

Sygn. akt XII C 712 / 18 (poprzednio I C 1387 / 17)

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2019 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu XII Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Krzysztof Rudnicki**

Protokolant: **Piotr Józwik**

po rozpoznaniu w dniu 27.08.2019 r.

we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **sp. z o.o. w B.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – (...) we W.**

o zapłatę 328 353, 52 zł

I. zasądza od pozwanego na rzecz powoda **111 938, 70 zł** (sto jedenaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych, siedemdziesiąt groszy) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 29.01.2017 r. do dnia zapłaty;

II. oddala dalej idące powództwo;

III. zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa – (...) **3 430, 76 zł** kosztów zastępstwa procesowego pozwanego;

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego we Wrocławiu z roszczenia zasądzzonego na rzecz powoda w punkcie I wyroku **10 821, 10 zł** nieopłaconych kosztów sądowych;

V. obciąża Skarb Państwa – Sąd Okręgowy we Wrocławiu niepokrytymi kosztami sądowymi.

UZASADNIENIE

Powód – (...) sp. z o.o. w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – (...) we W. 328 353, 52 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19.01.2017 r. do dnia zapłaty, a także o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu.

Powód wskazał, że w wyniku wyboru jego oferty w przetargu przeprowadzonym na podstawie prawa zamówień publicznych strony zawarły umowę nr (...) z dnia 27.06.2016 r., na podstawie której powód zobowiązał się dostarczyć 3 sztuki kuchni polowej na przyczepie do dnia 15.11.2016 r. za cenę 1 492 516, 44 zł. Dostawa nastąpiła w dniu 28.12.2016 r. Pozwany obciążył powoda karą umowną w kwocie 328 353, 52 zł. Wyplacona powodowi cena została pomniejszona o wysokość kary umownej.

Powód podał, że na początku września 2016 r. strony rozpoczęły proces przekazywania dokumentacji technicznej kuchni polowych. Z uwagi na stawianie przez zamawiającego coraz większych wymagań co do przekazywanej dokumentacji, powód wystąpił (dnia 27.09.2016 r.) o spotkanie w celu wyjaśnienia powstałych rozbieżności. Spór dotyczył braku dokumentacji konstrukcyjnej oraz uwag do przedstawionej dokumentacji. Już na tym etapie powód wskazywał, iż stan prac nad kuchniami jest zaawansowany, a spór może spowodować konieczność ich zatrzymania

– tak też się stało. Uwagi dotyczyły interpretacji zapisu SOPU pkt 8.3 oraz niedoprecyzowanego pktu 8.5. Spotkanie odbyło się 04.10.2016 r. Zamawiający ustalił nowy termin dostawy dokumentacji technicznej na 21.10.2016 r. Do tego czasu nie było możliwe realizowanie prac nad kuchniami z uwagi na niejasności co do tej dokumentacji ze strony zamawiającego. Faktyczna akceptacja i przyjęcie dokumentacji nastąpiły 09.11.2016 r. Podczas spotkania był już poruszany temat przesunięcia terminu dostawy. Powód pismem z dnia 07.10.2016 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o zgodę na przesunięcie terminu dostawy z 15.11.2016 r. na 30.11.2016 r. Główną przyczyną opóźnienia były nieprecyzyjne zapisy umowne i oczekiwania zamawiającego nieznajdujące pokrycie w treści umowy i SOPU. Przyczyny uzasadniające wniosek były obiektywne i niezależne od powoda. Pozwany wstępnie odmówił przesunięcia terminu, ale na skutek dalszej korespondencji zgoda ta została wyrażona pismem z dnia 22.11.2016 r.

W dniu 08.12.2016 r. został dokonany odbiór jakościowy, w ramach którego został sporządzony raport niezgodności jakościowych. Głównym przedmiotem rozbieżności był wykonany prześwit podłużny zamiast poprzecznego (co było przedmiotem zmian w SOPU), kwestia ta nie była podnoszona na etapie wcześniejszych testów kuchni prowadzonych przez wojsko. Powód zobowiązał się do dostarczenia kuchni z wyeliminowaniem zakwestionowanych elementów. Przedmiotowy prześwit miał na celu możliwość transportowania kuchni w kontenerze i ten wymóg jako cel rozwiązania dotyczącego prześwitu był spełniony.

Powód kierował pisma w sprawie odstąpienia od wymagań szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zajął stanowiska ani też nie odpowiedział na kierowaną do niego korespondencję. Powód skierował kolejne pismo z dnia 20.12.2016 r. W odpowiedzi na to pismo pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Powód ustosunkował się do niego, kwestionując skuteczność odstąpienia. Pozwany wyraził zgodę na kontynuację realizacji umowy do 29.12.2016 r.

Dostawa została zrealizowana i wszystkie trzy sztuki kuchni polowych zostały przez zamawiającego odebrane. Na tej podstawie powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 1 492 516, 44 zł. Pozwany dokonując płatności ceny pomniejszył przelew o kwotę kary umownej za zwłokę w dostawie (44 dni) w łącznej kwocie 328 253, 52 zł objętą notą obciążeniową nr (...) z dnia 19.12.2016 r.

Powód nie zgodził się z tym obciążeniem. Skierował do pozwanego pismo z dnia 17.01.2016 r., w którym wyjaśnił, że nie ponosi winy za opóźnienie. Pozwany odpowiedział w dniu 23.01.2017 r. Podtrzymał swoje stanowisko z istotną modyfikacją w przedmiocie podstawy obciążenia karą umowną – z zwłoki na opóźnienie. Jednocześnie przesłał korektę noty obciążeniowej nr (...).

Powód podniósł, iż nie pozostawał w zwłoce w dostawie i nigdy nie uchylał się od spełnienia zobowiązania wynikającego z umowy.

Według treści noty obciążeniowej kara umowna została nałożona z tytułu zwłoki. Okoliczności realizacji umowy w żadnej mierze nie stanowią o pozostawaniu przez powoda w zwłoce z jej wykonaniem. Między 15.11.2016 r. a 28.12.2016 r. powód nie był w zwłoce, gdyż termin odbioru przedmiotu umowy został przesunięty z uwagi na użycie nieściśłych postanowień umownych oraz warunków przetargu, co doprowadziło do nieprecyzyjnego określenia treści oraz wymogów stawianych dokumentacji technicznej. Powstały problem był przedmiotem wielu rozmów, które doprowadziły do ostatecznego dostarczenia dokumentacji odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego (08.11.2016 r.). Bardzo długi okres negocjacji, inicjowanych wyłącznie przez powoda, doprowadził w sposób oczywisty do opóźnienia rozpoczęcia prac związanych z wykonaniem głównego przedmiotu umowy, o czym pozwany był informowany na bieżąco. W późniejszym czasie odbiór został przesunięty wyłącznie z uwagi na bierność zamawiającego w przedmiocie decyzji co do kwestii związanej z wymaganym prześwitem poprzecznym nie mniejszym niż 380 mm, który nie stanowił wady istotnej i nie mógł stać na przeszkodzie dokonaniu odbioru przedmiotu umowy. Dlatego też okres od 08.12.2016 r. do 29.12.2016 r. nie może zostać nawet uznany za opóźnienie, gdyż to pozwany pozostawał w opóźnieniu w realizacji swojego obowiązku, tj. odbioru kuchni. Powód był w tym okresie gotowy do przekazania kuchni,

Nie z winy powoda doszło do powstania opóźnienia w odbiorze przedmiotu umowy i brak jest możliwości obciążenia powoda karą umowną z tytułu zwłoki. Ponadto pozwany nigdy nie wzywał powoda do realizacji umowy.

Okres opóźnienia nie obejmuje czasu między 16.11. a 30.11.2016 r. Według powoda doszło do przesunięcia terminu realizacji umowy – pismem z dnia 22.11.2016 r. pozwany wyraził zgodę na kontynuowanie wykonania umowy do dnia 30.11.2016 r. Zgoda ta wywołała skutek w postaci wyłączenie możliwości uznania, iż w w/w okresie powód pozostawał w zwłoce, jak i w opóźnieniu.

Powód podniósł, iż dokonane przez pozwanego potrącenie było bezskuteczne. Przywołane w nocie postanowienie umowne nie jest wiążące, gdyż w sposób rażąco narusza obowiązujące przepisy prawa. Wierzytelność pozwanego nie została postawiona w stan wymagalności, ponieważ nota obciążeniowa nie obejmuje wezwania do zapłaty ani nie określa terminu płatności. Nota została wystawiona po dniu wypłaty wynagrodzenia, wobec czego ewentualna wierzytelność wynikająca z kary umownej powstała dopiero po tym dniu. Co więcej, w celu dokonania potrącenia, tj. w dniu wypłaty należnego wynagrodzenia, pozwany nie był uprawniony do zatrzymania części wynagrodzenia.

Powód zarzucił błąd w wyliczeniu okresu opóźnienia, gdyż ilość dni między 16.11.2016 r. a 28.12.2016 r. wynosi 43. Nie jest możliwe wliczanie do tego okresu dnia 15.11.2016 r., ponieważ był to pierwotny termin realizacji umowy.

Powód wniósł o miarkowanie kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie. Podniósł, iż zobowiązanie zostało w całości wykonane. Kara umowna stanowi 22 % należnego powodowi wynagrodzenia brutto oraz prawie 28 % wynagrodzenia netto. Niedochowanie terminu nie rodziło po stronie pozwanego żadnej szkody. Wysokość kary umownej stanowi istotną część świadczenia, które miał spełnić powód. Wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana już ze względu na sam stosunek, w jakim pozostaje do wysokości wykonanego zobowiązania. 1/4 wynagrodzenia prowadzi do uczynienia kontraktu zupełnie nieopłacalnym ekonomicznie. Termin dostawy wypadło około miesiąc później. Nie stanowi to okresu uzasadniającego obniżenie wynagrodzenia o prawie 1/4.

W odpowiedzi na pozew pozwany Skarb Państwa – (...) we W. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Pozwany podniósł, iż nie zachodził żaden stan wątpliwości w zakresie przewidzianego w pktach 8.3 i 8.5 SOPU wymogu sporządzenia dokumentacji technicznej trzech objętych dostawą w trybie zamówienia publicznego kuchni polowych. Powód świadom był regulacji prawnych określających warunki dokumentacji technicznej kuchni polowych objętych umową.

Pozwany wskazał, że wymóg wykonania prześwitu poprzecznego oraz rozmiary tego prześwitu wynikały z pktu 2.7 SOPU stanowiącego integralną część SIWZ i były powodowi znane jeszcze przed zawarciem umowy nr (...). Przed zawarciem umowy nr (...) wymóg wykonania prześwitu poprzecznego i jego wymiary stanowiły przedmiot zapytań oferentów w trybie art. 38 ust. 1 pzp. W dniu 27.02.2016 r. zamawiający uzupełnił pkt 2.7 SOPU, wskazując, że prześwit poprzeczny powinien być „nie mniejszy niż” 380 mm, kat natarcia i zejścia nie mniejszy niż 20 stopni oraz kąt przechyłu bocznego nie mniejszy niż 30 stopni. Problem z brakiem wykonania prześwitu poprzecznego odpowiadającego wymogom zawartym w pktcie 2.7 SOPU został ujawniony przy odbiorze pierwszego egzemplarza kuchni polowej w dniu 08.12.2016 r. Wskazana niezgodność była wówczas jedną z 13 wówczas stwierdzonych niezgodności. Z pism powoda nie wynikało, że nie dąży on do zmiany prześwitu kuchni na zgodny z wymaganiami pktu 2.7 SOPU, a jedynie ogranicza się do żądania zmiany treści powołanego zapisu SOPU. I. (...) zajął jednoznacznie negatywne stanowisko. Powód zawiadomił pozwanego pismem z dnia 21.12.2016 r. o usunięciu wady prześwitu poprzecznego. Po otrzymaniu tego pisma pozwany postanowił kontynuować wykonywanie umowy nr (...)/

Pozwany wskazał, że w toku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia powód nie zwracał się do pozwanego o wyjaśnienie treści SIWZ. Powód działał niestaranie, z naruszeniem obowiązku współdziałania.

