

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2019 roku

Sąd Okręgowy w Suwałkach I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący	SSO Alicja Wiśniewska
Protokolant	St. sekretarz sądowy Wioletta Mierzejewska

po rozpoznaniu w dniu 25 lutego 2019 roku w Suwałkach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z/s w L.

przeciwko Gminie M. E.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego Gminy M. E.

przeciwko (...) S.A. z/s w L.

o zapłatę

I. Oddala powództwo główne;

II. Zasądza od powódki (...) S.A. z/s w L. na rzecz pozwanej Gminy M. E. kwotę 12 464,00 zł (dwanaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt cztery złote 00/100) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 10 800,00 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

III. Nakazuje pobrać od powódki (...) S.A. z/s w L. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Suwałkach kwotę 4 470,62 zł (cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt złotych 62/100) tytułem zwrotu nierozliczonych wydatków wywołanych powództwem głównym;

IV. Zasądza od pozwanej wzajemnej (...) S.A. z/s w L. na rzecz powódki wzajemnej Gminy M. E. kwotę 138 165,90 zł (sto trzydzieści osiem tysięcy sto sześćdziesiąt pięć złotych 90/100) wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty 27 834,90 zł od dnia 26 września 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. i dalej z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od kwoty 110 331,00 zł od dnia 10 marca 2016r. do dnia zapłaty;

V. Oddala powództwo wzajemne w pozostałym zakresie;

VI. Zasądza od pozwanej wzajemnej na rzecz powódki wzajemnej kwotę

428,40 zł (czterysta dwadzieścia osiem złotych 40/100) tytułem zwrotu

kosztów procesu.

SSO Alicja Wiśniewska

Sygn. akt I C 159/17

UZASADNIENIE

Powódka (...) S.A. z/s w L. w pozwie wniesionym przeciwko Gminie M. E. domagała się zapłaty kwoty 594 924,36 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 21 listopada 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. Domagała się także zasądzenia od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Argumentowała, iż w wyniku przeprowadzonego przez pozwaną przetargu nieograniczonego uzyskała zamówienie publiczne polegające na wykonaniu robót budowlanych dla zadania pt. „Zaprojektowanie, wykonanie, inwentaryzacja i modernizacja sieci światłowodowej” w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”. Roboty te miały zostać wykonane na podstawie umowy nr (...) z dnia 21.07.2014 r. zawartej z Gminą M. E..

Zgodnie z szczegółową specyfikacją techniczną, stanowiącą załącznik do Umowy i opisującą przedmiot Umowy, powódka zobowiązała się zaprojektować i wykonać kanalizację światłowodową, oraz wbudować w nią kabel światłowodowy. W wymaganiach dla projektu budowy określono, iż należy połączyć kanalizacją oraz światłowodem 16 lokalizacji, wskazanych w Specyfikacji (przy czym (...) lokalizacją była siedziba (...)), w których znajdować się będą węzły telekomunikacyjne, oraz zainstalowane zostaną szafy dystrybucyjne, w których znajdować się będą zakończenia sieci światłowodowych. Roboty objęte umową zostały wykonane i odebrane przez pozwaną na mocy odpowiednich protokołów odbioru.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, iż na planowany do zlecenia zakres prac objętych umową składało się m.in. zaprojektowanie i wybudowanie nie mniej niż 6500 mb kanalizacji oraz nie mniej niż 8000 mb sieci światłowodowej.

Na etapie sporządzania projektów budowlanych i technicznych na podstawie analizy otrzymanej od pozwanej dokumentacji ustalono, że założenia przedstawione przez pozwaną w dokumentacji przetargowej znacznie odbiegają od faktycznego zakresu robót. Różnice ujawniły się podczas opracowywania projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego, a następnie zostały potwierdzone na etapie wdrażania przez powódkę tzw. systemu paszportyzacji. (...) paszportyzacji został wykonany przez powódkę w ramach oddzielnej umowy nr (...) zawartej w dniu 16 października 2014 r. pomiędzy powódką i pozwaną. (...) ten składał się z systemu tabelk zawierających zestawienia lokalizacji studzienek telekomunikacyjnych i ich numery oraz profile, nałożone na mapę miasta E., celem uzyskania informacji o całym systemie sieci światłowodowej wybudowanym w mieście. Wykonanie i wdrożenie systemu paszportyzacji było jednym z elementów umowy nr (...). W wyniku m.in. wdrożenia systemu paszportyzacji w systemie pozwanej oraz wprowadzenia danych z dokumentacji projektowej potwierdzone zostało, iż zakres prac projektowych koniecznych do prawidłowego wykonania Umowy, tj. połączenia wskazanych w specyfikacji lokalizacji kablami światłowodowymi, wymaga wykonania pracy w znacznie większych rozmiarach, niż było to możliwe do przewidzenia na podstawie dokumentacji przetargowej pozwanej. Na etapie ofertowania nie było możliwym stwierdzenie braku możliwości wykonania prac zgodnie z koncepcją przewidzianą przez Zamawiającego, a wizja lokalna na terenie inwestycji nie była wykonywana z uwagi na dokładny opis zadania zawarty w szczegółowej specyfikacji technicznej zamawiającego.

W wyniku zmian okazało się, że w celu wykonania zamówienia zgodnie z założeniami wynikającymi ze specyfikacji oraz z zaleceniami pozwanej przedstawionymi na etapie prac projektowych, powódka musiała finalnie zaprojektować i wykonać więcej niż 7,5 km kanalizacji oraz więcej niż 15,6 km światłowodów (długość tarasowa), co przekładało się na użycie kabla światłowodowego o długości rzeczywistej większej niż 17,8 km. Różnica w wymiarze prac projektowych

i budowlanych wynosi 158% w odniesieniu do parametrów wskazanych w Specyfikacji. Z kolei w przypadku budowy przyłączy energetycznych do szaf kablowych różnica ta wyniosła 163%.

Powódka wskazała, iż konieczność wybudowania znacznie większej niż zakładano długości kanalizacji teletechnicznej oraz światłowodów wynika z kilku czynników, których wystąpienia powódka nie mogła przewidzieć na etapie zawierania umowy. W szczególności chodzi o wystąpienie różnego rodzaju niedrożności istniejącej kanalizacji teletechnicznej – brak aktualności danych zawartych w dokumentacji pozwanej udostępnionej na etapie postępowania przetargowego spowodował konieczność prowadzenia prac o zwiększonym niż pierwotnie zakładano zakresie. Ponadto przedstawiony przez pozwaną dopiero na etapie realizacji umowy wymóg wykorzystania wyłącznie złączy energetycznych do niej należących - na etapie składania oferty, wobec braku szczegółowych warunków w tym względzie w SIWZ, powódka poczyniła, standardowe założenia co do odległości najbliższych złączy zakładu energetycznego, do których możliwe będzie podłączenie instalacji (do 150 metrów) - jednak podczas wykonywania prac pozwana wymagała, by podłączenia następowały jedynie do złączy będących jej własnością, co spowodowało konieczność rozciągnięcia kabli nawet na odległość 700 metrów.

