

Sygn. akt I C 1191/19

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2020 roku

Sąd Rejonowy dla Łodzi Widzewa w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodnicząca: SSR Emilia Racięcka

Protokolant: staż. Joanna Ciucias

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2020 roku w Łodzi

sprawy z powództwa Miasta Ł. – Szkoły Podstawowej nr (...) w Ł.

przeciwko T. P. s.r.o. w Republice Czeskiej

o zapłatę:

1. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 43.200 złotych (czterdzieści trzy tysiące dwieście) z ustawowymi odsetkami od 2 września 2011 roku do dnia zapłaty, przy czym od 1 stycznia 2016 roku należą się odsetki ustawowe za opóźnienie;
2. oddala powództwo w pozostałym zakresie;
3. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.046,48 złotych (trzy tysiące czterdzieści sześć 48/100) tytułem zwrotu kosztów procesu.
4. obciąża pozwaną obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi - Widzewa w Łodzi kwoty 2.141,84 złotych (dwa tysiące sto czterdzieści jeden 84/100) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

I C 1191/19

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 9 sierpnia 2011 roku Miasto Ł. – Szkoła Podstawowa nr (...) w Ł., reprezentowana przez radcę prawnego, wniosła o zasądzenie od pozwanej T. P. s.r.o. z siedzibą w T. w Czechach: kwoty 43.200 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty, tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy, z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, domagając się także zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu strona powodowa wskazała, że w dniu 8 listopada 2010 roku zawarła z pozwanym umowę, w ramach której pozwany miał zrealizować inwestycję w postaci placu zabaw przy ulicy (...) w Ł.. Oferta pozwanego została wyłoniona w drodze przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Termin rozpoczęcia realizacji określono na okres od 9 listopada do 15 grudnia 2010 roku. W umowie zastrzeżono karę umowną na wypadek niezrealizowania zadania inwestycyjnego w wysokości 20% wynagrodzenia brutto. Wykonawca nie wykonał zobowiązania w żadnej części, powód jako zamawiający odstąpił zatem od umowy z przyczyn przez siebie niezawinionych i obciążył pozwanego karę umowną, której wykonawca nie uiścił, pomimo wezwania.

(pozew k. 2-6)

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 18 sierpnia 2011 roku uwzględniono żądanie pozwu w całości i rozstrzygnięto o kosztach procesu. Na powyższy nakaz pozwany złożył sprzeciw, wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesowych.

Motywuując swoje stanowisko pozwany, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za nierealizowanie inwestycji. Zarzucił powódce nieprawidłowe przygotowanie dokumentacji projektowej, które zdaniem strony pozwanej obciążały powódkę. Projekt obarczony był błędem w zakresie obejmującym nasyp nad kablem energetycznym. O trasie przebiegu kabla strona pozwana dowiedziała się już po podpisaniu umowy, a powód zaniechał zmiany projektu. Pozwany podpisując umowę, dokonał zastrzeżenia uzależniającego rozpoczęcie prac od zaakceptowania przez inspektora nadzoru zmian projektu wprowadzonych przez pozwanego. Nadto warunki atmosferyczne panujące w listopadzie i grudniu 2010 roku uniemożliwiły realizację robót w zgodzie ze sztuką budowlaną. Składając ofertę pozwany nie miał wiedzy w jakiej dacie zawrze umowę, zatem ta okoliczność nie obciąża wykonawcy, a o przeszkodach informował inwestora.

(sprzeciw od nakazu zapłaty k. 33-34)

W odpowiedzi na sprzeciw powód podtrzymał powództwo w całości. Podniósł, że jednostronne oświadczenie woli pozwanego polegające na dokonaniu zastrzeżenia warunkującego rozpoczęcie prac nie stanowiło integralnej części umowy i nie zostało zaakceptowane przez powoda, zatem nie jest wiążące. Wprowadzenie takiego warunku nadto stanowi istotną zmianę treści umowy w stosunku do oferty, a z takową prawo zamówień publicznych wiąże skutek unieważnienia. Pozwany wyraził zgodę na termin realizacji zadania inwestycyjnego, nie postulował umieszczenia w umowie dodatkowych postanowień na wypadek zaistnienia wskazanych trudności. Pozwany nawet nie podjął starań celem rozpoczęcia budowy.

