

Sygn. akt XXV C 701/10

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lipca 2011 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący SSR (del.) Tomasz Gal

Protokolant: sekr. sąd. Michalina Borkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2011 roku w Warszawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o. o. z siedzibą w Ł.

przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

orzeka:

1)

1) oddala powództwo,

2) zasądza od (...) Spółki z o. o. z siedzibą w Ł. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV C 701/10

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 marca 2010 roku (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. wniosła o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej GDDKiA) kwoty 591 551,85 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Powód wskazał, że pozwany wbrew postanowieniom umowy w miesięcznych rozliczeniach prac wykonanych przez powoda w Sekcji (...) wypłacał mu 90 %, a nie 100 % należnego wynagrodzenia wynikającego z obmiaru robót. Potrącane 10 % stanowiło faktycznie kolejną formę zabezpieczenia wykonania umowy, przy już zastosowanej gwarancji bankowej w wysokości 10 % zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, co biorąc pod uwagę treść art. 150 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych przekraczało wysokość dopuszczalnego zabezpieczenia. Ostatecznie pozwany wypłacił w dwóch ratach 10 % zatrzymywanych płatności – 5 % w dniu 6 marca 2009 roku i kolejne 5 % w dniu 4 grudnia 2009 roku. Kwota dochodzona przez powoda stanowi sumę odsetek ustawowych naliczonych od równowartości kwot zatrzymanych z poszczególnych faktur licząc od dnia następującego po dniu płatności należności danej faktury do dnia uznania płatnością rachunku bankowego powoda tj. do 6 marca 2009 roku i 4 grudnia 2009 roku (k. 2-17).

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych. Pozwany wskazał, że żądanie powoda jest bezpodstawne – działania pozwanego były zgodne z łączącą strony umową i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Miesięczne rozliczenia wykonawcy mające stanowić podstawę wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności przez

Inżyniera, zgodnie z klauzulą 14.3.(a) Szczególnych Warunków Kontraktowych miały stanowić 90 % szacunkowej kontraktowej wartości realizowanych robót – to postanowienie pozostaje w zgodzie z zaakceptowanym przez strony etapowym sposobem wypłaty wynagrodzenia (wynikającym z Tabeli Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...) stanowiącej załącznik do oferty dla Sekcji (...) i tym samym będącą integralną częścią umowy), gdyż za wykonanie projektu robót i robót wynikających z Kontraktu do czasu uzyskania wszystkich Świadczeń Przejęcia pozwany z tytułu wynagrodzenia miał zapłacić 90 % Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej dla Sekcji (...). Pozostałe 10 % Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej zgodnie z klauzulą 14.3.(c) Warunków Kontraktowych FIDIC miało zostać zapłacone po wystawieniu Ostatecznego Świadczenia Przejęcia – 5 % i po wystawieniu Świadczenia Wykonania – 5 %. Ostatnie 10 % Ceny Kontraktowej zostało zapłacone wykonawcy dwuetapowo – 5 % po wystawieniu Świadczenia Przejęcia i 5 % na podstawie decyzji Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji przed wystawieniem Świadczenia Wykonania w oparciu o ustalenia między stronami. Kwoty zatrzymywane przez pozwanego nie były rodzajem zabezpieczenia wykonania umowy – stanowiły element mechanizmu zapłaty. Pozwany w Przejściowych świadectwach Płatności posługiwał się sformułowaniem „wartość robót do zapłacenia na podstawie kl. 14.3.c”, a nie „kwoty zatrzymane”. Powód przyjął ww. sposób płatności o czym świadczyć mają choćby wystawiane przez niego faktury. Pozwany zapłacił za roboty w sposób i w terminach zgodnych z wiążącą strony umową. Wystawione faktury zostały w całości zapłacone przez pozwanego. Powód nie kwestionował ani sposobu ani terminu zapłaty na etapie realizacji kontraktu – nie zgłaszał zastrzeżeń co do wystawianych Przejściowych Świadczeń Płatności na podstawie, których wystawiał faktury. Wskazuje, że klauzula o kwotach zatrzymanych została wyłączona między stronami. Kwoty zatrzymane w rozumieniu klauzuli 1. 1.4.11 Warunków Kontraktu FIDIC – kwoty zatrzymane winny być umieszczone na odrębnym koncie zamawiającego, tymczasem kwoty zatrzymywane na podstawie klauzuli 14.3.(c) nie były trzymane na takim koncie. Skoro pozwany nie pozostawał w zwłoce w zapłacie faktury bezpodstawnie było żądanie odsetek za opóźnienie oparte na klauzuli 14.8 Warunków Kontraktowych FIDIC (k. 423-430).

#### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

W dniu 17 listopada 2006 roku pozwany jako zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę autostrady (...) na odcinku S.(1) – S. oraz drogi łączącej (...) z drogą krajową nr (...) w korytarzu (...)”.

Powód wchodził w skład Konsorcjum (...) (...) S.(1) – S. z siedzibą w W. (dalej Konsorcjum) jako jego lider, pozostałymi członkami konsorcjum byli: (...) z siedzibą w Niemczech i (...). (...) z siedzibą w Niemczech (umowa konsorcjum – k. 31-37, aneks nr 1 do umowy konsorcjum – k. 29-30, .

W trakcie postępowania wykonawcy – oferenci zgłaszali zamawiającemu swoje wątpliwości w formie pytań i ewentualnych propozycji zmian postanowień Kontraktu.

Zamawiający w kilku pismach udzielał wykonawcom odpowiedzi na zadawane przez nich pytania. Pismem z dnia 23 marca 2007 roku skierowanym do wykonawców udzielił odpowiedzi na zadawane pytania, wyjaśniając treść budzących wątpliwości zapisów pozwany m.in. wskazał, że zapis o dodatkowych 10 % z kwoty faktury do zakończenia budowy względnie 5 % do upływu okresu gwarancji, brak odwołania Formularza 2. 1. (...) Załącznika do oferty dla Sekcji (...) w zw. z Formularzem 2.3 Tabelą Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...) do klauzuli 1. 1.4.11 Szczególnych Warunków Kontraktu dla Sekcji (...) oraz zapis o kwocie zatrzymanej będą przedmiotem modyfikacji (k. 176-204).

Konsorcjum złożyło ofertę (obejmującą m.in. Formularz 2. 1. (...) dla Sekcji (...), Tabelę Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...)) wraz z załącznikami. Konsorcjum złożyło oświadczenie o zaakceptowaniu warunków płatności określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla Sekcji (...) i (...) (k. 234-245).

W wyniku rozstrzygnięcia przetargu ograniczonego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum.

Powód zgodnie z klauzulą 4.2 Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę (dalej

Warunki Kontraktu FIDIC) zmienioną przez Szczególne Warunki Kontraktu dla Sekcji (...) wniósł zabezpieczenie wykonania umowy dla Sekcji (...) w wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej dla Sekcji (...) w formie gwarancji bankowej (zeznania świadka M. A. (1)– k. 634, Szczególne Warunki Kontraktu – k. 139).

W dniu 6 września 2007 roku strony zawarły umowę na budowę autostrady (...) na odcinku S.(1) – S. oraz drogi łączącej (...) z drogą krajową nr (...) w korytarzu (...). Zgodnie z postanowieniem ust. 2 niniejszej umowy Kontrakt obejmuje: umowę, ofertę wykonawcy z dnia 21 maja 2007 roku wraz z załącznikami, Szczególne Warunki Kontraktu odpowiednie dla każdej Sekcji: dla Sekcji (...)

Warunki ogólne wg „Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” – tłumaczenie wydania FIDIC 1999, dla Sekcji (...) Warunki ogólne wg „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” – tłumaczenie wydania FIDIC 1999, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, Program Funkcjonalno – Użytkowy/Wymagania Zamawiającego dla Sekcji (...), Specyfikację Techniczną dla Sekcji (...), dokumentację projektową i wykonawczą dla Sekcji (...), Wycenioną Tabelę Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...), Wyceniony Kosztorys ofertowy dla Sekcji (...) i umowę Konsorcjum. Zgodnie z postanowieniem ust. 7 w sprawach nieuregulowanych postanowieniami Kontraktu mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy Prawo budowlane (umowa – k. 40-42).

