

Sygn. akt **XX GC 762/14**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XX Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Katarzyna Kisiel

Protokolant: stażysta Anna Kozłowska

po rozpoznaniu 16 listopada 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) dla (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko **Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W.**

o zapłatę

1. oddala powództwo;
2. zasądza od powoda (...) dla (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. nakazuje pobrać od strony powodowej (...) dla (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 91,40 zł (dziewięćdziesiąt jeden złotych czterdzieści groszy) tytułem wydatków poniesionych tymczasowo z sum Skarbu Państwa.

SSO Katarzyna Kisiel

Sygn. akt XXGC 762/14

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) dla (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. pozwem z dnia 14 kwietnia 2014r. skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa- Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad wniosła o zasądzenie na jej rzecz kwoty 121.612,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 marca 2014r. do dnia zapłaty, a także zasądzenie kosztów postępowania wg. norm przepisanych, w tym opłatę za czynności radcy prawnego z tytułu zastępstwa prawnego w wysokości trzykrotności stawki minimalnej.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, iż strony w dniu 12 marca 2013r. zawarły umowę w sprawie udzielenia zamówienia, nr (...) (...) (...) - (...). Zgodnie z § 2 umowy, termin realizacji robót został określony na okres od dnia podpisania umowy do dnia 31 marca 2013r. Faktyczna realizacja umowy trwała do dnia 15 maja 2013r. W związku z powstałym opóźnieniem zamawiający obciążył wykonawcę karami umownymi w wysokości 121.612,50 zł za 45 dni opóźnienia, na podstawie §8 ust. 1 lit Aa umowy, potrącając je z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zdaniem strony powodowej brak było podstaw do obciążenia jej karami umownymi. Wskazano dalej, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano termin realizacji zamówienia zarówno datą dzienną, tj. od daty podpisania umowy do dnia 31 marca 2013r. oraz okresem miesięcznym, gdzie wskazano, iż zamówienie powinno być zrealizowane w okresie 2 miesięcy od udzielenia zamówienia. Podnoszono następnie, że zamawiający w dokumentacji postępowania określił termin otwarcia ofert na dzień 10 stycznia 2013r., po czym przystąpił do badania i oceny ofert. W przedmiotowej sprawie zamawiający

poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dopiero w dniu 8 lutego 2013r.. W ostatnim dniu terminu, tj. 18 lutego 2013r. wykonawca- A. (...) sp. z o. o wniósł odwołanie wnosząc o nakazanie uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 4 marca 2013r. odwołujący przed otwarciem rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą skutecznie cofnął odwołanie, zaś w dniu 7 marca 2013r. powód został powiadomiony o terminie zawarcia umowy, wyznaczonym na dzień 12 marca 2013r. Podnoszono dalej, że umowa została zawarta w dniu 12 marca 2013r. , a zatem 40 dni później, niż zakładał to zamawiający w ogłoszeniu. Wskutek powyższego opóźnienia, zamiast 2 miesięcy wykonawcy przysługiwało faktycznie 19 dni na realizację umowy. Ponadto zdaniem strony powodowej, pozwany miał wiedzę na temat przewlekłości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o znacznej wartości, a także częstotliwości sporów związanych z wyłonieniem wykonawcy takich zamówień.

Argumentowano również, że brak należytej staranności w szacowaniu czasu trwania postępowania nie powinien być okolicznością obciążającą wykonawcę, a co za tym idzie strona powodowa nie może ponosić winy za opóźnienie spowodowane przedłużającym się postępowaniem (pozew, k-2-12)

Strona pozwana -Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego Skarbu Państwa kosztów postępowania, przy czym kosztów zastępstwa procesowego bezpośrednio na rzecz Skarbu Państwa-Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005r. o Prokuratorii Generalnej Skarbu państwa , według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew wskazano, iż umowa została zawarta w dniu 12 marca 2013r. i przewidywała termin wykonania usługi niezwłocznie po jej podpisaniu nie później niż do dnia 31 marca 2013r. Nie było jakiegokolwiek innego terminu wykonania umowy, zaś faktyczna realizacja umowy trwała do dnia 15 maja 2013r. W związku z powstałym opóźnieniem, zamawiający obciążył powoda karą umowną w wysokości 121.612,50 zł za 45 dni opóźnienia, potrącając ją z wynagrodzenia należnego powodowi odpowiedź na pozew, k-124-143).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Skarb Państwa –Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. (zamawiający) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usług z zakresu ochrony środowiska na budowie Autostrady(...) na odcinku T.-S.: O. I C.-O. od km 151+900 do km 163+300, O. (...) O.-B. od km 163+300 do km 186+366 oraz O.(...) B.-K. od km 186+348 do km 215+850 z podziałem na części. Postępowanie przetargowe zostało zainicjowane przesłaniem w dniu 30 listopada 2012r. ogłoszenia o zamówieniu nr (...) (...) do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, które to ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 4 grudnia 2012r.