(odpowiedź na sprzeciw k. 54-56)

W piśmie procesowym z dnia 30 stycznia 2015 roku pełnomocnik pozwanego zareplikował, że zmiana w zakresie dokumentacji projektowej nie stanowi zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty. Powód nie sprzeciwił się poczynionemu w treści umowy zastrzeżeniu. Nadto poniósł zarzut nieskuteczności odstąpienia od umowy, jako oświadczenia niespełniającego wymogów z przepisu art. 635 k.c. – złożone po terminie wykonania dzieła. Z ostrożności procesowej pozwany wskazał, że powodowi przysługiwało prawo do odstąpienia na mocy łączącej strony umowy jedynie z przyczyn niezawinionych przez powoda. W ocenie pozwanego, przyczyny niezrealizowania zadania inwestycyjnego obciążają wyłącznie inwestora.

(pismo procesowe k. 199-201)

Postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2017 roku postępowanie w sprawie zostało zawieszono do czasu zakończenia postępowania upadłościowego pozwanego w K. w Republice Czeskiej. Postanowieniem z dnia 6 sierpnia 2019 roku podjęto postępowanie w sprawie.

(postanowienie k. 442-442v, postanowienie k. 519)

Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

(pismo powoda k. 529, pismo pozwanego k. 535)

Na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r. pełnomocnik pozwanego podniósł, że dochodzona kara umowna jest rażąco zawyżona.

(protokół rozprawy k. 577)

**Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

W dniu 9 listopada 2010 w Ł., w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w drodze przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, została zawarta pomiędzy powodem (jako zamawiającym) a pozwanym (jako wykonawcą) umowa nr (...). Przedmiotem tej umowy była budowa szkolnego placu zabaw realizowanego w ramach programu „Radosna szkoła” przy Szkole Podstawowej nr (...) w Ł.. Szczegółowy opis przedmiotu został przedstawiony w dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Integralnymi częściami umowy były: dokumentacja projektowo-kosztorysowa i dokumentacja przetargowa, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i oferta wykonawcy. Termin rozpoczęcia prac wyznaczono na dzień 9 listopada 2010 r., a zakończenia na 15 grudnia 2010 r. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia z materiałów własnych, zgodnie z dokumentacją projektowo-kosztorysową oraz obowiązującymi normami i przepisami. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 216.000 zł brutto. Zgodnie z §9 umowy, zamawiającemu przysługiwało prawo do naliczania kar umownych m.in. za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego ustalonego za wykonanie przedmiotu umowy. Odstąpienie od umowy na mocy § 10 było także możliwe jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w wyznaczonym terminie. Odstąpienie następowało w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości przez zamawiającego o zaistniałych podstawach do odstąpienia i wymagało formy pisemnej. Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności i tylko w granicach unormowania art. 144 i 145 ustawy Prawo o zamówieniach publicznych.

(umowa k.10-14)

Po wygraniu przetargu odbyło się przekazanie terenu ale pozwany nie dokonał wizji lokalnej. Pozwany nie zgłaszał żadnych uwag ani problemów odnośnie dokumentacji projektowej. Wizji lokalnej dokonano już po podpisaniu umowy. Początkowo wykonawca deklarował niezwłoczne rozpoczęcie robót. W projekcie uwzględniono przebiegający przez teren kabel energetyczny, który został wydzielony strefą ochronną przez nasadzenia krzewów. Nie sprawdzono jednak, gdzie dokładnie znajduje się trasa kabla. Nie było przeszkód aby pozwany wjechał na teren budowy.

(zeznania świadka J. G. k. 93-94, zeznania świadka G. D. k. 95, zeznania świadka A. W. k. 575v, opinia biegłego k. 113)

Z uwagi na niemożność ustalenia wspólnego terminu spotkania, umowa ta została podpisana najpierw przez stronę zamawiającą a dopiero kilka dni później – w dniu 8 listopada 2010 roku przez przedstawiciela strony pozwanej. J. M., działając w imieniu pozwanego dopisał odręcznie pod treścią umowy: „wykonawca warunkuje wykonanie umowy pod warunkiem akceptacji zmiany planu z par. 1 pkt. 3 nin. umowy”. Przy podpisywaniu umowy w dniu 8 listopada 2010 roku obecny był pracownik gospodarczy powoda – G. D., który nie zdołał zaoponować działaniom pozwanego. Sam pozwany nie informował powoda o poczynionej adnotacji. Powód nie wyrażał zgody na jakąkolwiek zmianę. Szkoła Podstawowa nr (...) została poinformowana o treści adnotacji, przez G. D., ale nie przywiązywała doń wagi, pozostając w przekonaniu o jej bezskuteczności.