Zgodnie z klauzulą 1.5 Warunków Kontraktu FIDIC dokumenty tworzące Kontrakt mają być traktowane jako wzajemnie objaśniające się. Do celów interpretacji, dokumenty te miały pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością: Akt Umowy, List Akceptujący, Oferta, Warunki Szczególne, Warunki Ogólne FIDIC, Specyfikacja, Rysunki, Wykazy i wszelkie inne dokumenty stanowiące część Kontraktu (k. 63).

Szczególne Warunki Kontraktu dla Sekcji (...) ustaliły pierwszeństwo dokumentów tworzących Kontrakt w sposób adekwatny do Warunków Kontraktu FIDIC biorąc pod uwagę jedynie dokumenty dotyczące niniejszego Kontraktu (k. 135).

Kwestia rozliczeń stron została uregulowana w kilku dokumentach Kontraktu.

Strony dla rozliczenia Sekcji (...) ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe – Zaakceptowaną Cenę Kontraktową, które miało być płatne etapami zgodnie z Tabelą Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...):

1. wykonanie projektu Robót i wszystkich Dokumentów Wykonawcy, w tym otrzymanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na budowę – 3 %;
2. wykonanie robót wynikających z Kontraktu do uzyskania wszystkich Świadectw Przejścia – 87 %;
3. całkowite ukończenie realizacji Robót wynikających z Kontraktu po wydaniu Świadectw Przejścia, uporządkowaniu placu budowy i otoczenia budowy, wywiezieniu wszelkich odpadów – 5 %;
4. całkowite ukończenie realizacji Robót wynikających z Kontraktu po wydaniu Świadectwa Wykonania – 5 %.

Jednocześnie strony co do pkt 1 i 2 mogły dokonywać częściowych rozliczeń. Płatności z pkt 3 i 4 miały być dokonane jednorazowo po całkowitej realizacji elementu rozliczeniowego (Formularz 2.3 – k. 244-245).

Klauzula 14.3 Warunków Kontraktu FIDIC opisuje procedurę obowiązującą przy występowaniu o Przejściowe Świadectwo Płatności – po zakończeniu każdego miesiąca wykonawca ma przekładać Inżynierowi rozliczenie wskazujące szczegółowo kwoty, do których otrzymania Wykonawca uważa się za uprawnionego wraz z dokumentami uzasadniającymi to, w tym Raportem o postępie pracy. Rozliczenie winno obejmować m. in. szacunkową kontraktową wartość zrealizowanych robót i sporządzonych Dokumentów Wykonawcy do końca danego miesiąca (a) i jakkolwiek kwotę, która ma być potrącona do zatrzymania, obliczoną przez zastosowanie do sumy wyżej wymienionych kwot

procentu zatrzymania podanego w Załączniku do Oferty, dotąd aż kwota tak zatrzymana przez Zamawiającego osiągnie limit Kwoty Zatrzymanej podany w Załączniku do Oferty (c) (k. 98-99).

Klauzula 14.3.a Warunków Kontraktu FIDIC została zmieniona przez Szczególne Warunki Kontraktu dla Sekcji (...) w ten sposób, że miesięczne rozliczenie będzie się opierało na szacunkowej wartości zrealizowanych Robót i sporządzonych Dokumentach Wykonawcy do końca danego miesiąca, w przypadku robót obliczona na podstawie szacunkowego obmiaru rzeczywiście wykonanych robót w stosunku do całości robót danego asortymentu i ceny tego asortymentu zawartych w harmonogramie, pomnożonej przez współczynnik 0,90 (k. 151).

Wystawiając Przejściowe Świadczenia Płatności Inżynier Kontraktu miał skorygować oszacowania Wykonawcy podane zgodnie z Klauzulą 14.3 (k. 151).

Załącznik do Oferty dla Sekcji (...) odnośnie Występowania o Przejściowe Świadczenie Płatności odsyłał w zakresie Kwoty zatrzymanej do Tabeli Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...) (Formularz 2. 1. (...) – k. 242).

W Szczególnych Warunkach dla Kontraktu Sekcji (...) wyłączono stosowanie klauzuli 1. 1.4.11 „Kwota Zatrzymana” (k. 134).