Zamawiający w dokumentacji postępowania określił termin otwarcia ofert na dzień 10 stycznia 2013r.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu, k-43-55.

Następnie zamawiający w dniu 8 lutego 2013r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w ostatnim dniu terminu, tj. 18 lutego 2013r. wykonawca –A. (...) sp. z o. o wniósł odwołanie, wnosząc o nakazanie uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 4 marca 2013r. odwołujący przed otwarciem rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą skutecznie cofnął odwołanie, a w dniu 7 marca 2013r. powód został zawiadomiony o terminie zawarcia umowy wyznaczonym na dzień 12 marca 2013r.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lutego 2013r., k-55-61, zawiadomienie o wniesieniu odwołania przez A.-Serwis sp. z o. o z dnia 18 lutego 2013r., k-62, odpis postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego z dnia 4 marca 2013r., k-63-64, zawiadomienie z dnia 7 marca 2013r. o terminie zawarcia umowy, k-65.

W dniu 12 marca 2013r. pozwany zawarł umowę z konsorcjum firm: (...) dla (...) sp. z o.o. – jako liderem konsorcjum oraz T. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...), Budowlane i (...) z Własnym Transportem oraz N. jako partnerem konsorcjum - umowę nr (...) na wykonanie usług w zakresie ochrony środowiska na budowie Autostrady A-I na odcinku T.-S.: O. I C.-O. od km 151+900 do km 163+300, O.(...) O.-B. od km 163+300 do km 186+366 oraz O. III B.-K. od km 186+348 do km 215+850 z podziałem na części.

W części I przewidziano przeprowadzenie prac rekultywacyjnych na działkach zlokalizowanych w pasie drogowym Autostrady (...) - odcinek I. ok. km 187+300 wraz z usunięciem odpadów ziemi zaklasyfikowanych jako odpad niebezpieczny oraz wykonanie czynności polegających na odzysku odpadów ziemi zaklasyfikowanych jako odpady inne niż niebezpieczne.

Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy strony ustaliły, że wykonanie usługi nastąpi niezwłocznie po podpisaniu umowy, nie później niż do dnia 31 marca 2013 roku.

Dowód: (umowa nr (...) z dnia 12.03.2013r., k-26-32, umowa konsorcjum zawarta w P. w dniu 9 stycznia 2013r. k-158-162, zeznania świadka S. M., k-435v-437, zeznania świadka P. M., k-437-438, zeznania świadka A. W., k-438439).

Następnie strona powodowa pismem z dnia 22 marca 2013 r., poinformowała pozwaną, że wykonanie przedmiotu umowy w terminie wskazanym w umowie jest niemożliwe i wniosła o wyznaczenie nowego terminu zakończenia prac, wskazując jako przyczynę wniosku: nietypowe, bardzo złe warunki atmosferyczne oraz prowadzone postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dowód: pismo powoda z dnia 22 marca 2013 r., znak: 2013/03/00085 - w załączeniu/ w aktach sprawy.

W odpowiedzi pozwany poinformował powoda pismem z dnia 25 marca 2013r., że przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego i termin jej wykonania był jednym z warunków określonych w SIWZ, w związku z czym Ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie daje możliwości zmiany terminu wykonania usług.

Dowód: pismo pozwanego z dnia 25 marca 2013r., k-163

Kolejnym pismem z dnia 29 marca 2013r., powód został poinformowany, że w związku z otrzymanymi przez Oddział (...) w B. informacjami, przekazanymi przez wykonawcę pismem z dnia 22 marca 2013r. o niedotrzymaniu terminu wykonania umowy, będą, zgodnie z zapisami umowy, naliczane kary umowne.

