzeba dokonania korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odmienne bowiem niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w zamówieniu realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność względem zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi zamawiającego opisane w programie funkcjonalno-użytkowym.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że w programie funkcjonalno-użytkowym pozwany jako zamawiający wskazał rozkład i powierzchnię pomieszczeń, jak i liczbę łóżek, która powinna w każdym pomieszczeniu się znajdować. Niemniej jednak dopuścił odstępstwa od wymiarów i powierzchni określonych w programie w granicach +/-

15%, a odstępstwa były możliwe pod warunkiem spełnienia wymogów i założeń funkcjonalnych oraz zachowania z obowiązującymi przepisami. Ponadto szczegółowy wykaz i rozkład pomieszczeń miał być przedstawiony do zaakceptowania przez zamawiającego na etapie opracowywania projektu budowlanego.

Wykonawca miał możliwość czynnego uczestnictwa w procedurze przetargowej – miał prawo sprawdzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, także w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia (programu funkcjonalno-użytkowego) i zgłaszania wniosków o wyjaśnienie treści, miał również prawo zapoznać się z dokumentacją projektową i przeprowadzić wizję lokalną budynku szpitalnego. Na etapie opracowywania i składania oferty wykonawca z tych uprawnień nie skorzystał. Na podstawie specyfikacji istotnych warunków umowy oraz programu funkcjonalno-użytkowego wykonawca sporządził ofertę, określając wysokość wynagrodzenia ryczałtowego, za jakie był w stanie wykonać przedmiot umowy. Być może inny wykonawca, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, dostrzegł rozbieżności między programem funkcjonalno-użytkowym a wymaganiami rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006r. i przedstawił inną, wyższą, cenę wykonania zamówienia, zakładając np. że trzeba będzie powiększyć powierzchnię pokoi, aby móc w nich zmieścić 4 łóżka dla chorych lub wybudować większą liczbę pokoi, aby pomieścić w nich zakładaną przez zamawiającego liczbę łóżek.

Istotne jest przy tym, że na wykonanie I etapu prac obejmującego fazę projektową łącznie z uzyskaniem pozwolenia na budowę i tym samym zweryfikowanie poprawności założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym przeznaczono przeszło 5 miesięcy, czyli prawie 1/3 część czasu przewidzianego na realizację całego zadania. Natomiast dopiero na spotkaniu w dniu (...), a zatem po 3 miesiącach od daty zawarcia umowy nr (...), wykonawca zasugerował konieczność zmiany w stosunku do (...)i programu funkcjonalno-użytkowego. Pozwany wyraził zgodę na propozycję zamiany pokoi czterolóżkowych na pokoje trzyłóżkowe bez łazienek, zastrzegając jedynie, aby została zachowana ogólna liczba łóżek (67).

Wbrew twierdzeniom świadka Z. L., prezesa zarządu (...) Sp. z o.o., program funkcjonalno-użytkowy przewidywał usunięcie drewnianego stropu między parterem a I piętrzem i zastąpienie go w całości stropem żelbetowym wylewanym oraz usunięcie niektórych ścian działowych i postawienie nowych ścianek z płyt gipsowo-kartonowych na parterze i I piętrze. Oznacza to, że nie wszystkie prace związane ze zmianą układu pomieszczeń były pracami nieprzewidywanymi i nieobjętymi założeniami programu funkcjonalno-użytkowego, a sam program zakładał odstępstwa na poziomie 15%. Jak wskazała przy tym świadek K. M. (2), samo usunięcie stropu niesło za sobą poważne zmiany związane z wyburzeniem ścian.

Mimo że nastąpiła zmiana w stosunku do rozwiązań przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym, pismem z dnia (...)wykonawca zwrócił się o wydłużenie o 30 dni terminu przewidzianego na zakończenie prac w I etapie, wskazując jednocześnie, że ukończy całą inwestycję w terminie umową zakreślonym. Choć były organizowane spotkania, na których zakreślano nowe terminy, w ciągu których miała być przedkładana wymagana dokumentacja, nie były one przestrzegane przez wykonawcę, a przedstawiana dokumentacja w dalszym ciągu była niepełna i nasuwała zastrzeżenia inżyniera kontraktu. Owszem na spotkaniu w dniu (...) pozwany zgodził się na przesunięcie terminu ukończenia II i III etapu prac, ale pod jednym warunkiem – uzyskania zgody na wprowadzenie zmian od instytucji udzielającej dofinansowania oraz zgody partnera projektu – przyszłego użytkownika budynku szpitalnego. Wprawdzie świadek Z. L.wskazywał, że w lutym bądź marcu 2011r. uzyskano wstępną zgodę instytucji finansującej, ale później poinformowano wykonawcę, że ostatecznie zgody tej nie udzielono i z powodu jej braku nie jest możliwe wydłużenie terminu zakończenia wykonywania umowy.