(umowa k. 14, zeznania świadka A. W. k. 575v-576, zeznania świadka G. D. k. 95, zeznania świadka J. M. k. 306)

Pozwany był jedynym oferentem przystępującym do przetargu, z uwagi na nietypowe położenie kabla zasilającego. Pozwany przystępując do przetargu był świadomy istnienia kabla energetycznego na terenie inwestycyjnym. Inwestor podpisał umowę bez refleksji, obecnie by jej nie podpisał w takim kształcie.

(pismo k. 21, zeznania świadka J. M. k. 306, zeznania świadka Z. U. k. 576v)

W dniu 2 grudnia 2010 r. omówiono i zatwierdzono urządzenia oraz ich rozmieszczenie na placu zabaw zgodnie z projektem nadesłanym dnia 30 listopada 2010 r. przez T. P..

(notatka służbowa k. 28)

Projekt inwestycji nie ulegał żadnym zmianom.

(bezsporne)

Pozwany w ogóle nie zrealizował zadania inwestycyjnego, nie rozpoczął żadnych robót mających na celu wykonanie zobowiązania.

(bezsporne)

Warunki atmosferyczne nie stanowiły przeszkody w realizacji zadania inwestycyjnego. W tym czasie pozwany wykonywał na terenie Ł. także inne place zabaw, które zostały ukończone w terminie.

(zeznania świadka P. J. k. 261, zeznania świadka Z. U. k. 576v)

Pismem opatrzonym datą 15 grudnia 2010 r. Szkoła Podstawowa nr (...) w Ł. wezwała pozwanego do zintensyfikowania działań zmierzających do oddania obiektu w nieprzekraczalnym terminie do 16 grudnia 2010 r., wskazując że niewywiązanie się z terminu będzie skutkowało odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy. W odpowiedzi na powyższe, pozwany wyjaśnił, iż nie podjął prac budowlanych z uwagi na obecność kabla energetycznego w nasypie, niepozwalającą na poruszanie się po skarpie ciężkim sprzętem, nadto niemożność wjazdu od strony drogi publicznej, warunki atmosferyczne oraz fakt, iż inspektor nadzoru nie zaakceptował projektu wykonawcy.

(pismo k. 15, odpowiedź na pismo k. 16-17)

Pismem opatrzonym datą 22 grudnia 2010 r. powód odstąpił od umowy nr (...) z 8 listopada 2010 roku, w związku z niewywiązaniem się z umowy, z winy wykonawcy. Jednocześnie powód wezwał pozwanego do uiszczenia kary umownej w wysokości 43.200 zł w ciągu 30 dni od daty odstąpienia od umowy. Strony prowadziły dalszą korespondencję, ale nie doszły do porozumienia.

(odstąpienie od umowy k. 19 pisma k. 20-27)

W 2010 roku Szkoła Podstawowa nr (...) w Ł. nie wykorzystwała funduszy z rządowego programu (...). Całą procedurę przetargową musiano rozpocząć od nowa w kolejnym roku. Ostatecznie plac zabaw został zrealizowany przez inny podmiot, z dużym opóźnieniem w stosunku do pierwotnego założenia.