Pozwany podniósł, iż w § 7 ust. 3 umowy strony postanowiły, że kupujący może żądać zastrzeżonych w ust. 1 kar umownych również wówczas, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności

niezawinione przez sprzedawcę. W § 7 ust. 1 pkt 5 umowy wprost wskazano, że kupujący ma prawo naliczyć karę za dostawę rzeczy po terminie wskazanym w § 3 ust. 1 umowy, zarówno w wypadku zwłoki po stronie sprzedawcy, jak i tzw. „zwykłego”, zatem niezawinionego opóźnienia. Treść noty obciążeniowej nr (...) z dnia 29.12.2016 r. została skorygowana w korekcie nr 1 z dnia 23.01.2017 r. W dokumencie korygującym wprost wskazano, że powód został obciążony karą naliczoną na podstawie § 7 ust. 1 pkt 5 umowy nr (...) z powodu uchybienia terminowi dostawy rzeczy sprzedanej trwającego aż 44 dni. Tym samym, stosownie do powołanego postanowienia umownego, kara umowna została naliczona bez względu na to, czy opóźnienie miał charakter zawiniony czy też nie.

Pozwany podniósł, że opóźnienie powoda w wykonaniu umowy nastąpiło wyłącznie z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Powód zwlekał z zawarciem umowy nr (...). Dopuścił się zwłoki przy przedstawianiu dokumentacji technicznej kuchni polowych, jak również dokumentacja ta była niezgodna z decyzją nr (...) z dnia 20.09.2011 r. Powód usuwał wady tej dokumentacji. Powód przedstawił do odbioru egzemplarze kuchni polowych, które z uwagi na wykryte wady i usterki były niezgodne z zapisami umowy nr (...). Powód część wad uznał i je następnie usuwał. W zakresie wady w postaci zbyt małego prześwitu poprzecznego powód zażądał zmiany pktu 2.7 SOPU, twierdząc, że wykonanie go zgodnie z pktem 2.7 SOPU jest rzekomo technicznie niemożliwe. Przez kilkanaście dni powód nie podejmował działań w celu usunięcia niezgodności. Następnie oświadczył, że wykonanie prześwitu zgodnie z pktem 2.7 SOPU jednak jest technicznie możliwe i wskazał, że może w krótkim terminie dostarczyć kuchnie polowe posiadające zgodny z umową prześwit.

Określony w § 3 ust. 1 na dzień 15.11.2016 r. termin wykonania umowy nr (...) nie podlegał zmianom, zaś powód przed wytoczeniem powództwa przyznał wobec pozwanego, że doszło co najmniej do opóźnienia w wykonaniu umowy. W § 3 ust. 2 umowy wprost wskazano, że termin jej wykonania nie podlega zmianie, przedłużeniu ani aneksowaniu. Zmiana terminu byłaby sprzeczna z prawem i jako taka nieważna. W art. 144 ust. 1 pzp wprost wskazano, że zmiana terminu realizacji umowy ma charakter zmiany istotnej i jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy taka możliwość została wyraźnie przewidziana w treści SIWZ. W tej sprawie SIWZ nie tylko nie przewidywał możliwości zmiany terminu, lecz wprost wskazywał, że jest wykluczona.

Pismem z dnia 22.11.2016 r. pozwany poinformował powoda, że wyraża zgodę na kontynuację umowy nr (...) do dnia 30.11.2016 r., jednakże ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z zapisów umowy. Jedną z tych konsekwencji jest oczywiście dochodzenie należności z tytułu kary umownej, na naliczenie której i potrącenie w formie noty odsetkowej wykonawca wyraził zgodę, podpisując umowę. Pozwany udzielając odpowiedzi sygnalizował, że będzie dochodził kary umownej. W żadnym wypadku nie nastąpiło zrzeczenie się możliwości dochodzenia tej kary.

Powód pismem z dnia 17.01.2017 r. jednoznacznie potwierdził, iż faktycznie ponosi odpowiedzialność za zaistniałe opóźnienie realizacji umowy nr (...) oraz wyraził gotowość zawarcia ugody obejmującej rozliczenie stron. Powód nie kwestionował wówczas wystąpienia stanu opóźnienia, a jedynie kwestionował długość jego trwania.

Pozwany zarzucił bezskuteczność zarzutu miarkowania kary umownej naliczonej w nocie obciążeniowej nr (...). Podniósł, że wniosek o miarkowanie jest środkiem obrony pozwanego, a zatem może być realizowany jedynie w formie odpowiedniego zarzutu merytorycznego przeciwko żądaniu pozwu, nigdy zaś w formie żądania zgłoszonego w samym pozwie. Miarkowanie nie może dotyczyć roszczenia o karę umowną, które zostało zaspokojone na skutek potrącenia, gdyż skutkiem potrącenia roszczenia o zapłatę kary umownej jest jego wygaśnięcie. Zgodnie z § 7 ust. 2-3 umowy nr (...) kary umowne zostały zastrzeżone nienależnie od szkody poniesionej przez pozwanego i bez względu na winę powoda. Tym samym omawiana klauzula przewiduje w istocie zobowiązanie powoda do świadczenia o charakterze gwarancyjnym, które nie może podlegać miarkowaniu. Następnie pozwany zarzucił brak podstaw do miarkowania kary umownej. Podniósł, że zastrzeżona w umowie nr (...) kara umowna miała zapewnić terminową dostawę, a zatem pełniła funkcję prewencyjną, której należy przyznać prymat przed funkcją kompensacyjną.

Pozwany podniósł, iż wykonanie zobowiązania w sytuacji, gdy miało to miejsce ze znacznym opóźnieniem trwającym aż 44 dni, nie może usprawiedliwiać postępowania powoda. Powód swoimi celowymi działaniami i zaniechaniami doprowadził do uchybienia terminowi wykonania zobowiązania, co skutkowało naliczeniem kary umownej.

Pozwany wskazał, że dokonał potrącenia umownego, a nie potrącenia ustawowego objętego regulacją art. 498-505 kc. Potrącenie umowne oparte jest na zgodzie drugiej strony na działania potrącającego, dlatego też nie jest wymagana przesłanka wymagalności roszczeń.

W ocenie pozwanego brak jest podstaw do wywodzenia, iż dokonane przez niego potrącenie umowne jest nieskuteczne.

Sąd ustalił w sprawie następujący stan faktyczny.

Dnia 18.09.2015 r. (...) sp. z o.o. w B. oraz J. J. zawarli umowę współpracy z konsultantem ds. militarnych.

Powód powierzył J. J. jako konsultantowi militarnemu podejmowania czynności wspierających działalność handlową powoda w celu przygotowania i realizacji zamierzonych celów w oparciu o doświadczenie i wiedzę konsultanta.

/ dowód: umowa z dnia 18.09.2015 r. – k. 635-641 /

Dnia 25.01.2016 r. (...) we W. ogłosiła o zamówieniu publicznym nr (...) na dostawę kuchni polowej KP (...) i cysterny do przewozu i dystrybucji wody typu (...).

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia termin realizacji został określony na 15.11.2016 r., przy czym zamawiający dopuścił możliwość realizacji umowy partiami.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy (SOPU) zawierał m.in. następujące informacje:

- 2.7 – KP powinna posiadać prześwit podłużny nie mniejszy niż 380 mm oraz kąt natarcia i zejścia nie mniejszy niż 20° oraz kąt przechyłu bocznego nie mniejszy niż 30°;

- 8.2 – dokumentacja wymagana przy dostawie:

- homologacja lub wyciąg ze świadectwa homologacji dla kompletnej kuchni obowiązująca w dniu realizacji wraz z kartą pojazdu,

- instrukcja eksploatacji i obsługi w języku polskim o treści zawierającej zagadnienia zawarte w Decyzji nr (...) z dnia 20.09.2011 r.,

- karty gwarancyjne kuchni i wyposażenia,

- deklaracja zgodności oznakowanie wyrobu WE zawierająca informacje zgodne ze stosownymi przepisami.

Pismem z dnia 27.01.2016 r. (...) sp. z o.o. w Ż. skierował do pozwanego zapytanie dotyczące postępowania przetargowego, w którym zwrócił się o określenie również wartości minimalnego prześwitu poprzecznego podwozia.

Pismem z dnia 01.02.2016 r. I. (...) poinformował Szefa (...) (...), że KP powinna posiadać prześwit poprzeczny nie mniejszy niż 380 mm oraz kąt natarcia i zejścia nie mniejszy niż 20° oraz kąt przechyłu bocznego nie mniejszy niż 30°.

W dniu 02.02.2016 r. w odpowiedzi na zapytania w postępowaniu przetargowym pozwany ogłosił, że pkt 2,7 SOPU otrzymuje brzmienie: „KP powinna posiadać prześwit poprzeczny nie mniejszy niż 380 mm oraz kąt natarcia i zejścia nie mniejszy niż 20° oraz kąt przechyłu bocznego nie mniejszy niż 30°”.

Pismem z dnia 10.02.2016 r. (...) sp. z o.o. w B. skierował do pozwanego zapytanie dotyczące postępowania przetargowego, w którym zwrócił się o wyjaśnienie, czy zamawiający dopuszcza prześwit podłużny $\pm 5\%$.

Pismem z dnia 22.02.2016 r. I. (...) poinformował (...) (...), że utrzymuje się zapis pktu 2.7 – użyte sformułowanie „nie mniejszy niż” nie definiuje jednoznacznie parametru prześwitu, a także że prześwit dotyczy kuchni polowej dostosowanej do transportu.

Powód nie kierował na etapie postępowania przetargowego zapytań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Dnia 17.06.2016 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez (...) sp. z o.o. w B. w zakresie części 1 zamówienia z ceną brutto 1 492 516, 44 zł.

/ dowód: ogłoszenie o zamówieniu publicznym nr (...) z dnia 25.01.2016 r. – k.

18-24; specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami, w tym SOPU – k.

25-37; ogłoszenie z dnia 17.06.2016 r. – k. 38; wydruk strony internetowej – k. 39;

zapytanie z dnia 27.01.2016 r. – k. 187-188, pismo z dnia 01.02.2016 r. – k. 189-190;

ogłoszenie z dnia 02.02.2016 r. – k. 191-195; zapytanie z dnia 10.02.2016 r. – k. 196-

197; pismo z dnia 22.02.2016 r. – k. 198-202; pismo z dnia 29.02.2016 r. – k. 204-213;

zeznania świadka R. K. (1) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:01:29-00:19:58 /

Dnia 27.06.2016 r. (...) we W. jako kupujący oraz (...) sp. z o.o. w B. jako sprzedawca zawarli umowę nr (...), której przedmiotem była sprzedaż trzech kuchni polowych na przyczepie produkcji powoda o wartości jednostkowej 404 476 zł netto, łącznej 1 213 428 zł netto, 1 492 516, 44 zł brutto, a także przeprowadzenie szkolenia specjalistycznego (§ 1 i § 2).