Co ważne, z dołączonych do akt sprawy pism wynika, że w ocenie inżyniera kontraktu i pozwanego jako zamawiającego mimo opóźnień w realizacji inwestycji na poszczególnych jej etapach istniała realna szansa, aby zakończyć zadanie w ustalonym umownie terminie. Wymagało to jednak większego zaangażowania sił i środków niezbędnych do terminowego wykonania zamówienia – m.in. zwiększenia przerobów dziennych przy zaangażowaniu pracowników systemie co najmniej dwuzmianowym. Jak natomiast wynika z zeznań świadków m.in. A. W.i K. K., złożonych zarówno w postępowaniu przed Sądem Rejonowym w Olsztynie (...) jak i postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Olsztynie (...), okolicznością, która miała znaczący wpływ na tempo wykonywanych prac, były problemy finansowe

(...) Sp. z o.o.i związane z tym długie przestoje w oczekiwaniu na potrzebne materiały budowlane. Co jest przy tym znamienne, świadkowie słuchani w ramach postępowania upadłościowego i postępowania o sygn. akt (...)odmiennie upatrywali przyczyn opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy oraz różnie oceniali charakter programu funkcjonalno-użytkowego, w zależności od tego, na wniosek której ze stron procesu byli powołani. Dlatego też Sąd podszedł z dozą dużej ostrożności do zeznań świadków, dokonując oceny stanu faktycznego przez pryzmat całości materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy, w tym licznej korespondencji wymienionej między stronami postępowania w trakcie realizacji umowy, oraz wszystkich ujawnionych w sprawie okoliczności.

Na dzień (...) etap II prac obejmujący fazę wykonywania robót budowlanych nie był ukończony, przy czym w umowie prace w tym przedmiocie miały zakończone do dnia (...)Oznacza to, że na kilka dni przed terminem realizacji całego zadania ((...)) nie zostały w całości wykonane prace z II etapu, zaś opóźnienie wynosiło 2 miesiące, a umowa obejmowała również III etap, który polegał na uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

W tych okolicznościach pozwany miał uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że z uwagi na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było realne zachowanie pierwotnie ustalonego terminu realizacji zamówienia. Powyższe dawało stronie pozwanej prawo do odstąpienia od umowy na podstawie § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a umowy nr (...)z dnia (...)

Uregulowanie zawarte w umowie nr (...), a dotyczące możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego, odpowiada swoją treścią art. 635 k.c. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2012r. w sprawie IV CSK 182/11 (OSNC 2012/7-8/90) wyraził pogląd, że na podstawie art. 635 k.c. dopuszczalne jest odstąpienie przez zamawiającego od umowy o dzieło także po upływie terminu do wykonania dzieła. Nie ma więc znaczenia z punktu widzenia skuteczności czynności, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone dzień po upływie terminu zakończenia inwestycji.

Zagadnienie skutków odstąpienia od umowy niejednokrotnie było analizowane w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie. Wskazuje się, iż ma ono moc wsteczną, powoduje nie tylko wygaśnięcie umowy, ale powrót do stanu, jaki istniał przed jej zawarciem – skutek *ex tunc* (art. 395 § 2). Na gruncie regulacji art. 395 § 2 k.c. występuje swoista fikcja prawna polegająca na uznawaniu umowy za niezawartą. Te same skutki przyjmuje się też w odniesieniu do odstąpienia ustawowego z uwagi na tożsamość charakteru instytucji odstąpienia, której tylko źródło pozostaje inne, jak i regulacji art. 494 k.c., który stanowi swoistą regulację rozliczeń stron po odstąpieniu od umowy, oderwaną od jej postanowień, nakładając obowiązek zwrotu wzajemnie spełnionych świadczeń, czyli powrót do stanu sprzed zawarcia umowy, co współgra z regulacją art. 395 § 2 k.p.c. (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1994r., sygn. akt III CZP 130/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 42; uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 27 lutego 2003r., sygn. akt III CZP 80/02, OSNC 2003, nr 11, poz. 141; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2005r., sygn. akt V CK 165/05, z dnia 5 lipca 2007r., sygn. akt II CSK 140/07, LEX nr 287713). Przy umowach wzajemnych, w których świadczenia stron mają charakter ciągły (trwały), przyjmuje się natomiast odmienny skutek ustawowego odstąpienia od umowy, a mianowicie, że stosunek prawny przestaje wiązać *ex nunc* na przyszłość. Tak samo się przyjmuje w przypadku tzw. świadczeń podzielnych (art. 491 § 2 k.c.).