(zeznania świadka A. W. k. 576)

Na podstawie projektu i dokumentacji wskazanej w § 1 pkt. 3 umowy, **można było zrealizować określone w umowie zadania w terminie wynikającym z umowy**, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Można było przystąpić do prac ziemnych w dniu, jak przewidywała umowa. Wykonawca wspólnie z inwestorem powinni zwrócić się do Zakładu (...) o ustalenie sposobu właściwego zabezpieczenia kabla. Możliwe było jednak prowadzenie prac **bez użycia sprzętu ciężkiego nad kablem energetycznym**, jednakże ze szczególną ostrożnością pod nadzorem Zakładu (...) i przy zachowaniu przepisów BHP. Z uwagi na bezpieczeństwo przyszłych użytkowników – dzieci, projekt nie spełnia wymagań szczególnie w sposobie zabezpieczenia kabla przed uszkodzeniami. Projektu nie zewidencjonowano w Wydziale Geodezji Urzędu Miasta Ł., a więc nie sprawdzono gdzie znajduje się trasa kabla. Mapa taka nie może stanowić podstawy do projektowania. Na planie zagospodarowania brak jest usytuowania kabla. Kabel energetyczny przebiegający przez teren, w projekcie został wydzielony strefą ochronną poprzez posadzenie krzewów. W miejscu, gdzie przebiegał kabel, nie było konieczności prowadzenia robót z użyciem ciężkiego sprzętu. Wymagana była szczególna ostrożność w przypadku prowadzenia prac w sąsiedztwie i w kierownictwie budowy. Prace powinny być prowadzone sposobem ręcznym, łącznie z ewentualnym wyłączeniem napięcia przez 2-3 godziny przez Zakład (...).

**Zmiana trasy kabla nieruchomości jest zmianą nieistotną w świetle przepisów prawa** i winna być uzgodniona z projektantem i ewentualnie z Zakładem (...). Realizacja ułożenia kabla winna być zgodna z projektem,

przepisami prawa budowlanego i sztuką budowlaną, w szczególności: przykryta folią lub w szczególnych miejscach kształtami ceglanymi a wykop powinien być zasypany piaskiem.

Przed podpisaniem umowy wykonawca zapoznaje się z dokumentacją, w tym szczególnym przypadku – z uzbrojeniem terenu. Na tym etapie wstępnym, ma prawo zwrócić się z uwagami do projektu do inwestora. Jeśli nie było uwag ze strony wykonawcy, to można było przystąpić do prac. Projektant powinien dokonać ustaleń z zakładem energetycznym, do dokumentacji projektowej powinna być załączona jakaś opinia z zakładu energetycznego.

(opinia biegłego k. 110-113, uzupełniająca opinia biegłego k. 560-560v, ustna uzupełniająca opinia biegłego k. 574v-575)

Powyższy stan faktyczny sąd ustalił w oparciu o materiał dowodowy zebrany w przedmiotowej sprawie w postaci załączonych do akt sprawy dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron postępowania. Strony spierały się co do okoliczności, czy wykonanie zadania inwestycyjnego w niniejszej sprawie, w świetle poczynionych ustaleń, było możliwe do zrealizowania. W tej materii, wymagana była wiedza specjalna, zatem Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Biegły w toku rozprawy złożył dwie opinie uzupełniające. Podtrzymał swoją opinię w całości, odpowiedział na wszystkie pytania pełnomocników stron. Po uzupełnieniu opinii, żadna ze stron nie złożyła żadnych zastrzeżeń, nie zgłosiła także żadnych wniosków dowodowych.

Sąd dał wiarę opinii biegłego, jako spójnej i logicznej i dlatego posiłkował się nią w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Występujące rozbieżności w zeznaniach stron jak i świadków w praktyce sprowadziły się do odmiennej interpretacji przyczyn braku realizacji zadania inwestycyjnego przez wykonawcę. Sąd zważył także na to, iż świadkowie w części – z uwagi na znaczny upływ czasu, nie pamiętali dokładnych okoliczności zawarcia umowy.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka J. L. podlegał oddaleniu wobec niewskazania przez stronę pozwaną adresu zamieszkania świadka. Zeznania świadka W. S. zostały pominięte, jako nic nie wnoszące do sprawy, świadek nie pamiętała okoliczności zawarcia umowy i nie miała wiedzy co do spornych okoliczności sprawy.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadka J. M., w części, to w jest w zakresie w jakim treść zeznań koreluje z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Świadek był przedstawicielem powoda i jego pracownikiem, nadto on osobiście odpowiadał za przedmiotową inwestycję. Z jego zeznań wynika, że strona pozwana zgłaszała konieczność zmiany projektu jeszcze przed podpisaniem umowy, co nie znajduje odzwierciedlenia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności nie wynika z treści dokumentów przedłożonych do akt. Logicznym wydaje się, że gdyby faktycznie wykonawca podnosił wadliwość projektu jeszcze na etapie wstępnym, winien dysponować jakimś dokumentem na tę okoliczność. Trudno wyobrazić sobie, aby zgłaszał tak istotne zastrzeżenia, które wedle zeznań świadka miały wpływ na realizację umowy, w formie ustnej i jednocześnie podpisałby umowę.