Jako podstawę prawną roszczenia powódka wskazywała przepis art.632§2 k.c. Argumentowała, iż konieczność poniesienia zwiększonych kosztów wykonania instalacji światłowodowych w sposób i w zakresie wymaganym przez pozwaną, jest wynikiem okoliczności, za które powódka nie ponosi odpowiedzialności. Wskazała, iż na etapie składania ofert i podpisywania umowy z pozwaną nie ciążył na niej obowiązek dokonywania szczegółowej analizy dokumentów przedstawionych przez pozwaną, dotyczących istniejących instalacji światłowodowych oraz ich weryfikacja pod kątem zgodności ze stanem faktycznym. Prace zostały ukończone i odebrane przez pozwaną, która w protokołach odbioru nie zgłosiła żadnych zastrzeżeń do ich jakości czy skali wykonania w stosunku do zakresu wynikającego z SIWZ, potwierdzając tym samym prawidłowość wykonania zamówienia.

Podniosła, że gdyby Sąd uznał, iż brak jest możliwości zasądzenia dochodzonego roszczenia na podstawie przepisów art.632§2 k.c. powinien orzec o zasądzeniu dochodzonej kwoty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Pozwana Gmina M. E. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wystąpiła również z pozwem wzajemnym o zapłatę kwoty 690 829,50 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwot: 139 174,50 zł od dnia 22 września 2015r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 551 655 zł od dnia 10 marca 2016r. do dnia zapłaty.

Domagając się oddalenia powództwa głównego argumentowała, iż w dniu 20 maja 2014 roku pozwana uruchomiła postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie inwentaryzacji i modernizacji sieci światłowodowej w ramach projektu: „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”, z szacunkową wartością zamówienia w kwocie brutto 1 249 999, 65 zł. Sporządzony został opis przedmiotu zamówienia w dniu 22 maja 2014 roku, a w dniu 27 maja 2014 roku ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w (...) wraz z SIWZ i szczegółową specyfikacją techniczną. Powyższe dokumenty określały przedmiot zamówienia w ten sposób, że zaprojektowana i wybudowana kanalizacja będzie miała nie mniej niż 6 500 mb długości trasowej, a zaprojektowany i wybudowany kabel światłowodowy będzie miał nie mniej niż 8 000 mb długości trasowej. W przetargu wzięło udział siedmiu oferentów. Wszyscy inni oferenci, poza powódką, dokonali oględzin terenu przed przystąpieniem do przetargu. Żaden z oferentów, w tym też powódka nie wystąpił do pozwanego ani z zapytaniami co do treści SIWZ w celu uzyskania takiej wykładni postanowień SIWZ, by jego zdaniem można było złożyć prawidłowo złożyć ofertę, ani też nie wystąpił z propozycją zmiany postanowień SIWZ.

Powódka złożyła najtańszą ofertą na kwotę brutto 799 500,00 zł. Następna z kolei oferta Spółki (...) było o ponad 300 000 zł wyższa, gdyż opiewała na kwotę brutto 1 101 978,80 zł, a najdroższa oferta opiewała na około 3 000 000 zł. Pozwana pismem z dnia 16 czerwca zwróciła się do powódki w sprawie wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia. W odpowiedzi powódka w piśmie z dnia 24 czerwca 2014 roku stwierdziła, iż oferta

jest prawidłowo skalkulowana i na okoliczność swego dużego doświadczenia w tym zakresie przedłożyła pięć listów referencyjnych.

Ponieważ pozwana dysponowała środkami na ramach projektu: „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”, to uruchomiła postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie inwentaryzacji i modernizacji sieci światłowodowej w ramach projektu: „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”- (...) z szacunkową wartością zadania w kwocie brutto 449 136,96 zł. Sporządzony został opis przedmiotu zamówienia w dniu 21 sierpnia 2014 roku, a w dniu 05 września 2014 roku ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w (...) wraz z SIWZ i szczegółową specyfikacją techniczną. Powyższe dokumenty nie określały długości trasowej zaprojektowana i wybudowana kanalizacji i kabli światłowodowych. W przetargu wzięło udział dwóch oferentów, w tym powódka, która także nie dokonała oględzin terenu przed przystąpieniem do przetargu ani nie wystąpiła do pozwanego z zapytaniami co do treści SIWZ czy propozycją zmiany postanowień specyfikacji. Powódka w tym przetargu także złożyła najtańszą ofertę na kwotę brutto 381 300,00 zł i jej oferta jako najkorzystniejsza została wybrana.

Powódka przedłożyła w dniu 24 września 2014 roku koncepcję budowy i modernizacji sieci światłowodowej realizowanej w ramach umowy nr (...), a w dniu 28 listopada 2014 roku koncepcję budowy i modernizacji sieci światłowodowej z umowy nr (...). Obie koncepcje zawierają mapy poglądowe z wyszczególnieniem węzłów i tras odcinków sieci. Lecz żadna z nich na załączonych mapach nie zawiera długości kanalizacji teletechnicznej i światłowodów mierzonej w kilometrach. Na dodatek w koncepcji do umowy nr (...) projektant opisując zakres realizacji nie ustalił innych długości tras, a wpisał te, które wynikały z ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Ponadto obydwie mapy nie zawierają skali. Strona Powodowa realizowała w/w umowy równolegle i obie zrealizowała z opóźnieniem. Strona pozwana naliczyła więc z tego tytułu odsetki ustawowe: do umowy nr (...) za 138 dni (data odbioru z 21 października 2015 roku), a do umowy nr (...) za 73 dni (data odbioru z 16 lipca 2015 roku).

Pozwana zaprzeczyła w całości twierdzeniom powódki zawartym w pozwie, jakoby doszło do zwiększenia rzeczowego zakresu robót budowlanych oraz, że doszło do tego z winy pozwanej - z powodu jak powódka wskazuje nieprawidłowych - błędnych danych technicznych zawartych w dokumentach przetargowych. Z całą pewnością dokumentacja przetargowa sporządzona przez pozwaną była prawidłowa, gdyż był to już siódmy, ogłaszany na tych samych zasadach, przetarg przeprowadzony przez pozwaną na projektowanie i budowę sieci teletechnicznych na rzecz Miasta E., a w każdym z nich żaden oferent i wykonawca nie miał żadnych problemów z prawidłowym oszacowaniem zakresu zamówienia ani przy składaniu oferty ani przy wykonywaniu umowy tj. projektowaniu i budowie sieci. Dokumentacja przetargowa określała przedmiot zamówienia w ten sposób, że należało połączyć 15 węzłów optycznych za pomocą kanalizacji teletechnicznej wraz z kablem optycznym. Przy czym zaprojektowana i wybudowana kanalizacja miała mieć nie mniej niż 6 500 mb długości trasowej, a zaprojektowany i wybudowany kabel światłowodowy miał mieć nie mniej niż 8 000 mb długości trasowej.