Dowody: pismo pozwanego z 29 marca 2013r., k-164; zeznania świadka B. M., k-456v).

Faktyczny termin zakończenia prac będący przedmiotem umowy nastąpił w dniu 15 maja 2013r. (okoliczność bezsporna). W dniu 28 maja 2013 r. dokonano odbioru prac będących przedmiotem umowy. Na powyższą okoliczność sporządzono protokół odbioru ostatecznego usług, w którym zawarto informację o planowanym naliczeniu kar z tytułu przekroczenia terminu realizacji usługi.

Dowody: protokół odbioru prac z dnia 28 maja 2013r., k-165-170, zeznanie świadka B. M..

W dniu odbioru prac powód przedłożył opinię (...) Grupy (...) z dnia 27 maja 2013r. o braku podstaw naliczania kar umownych związanych z przekroczeniem terminu realizacji umowy. Pozwany po zapoznaniu się z treścią opinii nie znalazł podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od naliczania i wyegzekwowania kar umownych. W konsekwencji pismem z dnia 19 czerwca 2013r., pozwany przedstawił swoje negatywne stanowisko w tym zakresie.

Dowody: Opinia (...) Grupy (...) z dnia 27 maja 2013r., k-172-174, pismo pozwanego z 19 czerwca 2013r., k-175-179).

W trakcie realizacji prac powód wielokrotnie zwracał się do pozwanego z różnymi zapytaniami dotyczącymi przedmiotu wykonywanych prac:

Pismem z dnia 15 marca 2013r., powód zwrócił się z prośbą o dokładne określenie miejsca rozplantowania odpadów przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Następnie pismem z dnia 21 marca 2013r., zwrócił się z prośbą o przesłanie szczegółowych obmiarów geodezyjnych przyz. 01, 02, 03 i 04. Zdaniem powoda informacje te były mu niezbędne do przygotowania sprawozdania z realizacji prac.

Dalej, pismem z dnia 29 marca 2013 r., powód zwrócił się do pozwanego z prośbą o wyrażenie zgody na kolejne nowe miejsce odzysku, przedkładając uzyskaną decyzję Starosty K. z dnia 20.03.2013r., znak: OŚ. (...)5.2013r.

W piśmie z kolei z dnia 5 kwietnia 2013r. powód poinformował pozwanego, że realizacja robót przebiega w sposób optymalny do panujących warunków, wskazując, że wykonawca dokłada wszelkich starań, aby wykonać zamówienie jak najszybciej. W przedmiotowym piśmie wskazano, iż w toku realizacji robót pojawiły się pewne okoliczności, które wymagają współdziałania ze strony pozwanej. Powołano przy tym pismo z dnia 29 marca 2013r., zawiadamiające o zmianie lokalizacji miejsca prowadzenia odzysku odpadów niebezpiecznych, informując jednocześnie, że pozwana nie udzieliła odpowiedzi, co zdaniem powódki powodowało powstanie dalszych opóźnień w realizacji robót.

Następnie powód pismem z dnia 22 kwietnia 2013r., zwrócił się do pozwanego z prośbą o podjęcie pilnej decyzji w zakresie konieczności dobudowania dodatkowej drogi z płyt betonowych, wydania zgody na przejazd samochodów ciężarowych, które będą transportowały masy ziemne oraz wydania zgody na wystawianie Kart Przekazania Odpadów w okresach miesięcznych.

Strona pozwana w związku z pismami powódki niezwłocznie i w sposób wyczerpujący udzielała odpowiedzi na zgłaszane przez nią pytania i wątpliwości dotyczące realizacji przedmiotu umowy.

Dowód: pisma powoda kierowane do pozwanego, k-200, 201, 205, 209, k- 79 oraz pisma pozwanego kierowane do powoda, k-72, 84, 87, 203, 213, 220, 222, decyzja Starosty K., k-206-208, k-209, zeznania świadka B. M., k-485v.

Zgodnie z zapisami umowy wykonawca był zobowiązany przedłożyć zamawiającemu projekt umowy z podwykonawcą (vide § 12 ust. 3). Powód natomiast pismem z dnia 14.03.2013r., wystąpił z prośbą o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Przedłożony projekt umowy nie zawierał istotnych elementów jakie powinna zawierać umowa ,tj. terminu oraz wysokości wynagrodzenia. Z powyższego względu zamawiający zażądał wyjaśnień i uzupełnień niekompletnego projektu umowy. Powyższe uwagi zostały przekazane wykonawcy pismem z dnia 20 marca 2013r. Następnie po przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 27 marca 2013r., pozwany pismem z dnia 29 marca 2013r. wyraził zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą z zastrzeżeniem dotyczącym stawki podatku VAT.