W opinii biegły potwierdził, iż co prawda istniały pewne niedociągnięcia w dokumentacji projektowej, nadto inwestor wraz z projektantem winni zadbać o ewentualną opinię zakładu energetycznego, jednakże strona pozwana przystępując do przetargu miała wiedzę o newralgicznym położeniu kabla energetycznego – co sama przyznała w korespondencji z inwestorem jeszcze na etapie przedsądowym – i co w jej ocenie stanowiło przyczynę braku innych oferentów w przetargu. Jak wskazał biegły, skoro na etapie wstępnym wykonawca, zaznajomiwszy się z dokumentacją projektową i kosztorysową nie zgłaszał uwag w zakresie projektu, mógł podjąć prace. Sąd ustalił także, iż ewentualna zmiana projektu polegająca na zmianie przebiegu kabla jest zmianą nieistotną i nie wpływającą na możliwość realizacji zadania inwestycyjnego.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo zasługuje na uwzględnienie w całości.

Nie było między stronami sporu odnośnie charakteru i treści łączącej ich umowy, tego, że została ona rozwiązana wskutek odstąpienia dokonanego przez powoda oraz sposobu obliczenia kary umownej z tego tytułu (jako 20% wynagrodzenia umownego brutto), której to kary - w niniejszym procesie dochodził powód.

Oś sporu w niniejszej sprawie koncentrowała się wokół tego, czy były podstawy do odstąpienia przez powoda od umowy z przyczyn zawinionych przez pozwanego i naliczenia kary umownej z tego tytułu. Pozwany podnosił bowiem, że niewykonywanie robót objętych umową wynikało z przyczyn od niego niezależnych (wadliwy projekt uniemożliwiający przeprowadzenie robót oraz niesprzyjające warunki atmosferyczne) a w konsekwencji naliczenie kary umownej nie było uzasadnione.

W celu wyjaśnienia tych okoliczności dopuszczono dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, któremu udostępniono dokumentację projektową, techniczną i wykonawczą robót, jakie miał wykonać pozwany oraz dokumentację przetargową, którą przekazano im przed zawarciem umowy.

Biegły przeprowadził kilkakrotnie analizę dokumentów, w tym także w celu uzupełnienia i wyjaśnienia wątpliwości, uwag i zarzutów wniesionych przez stronę pozwaną. Uważna analiza treści opinii biegłego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w terminie określonym umową, generalnie istniała możliwość wykonywania przedmiotowych robót, z zachowaniem szczególnej ostrożności w okolicy przebiegu kabla.

W ocenie Sądu nie ma uzasadnionych podstaw do kwestionowania wniosków złożonych w sprawie opinii. Biegły sformułował je po drobiazgowym badaniu dostępnych materiałów oraz skonfrontowaniu ich z uwagami i zarzutami podnoszonymi przez pozwanego. Swoje wnioski rzeczowo i przekonująco uargumentował, wyczerpująco odnosząc się do wszystkich okoliczności podnoszonych przez wykonawcę. Nie ujawniono żadnych uzasadnionych przesłanek, które mogłyby sugerować stronniczość biegłego lub brak kompetencji do wypowiedzania się w sprawach poddanych jego ocenie. W konsekwencji, wnioski sformułowane przez biegłego w ocenie Sądu można było uznać za miarodajne dla rozstrzygnięcia, zwłaszcza, że uwagi ostatecznie wnoszone przez pozwaną miały charakter polemiki, do której biegły przekonująco odniósł się na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku w sprawie, nie znajdując podstaw do zmiany wniosków opinii.

Strony niniejszego postępowania zawarły 8 listopada 2010 roku umowę nr (...) na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania placu zabaw na terenie należącym do powoda.