Powódka przystępując do przetargu mogła bezsprzecznie, jak inni oferenci, przeprowadzić wizję lokalną w celu zapoznania się z terenem, by móc ustalić sposób wykonania umowy i przeprowadzenia tras przed zaproponowaniem ceny - czego nie wykonała. Ponadto miała prawo wystąpić do pozwanego z zapytaniami co do treści SIWZ bądź z propozycją ewentualnej zmiany postanowień treści specyfikacji w przypadku, gdyby uznała, że jest ona niezbyt szczegółowa, niekompletna czy nawet nieprawidłowa (zawierająca rozbieżności albo braki), czego też nie uczyniła. Należy tu podkreślić, iż powódka przystąpiła przecież później do drugiego przetargu na „Cześć II” i także nie kwestionowała w tym przetargu w żaden sposób zapisów SIWZ i specyfikacji technicznej. To powódka miała za zadanie opracowanie szczegółowych koncepcji projektowanych sieci i przyłączy telekomunikacyjnych, a nie pozwana, a po drugie prace projektowo-budowlane miały być i były wykonane właśnie na podstawie tej koncepcji opracowanej przez powódkę.

W zakresie powództwa wzajemnego wskazywała, iż dochodzona kwota w wysokości 139 174,50 zł, stanowi kary umowne, które zostały naliczone z tytułu opóźnienia w realizacji umowy nr (...) z dnia 16 października 2014 roku, zgodnie z notą księgową nr (...) z dnia 31 sierpnia 2015 roku. Z treści umowy wynika, że roboty budowlane miały trwać do 200 dni od dnia podpisania umowy tj., do dnia 03 maja 2015 roku. Ostatecznie umowę wykonano z 73 - dniowym

opóźnieniem. Zatem opóźnienie wynosiło około 1/3 czasu, na który zawarto kontrakt. Niewątpliwie nie można uznać tego za opóźnienie nieznaczne.

Podstawą roszczenia Pozwanej o zapłatę w/w kar umownych stanowi § 11 ust.3 umowy nr (...) z dnia 16 października 2014 roku, zgodnie z którym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % z wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia.

Natomiast dochodzona kwota w wysokości 551 655,00 zł stanowi kary umowne, które zostały naliczone z tytułu opóźnienia w realizacji umowy nr (...) z dnia 21 lipca 2014 roku, w ilości 138 dni, zgodnie z notą księgową nr (...) z dnia 05 lutego 2016 roku. Podstawę roszczenia Pozwanej o zapłatę w/w kar umownych stanowi § 11 ust. 3 umowy nr (...) z dnia 21 lipca 2014 roku, zgodnie z którym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % z wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Roboty budowlane miały być wykonane w ciągu 320 dni od dnia podpisania umowy - do dnia 05 czerwca 2015 roku, a wykonano je ze znacznym opóźnieniem, które wyniosło około 1/2 czasu przewidzianego w umowie.

W toku procesu powódka wzajemna sprecyzowała swoje roszczenie w zakresie odsetek domagając się zasądzenia odsetek ustawowych od kwoty 139 174,50 zł od dnia 26 września 2015r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 551 655 zł od dnia 9 marca 2016r. do dnia zapłaty (oświadczenie pełnomocnika na rozprawie w dniu 25 lutego 2019r. k.2318).

Pozwana wzajemna (...) S.A. z/s w L. wniosła o oddalenie powództwa wzajemnego w całości wskazując, iż nie ponosi winy za opóźnienia, które wystąpiły w ramach wykonywania robót. Na opóźnienia w realizacji robót złożył się szereg niezależnych od pozwanej wzajemnej czynników:

- zwiększony zakres prac projektowych, a co za tym idzie zwiększony znacząco rozmiar prac budowlanych;
- opóźnienia w uzyskiwaniu zezwoleń na prowadzenie prac projektowych dotyczących terenów należących do (...) oraz (...) S.A.;
- późne przekazanie terenu w pasie jezdni ul. (...) przez spółkę (...), która prowadziła tam roboty drogowe;
- użyczenie gruntu, na którym miały być prowadzone roboty, w skład którego wchodziły pasy drogowe znajdujące się na 11 ulicach oraz 10 terenów komunalnych, na podstawie umowy użyczenia (...). (...) (...) dopiero w dniu 13.04.2015r.;
- niedrożność kanalizacji światłowodowej, zbyt małą średnicą kanalizacji oraz inne problemy, które spowodowały konieczność zmiany planowanego sposobu wykonywania połączeń światłowodowych;
- zlecenie przez pozwaną wykonania prac na podstawie umowy (...) przed wykonaniem inwentaryzacji kanalizacji światłowodowej w ramach wykonania systemu paszportyzacji na podstawie umowy nr (...).

W toku procesu pozwana wzajemna powołując się na powyższą argumentację jak również wskazując, na rażąco wygórowaną karą w stosunku do wartości całego zobowiązania, które zostało przez nią w całości wykonane, domagała się jej zmiarkowania przez Sąd (pismo procesowe k.1947-1955).

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 20 maja 2014r. Gmina M. E. uruchomiła postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na zaprojektowanie, wykonanie inwentaryzacji i modernizacji sieci światłowodowej w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.” z szacunkową wartością zamówienia brutto 1 249 999,65 zł. Ogłoszenie zostało umieszczone w Biuletynie Informacji Publicznych wraz z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i szczegółową specyfikacją techniczną. Warunki realizacji w/w zadania inwestycyjnego zostały szczegółowo określone w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” (SIWZ) dla postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oraz w szczegółowej specyfikacji technicznej.

Zgodnie z postanowieniami Szczegółowej Specyfikacji (...) wykonawca był zobowiązany do:

- Opracowania szczegółowej koncepcji projektowanych sieci i przyłączy telekomunikacyjnych zgodnych z warunkami technicznymi i przedstawienia jej do akceptacji zleceniodawcy;
- Wykonania na podstawie zaakceptowanej koncepcji kompletnej dokumentacji projektowej i wybudowania na terenie miasta E. sieci i przyłączy telekomunikacyjnych z wykorzystaniem rur (...) 110 i Ø 160;
- Zaprojektowania i wybudowania kanalizacji, która będzie miała nie mniej niż 6500mb długości trasowej;
- Zaprojektowania i wybudowania kabla światłowodowego, który będzie miała nie mniej niż 8000mb długości trasowej;
- Pozyskania aktualnych map do celów projektowych;
- Uzyskanie właściwych dla danego projektu opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych oraz dla lokalizacji tego wymagających prawomocnych pozwoleń na budowę projektowanych elementów;
- Opracowanie dokumentacji budowlanej dla projektowanych przyłączy telekomunikacyjnych;
- Opracowanie dokumentacji wykonawczej na potrzeby budowy kablowych przyłączy optotelekomunikacyjnych w oparciu o w/w projekt przyłączy telekomunikacyjnych a następnie wybudowanie zgodnie z opracowaną dokumentacją;
- Dostarczenia w celu sprawdzenia i zatwierdzenia przez zleceniodawcę opracowań projektowych zgodnych z umową;
- Opracowanie koncepcji logicznej sieci.