W trakcie realizacji Kontraktu z końcem każdego miesiąca na podstawie wyników obmiaru robót przedstawiających zaawansowanie prac na Sekcji (...) przygotowywane były tabele rozliczeniowe, które przekazywano Inżynierowi Kontraktu, który po dokonaniu korekt wystawiał Przejściowe Świadczenie Płatności, które stanowiło podstawę do wystawienia faktury przez wykonawcę. Wykonawca wypełniał faktury kwotami wskazanymi przez Inżyniera Kontraktu, faktury były podpisywane przez Inżyniera Kontraktu. Wpisanie na fakturze innej kwoty niż ta wskazana przez Inżyniera Kontraktu skutkowałoby odrzuceniem faktury (zeznania świadka M. N.– k. 638, A. N.– k. 642, E. S.– k. 654-655, P. D.– k. 662).

Przejściowe Świadczenia Płatności wskazywały m.in.: wartość robót do zapłacenia na podstawie klauzuli 14.3.a, wartość robót do zapłacenia na podstawie klauzuli 14.3.c oraz wartość netto obecnej płatności przejściowej (Przejściowe Świadczenia Płatności – k. 266, 275, 276, 278, 285, 292, 305, 312, 322, 335, 348, 361, 374, 387, 401, 414).

Na podstawie ww. Przejściowych Świadczeń Płatności powód wystawiał faktury, które pozwany uiszczał w całości. Pozwany zatrzymywaną kwotę 10 % określał „kaucją gwarancyjną” (faktury wraz z adnotacjami pozwanego k. 490, 492, 494, 496, 498, 500, 502, 504, 506, 508, 510, 512, 514, 516, 519-520, zeznania świadka M. N. – k. 638).

W dniu 22 grudnia 2008 roku Inżynier Kontraktu stwierdził zakończenie Robót do dnia 19 grudnia 2008 roku i wydał Świadczenie Przejęcia (k. 263-264).

Pismem z dnia 23 grudnia 2008 roku następnie sprostowanym pismem z dnia 6 stycznia 2009 roku powód został poinformowany, że wobec wywiązania się z terminu wykonania robót w sposób prawidłowy po wydaniu w grudnia 2008 roku Świadczenia Przejęcia zostanie mu zwrócone 5 % wartości zatrzymanych kwot (k. 261-262, 263-264).

Pismem z dnia 8 stycznia 2009 roku powód zwrócił się o zwrócenie mu połowy kwot zatrzymanych tj. kwoty 3 094 652,43 złotych (k. 440).

W dniu 6 marca 2009 roku pozwany zapłacił powodowi kwotę 3 183 585,61 tytułując przelew „zwrot kwot zatrzymanych ...” (potwierdzenie przelewu – k. 205). Jednocześnie pozwany zwrócił powodowi gwarancję bankową (zeznania świadka M. N. – k. 638).

Pismem z dnia 15 kwietnia 2009 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 3 653 543,51 złotych stanowiącej pozostałe 5 % zatrzymanych kwot (k. 251).

Pismem z dnia 24 kwietnia 2009 roku pozwany odmówił zapłaty wskazanej kwoty (k. 253).

W dniu 4 grudnia 2009 roku pozwany zapłacił powodowi 3 653 543,51 złotych tytułem zwrotu zatrzymanych kwot – kwota ta nie obejmowała odsetek należnych za opóźnienie w zapłacie poszczególnych faktur (potwierdzenie przelewu – k. 206).

Powód wystawił notę odsetkową i pismem z dnia 4 stycznia 2010 roku wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 591 551,85 złotych tytułem odsetek należnych za opóźnienie w zapłacie poszczególnych faktur (k. 246-249).

Pozwany do dnia dzisiejszego nie uregulował ww. należności.

Do dnia dzisiejszego nie zostało również wystawione Świadcstwo Wykonania (zeznania świadka M. A. (2) – k. 636).

Podstawę ustaleń faktycznych w rozpoznawanej sprawie stanowiła dokumentacja zgromadzona w aktach sprawy dotycząca przetargu na „Budowę autostrady (...)na odcinku S.(1) – S.oraz drogi łączącej (...)z drogą krajową nr (...)w korytarzu (...)” oraz realizacji Kontraktu łączącego strony. Dokumentacja ta nie była kwestionowana przez żadną ze stron, Sąd również nie znalazł podstaw do kwestionowania jej zgodności z rzeczywistością, dlatego uznał ją za wiarygodne źródło dowodowe.