Sprzedawca zobowiązał się dostarczyć wyroby objęte zamówieniem do jednostek wojskowych wskazanych w Załączniku nr 2 (odbiorców) w terminie do dnia 15.11.2016 r. Termin ten nie podlegał zmianie, przedłużeniu czy aneksowaniu (§ 3 ust. 1 i 2).

Przed dostawą do odbiorcy wyroby miały zostać przedstawione do odbioru jakościowego przedstawicielowi(...) w siedzibie sprzedawcy lub innym miejscu uzgodnionym z kupującym, o czym sprzedawca miał powiadomić uprawnionego przedstawiciela (...)z minimum 7-dniowym wyprzedzeniem. Z dokonanych czynności przedstawiciel (...) miał sporządzić protokół odbioru. Odbiorca/kupujący miał dokonać odbioru ilościowego i jakościowego dostawy w miejscu dostawy zamówienia. Warunkiem dokonania odbioru miało być dostarczenie przez sprzedawcę wraz z wyborami kompletu dokumentów obejmującego protokół z realizacji szkolenia, dwa egzemplarze faktury VAT, w przypadku dostaw obcym transportem – komisyjny protokół załadowania wyrobów lub listu przewozowego, karty gwarancyjne do każdego wyrobu, protokół odbioru wyrobów przez (...). Z odbioru dostawy odbiorca miał sporządzić protokół odbioru dostawy, który wraz z ww. dokumentami miał stanowić potwierdzenie prawidłowego wykonania dostawy przez sprzedawcę (§ 4 ust. 2, 5, 6, 7).

Sprzedawca zobowiązany był przedłożyć kupującemu egzemplarz faktury VAT wraz z protokołem odbioru (...), protokołem odbioru dostawy, protokołem z realizacji szkolenia. Zapłata za dostarczone wyroby miała nastąpić w terminie 30 dni od dnia spełnienia przez sprzedawcę świadczenia ujętego w fakturze i dostarczenia kupującemu kompletu dokumentów (§ 6 ust. 1 i 2).

Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy sprzedawca zobowiązany był zapłacić kupującemu kary umowne, m.in. w wysokości 0,5 % wartości brutto dostawy zrealizowanej po terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki lub opóźnienia (§ 7 ust. 1 pkt 5). Zastrzeżone kary umowne były niezależne od szkody poniesionej przez kupującego (§ 7 ust. 2). Kupujący mógł żądać zastrzeżonych kar umownych również w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania były okoliczności niezawinione przez sprzedawcę (§ 7 ust. 3).

Sprzedawca wyraził zgodę na potrącenie z należnego mu wynagrodzenia wszelkich roszczeń o zapłatę przysługujących kupującemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez sprzedawcę, w tym kar umownych (§ 9 ust. 2 i 4).

Wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności (§ 10 ust. 1).

/ dowód: umowa nr (...) z dnia 27.06.2016 r. z załącznikami nr 1 i 2 – k. 46-48 /

I. (...) w B. był gestorem zamówienia – położonym nad(...) we W.. I. był autorem wymagań taktyczno-technicznych przedmiotu zamówienia oraz koncepcji dwuetapowości realizacji zamówienia – opracowania przez sprzedawcę dokumentacji przedmiotu umowy oraz jej zatwierdzenia. Do I. należało zatwierdzenie przedstawionej przez powoda dokumentacji technicznej.

Z tych względów wszystkie zapytania kierowane przez oferentów do zamawiającego były przekazywane do I. i jego stanowisko było przedstawiane jako odpowiedź.

/ dowód: zeznania świadków: R. K. (1) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:01:29-00:19:58,

K. W. – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:19:59-00:37:55 /

Pismem z dnia 06.07.2016 r. powód skierował do (...) (S. (...)) w R. we Francji zamówienie trzech trzonów kuchni polowych z kotłami, patelnią, piekarnikiem, płytą grillową oraz namiotem w terminie do dnia 15.10.2016 r.

Wskazał, że został wezwany do podpisania umowy na dostawę trzech kuchni polowych i z uwagi na termin wykonania zamówienia do 15.11.2016 r. zwrócił się o pilne potwierdzenie realizacji zamówienia.

/ dowód: pismo z dnia 06.07.2016 r. – k. 1162 /

Tego samego dnia (...) przedstawił powodowi specyfikację trzonu kuchni (...) z akcesoriami – za cenę 171 600 EUR.

Wskazał na termin dostawy – 16 tygodni po otwarciu akredytywy i potwierdzeniu zapłaty zaliczki.

/ dowód: pismo z dnia 06.07.2016 r. – k. 1163-1164 /

Dnia 07.07.2016 r. powód zwrócił się do (...) o uruchomienie wszystkich możliwych działań związanych z zamówieniem tak, aby dostawa nastąpiła do 15.10.2016 r., co miało umożliwić integrację trzonów z podwoziem, uzyskanie homologacji na wyrób oraz przeszkolenie personelu. Zwrócił się również o wykonanie w języku polskim dokumentacji kuchni wg wymagań polskiej armii zgodnie z załącznikiem nr 1, a także o określenie granicznych terminów dostawy przez niego do (...) kotłów i ram do zabudowy trzonów.

R. K. (2) wskazał, że planuje przyjazd do (...) 29.07.2016 r.

/ dowód: pismo z dnia 07.07.2016 r. – k. 1165 /

Dnia 29.07.2016 r. R. K. (2) odbył podróż pociągiem (...) na trasie V. - L..

/ dowód: e-bilet – k. 1166 /

Dnia 01.08.2016 r. (...) sp. z o.o. w B. oraz (...) sp. z o.o. w K. zawarli umowę podwykonawczą, której przedmiotem było wykonanie 3 sztuk przyczepy do przewozu kuchni polowej według projektu stanowiącego integralną część umowy, o parametrach:

a) wymiary gabarytowe skrzyni:

- długość 2600 mm,

- szerokość 1950 mm,

b) układ jezdny wykonany jako skręcany z następujących elementów:

- oś z zawieszeniem na wałkach skrętnych firmy (...) o nośności 3,5 tony,
 - dyszel o regulowanej wysokości firmy (...) wyposażony w hamulec najazdowy / prześwit pod dyszel min. 3800 mm,
 - koło podporowe firmy (...),
 - adapter do skręcania oś-dyszel,
 - zastrzały do skręcania oś-dyszel,
 - koła 235/75 R 17,5" 2 szt + koło zapasowe montowane na klapie tylnej – felgi stalowe,
- (...).

Strony ustaliły następujący harmonogram dostaw:

- pierwszy etap, tj. wykonanie przedmiotu umowy w celu przekazania dalszemu podwykonawcy – do 15.09.2016 r.,
- drugi etap, tj. zmontowanie produktu finalnego po zwrotnym dostarczeniu go przez dalszego podwykonawcę – do 20.10.2016 r.,
- trzeci etap, tj. dostawa do docelowych miejsc odbioru we właściwych jednostkach wojskowych – 10.11.2016 r.

Podwykonawca zobowiązał się w zakresie drugiego i trzeciego etapu umożliwić montaż produktu finalnego przez generalnego wykonawcę.

Strony ustaliły cenę 14 000 EUR netto za sztukę.

Strony ustaliły, że będą współdziałać w zakresie umożliwienia (...) we W. dokonywania odbiorów i kontroli jakościowych w czasie realizacji umowy.

/ dowód: umowa podwykonawcza z dnia 01.08.2016 r. – k. 1176-1182 /

Dnia 26.08.2016 r. / 09.09.2016 r. (...) (S. (...)) w R. we Francji oraz (...) sp. z o.o. w B. zawarli umowę sprzedaży Sprzętu (...)i licencji w wykonaniu generalnej umowy z dnia 01.09.2015 r.

Strony umowy ustaliły, że (...) wykona we Francji Sprzęt (...) zamówione przez powoda wymienione w Załączniku III oraz przekaze powodowi Technologię oznaczoną w Załączniku IV w celu umożliwienia powodowi wyprodukowania w Polsce Części powiązanych z Technologią wymienionych w Załączniku IV. Powód miał możliwość zlecić podwykonanie części produkcji wyłącznie w przypadku zobowiązania podwykonawcy do podpisania umowy licencji z (...) przez przekazaniem Technologii lub projektów.

(...) miał przekazać powodowi dokumentację techniczną w języku francuskim umożliwiającą użycie Sprzętu (...).

(...) zachowywał własność Sprzętu do czasu pełnej zapłaty ceny.

Powód miał zapłacić cenę w formie nieodwołalnej akredytywy na pełną wartość zamówienia oznaczoną w Załączniku V – 25 % od razu, 75 % w terminie 60 dni od daty CMR.

W Załączniku III strony umowy wskazały, że przedmiotem zamówienia są trzy zestawy kuchni (...) z dodatkowym wyposażeniem – za cenę łączną 171 600 EUR.

Sprzęt miał zostać dostarczony transportem drogowym w terminie 16 tygodni po wypełnieniu następujących warunków:

a) podpisania umowy przez powoda,

b) wystawienia przez powoda akredytywy przewidzianej w sekcji 7.1 umowy.

Dnia 09.09.2016 r. (...) oraz (...) sp. z o.o. zawarli aneks nr (...) do umowy sprzedaży sprzętu (...) i licencji z dnia 08.09.2016 r., w którym (...) upoważnił powoda do przekazania części produkcji firmie (...) sp. z o.o. Zakład (...) pod warunkiem podpisania przez tę firmę umowy licencji uzgodnionej 05.09.2016 r.

Tego samego dnia 09.09.2016 r. (...) oraz (...) sp. z o.o. zawarli aneks nr (...) do umowy sprzedaży sprzętu (...) i licencji z dnia 26.08.2016 r., w którym zmodyfikowali finansowe warunki transakcji.

/ dowód: aneksy nr (...) z dnia 09.09.2016 r. – k. 1097-1098; umowa z dnia 26.08.2016 r. /

09.09.2016 r. – k. 1099-1138 /

W dniu 29.08.2016 r. powód skierował do (...) S.A. polecenie otwarcia nieodwołalnej akredytywy dokumentowej na rzecz (...) ważnej do 31.12.2016 r. na sumę 171 600 EUR. Wskazał na ostateczny termin przyjęcia do wysyłki 28.10.2016 r. (z zaznaczeniem, że będzie modyfikowany).

/ dowód: polecenie otwarcia akredytywy – k. 1167-1170 /

Pismem z dnia 24.08.2016 r., doręczonym dnia 30.08.2016 r., w odpowiedzi na pismo z dnia 18.08.2016 r. powód poinformował (...) (...), że dokumentacja techniczna kuchni polowej na przyczepie jest wykonywana z należytą starannością, jednakże ze względu na lipiec jako miesiąc urlopowy u francuskiego poddostawcy trzonu kuchennego niezbędne do jej opracowania materiały są aktualnie dostarczane, wymagają jednak technicznego tłumaczenia i przeredagowania na potrzeby zgodności z decyzją nr (...). Wskazał, że wystąpił o zmianę zapisu przedłożenia dokumentacji do zatwierdzenia do 60 dni od podpisania umowy, na co zamawiający nie wyraził zgody. Wniósł o urealnienie terminu przedstawienia dokumentacji do zatwierdzenia przez gestora (...) do dnia 05.09.2016 r.