Zamawiający określił, iż wymaga połączenia kanalizacją i światłowodem lokalizacji 16 szczegółowo określonych węzłów. Zamawiający dopuścił ponadto możliwość wykorzystania kanalizacji teletechnicznej do zaciągania kabli światłowodowych zrealizowanych w ramach innych inwestycji prowadzonych przez UM E., przy czym nie gwarantował jej drożności i zapewnienie jej drożności należało do wykonawcy. Do zakresu czynności wykonawcy w ramach prac projektowych należało: pozyskanie niezbędnych map do celów projektowych, pozyskanie wszelkich niezbędnych zgód i pozwoleń, wykonanie projektów budowlanych, wykonawczych budowy studni kablowych oraz kabla optotelekomunikacyjnego, opracowanie przedmiarów robót i kosztorysów inwestorskich wg podanych przez zleceniodawcę norm oraz uzyskanie na rzecz zleceniodawcy od właścicieli nieruchomości lub innych posiadaczy prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane wg odpowiednich wzorów umów i druków oświadczeń zatwierdzonych przez zleceniodawcę.

W punkcie III SIWZ wskazano, iż oferent powinien przygotować ofertę cenową w oparciu o własną analizę. Umowa jest ryczałtowa tj. jej cena nie podlega zmianie w trakcie realizacji. Ponadto w punkcie XVIII SIWZ wskazano, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania i powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, i że cena nie ulegnie zmianie przez okres ważności oferty.

(dowód: oferta przetargowa k.113-119, szczegółowa specyfikacja techniczna k.94-104, SIWZ k.105-112).

W wyżej wymienionym zamówieniu publicznym wzięło udział siedmiu oferentów, w tym (...) S.A. z/s w L.. Wszyscy oferenci poza (...) S.A. przed przystąpieniem do składania ofert dokonali oględzin terenu. Żaden z oferentów, w tym też (...) S.A. nie wystąpił do zamawiającego ani z zapytaniem co do treści SIWZ w celu uzyskania wykładni postanowień SIWZ, ani też nie wystąpił z propozycją zmiany postanowień SIWZ. (...) S.A. oświadczyła, że zapoznała się z warunkami przetargu i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń oraz, że uzyskała wszelkie niezbędne informacje do przygotowania oferty i wykonania zamówienia.

(...) S.A. złożyła najtańszą ofertą na kwotę brutto 799 500,00 zł. Następna z kolei oferta Spółki (...) było o ponad 300 000 zł wyższa, gdyż opiewała na kwotę brutto 1 101 978,80 zł, a najdroższa oferta opiewała na około 3 000 000 zł. Urząd Miasta E. pismem z dnia 16 czerwca zwróciła się do (...) S.A. o wyjaśnienie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia. W odpowiedzi z dnia 24 czerwca 2014 roku oferent stwierdził, iż oferta jest prawidłowo skalkulowana i na okoliczność swego dużego doświadczenia w tym zakresie przedłożył pięć listów referencyjnych. W dniu 7 lipca 2014 roku dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty tj., oferty (...) S.A. na kwotę 799 500,00 zł brutto.

W dniu 21 lipca 2014r. Gmina M. E. zawarła z (...) S.A. z/s w L. umowę, której przedmiotem była realizacja zamówienia „Zaprojektowanie, wykonanie, inwentaryzacja i modernizacja sieci światłowodowej” w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”. Warunki realizacji inwestycji określała szczegółowa specyfikacja techniczna oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiące załącznik do umowy. Termin wykonania zamówienia ustalono na 320 dni od dnia podpisania umowy. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 799 500,00 zł brutto, a cena ofertowa miała nie podlegać waloryzacji. W §11 ust. 3 strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia określonego w §4 ust. 2, za każdy dzień opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy. Ponadto zamawiający dopuścił możliwość zmiany istotnych postanowień umowy, w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w §13 umowy.

(dowód: oferta k.1690, pismo z dnia 16.06.2015r. k.1691, odpowiedź na wezwanie k.1692-1693, ogłoszenie o naborze najkorzystniejszej oferty k.1699-1700, zeznania świadków: M. G. k.1845, J. S. k.2055v, A. D. k.1989, W. T. k.1991v, umowa k.89-93).

Z uwagi fakt, że Gmina M. E. dysponowała dodatkowymi środkami w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.” uruchomiła kolejne postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie inwentaryzacji i modernizacji sieci światłowodowej – część II z szacunkową wartością 449 136,96 zł brutto. Ogłoszenie o przetargu zostało umieszczone 05 września 2014r. w (...) wraz z SIWZ oraz szczegółową specyfikacją techniczną. (...) S.A. w L. proponując najniższą cenę w kwocie 381 300,00 zł brutto przetarg wygrała. Po raz kolejny przed przystąpieniem do przetargu nie dokonała oględzin terenu jak również nie wystąpiła do pozwanej za zapytaniem co do treści SIWZ. W dniu 16 października 2014r. strony podpisały umowę nr (...), której przedmiotem było opracowanie szczegółowej koncepcji projektowanych sieci i przyłączy telekomunikacyjnych zgodnych z warunkami technicznymi i przedstawienie jej do akceptacji zleceniodawcy. Wykonawca zobowiązał się do:

- wykonania na podstawie zaakceptowanej koncepcji kompletnej dokumentacji projektowej i wybudowania na terenie miasta E. sieci i przyłączy telekomunikacyjnych z wykorzystaniem rur o 110 i o 160,
- pozyskania aktualnych map do celów projektowych,
- uzyskania właściwych dla danego projektu opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań, projektowych oraz dla lokalizacji tego wymagających prawomocnych pozwoleń na budowę projektowanych elementów,
- opracowania dokumentacji budowlanej dla projektowanych przyłączy telekomunikacyjnych.
- opracowania dokumentacji wykonawczej na potrzeby budowy kablowych przyłączy optotelekomunikacyjnych w oparciu o ww. projekt przyłączy telekomunikacyjnych a następnie wybudowanie go zgodnie z opracowaną dokumentacją,
- dostarczenia w celu sprawdzenia i zatwierdzenia przez Zleceniodawcę opracowań projektowych w terminach zgodnych z umową,
- opracowania koncepcji logicznej sieci.