Dowody: pismo z dnia 14.03.2013r., k-214, projekt umowy, k-215, pismo z dnia 20 marca 2013r., pisma z dnia 27 i 29 marca 2013r, k-221-222.

Strona powodowa w trakcie realizacji umowy wykazywała zbyt niskie zaangażowanie potencjału sprzętowo – transportowego, które bezpośrednio rzutowało na ilość wywożonych odpadów. Zgodnie z zestawieniem wywozu odpadów w pierwszych pięciu dniach wywozu odpadów średnia dziennego wywozu wynosiła 312,894 Mg odpadów przy średniej ilości kursów 12,8, natomiast w ostatnich pięciu dniach wywozu odpadów średnia wynosiła 1104,98 Mg, przy średniej ilości kursów 43.

Dowody: zestawienie ilości dziennych wywozów odpadów, k-224-258, zeznanie świadka B. M., k-456v, zeznanie świadka R. S., k-457, k-486.

W dniu 04 lipca 2013 r. strony zawarły umowę uzupełniającą w zakresie usunięcia odpadów ziemi o kodzie 17 05 03* zlokalizowanych na działkach nr (...) oraz zabezpieczeniu powstałego wykopu oraz wykonaniu badań laboratoryjnych, co zwiększyło wartość łącznego wynagrodzenia wykonawcy o 393.300,50 zł netto (424.764,54 zł brutto).

Dowód: : umowa uzupełniająca z dnia 04 lipca 2013 r. , k-259-264.

Weześniej zaś, tj. pismem z dnia 13 czerwca 2013r. strona pozwana złożyła powódce oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością przysługującą powódce w kwocie 121 612,50 zł, wskazując, że w wyniku dokonanego potrącenia wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości niższej wierzytelności, informując, iż do zapłaty na rzecz powódki pozostaje kwota 2 893 038,67 zł .

Dowód: oświadczenie o potrąceniu, k-266 wraz z dowodem doręczenia stronie powodowej , k-267-268.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w pierwszej kolejności czyniąc ustalenia faktyczne w oparciu o twierdzenia stron co do faktów nie zakwestionowanych przez stronę przeciwną w trybie art. 229 k.p.c. i 230 k.p.c. Stosownie do pierwszego z powołanych przepisów nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, a w myśl kolejnego gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. Ponadto Sąd oparł się na dokumentach wskazanych powyżej, które nie były przez strony kwestionowane, Sąd nie znalazł również podstaw do kwestionowania ich prawdziwości i rzetelności. Za podstawę ustalenia stanu faktycznego Sąd przyjął również zeznania świadków B. M. i R. S., gdyż korelowały one i uzupełniały zaofiarowany przez strony materiał dowodowy w postaci dokumentów. Ponadto Sąd dał wiarę zeznaniom świadka S. M. w części, w której zeznał, iż strona powodowa, pomimo krótkiego terminu była w stanie dotrzymać terminu z uwzględnieniem maksymalnie tygodniowego terminu opóźnienia, co świadczy o tym, że powódka kalkulowała i miała świadomość wykonania prac do dnia 31 marca 2013r. Sąd natomiast nie dał wiary zeznaniom tego świadka co do tego, że współpraca z zamawiającym była utrudniona, gdyż zamawiający zwlekał z odpowiedziami na pisma powódki. Powyższej tezie przeczą jednak pisma pozwanej kierowane niezwłocznie do powódki, a załączone do akt sprawy, które zawierają odpowiedzi na pytania powódki. Ponadto Sąd dał wiarę zeznaniom świadka P. M. w zakresie wskazania miejsc, w których możliwy był skład odpadów do oczyszczenia. Natomiast Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków P. M. oraz A. W., w części w której zeznali, iż czas realizacji umowy był określony dwojako, jako termin 2-miesięczny, albo do dnia 31 marca 2013r. , gdyż powyższemu przeczy sama treść umowy wiążąca strony, z której wynika wprost termin wykonania usługi nie później niż do 31 marca 2013r.