/ dowód: pismo z dnia 24.08.2016 r. – k. 458 /

W dniu 06.09.2016 r. powód przesłał do Szefostwa S. (...) Dokumentację konstrukcyjną przyczepu wraz z blokiem kuchennym oraz Instrukcję użytkowania kuchni polowej na przyczepie, a w dniu 08.09.2016 r. Instrukcję obsługi technicznego i napraw kuchni polowej na przyczepie, czyli trzy z siedmiu dokumentów wymaganych umową.

/ dowód: pismo z dnia 12.04.2019 r. – k. 670-672; dokumentacja konstrukcyjna przyczepy wraz z

blokiem kuchennym (...) k. 674-700; instrukcja obsługi technicznego i

napraw kuchni polowej na przyczepie – k. 701-750; instrukcja użytkowania kuchni

polowej na przyczepie – k. 751-799 /

Pismem z dnia 19.09.2016 r. Szef S. (...) poinformował powoda, że zespół roboczy dokonał analizy przedstawionej do zatwierdzenia dokumentacji technicznej kuchni polowej na przyczepie. Wskazał, że przesłana dokumentacja techniczna nie spełnia wymagań zawartych w decyzji nr (...) z dnia 08.12.2014 r. oraz decyzji nr (...) z dnia 20.09.2011 r. Zwrócił się o dostosowanie dokumentacji do wymogów zawartych w tych decyzjach oraz dostarczenie jej do gestora do dnia 30.09.2016 r.

W załączniku nr 1 do tego pisma zawierającym uwagi do przedstawionej dokumentacji technicznej wskazano m.in. na:

- brak warunków technicznych wykonania i odbioru, książki urządzenia, oświadczenia wykonawcy, że przedstawione elementy dokumentacji są spójne ze sobą i z kuchnią, której dotyczą,

- niejednolite tytuły poszczególnych dokumentów niezgodne z nazewnictwem przyjętym w decyzji nr (...),
- niestaranne tłumaczenie,
- opisy rysunków i schematów w języku obcym,
- brak spójności dokumentacji,
- brak szczegółowych rysunków i opisu wielu podzespołów,
- sprzeczności podawanych informacji, np. prześwit raz występuje 320 mm, a w innym miejscu 380 mm,
- niepodpisanie dokumentacji przez osobę uprawnioną do reprezentowania sprzedającego,
- brak wyceny DT,
- przedstawienie dokumentacji tytułem i treścią nieodnoszącej się do przedmiotu zamówienia,
- braki w instrukcjach obsługi i użytkowania.

/ dowód: pismo z dnia 19.09.2016 r. – k. 459-462; zeznania świadków: A. Ś. – k. 517-

520, G. B. – e-protokół z dnia 10.01.2019 r. 00:01:59-00:46:21 k. 576-578 /

Pismem z dnia 23.09.2016 r. (...) poinformowało (...), że wykonawca nadal nie przedstawił zatwierdzonej przez gestora dokumentacji technicznej produkowanego wyrobu, co zgodnie z wymaganiami umowy miało nastąpić do 11.08.2016 r. (z przesunięciem terminu na 07.09.2016 r.). Wskazał, że z informacji uzyskanych od wykonawcy wynika, że produkcja wyrobu jest realizowana u dwóch podwykonawców:

- firma (...) sp. z o.o. Zakład (...) – dostawca przyczepy do przewozu kuchni polowej,
 - firma (...) z Francji – dostawca głównej osprzętu instalowanego na ramie konstrukcyjnej wykonanej przez firmę (...),
- a zlecenie prac nastąpiło bez wymaganego uzgodnienia z (...)treści zamówień.

/ dowód: pismo z dnia 23.09.2016 r. – k. 643 /

Pismem z dnia 23.09.2016 r. w odpowiedzi na pismo Szefa(...) nr (...) z dnia 23.09.2016 r. prokurent powoda R. K. (2) poinformował (...) w B., (...) we W. i Szefa S. (...), że treści umów z podwykonawcami zostały dostarczone do wiadomości (...) pismem z dnia 12.08.2016 r. i zakres zamówionych prac został ujawniony. Wskazał, że dokumentacja techniczna została dostarczona do gestora dnia 07.09.2016 r. i 08.09.2016 r. i zgodnie z uwagami przedstawionymi w piśmie nr (...) z dnia 19.09.2016 r. jest poprawiana, w opracowaniu pozostają Wymagania dotyczące warunków technicznych na wykonanie i odbiór kuchni polowej na przyczepie.

Wyjaśnił, że kuchnia polowa na przyczepie nie jest produktem powstałym w oparciu o prowadzoną pracę badawczą czy rozwojową. Jest kompilacją dostępnych na rynku specjalistycznych modułów uznanych producentów. Blok kuchenny produkuje firma (...), która specjalizuje się w produkcji polowego sprzętu specjalistycznego dla armii NATO, w szczególności kuchni polowych. Powód nie otrzymał zgody na dysponowanie dokumentacją konstrukcyjną bloku kuchennego na warunkach niekomercyjnych z uwagi na minimalne biznesowo zamówienie. Wartość dokumentacji technicznej kilkakrotnie przewyższa wartość umowy i jest dorobkiem intelektualnym firm (...). Podwozie produkuje firma (...) sp. z o.o. Zostało ono dostosowane do potrzeb bloku kuchennego, spełnia wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego.

/ dowód: pismo z dnia 23.09.2016 r. – k. 645-646; zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół

z dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

Pismem z dnia 27.09.2016 r. prokurent powoda R. K. (2) zwrócił się do Szefa S. (...) o spotkanie w sprawie realizacji umowy nr (...). Poinformował, że produkcja trzech kuchni polowych jest mocno zaawansowana rzeczowo u różnych podwykonawców. Podzespoły kuchni wykonywane są wg dokumentacji produkcyjnej uznanych producentów – firm (...). Istotną przeszkodą w komunikowaniu się z gestorem i (...) jest brak dokumentacji konstrukcyjnej i uwagi do przedstawionej dokumentacji technicznej. Uwagi mogą wynikać z interpretacji zapisu SOPU pkt 8.3. Ponownie wniósł o pilne spotkanie w celu omówienia problemu, a także wstępnego omówienia Planu szkolenia specjalistycznego oraz omówienia Warunków technicznych wykonania i odbioru, co również wymaga uzgodnienia z gestorem.

/ dowód: pismo z dnia 27.09.2016 r. – k. 49-50; zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół z

dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

R. K. (2) wskazywał gestorowi zamówienia, że może sprowadzić przedstawiciela producenta trzonów kuchennych, sam nie jest w stanie przedstawić dokumentacji produkcyjnej. Powód nie był wytwórcą kuchni, zakupił gotowy element z rynku, każdy inny podmiot mógł tak postąpić. Powód uważał, że w ten sposób wypełnia wymogi przewidziane w decyzji nr (...).

R. K. (2) informował gestora, że nie jest możliwe dostarczenie pełnej dokumentacji produkcyjnej, technologicznej, pochodzącej od francuskiego producenta, który nie udostępni

takiej dokumentacji.

/ dowód: zeznania świadków: R. K. (2) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45,

M. M. – k. 513-516 /

Pismem z dnia 29.09.2016 r. (...) zaproponował spotkanie w dniu 04.10.2016 r. w siedzibie (...). Wskazał, że ze względów formalnych w spotkaniu mogą uczestniczyć wyłącznie pracownicy powoda, bez możliwości udziału przedstawicieli podwykonawców. Na spotkaniu miały zostać omówione jedynie sprawy związane z uwagami do przedstawionej do zatwierdzenia dokumentacji technicznej kuchni polowej na przyczepie. O wyjaśnienie pozostałych tematów skierował powoda do zamawiającego, tj. (...).

/ dowód: pismo z dnia 29.09.2016 r. – k. 51 /

Dnia 04.10.2016 r. w Szefostwie S. (...) w B. odbyło się spotkanie Szefa tej służby z przedstawicielami powoda w celu omówienia uwag do przedstawionej do zaakceptowania dokumentacji technicznej na wykonanie kuchni polowej na przyczepie. Podczas spotkania omówiono uwagi do przedstawionej gestorowi do zatwierdzenia dokumentacji technicznej na dostawę kuchni polowej na przyczepie na podstawie pkt 8.6 załącznika nr 3 do umowy nr (...), które dotyczyły rozbieżności dostarczonej DT w stosunku do wymagań zawartych w decyzji nr (...) z dnia 20.09.2011 r. Gestor wskazał, że przedłożona DT nie zawiera opisu wszystkich elementów składowych przedmiotu umowy. Poinformował przedstawicieli powoda, że w obecnym stanie DT nie może zostać zatwierdzona przez gestora i wymaga uzupełnienia oraz dostosowania do wymogów cyt. decyzji. Prokurent powoda R. K. (2) zobowiązał się do uzupełnienia brakujących obszarów dokumentacji technicznej i dostosowania jej do wymogów zawartych w decyzji nr (...) oraz ponownego dostarczenia jej do zatwierdzenia gestorowi.

/ dowód: notatka służbowa z dnia 07.10.2016 r. – k. 280-282; pismo z dnia 07.10.2016 r. – k. 509-

511; zeznania świadków: A. Ś. – k. 517-520, G. B. – e-

protokół z dnia 10.01.2019 r. 00:01:59-00:46:21 k. 576-578 /

Dnia 05.10.2016 r. w B. odbyło się spotkanie R. K. (2) z przedstawicielami (...), na którym wykonawca poinformował, iż realizacja umowy nie jest zagrożona, produkcja trzonów kuchni jest w trakcie realizacji, pierwsze trzy ramy do zabudowy trzonów kuchni zostaną wysłane do firmy (...) w tym dniu, planowany termin dostarczenia gotowego bloku kuchni do zabudowy na podwozie określono na 04.11.2016 r. Zobowiązał się uzupełnić umowy z poddostawcami o wszystkie wymagania jakościowe zawarte w umowie (...) (parametry techniczne i wymiarowe oraz wymagania dotyczące odbioru wojskowego). Wykonawca miał wyjaśnić z zamawiającym zapis pktu 7 SOPU – na czym ma polegać klasyfikacja urządzenia do grupy (...). Wykonawca poinformował, że w dniu 04.10.2016 r. odbyło się spotkanie w (...) z gestorem w celu wyjaśnienia i uzgodnienia ostatecznego zakresu DT, o której mowa w pktcie 8.5 SOPU, i zobowiązał się niezwłocznie przekazać (...) nowy termin uzgodnienia DT.

/ dowód: notatka z dnia 05.10.2016 r. – k. 648-649 /

Pismem z dnia 07.10.2016 r. (...) w nawiązaniu do spotkania roboczego w dniu 04.10.2016 r. poinformował powoda, że ostateczny termin przedłożenia do zatwierdzenia dokumentacji technicznej ustala na 21.10.2016 r. i zwrócił się o dostosowanie dokumentacji technicznej do wymagań zawartych w decyzji nr (...) z dnia 20.09.2011 r.

/ dowód: pismo z dnia 07.10.2016 r. – k. 52; zeznania świadka A. Ś. – k. 517-

520 /

W związku z przedłużaniem się czynności związanych z zatwierdzeniem dokumentacji technicznej kuchni polowych powód zwrócił się do gestora zamówienia o przedłużenie terminu realizacji zamówienia, uzyskał jednakże informację, że w tej sprawie należy zwrócić się do pozwanego jako zamawiającego.

/ dowód: zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

Pismem z dnia 07.10.2016 r. powód zwrócił się do (...) pozwanego o akceptację zmiany terminu dostawy kuchni polowych z dnia 15.11.2016 r. na dzień 30.11.2016 r., uzasadniając prośbę faktem wystąpienia opóźnień wynikających z procedury uzgadniania z gestorem sprzętu zakresu dokumentacji technicznej dostarczanej wraz z przedmiotem umowy. Wskazał, że zakres dokumentacji został ostatecznie ustalony w dniu 04.10.2016 r. podczas spotkania z gestorem w (...).

Podniósł, iż innym argumentem przemawiającym za zmianą terminu dostawy jest fakt, że produkowane kuchnie polowe są prototypowe, dostarczane do wojska po raz pierwszy i wymagają większego niż zakładano nakładu pracy oraz dodatkowych uzgodnień w celu uzyskania jak najlepszego efektu końcowego. Przypuszczalne dwutygodniowe opóźnienie wynika z przyczyn obiektywnych, niezależnych od wykonawcy.

/ dowód: pismo z dnia 07.10.2016 r. – k. 53-54 /

Pismem z dnia 10.10.2016 r. pozwany poinformował powoda, iż wyrażenie zgody na zmianę terminu realizacji umowy jest niemożliwe, gdyż prowadziłoby do naruszenia obowiązującego prawa. Zmiana terminu realizacji umowy jest zmianą istotną i dopuszczalna jest jedynie w sytuacji, gdy została wyraźnie przewidziana w SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji o nieprecyzyjności zapisów umowy, wskazał, iż jest ona całkowicie niezrozumiała. Postępowanie przetargowe prowadzone było jako przetarg nieograniczony, w którym powód dysponował możliwością składania zapytań dotyczących specyfikacji czy zwracania uwagi na zauważone nieścisłości SIWZ czy też problemy w późniejszej realizacji umowy.

/ dowód: pismo z dnia 10.01.2016 r. – k. 55-56 /

Pismem z dnia 17.10.2016 r. powód zwrócił się Szefa (...) o uzyskanie akceptacji na zmianę terminu dostawy. Wskazał, że prośba skierowana do (...) nie uzyskała akceptacji z przyczyn czysto proceduralnych. Ponowił argumentację zawartą we wniosku skierowanym do pozwanego.

/ dowód: pismo z dnia 17.10.2016 r. – k. 57 /

Dnia 20.10.2016 r. (...) sp. z o.o. w B. oraz (...) sp. z o.o. Zakład (...) zawarli aneks nr 1 do umowy podwykonawczej z dnia 01.08.2016 r., którym zmieniły umowę w ten sposób, że w pkt 1 ust. 2.1 dodały postanowienie oznaczone g) pozostałe parametry techniczne:

(...),

- przystosowanie do poruszania się po drogach publicznych, utwardzonych i nieutwardzonych oraz bezdrożach o pochyleniu bocznym #20 stopni,

- prześwit boczny nie mniejszy niż 380 mm oraz kąt natarcia i zejścia nie mniejszy niż 20 stopni oraz kąt przechyłu bocznego nie mniejszy niż 30 stopni,

(...).

/ dowód: aneks nr 1 z dnia 20.10.2016 r. do umowy z dnia 01.08.2016 r. – k. 1094-1095 /

W dniu 21.10.2016 r. powód przedstawił Szefostwu (...) do akceptacji dokumentację techniczną kuchni polowej na przyczepie będącej przedmiotem umowy dostawy zgodnie z umową nr (...) z dnia 27.06.2016 r. obejmującą:

- instrukcję użytkowania kuchni polowej na przyczepie,
- instrukcję obsługi technicznego i napraw kuchni polowej na przyczepie,
- katalog rysunków konstrukcyjnych kuchni polowej na przyczepie,
- instrukcję użytkowania zespołu prądotwórczego,
- instrukcję napraw zespołu prądotwórczego,
- kryteria wyszkolenia obsługi i zespołów naprawczych zespołu prądotwórczego,
- płytę CD z dokumentacją.

Tego samego dnia powód przedstawił Warunki techniczne wykonania i odbioru kuchni polowej na przyczepie będące podstawą odbioru KP przez (...).

/ dowód: pisma z dnia 21.10.2016 r. – k. 463-464 /

Pismem z dnia 27.10.2016 r. Szef (...) poinformował powoda, że przeprowadzona analiza dostarczonej dokumentacji wykazała techniczne niedociągnięcia i zaproponował przeprowadzenie spotkania roboczego w dniu 28.10.2016 r.

/ dowód: pismo z dnia 27.10.2016 r. – k. 465 /

Pismem z dnia 03.11.2016 r. powód ponownie zwrócił się do (...) o zmianę terminu dostawy.

/ dowód: pismo z dnia 03.11.2016 r. – k. 58-59 /

W dniach 04.11.2016 r. i 08.11.2016 r. powód przedłożył gestorowi dokumentację techniczną kuchni polowej.

Dnia 08.11.2016 r. Szef (...) zaakceptował dokumentację techniczną obejmującą: dokumentację konstrukcyjną kuchni polowej na przyczepie (...), instrukcję obsługi technicznego kuchni polowej (...), instrukcję użytkowania kuchni polowej na przyczepie (...), instrukcję napraw zespołu prądotwórczego, instrukcję obsługi zespołu prądotwórczego, instrukcję użytkowania zespołu prądotwórczego, kryteria wyszkolenia obsługi i zespołów

naprawczych zespołu prądotwórczego, książkę urządzenia – kuchni polowej na przyczepie(...), warunki utylizacji kuchni polowej (...), warunki techniczne kuchni polowej na przyczepie (...)

(...).

W instrukcji użytkowania kuchni polowej – dane techniczne (s. 7 instrukcji – k. 906) wpisany jest prześwit 0,380 m.

/ dowód: pismo z dnia 08.11.2016 r. – k. 466; pismo z dnia 04.11.2016 r. – k. 467-468;

dokumentacja konstrukcyjna – k. 801-836; instrukcja obsługi technicznego – k.

837-899; instrukcja użytkowania – k. 900-958; instrukcja napraw – k. 959-967; instrukcja

obsługi technicznego zespołu prądotwórczego – k. 968-995; instrukcja

użytkowania zespołu prądotwórczego – k. 996-1020; kryteria wyszkolenia obsługi i

zespołów naprawczych zespołu prądotwórczego – k. 1021-1032; książka urządzenia –

k. 1033-1062; warunki utylizacji – k. 1063-1068; warunki techniczne – k. 1069-1086;

dokumentacja przesłana przez (...)/

Pismem z dnia 09.11.2016 r. (...) przekazał powodowi zatwierdzoną dokumentację techniczną kuchni polowej (...) wraz z wersją elektroniczną na płycie CD.

Pismem z dnia 10.11.2016 r. poinformował o tym (...).

/ dowód: pismo z dnia 09.11.2016 r. – k. 62 i k. 469; pismo z dnia 10.11.2016 r. – k. 470; zeznania

świadka R. K. (1) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:01:29-00:19:58 /

Pismem z dnia 10.11.2016 r. (...) poinformował powoda, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 10.10.2016 r. Wskazał, iż zmiana terminu realizacji umowy byłaby sprzeczna z postanowieniami samej umowy, w szczególności z § 3 ust. 2. Termin 15.11.2016 r. był znany powodowi jeszcze na etapie przeprowadzania postępowania przetargowego, czyli przed datą podpisania umowy.

/ dowód: pismo z dnia 10.11.2016 r. – k. 60-61 /

Decyzją z dnia 10.11.2016 r., (...), Dyrektor Transportowego Dozoru Technicznego po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. udzielił dopuszczenia jednostkowego dla pojazdu marki :. (...), typ: (...), nr VIN: (...), nadając nr dopuszczenia: (...)

/ dowód: decyzja z dnia 10.11.2016 r. – k. 651-654 /

Decyzją z dnia 10.11.2016 r., (...), Dyrektor Transportowego Dozoru Technicznego po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. udzielił dopuszczenia jednostkowego dla pojazdu marki :. (...), typ: (...), nr VIN: (...), nadając nr dopuszczenia: (...).

/ dowód: decyzja z dnia 10.11.2016 r. – k. 656-659 /

Decyzją z dnia 10.11.2016 r., (...), Dyrektor Transportowego Dozoru Technicznego po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. udzielił dopuszczenia jednostkowego dla pojazdu marki :. (...), typ: (...), nr VIN: (...), nadając nr dopuszczenia: (...)

/ dowód: decyzja z dnia 10.11.2016 r. – k. 661-664 /

Pismem z dnia 17.11.2016 r. powód poinformował (...), że kuchnie polowe na przyczepie będące przedmiotem dostawy zgodnie z umową nr (...) zostały wyprodukowane i aktualnie są transportowane z Francji do Polski; dostawa nie jest zagrożona. Po zrealizowaniu transportu kuchnie zostaną poddane procesowi homologacji w celu dopuszczenia do ruchu zgodnie z prawem o ruchu drogowym i niezwłocznie zgłoszone do odbioru przez (...). Warunkiem odbioru było zatwierdzenie przez gestora dokumentacji technicznej. Dokumentacja została zatwierdzona w dniu 09.11.2016 r. po wielotygodniowym uzgodnieniu z gestorem co do jej zakresu i struktury. Długotrwałość ustaleń wynikała z nieprecyzyjnych zapisów umowy i nie wynikała z winy wykonawcy.

Ze względu na upływ czasu wniósł o zgodę na dostawy kuchni do beneficjentów bezpośrednio po odbiorze przez (...) i przeprowadzenie szkolenia użytkowników w jednostkach wojskowych, co uzyskało akceptację gestora w dniu 16.11.2016 r.

Ponownie zwrócił się o zmianę terminu dostawy przedmiotu umowy na 30.11.2016 r.

/ dowód: pismo z dnia 17.11.2016 r. – k. 63-64 /

W odpowiedzi na to pismo pismem z dnia 22.11.2016 r. (...) poinformował powoda, że wyraża zgodę na kontynuację realizacji umowy do dnia 30.11.2016 r. ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z zapisów umowy.

Pozwany tym samym odstąpił od zamiaru wypowiedzenia umowy z powodem, zamierzał utrzymać skutki finansowe opóźnienia, w tym naliczenie kary umownej.

/ dowód: pismo z dnia 22.11.2016 r. – k. 65; zeznania świadków: R. K. (1) – e-protokół z

dnia 25.05.2018 r. 00:01:29-00:19:58, K. W. – e-protokół z dnia

25.05.2018 r. 00:19:59-00:37:55 /

Powód uznał, że termin został przesunięty zgodnie z jego wnioskiem bez ryzyka obciążenia karą umowną.

/ dowód: zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

W dniu 02.12.2016 r. kuchnia polowa wyprodukowana przez (...) nr (...) została nadana do przewozu wykonywanego przez (...) sp. z o.o. w W. – jako odbiorca został wskazany (...) sp. z o.o.

W dniu 02.12.2016 r. kuchnia polowa wyprodukowana przez (...) nr (...) została nadana do przewozu wykonywanego przez (...) sp. z o.o. w W. – jako odbiorca został wskazany (...) sp. z o.o. W dniu 06.12.2016 r. kuchnia została odebrana przez (...) sp. z o.o.

W dniu 02.12.2016 r. kuchnia polowa wyprodukowana przez (...) została nadana do przewozu wykonywanego przez (...) M. B. w W. – jako odbiorca został wskazany (...) sp. z o.o. W dniu 06.12.2016 r. kuchnia została odebrana przez (...) sp. z o.o.

/ dowód: listy przewozowe CMR – k. 1139-1141, 1144, 1146, 1148 /

Pismem z dnia 02.12.2016 r. powód poinformował Szefa (...), że kuchnie polowe po testach jakości w dniu 08.12.2016 r. zostaną przedstawione przedstawicielom (...) do odbioru jakościowego w siedzibie powoda; w dniu 09.12.2016 r. zostanie przeprowadzone szkolenie dla użytkowników, przedstawicieli (...), (...) i (...); w dniu 12.12.2016 r. zaplanowano dostarczenie kuchni polowych do miejsc dostawy wskazanych w umowie.

/ dowód: pismo z dnia 02.12.2016 r. – k. 66 /

W dniu 07.12.2016 r. powód dokonał wewnętrznego odbioru kuchni polowych. W protokole z tego odbioru stwierdził, że KP spełnia wymagania opisane w SOPU z dwoma odstępstwami:

a) KP nie spełnia wymagania posiadania prześwitu poprzecznego min. 380 mm; posiada prześwit poprzeczny wynoszący 280 mm i prześwit podłużny 380 mm; z związku z odstępstwem należy wystąpić do zamawiającego poprzez (...) o uznanie odstępstwa;

b) zamiast homologacji Instytut Transportu Samochodowego przedstawił Pozwolenie jednostkowe wydane przez Transportowy Dozór Techniczny, tożsamy z homologacją; w związku z odstępstwem należy wystąpić do zamawiającego poprzez (...) o uznanie odstępstwa;

powyższe odstępstwa nie mają wpływu na funkcjonalność KP.

/ dowód: protokół wewnętrznego odbioru końcowego z dnia 07.12.2016 r. – k. 1088-1092 /

Pismem z dnia 09.12.2016 r. (...) w B. poinformował (...), Szefostwo (...), że w dniu 08.12.2016 r. (...) przystąpił do odbioru wojskowego pierwszego kpl. KP zgłoszonego przez dostawcę; podczas odbioru stwierdzono rozbieżności oraz braku w stosunku do wymagań umowy; dostawca zapewnia, że do czasu odbioru dostarczy brakujące elementy potwierdzające jakość zastosowanych materiałów i podzespołów oraz usunie część rozbieżności.

Jako rozbieżności wymienił m.in. min. prześwit poprzeczny ok. 280 mm zamiast wymaganego prześwitu poprzecznego nie mniejszego niż 380 mm, możliwy problem z załadunkiem do kontenera 20 stopowego.

/ dowód: pismo z dnia 09.12.2016 r. z załącznikami – k. 69 i k. 214-217 /

W raporcie niezgodności jakościowych nr(...) z dnia 13.12.2016 r. stwierdzono niezgodności:

- prześwit poprzeczny 280 mm zamiast 380 mm,
- możliwy problem z załadunkiem do kontenera 20 stopowego – załadunek do kontenera z wykorzystaniem specjalnych rolek po zdemontowaniu kół,
- karta certyfikacyjna bez certyfikacji do transportu lotniczego,
- brak homologacji lub wyciągu ze świadectwa homologacji – przedstawiono decyzje Dyrektora Transportowego Dozoru Technicznego z 10.11.2016 r. w sprawie dopuszczenia jednostkowego pojazdów.

Dostawca wskazał, że kuchnia polowa posiada prześwit podłużny pod dyszlem 380 mm oraz że po zdemontowaniu kół i zamontowaniu dołączonych do kuchni rolek kuchnia spełnia wymóg załadunku w kontenerze, powyższe jest sposobem zachowania prześwitu.

W załączniku do tegoż raportu powód zgłosił uwagi do raportu niezgodności jakościowych i wskazał, że konstrukcyjne podniesienie prześwitu poprzecznego uniemożliwi spełnienie innego wymogu określonego w pkt 2 ppkt 2.9, tj. możliwości transportu kuchni w kontenerze, ponadto w pierwotnych zapisach SOPU pkt 2 pkkt 2.7 postawiono wymóg prześwitu podłużnego, który zmieniono w kolejnej wersji SOPU na prześwit poprzeczny. Oświadczył, że kuchnia mieści się w kontenerze 20#, do jej umiejscowienia należy zdemontować komin i koła jezdne, na bębny kół należy założyć specjalne rolki, dostarczane w ukończeniu dodatkowym kuchni.

/ dowód: raport niezgodności jakościowych z dnia 13.12.2016 r. z uwagami powoda – k. 67-68 i k.

219-220 /

Pismem z dnia 10.12.2016 r. powód poinformował (...) w B. o uzupełnieniu i usunięciu rozbieżności i braków. Wskazał, że zwrócono się do zamawiającego i gestora o zmianę zapisów w SOPU oraz uznanie wielkości prześwitu poprzecznego 280 mm jako właściwego, uznanie pisma Instytutu Transportu Samochodowego „Pozwolenia jednostkowego” jako równoważnego ze świadectwem homologacji.

Zgłosił kuchnie do ponownego odbioru.

/ dowód: pismo z dnia 10.12.2016 r. – k. 70-71 /

Pismem z dnia 12.12.2016 r. powód zwrócił się do (...) o uznanie odstępstwa od wymagania zawartego w pkt 2 ppkt 2.7 i uznanie prześwitu 280 mm jako właściwego, co pozwoli zakończyć odbiór jakościowy kuchni i dostarczyć do odbiorców. Przywołał niezgodności w SOPU, które podnosił w poprzednich pismach.

Powód uważał, że istniejący prześwit nie wpływa na walory jezdne kuchni polowej, zapewnia jej użytkowanie, a także możliwość transportu – przy większym prześwicie kuchnia nie mieściłaby się w kontenerze.

/ dowód: pismo z dnia 12.12.2016 r. – k. 72-73; zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół z

dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

Pismem z dnia 13.12.2016 r. Szef (...) w B. przesłał (...) raport niezgodności jakościowych nr (...) wystawiony po odbiorze wojskowym w dniu 07.12.2016 r. i 12.12.2016 r. trzech kompletów kuchni polowych na przyczepie prod. (...) w ramach prowadzonego przez (...) nadzoru jakościowego umowy nr (...), wskazując, że w stosunku do opisanych niezgodności wymagana jest decyzja zamawiającego.

/ dowód: pismo z dnia 13.12.2016 r. – k. 218-220 /

Pismem z dnia 15.12.2016 r. w odpowiedzi na pismo z dnia 14.12.2016 r. Szef (...) poinformował (...), że gestor podtrzymuje wymogi zawarte w załączniku nr 3 do umowy nr (...) z dnia 27.06.2016 r. w zakresie parametrów prześwitu poprzecznego określonych w pkt 2.7 szczegółowego opisu przedmiotu umowy (SOPU).

/ dowód: pismo z dnia 15.12.2016 r. – k. 221 /

Pismem z dnia 20.12.2016 r. powód zwrócił się do (...) o zajęcie stanowiska w sprawie dostawy kuchni polowej. Poinformował, iż od dnia powstania protokołu rozbieżności, tj. 09.12.2016 r., oraz pisma z dnia 10.12.2016 r. o uznanie wielkości prześwitu dopuszczenie do odbioru przez (...) B. pozostaje bez odpowiedzi.

/ dowód: pismo z dnia 20.12.2016 r. – k. 74 /

Pismem z dnia 20.12.2016 r. (...) poinformował powoda, że na podstawie § 8 ust. 1 umowy nr (...) z dnia 27.06.2016 r. odstępuje od umowy w całości, a o naliczeniu kar umownych powód zostanie powiadomiony notą obciążeniową.

Wskazał, że na dzień 20.12.2016 r. umowa nie została zrealizowana – będące przedmiotem dostawy kuchni polowe na przyczepie nie przeszły pozytywnie przewidzianych umową odbiorów. Zgodnie z informacją uzyskaną z (...) (Raport niezgodności jakościowych nr (...) z dnia 13.12.2016 r.) wyprodukowane kuchnie polowe na przyczepie nie spełniają wymagań stawianych w SOPU co najmniej w zakresie parametru prześwitu poprzecznego.

/ dowód: pismo z dnia 20.12.2016 r. – k. 75-76 /

Pismem z dnia 21.12.2016 r. powód poinformował Szefa (...) oraz (...), iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) nie jest skuteczne z przyczyn formalnych i merytorycznych.

Podniósł, iż przywołane postanowienie § 8 ust. 1 umowy nr (...) stanowi o odstąpieniu wyłącznie od niewykonanej części umowy. Umowa została wykonana, a jej przedmiot został zgłoszony do odbioru w ustalonym przez strony terminie.

Wskazał, że aktualnie wada prześwitu poprzecznego została przez wykonawcę usunięta. KP posiada prześwit poprzeczny wynoszący 380 mm, a więc wartość określoną w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 3 do umowy nr (...) z dnia 27.06.2016 r.

Ze względu na dodatkowe badania homologacyjne związane ze zmianą wielkości felg i opon KP będzie gotowa do odbioru przez przedstawicieli (...) w dniu 28.12.2016 r. i w dniu 29.12.2016 r. może być dostarczona do odbiorców wskazanych w umowie.

Powód dokonał zmian kuchni polowych w ten sposób, że zamontowano dodatkowe walce zamiast kół umożliwiające umieszczenie kuchni w kontenerze – w celu umieszczenia w kontenerze należało zdemontować koła i zamontować walce.

/ dowód: pismo z dnia 21.12.2016 r. – k. 77-79; zeznania świadka R. K. (2) – e-protokół z

dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45 /

Pismem z dnia 21.12.2016 r. (...) wyraził zgodę na kontynuację umowy do dnia 29.12.2016 r. pod warunkami:

- kompletny odbiór przez (...) wykonany zostanie najpóźniej do dnia 28.12.2016 r.,
- kuchnie polowe zostaną dostarczone do S. (...) najpóźniej do dnia 29.12.2016 r. do godz. 11.00,
- protokoły odbioru, faktura, list przewozowy, protokół z realizacji szkolenia zostaną dostarczone do siedziby zamawiającego do dnia 29.12.2016 r. do godz. 14.00.

/ dowód: pismo z dnia 21.12.2016 r. – k. 80-81 /

Dnia 29.12.2016 r. komisja powołana przez kierownika S. (...) dokonała odbioru od powoda dostawy trzech kuchni polowych.