Termin wykonania zamówienia ustalono na 200 dni od dnia podpisania umowy. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 381 300,00 zł brutto, a cena ofertowa miała nie podlegać waloryzacji. W §11 ust. 3 strony

postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia określonego w §4 ust. 2, za każdy dzień opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy. Ponadto zamawiający dopuścił możliwość zmiany zapisów umowy, w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w §13 umowy.

(dowód: dokumentacja przetargowa koperta k.1727).

W dniu 24 września 2014r. (...) S.A. przedłożyła koncepcję budowy i modernizacji sieci światłowodowej realizowanej w ramach umowy (...) sporządzoną przez projektantów zewnętrznych. Do tej koncepcji dołączono mapy pogładowe z wyszczególnieniem węzłów i tras odcinków sieci bez podania długości kanalizacji teletechnicznej i światłowodowej oraz bez podania skali map. W koncepcji autor wpisał długości tras zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ. Koncepcja została wykonana na mapie ściągniętej z internetu, która jest mapą pogładową a nie pochodzącą z zasobów geodezyjnych. Po złożeniu koncepcji projektanci przystąpili do wykonania projektu, jednakże zostali poinformowani przez Spółkę (...) aby prace te odłożyć i zająć się projektowaniem w dwóch innych zleceń realizowanych przez Spółkę. Ostatecznie prace nad dokumentacją projektową dot. umowy nr (...) zostały zakończone w maju 2015r.

(dowód: koncepcja k. 1612-1613, koperta k.1727, zeznania świadków: K. D. k.1848v-1850, S. N. k.1850-1851).

W związku ze znacznym opóźnieniem w realizacji umów nr (...) Gmina M. E. pismami z dnia 30 marca 2015r. oraz 21 kwietnia 2015r. wystąpiła do wykonawcy o przyspieszenie prac. W odpowiedzi z dnia 27 kwietnia 2015r. (...) S.A. poinformowała, iż zaistniałe opóźnienia w rozpoczęciu działań budowlanych wynikają przede wszystkim z trudności w zaopatrzeniu w kompletny potrzebny materiał. Na szeroką skalę prowadzone są budowy sieci szerokopasmowych dla marszałków województw, a rozpoczęty sezon wiosenny spowodował znaczne zintensyfikowanie robót, co skutkuje zwiększonym zapotrzebowaniem na materiały, które są w wielu przypadkach dostępne z opóźnieniem i trzeba na nie czekać. Pochodną takiej sytuacji jest także reorganizacja prac dla ekip budowlanych, a co za tym idzie ich dostępność. Ważnym czynnikiem, który spowalniał i co gorsze nadal spowalnia prace projektowe dla umowy nr (...) jest bardzo powolne procedowanie wymaganych zezwoleń i uzgodnień z (...) oraz MON, na które to procedowanie mają mały wpływ. Natomiast pismem z dnia 11 maja 2015r. (...) S.A. poinformowała zamawiającego o znacznych odstępstwach od pierwotnych założeń przedstawionych w SIWZ oraz szczegółowej specyfikacji technicznej dotyczącej umowy nr (...), co pociąga za sobą zwiększenie zakresu robót projektowych i realizacyjnych oraz wzrost wartości zadania. W związku z powyższym wykonawca zwrócił się o zwiększenie wynagrodzenia ryczałtowego do kwoty 827 920,00 zł netto (1 018 341,60 zł brutto) oraz zmianę terminu wykonania prac z dnia 05 czerwca 2015r. na dzień 20 lipca 2015r. Gmina M. E. nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku wykonawcy o zwiększenie wynagrodzenia i wydłużenie terminu realizacji zadania.

(dowód: wezwania k.1714, 1715, pismo z dnia 27.04.2015r. k.1701, pismo z dnia 11.05.2015r. k.1716-1717, pismo z dnia (...)).

W dniu 16 lipca 2015r. dokonano protokolarnego odbioru ilościowo jakościowego do zadania „Zaprojektowanie, wykonanie, inwentaryzacja i modernizacja sieci światłowodowej część II” realizowanego w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”. Komisja dokonała odbioru w/w zadania w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.” w zakresie zgodnym z opisaniem w szczegółowej specyfikacji technicznej. Żadna ze stron nie wniosła zastrzeżeń co do jakości i ilości wykonanych prac. Prace zostały wykonane w oparciu o umowę (...) o wartości robót netto 310 000,00 PLN. Opóźnienie w realizacji zadania wyniosło 73 dni.

W dniu 21 października 2015r. dokonano protokolarnego odbioru ilościowo jakościowego do zadania „Zaprojektowanie, wykonanie, inwentaryzacja i modernizacja sieci światłowodowej” realizowanego w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”. Odebrano wykonaną budowę sieci internetu szerokopasmowego o długości 7772mb oraz 16 sztuk węzłów sieci szerokopasmowej wykonanej w oparciu o umowę (...) o wartości robót netto 650 000,00 PLN. Opóźnienie w realizacji zadania wyniosło 138 dni.

(dowód: protokół odbioru z zał. k.1673 -1675, protokół odbioru z zał. k.1669 – 1672).

W dniu 31 sierpnia 2015r. Gmina M. E. wystawiła notę księgową na kwotę 139 174,50 zł tytułem kary umownej za wykonanie z opóźnieniem umowy nr (...), obciążając nią (...) S.A. z/s w L.. W/w nota została odesłana przez Spółkę (...) przy piśmie z dnia 07 września 2015r.

W dniu 23 lutego 2016r. (...) S.A. z/s w L. otrzymała notę księgową wystawioną przez Gminę M. E. na kwotę 551 655 zł tytułem kary umownej za wykonanie z opóźnieniem umowy nr (...). Należności z tytułu naliczonych kar umownych nie zostały zaspokojone.

(dowód: noty księgowe k.1672, 1675, pismo z dnia 07 września 2015r. k.2280).

Inwestycje objęte umową nr (...) zostały w całości zrealizowane i są wykorzystywane przez zamawiającą Gminę M. E. (bezsporne).

Z dniem 25 września 2017r. powódka zmieniła firmę z (...) S.A. na (...) S.A. z/s w L. (dowód: odpis z KRS k.2081-2091).

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo główne nie zasługiwało na uwzględnienie.

Bez wątplenia strony niniejszego postępowania wiązała umowa z dnia 21 lipca 2014r. nr (...), której przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie, inwentaryzacja i modernizacja sieci światłowodowej w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.”. W umowie strony ustalił wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 799 500,00 zł brutto, które zgodnie z postanowieniami SIWZ nie podlegało zmianie.

Żądanie zapłaty dodatkowego wynagrodzenia w wysokości 594 924,36 zł, powódka wywodziła z konieczności wybudowania znacznie większej długości kanalizacji teletechnicznej oraz światłowodów niż zakładano w ofercie przetargowej. Dalej wskazywała, iż nastąpiło to na skutek błędnych założeń w dokumentacji przetargowej znacznie odbiegających od faktycznego stanu robót. Konieczność poniesienia zwiększonych kosztów jest wynikiem okoliczności, za które powódka nie ponosi odpowiedzialności, stąd też zastosowanie w sprawie znajduje przepis art. 632§2 k.c.

Z powyższym stanowiskiem powódki nie sposób się zgodzić.

Podkreślenia wymaga, iż wyjątek od zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego przewiduje art. 632 § 2 k.c. Na podstawie tego przepisu przyjmujący zamówienie może wystąpić z żądaniem podwyższenia wynagrodzenia lub rozwiązania umowy, jeżeli, po pierwsze, po zawarciu umowy nastąpiła zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy; po drugie, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą w razie utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego na uzgodnionym poziomie oraz, po trzecie, zachodzi związek przyczynowy między zmianą stosunków a groźbą rażącej straty po stronie przyjmującego zamówienie (por. wyrok SN z dnia 29.3.2012 r., I CSK 333/11).

Zarówno w judykaturze jak i doktrynie wskazuje się, iż zmiana stosunków w rozumieniu art. 632§2 k.c. charakteryzowana jest jako zdarzenie zewnętrzne, niezależne od stron, którego strony nie były w stanie dokładnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Zasadą wynagrodzenia ryczałtowego, które strony ustaliły w sprawie niniejszej, jest jego niezmienność, nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. W razie braku zgody inwestora na podwyższenie wynagrodzenia, żądanie takie może wykonawca zgłosić na drodze sądowej jedynie w przypadku zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, a wykonanie zobowiązania niepieniężnego groziłoby mu rażąca stratą (por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 14.9.2017 r., I ACA 238/17).

Nie sposób zgodzić się z powódką, iż rozmiaru prac określonych umową nr (...) z dnia 21 lipca 2014r., a w konsekwencji kosztów ich wykonania nie można było przewidzieć. Nie było również podstaw do uznania, iż doszło do zwiększenia

rzeczowego zakresu robót budowlanych i to z winy pozwanej - z powodu jak powódka wskazuje nieprawidłowych - błędnych danych technicznych zawartych w dokumentach przetargowych.

Rozmiar robót budowlanych przyjętych do wykonania przez powódkę określała umowa nr (...) wraz ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną oraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiącymi załączniki do tej umowy. Analiza tej dokumentacji daje podstawy do przyjęcia, iż została ona sporządzona prawidłowo i wbrew twierdzeniom powódki szczegółowo określała zakres zamówienia.

W ramach realizacji zamówienia objętego umową nr (...) z dnia 21 lipca 2014r. należało połączyć 16 węzłów optycznych za pomocą kanalizacji teletechnicznej wraz z kablem optycznym. Przy czym zaprojektowana i wybudowana kanalizacja miała mieć nie mniej niż 6 500 mb długości trasowej, a zaprojektowany i wybudowany kabel światłowodowy miał mieć nie mniej niż 8 000 mb długości trasowej. Inwestycja była realizowana w systemie „zaprojektuj i wybuduj” – dokumentację projektową miała wykonać powódka w oparciu o wytyczne wynikające z warunków ogłoszonego przez pozwaną przetargu. Zamawiający w dokumentacji przetargowej wystarczająco określił przebieg sieci jak też określił węzły, które miały być połączone. Wykonawca na etapie projektu miał możliwość wyboru przebiegu tras dostosowując do wymagań wynikających z warunków przetargu. Zamawiający pozostawił pełną swobodę wykonawcy w zakresie zaprojektowania, wykonania kanalizacji teletechnicznej i ułożenia kabla światłowodowego.

W trakcie postępowania przetargowego powódka nie występowała do pozwanej z zapytaniem co do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a składając ofertę złożyła oświadczenie, iż zapoznała się z warunkami przetargu i nie wnosi żadnych uwag.

Podkreślenia wymaga, iż powódka jako jedyny wśród oferentów startujących w przetargu, przed sporządzeniem oferty nie przeprowadziła oględzin terenu. Jak istotne znaczenie dla prawidłowego skonstruowania oferty mają oględziny terenu wskazywali świadkowie: A. D. (k.1981), W. T. (k.1982-1982v) czy też S. N. (k.1850), który brał udział w realizacji zamówienia na etapie projektowania. Również świadek J. S., który był odpowiedzialny za realizację przedmiotowej inwestycji z ramienia powódki, stwierdził iż aby oszacować wartość zamówienia należało pojechać w teren (k.2059). Zważywszy na fakt, iż obowiązkiem wykonawcy było nie tylko wybudowanie ale też zaprojektowanie sieci łączącej 16 węzłów, dokonanie oględzin pozwoliłoby uzyskać wiele informacji, tj. długości przewidywanych kanalizacji teletechnicznych, ułożenia kabli światłowodowych, stanu technicznego istniejącej kanalizacji, daty jej wykonania, dostępu do istniejących urządzeń, miejsc i przebiegów kanalizacji na terenach wojskowych, (...), czy skrzyżowań z drogami. Przejście po trasie przewidywanych kanalizacji i przewidywanych kabli światłowodowych pozwoliłoby prawidłowo złożyć ofertę uwzględniającą wszystkie uwarunkowania wynikające z SIWZ.

Wskazać nadto należy, iż powódka jeszcze na etapie postępowania przetargowego miała możliwość zweryfikowania swojej oferty albowiem pozwana w sytuacji, gdy oferta powódki był o około 300 000 zł tańsza od kolejnej, zwróciła się z zapytaniem czy zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W odpowiedzi, powódka poinformowała, iż dokonała prawidłowej kalkulacji oferty.

Fakty przedstawione powyżej wynikają również z opinii biegłego z zakresu sieci i instalacji elektrycznych R. J. (k.2095-2104, 2146-2148) oraz biegłego ds. elektryczności K. B. (k.2191- 2202, 2237-2240), które to opinie Sąd obdarzył wiarygodnością. Opinie te są szczegółowe i wyczerpująco odpowiadają na pytania Sądu, odnosząc się do materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. O trafności wniosków biegłych świadczy fakt, iż są one spójne i wzajemnie się uzupełniają. Mając na uwadze treść czterech spójnych opinii sporządzonych w sprawie (dwie zasadnicze oraz dwie uzupełniające) Sąd oddalił wniosek powódki o dopuszczenie dowodu z kolejnych opinii uzupełniających, uznając iż dotychczas zgromadzony materiał dowodowy jest wystarczający dla rozstrzygnięcia sprawy.

W/w biegli wskazali, iż wykonawca nie wykonał jakichkolwiek prac dodatkowych nie objętych zamówieniem. Zamawiający wystarczająco określił przebieg sieci jak również węzły, które miały być połączone. Niewłaściwe oszacowanie kosztów inwestycji przez powódkę, wynikało z faktu, iż złożenie oferty odbyło się bez przeprowadzenia oględzin, w szczególności w kontekście wartości zamówienia oszacowanego przez pozostałych oferentów. Biegli wskazali ponadto, iż zamawiający pozostawił pełną swobodę wykonawcy w zakresie zaprojektowania, wykonania

kanalizacji teletechnicznej i ułożenia kabla światłowodowego. Na etapie projektu istniała możliwość zweryfikowania zakresu prac i zaprojektowania ich zgodnie z warunkami wynikającymi z SIWZ. Na etapie realizacji wykonawca nie zgłaszał konieczności wykonania prac dodatkowych, jak również zamawiający nie wyrażał zgody na wykonanie takowych prac. Faktyczny rozmiar prac w zakresie, w jakim faktycznie zostały wykonane przez powoda był do przewidzenia pod warunkiem przeprowadzenia oględzin terenu przyszłej realizacji oraz właściwym przygotowaniu oferty uwzględniającej zapisy wynikające z SIWZ. Odstąpienie od przeprowadzenia wizji lokalnej w miejscu przyszłej realizacji skutkowało tym, że powódka nie miała pełnej wiedzy odnośnie trudności jakie może napotkać przy jej realizacji np. tereny Szpitala (...), tereny (...).

Uwzględniając powyższe Sąd uznał, iż powódka złożyła ofertę bez właściwego i pełnego przygotowania, rozpoznania miejsca i warunków realizacji zadania. Skutkowało to faktem, że przez okres realizacji nie miała pełnej wiedzy o zakresie realizacji wynikającej z wygranego przetargu, jak i kosztów inwestycji. Przy czym końcowo powódka wykonała zamówienie w ten sposób, że dokonała połączenia 16 węzłów określonych w Szczegółowej Specyfikacji (...). Nie wykonała zatem żadnych innych robót poza określonymi umowa nr (...) z dnia 21 lipca 2014r.

W tym stanie rzeczy powództwo podlegało oddaleniu albowiem w sprawie nie zaistniały okoliczności określone w art.632§2 k.c. Zdaniem Sądu po stronie pozwanej nie doszło również do wzbogacenia kosztem powódki. Powódka nie wykazała, by bezpodstawne wzbogacenie nastąpiło i jaka jest ewentualna jego wartość. Zdaniem Sądu zabrakło dowodów co do tego, jakie i jakiej wartości prace powódka wykonała ponad zakres umowny i umówiony ryczałt.

W przedmiocie kosztów procesu, co do powództwa głównego Sąd orzekł na podstawie art.98 k.p.c. obciążając powódkę kosztami procesu poniesionymi przez pozwaną, w łącznej wysokości 12 464 zł, na które złożyły się: koszty zastępstwa procesowego – 10 800 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł, zaliczka w kwocie 1647 zł. Ponieważ w sprawie pozostały nierozliczone wydatki w kwocie 4 470,62 zł wywołane powództwem głównym, Sąd na zasadzie art.113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, obciążył nimi powódkę.

Roszczenie wzajemne powódki Gminy M. E. o zapłatę kar umownych co do zasady zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do treści art.484 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

W § 11 ust.3 umowy nr (...) z dnia 21 lipca 2014 roku, strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % z wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Ostatecznie umowa została wykonana przez pozwaną wzajemną z 138-dniowym opóźnieniem, co skutkowało naliczeniem przez powódkę wzajemną kary w wysokości 551 655,00 zł.

Natomiast na podstawie § 11 ust.3 umowy nr (...) z dnia 16 października 2014 roku, strony postanowiły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % z wartości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Ostatecznie umowa została wykonana przez pozwaną wzajemną z 73-dniowym opóźnieniem, co skutkowało naliczeniem przez powódkę wzajemną kary w wysokości 139 174,50 zł.

Pozwana wzajemna domagając się oddalenia powództwa wzajemnego oraz alternatywnie wnosząc o zmiarkowanie kar umownych wskazywała na następujące okoliczności:

- zwiększony zakres prac projektowych, a co za tym idzie zwiększony znacząco rozmiar prac budowlanych;
- opóźnienia w uzyskiwaniu zezwoleń na prowadzenie prac projektowych dotyczących terenów należących do (...) oraz (...) S.A.;
- późne przekazanie terenu w pasie jezdni ul. (...) przez spółkę (...), która prowadziła tam roboty drogowe;
- użyczenie gruntu, na którym miały być prowadzone roboty, w skład którego wchodziły pasy drogowe znajdujące się na 11 ulicach oraz 10 terenów komunalnych, na podstawie umowy użyczenia (...). (...)dopiero w dniu 13.04.2015r.;

- niedrożność kanalizacji światłowodowej, zbyt małą średnicą kanalizacji oraz inne problemy, które spowodowały konieczność zmiany planowanego sposobu wykonywania połączeń światłowodowych;

- zlecenie przez pozwaną wykonania prac na podstawie umowy (...) przed wykonaniem inwentaryzacji kanalizacji światłowodowej w ramach wykonania systemu paszportyzacji na podstawie umowy nr (...).

W toku postępowania pozwana wzajemna wskazywała dodatkowo na rażąco wysoką karę przy uwzględnieniu faktu, iż zobowiązanie zostało w całości wykonane.

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Z tego względu, mimo że należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03). Przy czym w przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest - na podstawie art. 484 § 2 k.c. - zmniejszenie kary umownej przez sąd, na żądanie dłużnika. Tak w piśmiennictwie jak i w orzecnictwie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r., sygn. akt V CKN 1075/00) przyjmuje się, że zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana.

Sąd nie podzielił argumentacji pozwanej wzajemnej co do przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy nr (...). Szczegółowy wywód przedstawiony powyżej nie dał podstawy do przyjęcia, iż pozwana wzajemna wykonała nieprzewidziane umowami prace projektowe lub budowlane. Jak chodzi o opóźnienia w uzyskiwaniu pozwoleń na prowadzenie robót na terenach należących do MON czy (...) S.A, to wynikały one z opóźnienia w sporządzeniu dokumentacji projektowej. Świadek S. N. (k.1850) wskazał, iż do sporządzenia projektów w ramach umowy (...) przystąpił we wrześniu 2014r. Jednakże w niedługim czasie został zobowiązany przez zleceniodawcę (pozwaną wzajemną) do odłożenia tych prac i zajęcia się pracami w ramach dwóch innych umów realizowanych przez pozwaną wzajemną. Dlatego też dokumentacja projektowa dotycząca umowy nr (...) zamiast w grudniu 2014 r. była gotowa dopiero w maju 2015r. Analiza dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy wskazuje, iż opóźnienie w uzyskaniu pozwoleń wynikało z faktu niewystąpienia przez pozwaną wzajemną z wnioskiem o stosowne pozwolenia i zgody w należytych terminach. Pierwsze pisma kierowane do podmiotów, które miały udzielić zgody na roboty budowlane pochodziły dopiero z marca 2015r., a więc z okresu dużo późniejszego niż pierwotny termin zakończenia prac projektowych (grudzień 2014r.). Podkreślenia przy tym wymaga, iż zgodnie ze szczegółową specyfikacją techniczną (k.100v) to wykonawca był zobowiązany do pozyskania niezbędnych map do celów projektowych oraz wszystkich niezbędnych zgód i pozwoleń. Również ze szczegółowej specyfikacji technicznej wynika, iż zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania z kanalizacji teletechnicznej do zaciągania kabli światłowodowych zrealizowanych w ramach innych inwestycji prowadzonych przez UM E., przy czym zamawiający nie gwarantował jej drożności i zapewnienie jej drożności należało do wykonawcy (k.99v). W tych okolicznościach pozwana wzajemna decydując się na wykorzystanie istniejącej kanalizacji teletechnicznej czyniła to na własne ryzyko, a zamawiający nie odpowiadał za jej drożność.

Odnośnie kolizji robót z firmą (...), to istotnie miała ona miejsce przy czym pozwany wzajemny nie wykazał w jakim stopniu przyczyniła się ona do opóźnienia w wykonywaniu robót budowlanych. Roboty były bowiem wykonywane równolegle w różnych miejscach i wobec krótkotrwałej przeszkody na ulicy (...) pozwany wzajemny mógł przenieść ekipę budowlaną celem realizacji inwestycji w innym miejscu.

Umowa użyczenia (...). (...)(...)pomiędzy (...) S.A. została podpisana w dniu 13 kwietnia 2015r. po przesłaniu jej w dniu 8 kwietnia 2015r. przez wykonawcę (k.2285, 2289-2291), stąd też nie sposób uznać, iż zamawiający dopuścił się jakichkolwiek działań zmierzających do opóźnienia realizacji inwestycji.

Zdaniem Sądu pozwany wzajemny w żaden sposób nie wykazał, iż prawidłowa realizacja inwestycji objętej umową nr (...) była uzależniona od uprzedniej realizacji umowy nr (...). Przypomnieć bowiem należy, iż przystępując do postępowania przetargowego w ramach projektu „Bezpieczna sieć szerokopasmowa Miasta E.” pozwana wzajemna nie mogła zakładać, że w niedługim czasie będzie realizowany drugi etap tej inwestycji. Z takim zamiarem powódka wzajemna wówczas nie nosiła się. Wszczęcie postępowania przetargowego na drugi etap inwestycji wynikał natomiast z faktu pozyskania oszczędności na realizację pierwszego etapu, gdzie pozwana wzajemna zaproponowała cenę o około 400 000 zł niższą niż przewidziana na ten cel.

Treść pism z dnia 30 marca 2015r. oraz 21 kwietnia 2015r. wzywających wykonawcę do przyspieszenia prac objętych umowami nr (...) oraz treść zeznań świadków: S. N., W. K., H. B. czy A. D. wskazują, iż przyczyną opóźnienia w realizacji w/w umów było opóźnienie w wykonaniu prac projektowych co następnie wpłynęło na termin wykonania prac budowlanych. W opinii Sądu są to okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie pozwana wzajemna stąd też nie może zwolnić się z obowiązku zapłaty na rzecz powódki wzajemnej kar umownych. Niemniej jednak zdaniem Sądu zachodzą w sprawie podstawy do zmiarkowania wyliczonych przez powódkę wzajemną kar umownych. Nie budzi wątpliwości, iż umowy nr (...) zostały w całości wykonane, a zbudowana infrastruktura jest wykorzystywana przez powódkę wzajemną. Uwzględniając ten fakt oraz wysokość naliczonych kar – w przypadku umowy nr (...) jest 69% wynagrodzenia, a w przypadku umowy nr (...)% wynagrodzenia, Sąd zmiarkował kary umowne do poziomu 20% każdej z nich.

Zdaniem Sądu zastosowana stopa miarkowania na poziomie 20% wynagrodzenia pozwanej wzajemnej jest odpowiednia, adekwatna do okoliczności sprawy, a przy tym zgodna z prezentowanymi w tej materii poglądami judykatury i doktryny. Z jednej strony nie może być ona uznana za zbyt niską, gdyż zmiarkowanie kary umownej w wymiarze symbolicznym bądź w ogóle odstąpienie od miarkowania pozbawiałoby pozwaną wzajemną bardzo dużej części wynagrodzenia za wykonane prace. Z drugiej zaś nie może być uznana za zbyt wysoką, gdyż pozwana znacznie się opóźniła z wykonaniem zobowiązania. Stąd też, chociażby z uwagi na funkcję wychowawczą kary umownej, nie można premiować tak dalekiego opóźnienia poprzez zniwelowanie kary do zera, lub kwoty zupełnie symbolicznej.

W przedmiocie odsetek ustawowych za opóźnienie od zasądzonych kar umownych Sąd orzekł na podstawie art.481 k.c., uwzględniając termin wymagalności ustalony w umowach – 14 dni od daty doręczenia not księgowych. Nota księgowa o naliczeniu kary umownej z umowy (...) została pozwanej wzajemnej doręczona w dniu 23 lutego 2016r., stąd należne odsetki od zmiarkowanej kary umownej w kwocie 110 331 zł zasądzono od dnia 10 marca 2016r. Natomiast odsetki od kary umownej w kwocie 27 834,90 zł wynikającej z umowy nr (...) zasądzono od dnia 26 września 2015r., tj. od daty wymagalności zgłoszonego żądania.

W przedmiocie kosztów procesu Sąd orzekł na podstawie art.100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo między stronami. Powódka wzajemna utrzymała się z roszczeniem w 20%, przy czym poniosła koszty w wysokości 45 342 zł (opłata sądowa – 34 542 zł, koszty zastępstwa procesowego – 10 800 zł), natomiast pozwana wzajemna wygrała sprawę w 80% i poniosła koszty zastępstwa procesowego w wysokości 10 800 zł. Stąd też po stosunkowym rozdzieleniu kosztów procesu, pozwana wzajemna jest zobowiązana zwrócić powódce wzajemnej kwotę 428,40 zł.

SSO Alicja Wiśniewska