W sprawie zostali również przesłuchani świadkowie na okoliczność ustalenia treści umowy, sposobu realizacji umowy przez każdą ze stron, w tym zwłaszcza sposobu rozliczania wykonania przedmiotowego Kontraktu.

Świadcowie M. A. (2) (k. 634-636) kierownik ekonomiczny Kontraktu po stronie powoda, M. N. (k. 636-639) administrator Kontraktu u powoda, A. N. (k. 640-642) dyrektor Kontraktu u powoda, Ł. F. (k. 642-644) nie uczestniczyli w samym przetargu, natomiast mieli wiedzę na temat realizacji zawartego Kontraktu. Zeznając przedstawili, w jaki sposób oceniali sposób rozliczeń między stronami – uznając zatrzymywanie 10 % należnego wynagrodzenia za wykonane prace za kolejne zabezpieczenie wykonania umowy w postaci kwot zatrzymanych. Świadek A. N. zeznał, iż miał świadomość że potrącanie dodatkowych 10 % było zgodne z umową, natomiast sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Świadcowie P. P.(k. 652-654) początkowo kierownik projektu, a następnie zastępca dyrektora ds. realizacji inwestycji u pozwanego, P. D.(k. 662) inspektor nadzoru Kontraktu, a następnie inżynier rezydent u pozwanego, M. T.(k. 663-664) kierownik projektu inwestycji GDDKiA oraz M. P.inspektor ds. rozliczeń u pozwanego zgodnie wskazali, że powód podpisał Kontrakt i następnie nie kwestionował jego warunków ani ustnie ku czemu miał możliwość na co miesięcznych radach budowy, ani pisemnie.

Świadek E. S. (k. 654-656) Inżynier Kontraktu wprost stwierdził, że w niniejszym Kontrakcie obowiązywała instytucja kwot zatrzymanych, przy czym wykonawca nie zgłaszał w tym zakresie zastrzeżeń.

Sąd nie znalazł podstaw do kwestionowania wiarygodności tych dowodów, z tym że miał na uwadze ich jedynie wtórne wobec samej treści Kontraktu znaczenie dla ustalenia sposobu rozliczeń stron.

Zeznania świadka A. P.(k. 686) naczelnika wydziału oddziału (...) GDDKiA nie wniosły nic do sprawy, gdyż świadek nie pamiętał negocjacji, ani tego czy zgłaszane były zapytania dotyczące sposoby zapłaty i zabezpieczenia.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Bezsporne między stronami jest, iż powód wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla Sekcji (...) w wysokości odpowiadającej 10 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej dla Sekcji (...) w formie gwarancji bankowej.

Spór dotyczy podstawy zatrzymywania przez pozwanego 10 % wartości miesięcznych rozliczeń robót. Rozstrzygnięcie tego sporu wymagało ustalenia obowiązującego między stronami sposobu rozliczenia.

Kwestia płatności została uregulowana w kilku dokumentach tworzących Kontrakt, przy czym poszczególne postanowienia nie tworzą spójnego systemu płatności, a wręcz przeciwnie - z oferty wynika, że w Kontrakcie

obowiązywała instytucja kwoty zatrzymanej (k. 242), tymczasem ze Szczególnych Warunków Kontraktu dla Sekcji (...) wprost wynika, że klauzula „kwota zatrzymana” nie ma zastosowania do niniejszego Kontraktu (k. 134). Klauzula 14.3.c Warunków Kontraktu FIDIC w zakresie kwot zatrzymanych odsyła do Formularza 2. 1. (...) stanowiącego załącznik do Oferty, który z kolei powoływał się na Tabelę Wartości Elementów Scalonych. Same zresztą strony zgodnie twierdziły, że nie obowiązywała instytucja kwoty zatrzymanej, przy czym powód wskazał, iż działanie pozwanego polegające na zatrzymywaniu 10 % wartości robót rozliczanych miesięcznie było de facto kwotą zatrzymaną, natomiast pozwany wskazywał, iż jego działanie stanowiło jedynie mechanizm zapłaty i było konsekwencją obowiązującej strony Tabeli Wartości Elementów Scalonych.