Wskazana powyżej umowa zawarta została w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010, poz. 113, nr 759 t.j.)

Główny zarzut pozwanego opierał się na założeniu, że wykonawca prawidłowo dokonał zmiany umowy, zastrzegając w jej treści warunek konieczny do podjęcia robót budowlanych polegający na uzyskaniu zgody na przeprojektowanie inwestycji. W ocenie pozwanego, wobec wadliwości projektu i niedokonania zmian w jego założeniach, niewykonanie zadania inwestycyjnego w całości, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda jako inwestora. Z argumentacją powyższą nie sposób się zgodzić.

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

pisemna). Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą wprowadzić zmiany w umowie, o ile obie strony wyrażają na nie zgodę.

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

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

Aby można było wprowadzić zmiany w umowie, niezbędne jest, aby zamawiający w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu dokładnie określił warunki zmiany. Zamawiający powinien określić, jakie elementy umowy mogą ulegać zmianom i w jakim zakresie.

Wiele problemów interpretacyjnych stwarza też określenie, czym jest zmiana „istotna” w rozumieniu w art. 144 pzp. Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczono opinię, zgodnie z którą „celem wprowadzenia zmian w zakresie art. 144 pzp było uelastycznienie i usprawnienie procesu udzielania zamówień publicznych, a także uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (orzeczenie C-454/06 P. -text N., wyrok z 29 kwietnia roku, C-496/99 S. di F.) w zakresie możliwości wprowadzenia zmian w umowie. W wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 P. -text N. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał: „Zmiana zamówienia wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”. Należy w tym miejscu podkreślić, że we wspomnianych orzeczeniach (C-454/06 oraz C-496/99) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

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

Na podstawie interpretacji przedstawionej przez Urząd Zamówień Publicznych za istotne zmiany należałoby uznać cenę przedmiotu zamówienia, zmianę podmiotu wykonawcy zamówienia, czas realizacji zamówienia. Należy także zwrócić uwagę na charakter całej umowy w zakresie kwalifikowania zmiany jako istotnej, bądź nieistotnej. Zmiana

w zakresie terminu obowiązywania umowy mogłoby spowodować stałe przedłużanie umowy, co doprowadziłoby do obejścia przepisów pzp. Aneksowanie pozwoliłoby na stałe utrzymywanie jednego wykonawcy zamówienia. Z kolei możliwość aneksowania terminu umowy powinna być rozważana w przypadku umów tzw. rezultatu (np. umowa o roboty budowlane), gdzie zmiana podmiotu wykonującego przedmiot zamówienia nie jest korzystna dla zamawiającego, ponieważ ten sam wykonawca może dokończyć umowę w terminie krótszym, niż przygotowanie nowego przetargu, wybranie nowego wykonawcy i dopuszczenie go do wykonania zamówienia. Pomimo restrykcji wprowadzonych na gruncie pzp należy pamiętać, że to zamawiający decyduje o przedmiocie oraz warunkach zamówienia. Spoczywa na nim także obowiązek dbania o równe traktowanie i przejrzystość zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający nie przewidywał dokonywania żadnych zmian w stosunku do dokumentacji projektowo-kosztorysowej i treści samej umowy. Zmiana projektu w zakresie przebiegu kabla była zmianą nieistotną i nie powinna mieć znaczenia w przedmiocie realizacji zadania inwestycyjnego. Wykonawca, jako profesjonalista, winien był przed podpisaniem umowy, a po zapoznaniu się z dokumentacją, zgłosić powodowi zastrzeżenia, w tym zasygnalizować konieczność uzyskania dodatkowej opinii Zakładu (...), czego jednakże zaniechał. Pozwany nie dołożył także żadnych starań aby dokonać wizji lokalnej terenu przed zawarciem umowy, w szczególności nie sprawdził warunków uzbrojenia terenu. W ocenie Sądu pozwany, jako podmiot zajmujący się profesjonalnie działalnością polegającą na wykonywaniu inwestycji budowlanych, powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji zawieranych umów i konsekwencje te ponosić. Przystępując do przetargu z określoną ofertą, a tym bardziej podpisując umowę, pozwany miał pełną świadomość, że musi zrealizować zadanie na warunkach określonych w umowie, a niewykonanie tego obowiązku a w następstwie - odstąpienie przez inwestora od umowy, będzie skutkowało konsekwencjami z § 9 umowy. Okoliczność, że inwestor nie zaewidencjonował mapy w Wydziale Geodezji i sporządził na jej podstawie projekt, ma przy tym irrelevantne znaczenie, to powinnością pozwanego było bowiem upewnienie się już na etapie przed zawarciem umowy, że jest w stanie wykonać inwestycję na warunkach opisanych w umowie, w oparciu o przedłożone dokumenty projektowe. Brak takiego działania należy postrzegać w kategorii niezachowania należytej staranności, jaka jest wymagana od podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

Jednakże okoliczność, że zmiana postulowana przez pozwanego nie miała charakteru istotnej, należy uznać za drugorzędną w świetle faktu, iż inwestor nie wyraził zgody na jakiegokolwiek zmiany. Podnieść należy, iż ewentualne zmiany powinny zostać dokonane – co wynika z treści samej umowy, na piśmie za zgodą obydwu stron. W żadnym razie za zmianę wiążącą i skuteczną uznać nie można jednostronnego oświadczenia przedstawiciela pozwanego poczynionego w formie dopisku pod umową o zastrzeżeniu warunku. Jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, pozwany nawet nie poinformował powoda o dokonanej adnotacji. Inwestor nigdy nie wyrażał zgody na powyższy warunek, czym dal wyraz w treści korespondencji z pozwanym jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie. Skoro zatem zmiana została poczyniona w sposób nieuprawniony i wbrew woli powoda i przepisom prawa ustawy o prawie zamówień publicznych, należało uznać ją za nieważną.

Konstatując powyższe rozważania, w ocenie Sądu strony związane były li jedynie treścią umowy z dnia 8 listopada 2010 roku, dokumentacją kosztorysowo-projektową oraz SIWZ niniejszego projektu.

Nie ulega wątpliwości, że pozwany nie wykonał w żadnej części robót budowlanych, nawet nie usiłował ich rozpocząć.

Powód, powołując się na treść zawartej między stronami umowy, w dniu 22 grudnia 2010 roku skutecznie odstąpił od umowy, naliczając karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W myśl art. 484 § 1 i 2 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Z przywołanego unormowania wynika, że kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, należy się jednak bez względu na wysokość szkody. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02, LEX nr 151630)

Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.).

Pozwany powołuje się na szereg okoliczności, które jego zdaniem, były przyczyną niewykonania robót, wskazując, że żadna z nich nie była przez niego zawiniona.

Pozwany powołuje się przede wszystkim na nieprzeprojektowanie inwestycji. W kontekście tego zarzutu zauważyć należy, że przystępując do przetargu strona pozwana miała możliwość zapoznania się z SIWZ, w tym z dokumentacją techniczną. O fakcie, że kabel elektroenergetyczny przebiega pod projektowanym boiskiem pozwana wiedziała, skoro w treści pisma skierowanego do powoda w dniu 30 grudnia 2010 roku, wskazywała że z uwagi na przebieg kabla, nikt inny nie stanął do przetargu. Jak ocenił biegły, prace pomimo wskazanych niedogodności, mogły być prowadzone z uwzględnieniem szczególnej ostrożności.

Pozwany jest profesjonalistą, wiedział zatem, że roboty w obrębie kabla energetycznego należy skonsultować z Zakładem (...) i wymagają one szczególnej ostrożności, gdyby jednak miał jakiegokolwiek wątpliwości w tej materii winna przede wszystkim przedstawić je inwestorowi, co faktycznie uczynił jednakże dopiero pismem z dnia 30 grudnia 2010 r.

Istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji robót w tym sensie, że przy zachowaniu należytej ostrożności można było je wykonywać bez konieczności wyłączenia go z eksploatacji. Wbrew twierdzeniom pozwanego, powódka nigdy nie zobowiązywała się do przełożenia kabla przed bądź w trakcie realizacji inwestycji objętej umową, co wynika z zeznań świadków.

W tym stanie rzeczy nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że pozwany doznał poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały im wykonywanie robót objętych umową. Pozwany nawet nie zaczął wykonywać zadań inwestycyjnego. Powód miał zatem podstawy do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej zgodnie z postanowieniami § 9 umowy pkt. 1c, a jego zachowanie w tym względzie znajdowało podstawy faktyczne i prawne (art. 483-484 Kodeksu cywilnego).

Rozważenia wymagało, czy w kontekście okoliczności podnoszonych przez pozwanych kara jest rażąco wygórowana i w związku z tym powinna zostać zmniejszona. Zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego (kc) kara umowna może być zmniejszona na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub jeżeli jest rażąco wygórowana.

Na wstępie zauważyć trzeba, że umowa stron nie została wykonana przez pozwanego w zasadzie w żadnym zakresie. Powód wskazał przy tym, - co nie zostało zaprzeczone przez pozwanego - że wykonanie prac znacznie się opóźniło, a ostatecznie musiał zlecić je innemu podmiotowi, a pieniądze z projektu „Radosna szkoła” nie zostały wykorzystane w 2010 roku. Pozwany jako profesjonalista nie dołożył należytej staranności, wymaganej od niego w obrocie, w ocenie wymogów koniecznych w realizacji zadania, nie dokonał wstępnej wizji lokalnej, nie poddał analizie uzbrojenia terenu. Jak zeznał sam pozwany, aktualnie takiej umowy by nie podpisał i nie wie, dlaczego umowa w takim kształcie została ostatecznie podpisana. Jak już wskazywano, niezasadne okazały się zarzuty dotyczące braku współpracy ze strony powoda w realizacji inwestycji.

Wysokość kary umownej nie może zostać uznana za rażąco wygórowaną. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, iż kary za niewykonanie umów w całości, zwyczajowo w tego typu stosunkach obligacyjnych, gdzie wykonawcą jest profesjonalista, oscylują w granicach 10-20% całości wynagrodzenia – pełnią bowiem funkcję kompensacyjną a ich wartość musi być realnie odczuwalna, a nie jedynie symboliczna. Wykonawca podpisując umowę, powinien być świadomy konsekwencji zaniechania działań, do których się zobowiązał, co już wyżej wskazywano. Skoro zatem podpisał umowę zawierającą powyższe postanowienia, tym samym zgodził się na ewentualne następstwa.

W tym stanie rzeczy Sąd nie dopatrył się podstaw do zmiarkowania kary umownej, której wysokość nie rekompensuje powodowi większych kosztów wykonania prac oraz ich opóźnienia.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określone zostało na kwotę 216.000 zł brutto. Zatem należna powodowi kwota z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, stanowiąca 20% wynagrodzenia umownego, wynosi 43.200 zł.

Z tych przyczyn, orzeczono jak w sentencji.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. Sąd uwzględnił roszczenie w zakresie odsetek w części, uznając iż pozwany pozostawał w zwłoce ze spełnieniem świadczenia dopiero od dnia następnego po dniu doręczenia pozwu. Powód nie wykazał aby wcześniejsze wezwania do zapłaty zostały skutecznie doręczone stronie pozwanej, a jeśli tak, to w jakiej dacie nastąpiło doręczenie. W pozostałym zakresie, tj. w zakresie żądania odsetek ustawowych od dnia 20 stycznia 2011 roku do dnia 1 września 2011 roku, powództwo podlegało oddaleniu (pkt. 2 sentencji wyroku).

Z uwagi na wejście w życie od 1 stycznia 2016 roku zmiany w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących odsetek i wyodrębnienie odsetek ustawowych za opóźnienie, skoro powód domagał się odsetek w związku z nieterminowym spełnieniem świadczenia przez pozwanego (a więc w związku z opóźnieniem), w wyroku zaznaczono, że począwszy od 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty należą się odsetki ustawowe za opóźnienie.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. regulującego zasadę odpowiedzialności stron za wynik procesu. Strona powodowa wygrała proces w całości a zatem należy się jej od pozwanego zwrot kosztów procesu w łącznej wysokości 3.046,48 zł (pkt. 3 sentencji wyroku).

Na tej samej zasadzie, zgodnie z art. 98 kpc w związku z art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, pozwanego obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi kwoty 2.141,84 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt. 4 sentencji wyroku).