Sąd natomiast oddalił wniosek strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność niemożliwości prawidłowej realizacji przedmiotu umowy wskutek panujących warunków powodowych, gdyż na rozprawie w dniu 23 marca 2016r. Sąd zobowiązał pełnomocnika strony powodowej do wskazania w terminie 7 dni, czy będzie popierał wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego- pod rygorem pominięcia. (k-457). Powyższe zobowiązanie pełnomocnik strony powodowi odebrał w dniu 18 kwietnia 2016r. (k-465) i w określonym przez Sąd terminie nie zajął stanowiska, toteż Sąd mając na względzie ekonomikę procesową -oddalił przedmiotowy wniosek.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, co skutkowało jego oddaleniem.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, iż strony łączyła umowa na wykonanie usług w zakresie ochrony środowiska na budowie Autostrady (...), która na wypadek niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy przewidywała możliwość naliczenia kar umownych. Bezspornym było również, że strona powodowa zrealizowała umowę z 45-dniowym opóźnieniem co umożliwiło pozwanemu naliczenie kar umownych.

Jak wynikało bowiem z § 2 ust.2 przedmiotowej umowy, wykonanie usługi miało nastąpić niezwłocznie po podpisaniu umowy, nie później niż do 31 marca 2013r., w żadnym razie ani z treści samej umowy, ani z ogłoszenia o zamówieniu

nr (...)(...) nie wynikał inny termin realizacji umowy, w tym wskazywany przez powódkę dwumiesięczny termin od udzielenia zamówienia.

Zgodnie natomiast z treścią 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).

Stosownie zaś do treści art. 484§1 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. Zgodnie z § 2 jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Jak już powyżej wskazano, w § 8 ust. 1 pkt A lit. a) umowy z dnia 12 marca 2013r. zamawiający przewidział karę umowną za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy objętego zamówieniem w wysokości 0,1 % łącznego wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia. Ponadto w ust.2 pozwany wskazał, iż w przypadku niewłaściwego wykonania umowy niezależnie od kar umownych przewidzianych w niniejszej umowie strony mogą dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych.

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że strony umowy przewidziały karę umowną za każdy dzień opóźnienia. W ocenie Sądu ryzyko naruszenia przedmiotowych terminów umownych obciążało powoda jako profesjonalistę, a ponadto wynikało z treści zaakceptowanych przez powoda warunków umowy.

W tym miejscu wskazać należy na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003r., sygn.. akt III CZP 61/03, w której wskazano, iż „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”.

W judykaturze i doktrynie wyraźnie wskazuje się zaś, że reżim odpowiedzialności w przypadku opóźnienia ma charakter obiektywny, co oznacza że z odpowiedzialności z tytułu kary umownej za opóźnienie nie można zwolnić się wskazując na okoliczności wyłączające winę dłużnika. W nauce prawa podkreśla się przy tym, że „skutki „opóźnienia” i „zwłoki” są różne, nie należy zatem używać tych pojęć zamiennie lub ich ze sobą utożsamiać. Z opóźnieniem zwykłym mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w czasie właściwym z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi.” (tak: W. Popiołek w: Kodeks cywilny Tom II Komentarz do artykułów 450-1088 pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, str. 53). Powyższa konstrukcja kar umownych posługuje się terminem opóźnienia, a nie zwłoki. Opóźnienie, mając na uwadze art. 481 § 1 KC, jest stanem, w którym wykonawca spóźnia się ze spełnieniem świadczenia w stosunku do terminów określonych w umowie, chociażby zamawiający nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. (K. Zagrobelny [w:] E. Gniewek (red.). Kodeks cywilny. Komentarz, komentarz do art. 481 k.c., Legalis.pl).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy i odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu strony powodowej dotyczącego braku należytej staranności w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, to wskazać należy, iż przesłanki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do postanowienia tego przepisu zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Tym samym wskazać należy, że ustawodawca przyjął w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych jako zasadę trwałość stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle przywołanego przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty. Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Odnosząc się do pierwszego z wymienionych przypadków należy wskazać, iż ocena dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonywana jest w świetle treści oferty. Oferta w ujęciu cywilnoprawnym stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 kc). Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 w/w ustawy.

Dokonując następnie oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 cytowanej ustawy będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 pzp uzasadnia wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 P. N., w którym (...) wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidywany w warunkach pierwotnego zamówienia.”.

Wskazując na powyższe należy wskazać, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalnego wpływu zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, nie powodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną (por. tezy nr 61-70 ww. wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06). Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikają z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w sytuacji, gdy zmiana umowy jest obiektywnie uzasadniona w odniesieniu do każdorazowego wykonawcy, z którym zawarto by umowę. Przy czym zakres i warunki takiej zmiany są niezależne od osoby wykonawcy, tj. zmiana umowy zostałaby dokonana z każdorazowym wykonawcą w takim samym zakresie i na tych samych zasadach. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania.

W przedmiotowej sprawie umowa, jak również Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie przewidywały zmiany terminu wykonania usługi. Gdyby do niej doszło - byłaby to zmiana istotna, wpływająca na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie, a tym samym niedopuszczalna w świetle art. 144 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się następnie do zarzutu zawartego w pozwie w zakresie warunków pogodowych, które w ocenie powoda wpłynęły na niedotrzymanie terminu wykonania umowy, to należy zauważyć, że termin realizacji umowy na etapie przetargu został jednoznacznie określony na dzień 31 marca 2013r. W opisie przedmiotu zamówienia oraz w treści umowy nie przewidziano możliwości przesunięcia terminu realizacji umowy ze względu na warunki pogodowe, a więc wykonawca składając ofertę w ramach przetargu powinien liczyć się z faktem, że biorąc pod uwagę termin realizacji umowy do 31 marca 2013r. może prowadzić prace również w sytuacji pojawienia się opadów śniegu i w warunkach ujemnych temperatur. Ponadto w sytuacji, jeśli wykonawca miał zastrzeżenia odnośnie terminu realizacji umowy miał prawo odstąpić od podpisania umowy, czego jednak nie uczynił.

W odniesieniu zaś do zarzutu strony powodowej co do braku wystarczającej współpracy w zakresie realizacji umowy i zbyt opieszalych reakcji pozwanej w związku z licznymi zapytaniem powódki, to również nie sposób podzielić stanowiska powódki w tym zakresie, gdyż jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w postaci dokumentów, uzupełnionych zeznaniami świadka B. M., pozwana w zasadzie niezwłocznie udzielała powódce wszelkich wyjaśnień i odpowiedzi co do przedmiotu zamówienia. Natomiast zupełnie niezrozumiały jest zarzut powódki, co do tego, że wszelkie odpowiedzi pozwanej były jedynie w formie pisemnej i nie było możliwości kontaktu w innej formie, co jej zdaniem mogłoby zdecydowanie przyspieszyć procedurę współpracy. Odnosząc się do tego zarzutu, to wskazać należy, iż strona pozwana działa w oparciu o rygory zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych i nie ma innej możliwości współpracy, aniżeli forma pisemna.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż jak wynikało z zeznań świadka R. S., uzupełnionych dokumentem w postaci zestawień ilości dziennych wywozów odpadów-powód w początkowej fazie realizacji umowy wykazywał zbyt niskie zaangażowanie potencjału sprzętowo-transportowego, co również rzutowało na ilość wywożonych odpadów, a w konsekwencji na termin zakończenia realizacji umowy.

Reasumując, zdaniem Sądu zobowiązanie powoda nie zostało wykonane w terminie umownym, dlatego żądanie zapłaty kwoty 121.612,50 zł (jako kwoty uprzednio skutecznie potrąconej przez pozwaną oświadczeniem z dnia 13 czerwca 2013r.) nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Sądu naliczona kara umowna nie jest rażąco wygórowana, wynosi 5 % wartości realizowanego zamówienia netto (umowa podstawowa), ogólnikowo zaś sformułowany wniosek o jej zmiarkowanie w żadnym stopniu nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku (pkt pierwszy wyroku).

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o treść art. 98 kpc oraz na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 08 lipca 2005r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (dz. U. z 2013r., poz. 1150) (pkt drugi wyroku).

W punkcie trzecim, stosownie do treści art. 113 ust 1 Ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – nakazano pobrać od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 91,40 zł tytułem wydatków poniesionych tymczasowo z sum Skarbu Państwa.

SSO Katarzyna Kisiel

(...)

(...)