Wobec ww. rozbieżności regulacji dotyczącej płatności i faktycznego stosowania instytucji kwoty zatrzymanej celowe było ustalenie pierwszeństwa dokumentów tworzących Kontrakt. Pierwszeństwo to zostało określone w Szczególnych Warunkach Kontraktu dla Sekcji (...) przedstawiało się następująco:

- a) Umowa;
- b) Oferta Wykonawcy wraz z Załącznikami do Oferty;
- c) Szczególne Warunki Kontraktu;
- d) Warunki Kontraktu;
- e) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia;
- f) Program Funkcjonalny – Użytkowy/Wymagania Zamawiającego;
- g) Wyceniona Tabela Wartości Elementów Scalonych;
- h) Umowa konsorcjum.

Mając na uwadze powyższą hierarchię dokumentów Sąd uznał, iż decydujące znaczenie dla ustalenia podstawy zatrzymywania przez pozwanego 10 % wynagrodzenia należnego za wykonane prace miała oferta wraz z Formularzem 2. 1 (...) oraz Formularzem 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych dla Sekcji (...). Formularz 2. 1 (...) w zakresie kwot zatrzymanych odsyłał do Tabeli Wartości Elementów Scalonych, tym samym stosowanie etapowego rozliczania wykonania Kontraktu w zakresie zapłaty 5 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktu po wydaniu Świadcstwa Przejęcia i ostatnich 5 % po wydaniu Świadcstwa Wykonania należy uznać za zastosowanie instytucji kwoty zatrzymanej.

Obowiązywanie między stronami kwoty zabezpieczenia potwierdzają również inne okoliczności wynikający już choćby z treści łączącego strony Kontraktu, jak i działania stron już na etapie jego realizacji. Wykonanie Kontraktu ma drugorzędne znaczenie dla interpretacji jego postanowień, jednakże sposób wykonania pośrednio świadczy również o sposobie rozumienia postanowień Kontraktu przez strony.

Powołując się na hierarchię dokumentów tworzących Kontrakt regulacja zawarta w ofercie odwołująca się do kwoty zatrzymanej miała pierwszeństwo przed zawartym w Szczególnych Warunkach Kontraktu wyłączeniem stosowania klauzuli kwot zatrzymanych.

Również sama klauzula 14.3 Warunków Kontraktu opisująca sposób płatności w oparciu o Przejściowe Świadcstwa Płatności w lit. c dotyczącym kwoty zatrzymanej odsyłała do Załącznika Oferty.

Biorąc pod uwagę okoliczności zatrzymywania przez pozwanego części kolejnych płatności oraz okoliczności zwrócenia powodowi zatrzymanych wcześniej kwot odpowiadają one definicji kwoty zatrzymanej zawartej w Warunkach Kontraktu FIDIC.

Również sformułowania zawarte w Przejściowych Świadczeniach Płatności wystawiane przez pozwanego zawierające rubrykę „wartość robót do zapłacenia na podstawie klauzuli 14.3.c” jednoznacznie wskazują, iż zatrzymywana przez pozwanego część wynagrodzenia to kwota zatrzymana.

O tym, że strony ostatecznie zdecydowały się na wprowadzenie instytucji kwot zatrzymanych wskazuje również postępowanie powoda, który w trakcie realizacji Kontraktu nie zgłaszał zastrzeżeń do sposobu rozliczania się stron – co świadczy o tym, że godził się na zatrzymywanie części wynagrodzeń przejściowych.

Odnosząc się do zarzutów pozwanego należy zaznaczyć, iż okoliczność, że zamawiający nie trzymał zatrzymywanych kwot na odrębnym koncie (mimo takiego obowiązku) nie przesądza sama przez się o tym, iż nie mamy do czynienia z instytucją kwot zatrzymanych. Skoro instytucja ta formalnie nie obowiązywała w Kontrakcie łączącym strony, tym samym nie było podstaw by te środki były oddzielone od pozostałych środków zamawiającego.

Tym samym mimo formalnego wyłączenia stosowania klauzuli o kwocie zatrzymanej w Szczególnych Warunkach Kontraktu faktycznie zatrzymywanie 10 % wynagrodzenia skutkowało wprowadzeniem przez strony do Kontraktu instytucji kwoty zatrzymanej.