/ dowód: protokół odbioru dostawy z dnia 29.12.2016 r. – k. 244 /

Dnia 29.12.2016 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 1 492 516, 44 zł za 3 kuchnie polowe na przyczepie wg umowy nr (...) z dnia 27.06.2016 r., płatną przelewem w terminie 30 dni.

/ dowód: faktura VAT nr (...) z dnia 29.12.2016 r. – k. 89 /

Dnia 29.12.2016 r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową nr (...) na kwotę 328 353, 52 zł z tytułu kary umownej wyliczonej jako 1 492 516, 44 zł x 0,5 % x 44 dni zwłoki.

Wskazał, że kwota ta została potrącona z faktury nr (...) z dnia 29.12.2016 r.

/ dowód: nota obciążeniowa nr (...) z dnia 29.12.2016 r. – k. 82 /

Dnia 29.12.2016 r. pozwany sporządził protokół z realizacji umowy nr (...), w którym wskazał, że realizacja umowy nastąpiła 29.12.2016 r. (nr dokumentu przyjęcia (...) z 29.12.2016 r.), za co została wystawiona faktura nr (...), oceniła jakość dostawy jako prawidłową, a także wskazał, że wystawiono notę obciążeniową nr (...) na kwotę 328 353, 52 zł z tytułu kar.

/ dowód: protokół z dnia 29.12.2016 r. – k. 222-223 /

Pismem z dnia 17.01.2017 r. powód poinformował (...), że kwestionuje obciążenie karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania umowy nr (...) co do zasady i wysokości.

Podniósł, iż według treści noty kara umowna została nałożona z tytułu zwłoki, zaś okoliczności realizacji umowy w żadnej mierze nie stanowią o pozostawaniu w zwłoce, albowiem to nie z winy spółki doszło do powstania opóźnienia w odebraniu przedmiotu umowy.

Wezwał do zapłaty 328 353, 52 zł z tytułu niesłusznie wystawionej noty obciążeniowej.

Wskazał, że ilość dni między 16.11.2016 r. a 28.12.2016 r. wynosi 43.

Podniósł, iż doszło do przesunięcia terminu realizacji umowy, ale okres ten nie może obejmować czasu między 16.11.2016 r. a 30.12.2016 r., ponieważ zgodnie z treścią pisma z dnia 22.11.2016 r. pozwany wyraził zgodę na kontynuowanie wykonania umowy.

Wezwał do zapłaty 111 938, 70 zł tytułem bezpodstawnie nałożonej kary umownej za okres od 16.11.2016 r. do 30.11.2016 r. (15 dni), a w tym okresie powód nie pozostawał nawet w opóźnieniu.

Następnie podniósł, że w okresie od 09.12.2016 r. do 23.12.2016 r. bierność zamawiającego w przedmiocie podjęcia decyzji odnośnie kwestii prześwitu poprzecznego przesądza o fakcie, iż doprowadzenie do dalszego przesunięcia się odbioru przedmiotu umowy stanowiło również wyłączną winę zamawiającego. Wliczając do tego okres świąteczny: 01.11.2016 r., 11.11.2016 r. oraz 25.-26.12.2016 r., wezwał pozwanego do zapłaty 134 326, 44 zł (18 dni) z tytułu nienależnie pobranej kwoty kary umownej za ww. okres.

Wskazał, że potrącenie było bezskuteczne. Przywołane w nocie postanowienie umowne nie jest wiążące, gdyż w sposób rażący narusza obowiązujące przepisy prawa. Wierzytelność pozwanego nie została postawiona w stan wymagalności, ponieważ nota obciążeniowa nie obejmuje wezwania do zapłaty ani nie określa terminu płatności. Nota została wystawiona po dniu wypłaty wynagrodzenia, wobec czego ewentualna wierzytelność wynikająca z kary umownej powstała dopiero po tym dniu. Co więcej, w celu dokonania potrącenia konieczne jest złożenie drugiej stronie oświadczenia woli, a takiego nie złożono.

/ dowód: pismo z dnia 17.01.2016 r. – k. 83-86 /

Pismem z dnia 23.01.2017 r. (...) poinformował powoda, że jego żądanie z zakresie zwrotu naliczonej kary umownej nie może zostać spełnione.

Dokonał korekty noty obciążeniowej, wskazując, że naliczenie kary nastąpiło z powodu niezrealizowanej dostawy do umowy nr (...) zgodnie z § 7 pkt 1 ppkt 5.

/ dowód: pismo z dnia 23.01.2017 r. – k. 87-88; korekta noty obciążeniowej nr (...) z dnia

23.01.2017 r. – k. 90 /

W okresie gwarancyjnym powód dokonywał przeglądów serwisowych; dostarczone kuchnie polowe funkcjonowały prawidłowo.

/ dowód: zeznania świadków: R. K. (2) – e-protokół z dnia 25.05.2018 r. 00:43:23-01:22:45,

M. M. – k. 513-516 /

Sąd zważył, co następuje.

Powództwo zasługuje na jedynie częściowe uwzględnienie.

Powód dochodzi od pozwanego części ceny należnej mu z tytułu dostawy trzech kuchni polowych wykonanej na podstawie umowy nr (...) zawartej dnia 27.06.2016 r. Strony posługują się terminem „dostawa” na określenie przedmiotu zamówienia udzielonego powodowi przez pozwanego, jednakże z uwagi na treść samej umowy należy ją zakwalifikować po prostu jako umowę sprzedaży.

Zgodnie z art. 535 kc przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę.

Przedmiotem umowy z dnia 27.06.2016 r. było zatem przeniesienie na pozwanego trzech kuchni polowych za cenę 1 213 428 zł netto, 1 492 516, 44 zł brutto. Odbiór dostarczonych przez powoda kuchni polowych został dokonany dnia 29.12.2016 r., natomiast cena sprzedaży została zapłacona w kwocie niższej od ustalonej w umowie o 328 353, 52 zł, co nie było między stronami sporne.

Pozwany dokonał potrącenia tej sumy tytułem naliczonej powodowi kary umownej. Spór pomiędzy stronami dotyczył zatem istnienia po stronie pozwanego roszczenia o zapłatę kary umownej oraz uprawnienia do jej potrącenia i tym samym zatrzymania wskazanej sumy.

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). Natomiast zgodnie z 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. Oznacza to, że wierzyciel zobowiązany jest wykazać, że nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, oraz że została zastrzeżona stosowna kara umowna w oznaczonej wysokości.

Umowa z dnia 27.06.2016 r. – w § 7 ust. 1 pkt 5 przewidywała taką właśnie karę umowną – z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy – w wysokości 0,5 % wartości brutto dostawy zrealizowanej po terminie określonym w § 3 ust. 1, czyli po dniu 15.11.2016 r. – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki lub opóźnienia. Dodatkowo w § 7 ust. 3 wskazano, że kupujący może żądać kary umownej także w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności niezawinionych przez sprzedawcę. Oznacza to, że ustalenie umowne dotyczące kary umownej nie różnicuje charakteru opóźnienia powoda jako opóźnienia zwykłego lub opóźnienia kwalifikowanego w postaci zwłoki ani też nie wiąże kary z winą powoda, tj. nie zwalnia go od zapłaty kary umownej w razie braku zawinienia po jego stronie.

W umowie jednoznacznie został określony termin wykonania zobowiązania sprzedawcy na 15.11.2016 r. Termin ten oznaczony też był wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym nr (...). Odbiór przedmiotu umowy nastąpił w dniu 29.12.2016 r. (w pozwie błędnie wskazana została data 28.12.2016 r.), czyli 44 dni później. Każdy dzień po upływie terminu umownego stanowi dzień opóźnienia, okres ten obejmuje także dzień faktycznego, lecz spóźnionego, wykonania zobowiązania.

Nie ulega zatem wątpliwości, że realizacja przedmiotu umowy nastąpiła po terminie, czyli powód popadł w stan opóźnienia. Zgodnie z art. 476 kc dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli jest to następstwem okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada (niezawinionych przez dłużnika), dłużnik dopuszcza się opóźnienia.

Przywołane postanowienie § 7 ust. 1 pkt 5 umowy z dnia 27.06.2016 r. przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie. Powód nie może zatem uwolnić się od zobowiązania do zapłaty tejże kary, wskazując, że dopuścił się jedynie opóźnienia, a nie zwłoki, inaczej mówiąc, wskazując, że opóźnienie wynikało z przyczyn przez niego niezawinionych. Kwestia ta nie ma znaczenia dla istnienia po stronie powoda obowiązku świadczenia kary umownej. Powód mógłby zostać zwolniony z tego zobowiązania wyłącznie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wskutek wyłącznej winy wierzyciela. Okoliczności sprawy nie pozwalają na ustalenie, iż przedłużenie terminu realizacji umowy stanowiło konsekwencję wyłącznego zawinienia pozwanego.

Już w trakcie realizacji zamówienia kilkakrotnie nie doszło do dotrzymania terminu pośredniego – przekazania przez powoda dokumentacji technicznej gestorowi. Jak wynika z prowadzonej przez strony korespondencji oraz notatki ze spotkania z dnia 04.10.2016 r. u protokołu z dnia 08.12.2016 r., termin ten był przesuwany – z 21.08.2016 r. do 07.09.2016 r., dokumentacja została pierwotnie złożona w dniach 06.09.2016 r. i 08.09.2016 r., ale jako niekompletna (3 z 7 pozycji), następnie termin został oznaczony na 21.10.2016 r., ale dokumentacja została złożona dnia 04.11.2016 r. Zatwierdzenie dokumentacji nastąpiło dnia 08.11.2016 r., czyli niezwłocznie. Zgodnie z warunkami udzielenia zamówienia publicznego dokumentacja miała spełniać wymagania przewidziane w Decyzji MON nr 349/

MON z dnia 20.09.2011 r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji w sprawie zarządzania dokumentacją techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego” oraz „Instrukcji w sprawie określenia wymagań na dokumentację techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego” (Dz.Urz.MON Nr 19, poz. 287). Powód powołał się w pozwie na wątpliwości co do oczekiwań wobec tej dokumentacji, jednakże w żadnym z pism kierowanych do pozwanego podczas realizacji umowy nie sformułował konkretnych zastrzeżeń, uwag, wniosków, itp. Jak wynika z zeznań świadków R. K. (2) i M. M., przedstawiciel powoda informował (...), że dokumentacja konstrukcyjna (źródłowa) nie podlega udostępnieniu przez producenta. Podczas spotkania powód zobowiązywał się jednak do uzupełnienia czy też poprawienia dokumentacji. Pierwotnie, jak wynika z pisma z dnia 29.09.2016 r., przedłożona dokumentacja zawierała liczne nieścisłości o charakterze redakcyjnym, ale mające dość istotne znaczenie, jak niepełne tłumaczenie czy też rozbieżności w nomenklaturze technicznej, braki opisów czy rysunków, itp. Także przy okazji czynności odbiorowych dokonywanych w dniu 08.12.2016 r. zostały ujawnione braki w dokumentacji i rozbieżności pomiędzy cechami dostarczonego towaru a zapisami umowy dotyczącymi opisu jej przedmiotu. Powód wówczas zobowiązał się do usunięcia tych rozbieżności. To oznacza, że nadal przedmiot umowy nie został przez powoda wykonany w pełnym zakresie. Tym samym niezasadnie powód wskazuje w pozwie, jakoby okres od 09.12.2016 r. do 23.12.2016 r. miałby nie stanowić opóźnienia.

Można jednakże wskazać, iż to po obu stronach leżały przyczyny przedłużania się pierwszej fazy realizacji zamówienia, związanej z przedłożeniem i zatwierdzeniem dokumentacji.

Można także częściowo podzielić zastrzeżenia powoda wobec sprecyzowania parametru technicznego kuchni polowej w postaci prześwitu – podłużnego lub poprzecznego. Faktycznie w pierwotnym Opisie Przedmiotu Umowy podany został wyłącznie prześwit podłużny 380 mm.

Pozwany w dniu 02.02.2016 r. na skutek zapytania jednego z oferentów wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia parametr prześwitu poprzecznego o tej samej wysokości. Z treści odpowiedzi pozwanego nie wynika, czy parametr prześwitu podłużnego został w ogóle wyeliminowany czy też pozostał niezmieniony. Trafnie powód wskazał, że pozwany później udzielał informacji nt. prześwitu podłużnego. Kwestia tego parametru mogła jednak zostać wyjaśniona na etapie uzgadniania dokumentacji, w szczególności przed zawarciem przez powoda w dniu 01.08.2016 r. umowy podwykonawczej z (...) sp. z o.o., w której początkowo został oznaczony po prostu prześwit pod dyszlem 380 mm (błędnie zresztą określony jako 3800 mm), a dopiero w aneksie z dnia 20.10.2016 r. strony wskazały na prześwit boczny. Jednakże dopiero przy okazji odbioru dokonywanego w dniu 08.12.2016 r. pojawiło się stwierdzenie rozbieżności pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem wymaganym w dokumentacji przedmiotu umowy i wówczas powód wystąpił o uznanie parametru prześwitu za spełniony. Miał zaś możliwość uzyskania stosownych wyjaśnień w okresie wcześniejszym.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, iż powód dopuścił się opóźnienia w wykonaniu przyjętego na siebie zobowiązania niepieniężnego, co oznaczało powstanie po stronie pozwanego uprawnienia do naliczenia kary umownej. Kara ta za 44 dni opóźnienia co zasady mogłaby wynosić 328 353, 52 zł (44 x 0, 5 % x 1 492 516, 44 zł brutto – kary umowne naliczane

były od ceny brutto).

Natomiast można częściowo zgodzić się z powodem co do braku podstaw do tak stanowczej oceny początkowego okresu przekraczającego umowny termin realizacji zamówienia, tj. okres do dnia 30.11.2016 r. Powód kilkakrotnie zwracał się o przedłużenie terminu dostawy do 30.11.2016 r., wskazując na przedłużanie się fazy zatwierdzania dokumentacji – ostatni raz pismem z dnia 17.11.2016 r. W odpowiedzi na to pismo pismem z dnia 22.11.2016 r. (...) poinformował powoda, że wyraża zgodę na kontynuację realizacji umowy do dnia 30.11.2016 r. ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z zapisów umowy. Treść tego pisma jako zawierającego akceptację dla stanowiska powoda należy interpretować jako przedłużenie przez strony terminu realizacji umowy. Pozwany podniósł, że zastrzeżenie zawarte w dalszej części pisma ma oznaczać konsekwencje także wyrażające się naliczeniem kary

umownej za wskazany okres. Podniósł także, iż umowa nie mogła zostać zmieniona z uwagi na dyspozycję art. 144 pzp. Stanowisko pozwanego w tym zakresie jest błędne i zbyt rygorystyczne.

Zgodnie z art. 144 prawa zamówień publicznych:

1. zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;

2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,

b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

1a. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pkt 4 lit. b, zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

1b. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

(...)

1e. Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;

2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,

b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,

c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,

d) zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Przywoływana przez pozwanego przeszkoda w postaci zapisu umownego zawartego w § 3 ust. 2 umowy nie jest wystarczająca.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że zmiana terminu realizacji zamówienia o 15 dni nie jest zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 5 i ust. 1e pzp, a zatem jest zawsze dopuszczalna. Postanowienie umowne w tak stanowczy sposób wyłącza (a nie tylko ogranicza) dopuszczalność zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania może być postrzegane jako sprzeczne z ustawą, a przez to nieważne na mocy art. 58 § 1 kc.

Po drugie, wskazane postanowienie umowne pochodzi od samego pozwanego jako zamawiającego, który w ten sposób opracował wzorzec umowy. Taką metodą zamawiający może doprowadzić do każdego efektu, korzystnego wyłącznie dla niego samego. Takie postanowienie umowne należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, inaczej mówiąc z zasadami współżycia społecznego, a przez to nieważne na mocy art. 58 § 2 kc.

W konsekwencji należy uznać, że doszło do przedłużenia terminu realizacji umowy do dnia 30.11.2016 r., a zatem okres opóźnienia, za który pozwany może domagać się kary umownej, wynosi najwyżej 29 dni.

Nawet zaś w wypadku, gdyby przedłużenie terminu realizacji umowy miało być nieskuteczne, to kara umowna w zakresie uwzględniającym wskazany okres może być poczytywana za rażąco wygórowaną. Jak słusznie podniósł powód, łączna naliczona przez pozwanego kara umowna sięga 22 % wartości zamówienia brutto.

Niezależnie od kwestii dochowania przez powoda wymogów związanych z dokumentacją techniczną, nie sposób nie dostrzec chaosu dotyczącego zamówienia realizowanego przez powoda. Powód jako wykonawca musiał dokonywać czynności w ramach realizacji zamówienia w stosunku do trzech instytucji. (...) we W. była zamawiającym, ale po przeprowadzeniu przetargu i wyłonieniu wykonawcy nie dokonywała na bieżąco czynności w ramach wykonania umowy. Czynności związane z dokumentacją techniczną oraz parametrami dostarczanego sprzętu wykonywał gestor – I. (...) w B. (...). I. (...) jest jednostką nadrzędną nad pozwaną Bazą - jednostką sformowaną na podstawie rozkazu S. (...)nr (...) z dnia 05.08.2010 r. Czynności odbioru technicznego wykonywało natomiast (...). Taki chaos organizacyjny z pewnością nie wpływa na sprawność postępowania. Zamówienie powinno być od początku do końca realizowane przez jeden podmiot będący zamawiającym i odbierającym. Konieczność dokonywania uzgodnień z różnymi jednostkami – niezależnie od oceny zawinienia po stronie powoda lub jego braku – mogła wpłynąć na przebieg wykonania umowy. Obciążanie negatywnymi konsekwencjami wyłącznie powoda jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Niezależnie od wcześniejszych uwag na temat braku znaczenia rozróżnienia opóźnienia zwykłego od zwłoki na potrzeby oceny podstaw do naliczenia kary umownej, można jednak uwzględnić aspekt oceny postępowania każdej ze stron w ramach zgłoszonego przez powoda wniosku o miarkowanie tej kary.

W przedstawionych okolicznościach zatrzymanie przez pozwanego kary umownej naliczonej za pełen okres opóźnienia czyni tę karę rażąco wygórowaną w zakresie obejmującym wspomniane już 15 dni.

Zgodnie z art. 484 § 2 kc, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W tej sprawie zobowiązanie zostało wykonane w całości, a dostarczony przedmiot zamówienia spełnia stawiane mu wymagania.

Niezasadnie podnosi pozwany, jakoby niedopuszczalne było miarkowanie kary w ramach wytoczenia powództwa o zapłatę, gdy kara została potrącona. Właśnie w sytuacji, gdy wierzyciel już zatrzymał oznaczoną sumę pieniężną tytułem kary umownej, a nie sam wystąpił o jej zasądzenie, dłużnik nie może bronić się zarzutem miarkowania kary przez jej zapłatę, ale musi wykorzystać tenże zarzut w ramach dochodzenia zapłaty swojej wierzytelności, która w jego ocenie nie uległa umorzeniu na skutek potrącenia kary umownej naliczonej w niewłaściwej wysokości. Co do zasady stanowisko powoda i sposób jego procesowej realizacji jest w pełni trafne.

Reasumując powyższe, Sąd doszedł do przekonania, iż powód może domagać się zasądzenia na jego rzecz 111 938, 70 zł brakującej części należnego mu wynagrodzenia albowiem co do tej części wynagrodzenia potrącenie kary umownej przez pozwanego było nieskuteczne. Wyliczenie tej kwoty przedstawia się następująco: kara umowna należna za okres od 01.12.2016 r. do 29.12.2016 r. wynosi $29 \times 0,5\% \times 1\,492\,516,44 \text{ zł} = 216\,414,82 \text{ zł}$. Zatrzymana suma $328\,353,52 \text{ zł}$ minus $216\,414,82 = 111\,938,70 \text{ zł}$.

Należy natomiast zgodzić się z pozwanym w zakresie argumentacji dotyczącej trybu potrącenia wierzytelności o karę umowną. Potrącenie dokonane przez pozwanego nie stanowiło potrącenia ustawowego z art. 498 § 1 kc realizowanego poprzez jednostronne oświadczenie woli dłużnika (wierzyciela wzajemnego) składane wierzycielowi (dłużnikowi wzajemnemu), ale potrącenie umowne – uregulowane zapisami § 9 ust. 2 i 4, w których powód wyraził zgodę na potrącenie z należnego mu wynagrodzenia wszelkich roszczeń o zapłatę przysługujących kupującemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez sprzedawcę, w tym kar umownych.

Ponieważ umowa stron przewidywała kary umowne zarówno za opóźnienie zwykłe, jak i kwalifikowane w postaci zwłoki, nie ma znaczenia dokonana przez pozwanego zmiana (korekta) noty obciążeniowej. Pozwany uprawniony był do naliczenia kary umownej za sam fakt opóźnienia. Z kolei sama nota obciążeniowa nie stanowi oświadczenia woli, ale źródłowy dokument rozliczeniowy, którego treść może podlegać stosownej korekcie.

Odsetki od zasądzonej należności głównej w kwocie 111 938, 70 zł przypadają powodowi od dnia 29.01.2017 r., tj. po 30 dniach od wystawienia faktury.

Dalej idące powództwo podlegało oddaleniu.

Wobec częściowego uwzględnienia żądania pozwu o kosztach procesu należało orzec zgodnie z wyrażoną w art. 100 kpc zasadą ich stosunkowego rozdzielenia.

Powód wygrał sprawę w 34,09%, pozwany zaś w 65,91%. Koszty procesu po stronie powoda objęły wynagrodzenie pełnomocnika ustalone na podstawie § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych – 10 800 zł oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł, tj. łącznie 10 817 zł, z czego 34,09% wynosi 3 687,52 zł. Koszty procesu po stronie pozwanego objęły wynagrodzenie pełnomocnika – 10 800 zł, z czego 65,91% wynosi 7 118,28 zł. Różnica między tak wyliczonymi kwotami wynosi 3 430,76 zł i przypada pozwanemu.

Stosownie do art. 113 uksc część brakującej opłaty od pozwu (wynoszącej 16 418 zł) odpowiadająca przegranej powoda – 65, 91 %, tj. 10 821, 10 zł, podlega ściągnięciu z zasądzonego na rzecz powoda roszczenia.

Mając powyższe okoliczności na uwadze Sąd podjął rozstrzygnięcia zawarte w sentencji wyroku.