Zdaniem Sądu, powyższe nie ma jednak zastosowania w niniejszej sprawie. Poza sporem jest, że umowa nr (...)z dnia (...) nie należała do kategorii tzw. trwałych, ciągłych stosunków obligacyjnych, ani też, pomijając uwagi na temat podzielności czy też nie świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane, która to kwestia wywołuje spory w orzecznictwie, w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z częściowym odstąpieniem od umowy. Za tym wnioskiem przemawia przede wszystkim treść pisma z dnia (...), w którym pozwany nic nie wspomniał o odstąpieniu od umowy wyłącznie w tej części, w jakiej nie została ona wykonana. Co więcej, pozwany naliczył karę umowną za odstąpienie od umowy od wartości całego zadania będącego przedmiotem umowy z dnia (...) (wynagrodzenie ryczałtowe wynosiło 6.039.000 złotych brutto, a kara umowna – 603.900 złotych), co przeczy jego stanowisku wyrażonemu w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew.

Podsumowując powyższe rozważania, Sąd przyjął, że pozwany miał prawo skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy i z niego skorzystał, składając oświadczenie pismem z dnia 16 sierpnia 2010r. Odstąpienie nastąpiło na skutek

okoliczności, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność, a nie przeciwnego nie zostało w toku niniejszego procesu wykazane. Główny powód opóźnień sprowadzał się do błędnego przypisywania znaczenia programowi funkcjonalno-użytkowemu i roli wykonawcy w realizacji zadania w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Pozwany naliczył karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy w oparciu o § 11 ust. 1 pkt 1 w wysokości 603.900 złotych i zgłosił w toku postępowania upadłościowego taką wierzytelność, która zresztą w znacznej części została uznana. Niemniej jednak należy z całą stanowczością podkreślić, że oświadczenie złożone w piśmie z dnia (...) dotyczyło przedstawienia do potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej za zwłokę w oddaniu II etapu prac. Kara umowna za odstąpienie od umowy nie została przedstawiona do potrącenia ani przed ogłoszeniem upadłości (...) Sp. z o.o., ani wraz ze zgłoszeniem wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Oznacza to, że powód dysponuje wierzytelnością z tytułu wykonania prac objętych umową nr (...), a pozwany wierzytelnością z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy. Wobec nieskutecznego potrącenia dokonanego pismem z dnia (...) wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace nie wygasła i mogła być dochodzona przez powoda w niniejszym postępowaniu.

Nie można przy tym zgodzić się z poglądem strony pozwanej, że wysokość żądania objętego pozwem nie została udowodniona. Po pierwsze, powód na okoliczność wynagrodzenia za wykonane prace, które nie zostało uiszczone, przedstawił dwie faktury VAT. Jedna z tych faktur została częściowo opłacona, a częściowe wykonanie zobowiązania jest przykładem uznania niewłaściwego, czyli aktem wiedzy dłużnika i w rzeczywistości stanowi przyznanie prawa. Po drugie, zakres prac objęty fakturami VAT, na podstawie których powód dochodzi zapłaty, pokrywa się z wykazem prac, które odebrano w dniach od (...)i od (...) Nie wnoszono do jakości tych prac jakichkolwiek uwag, a przynajmniej takie nie zostały odnotowane w protokołach zdawczo-odbiorczych. Po trzecie, stanowisko pozwanego jest wewnętrznie sprzeczne – pozwany powoływał się na skuteczne potrącenie należności dochodzonych przez stronę powodową z wierzytelnością z tytułu kary umownej za zwłokę w oddaniu II etapu prac objętych umową nr (...). Przedstawienie przez pozwanego do potrącenia przysługującej mu wierzytelności oznaczało jednocześnie przyjęcie istnienia po stronie powoda wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Sąd uznał, że roszczenie dochodzone pozwem zasługuje w całości na uwzględnienie. Dlatego też zasądzono od pozwanego na rzecz powoda kwotę 305.218,92 złotych na podstawie art. 627 k.c. w zw. z art. 353 k.c. (vide: pkt I sentencji wyroku).

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Powód dochodził zapłaty z dwóch faktur VAT: 8/06/2011 i (...), skorygowanej fakturą VAT nr (...). Pierwsza z wymienionych faktur oznaczała termin płatności należności na dzień (...)zaś druga z faktur odwoływała się do terminu płatności zgodnego z umową. Stosownie do zapisu § 5 ust. 6 umowy nr (...)płatność miała być dokonywana w terminie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT. Faktura korygująca wpłynęła do pozwanego w dniu (...), a zatem termin do uregulowania należności upływał z dniem 19 października 2011r. (vide: pkt I sentencji wyroku).

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. Pozwany jako przegrywający jest obowiązany zwrócić powodowi poniesione przez niego koszty. Do kosztów tych zaliczono koszt zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 złotych i opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych (vide: pkt II sentencji wyroku).