Zastosowanie instytucji kwoty zatrzymanej skutkowało wprowadzeniem do Kontraktu kolejnej formy zabezpieczenia skutkującej zabezpieczeniem Kontraktu 20 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktu – 10 % gwarancji bankowej i 10 % kwota zatrzymana na podstawie klauzuli 14.3.c Warunków Kontraktu w zw. z Formularzem 2. 1 (...) i Tabelą Wartości Elementów Scalonych.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) przewiduje zabezpieczenie należytego wykonania umowy, którego celem jest zagwarantowanie pokrycia, przynajmniej w części, ewentualnych roszczeń zamawiającego, mogących wynikać z zawartej umowy. Form zabezpieczeń jest kilka, jednakże kluczową kwestią jest jego wysokość, która mieści się w granicach od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Wniesione przez powoda zabezpieczenie w postaci gwarancji bankowej odpowiadało 10 % wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej dla Sekcji (...).

Faktem jest, że powód złożył ofertę, w której jako formę zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazał gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, a w załączniku do Oferty wskazał jeszcze na kwotę zatrzymaną. Zgodnie z art. 148 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku wskazanych formach, wśród których wymienia się między innymi formę pieniężną i gwarancję ubezpieczeniową. Zatem, literalne brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości, że wybór formy zabezpieczenia pozostawiono do wyboru wykonawcy.

W zaistniałej sytuacji kluczowe będzie ustalenie, czy art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, co skutkowałoby nieważnością postanowień w zakresie kwoty zatrzymanej jako przewyższającej dopuszczalną wysokość zabezpieczenia wykonania umowy.

Z brzmienia art. 150 ust. 2 pzp nie wynika, aby strony nie miały możliwości odmiennego uregulowania wysokości zabezpieczenia wykonania Kontraktu. Natomiast zgodnie z art. 139 ust. 1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W niniejszej sprawie wprowadzenie nadzabezpieczenia zostało ocenione pod kątem swobody umów – zgodności z naturą stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego (art. 353 <sup>1</sup>k.c.).

Biorąc pod uwagę cel instytucji kwot zatrzymanych wprowadzenie jej do Kontraktu było korzystne dla zamawiającego, a skoro wykonawca składając ofertę sam zadeklarował zabezpieczenie w wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty

Kontraktu w formie gwarancji bankowej oraz zatrzymywanie 10 % płatności częściowych (kwota zatrzymana) tym samym godził się na powyższe.

Postanowień art. 150 ust. 2 pzp w żadnym wypadku nie można traktować jako ograniczającego strony w zakresie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zachowanie stron zwłaszcza powoda, który przez czas realizacji Kontraktu nie zgłaszał zastrzeżeń do zatrzymywania części należnych mu płatności wynika, iż godziły się one na zastosowanie dodatkowej formy zabezpieczenia wykonania umowy.

Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie narzuca treści umowy, która ma zostać zawarta, a prawo zamówień publicznych określa ustawowo jedynie elementy, które mają być określone w ogłoszeniu i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na tym bowiem etapie dokonywania wyboru wykonawcy może być stosowana kontrola przestrzegania uczciwej konkurencji, natomiast kwestia negocjacji treści umowy opiera się już na zasadzie swobody zawierania umów, która jest ograniczana jedynie zgodnością z przepisami prawa (tak: Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z wyroku z dnia 7 kwietnia 2009 roku w sprawie III CA 88/09, LEX nr 532694).

Wobec powyższego Sąd uznał, iż postanowienia dotyczące kwoty zatrzymanej są ważne, gdyż wolą stron było wprowadzenie dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Skoro pozwany był uprawniony do zatrzymywania 10 % płatności częściowych, które zostały przez niego następnie zwrócone w dwóch ratach po 5 % zgodnie z postanowieniami Kontraktu powodowi nie przysługuje skuteczne roszczenie o odsetki od zatrzymanych kwot.

Konsekwencją powyższego było oddalenie powództwa.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, iż nawet gdyby przyjąć zgodnie ze stanowiskiem pozwanego, że zatrzymywanie 10 % częściowych płatności było jedynie mechanizmem zapłaty, a nie dodatkowym zabezpieczeniem także wówczas powództwo podlegałoby oddaleniu.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądania pozwu było rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

Oddalenie powództwa skutkowało obciążeniem strony powodowej, jako strony przegrywającej kosztami procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99k.p.c.

Powołując się na art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa Sąd zasądził na rzecz wykonującej zastępstwo procesowe pozwanego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego (kwota wyliczona zgodnie z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu).