

UZASADNIENIE

Pozwem z 22 stycznia 2014 r. (data prezentaty: k. 2; pozew - k. 2-18) powódka (...) S.A. z siedzibą w S. zażądała od pozwanego Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. zasądzenia kwot:

- 1) 1 471 852,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 29 września 2012 r. do dnia zapłaty;
- 2) 47 157,60 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 05 września 2012 r. do dnia zapłaty;
- 3) 147 000,44 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 18 września 2013 r. do dnia zapłaty;
- 4) 35 424,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 18 września 2013 r. do dnia zapłaty;
- 5) 155 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 18 września 2013 r. do dnia zapłaty;
- 6) 16 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od 18 września 2013 r. do dnia zapłaty;
- 7) kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Powódka wywodziła roszczenia z umowy nr (...) z 24 listopada 2010 r. zawartej z pozwanym i wskazała, że dochodzone pozwem kwoty stanowią dodatkowe płatności z następujących tytułów:

- za prace wykonane w przedłużonym czasie na ukończenie - z tytułu kosztów ogólnych w kwocie 1 471 852,21 zł;
- w związku ze zmianą stawek podatku akcyzowego w kwocie 147 000,44 zł;
- w związku ze zmianą wysokości składek na ubezpieczenie rentowe w kwocie 35 424,63 zł.

Poza ww. kwotami powódka nie wskazała podstawy żądania podnosząc, że nie otrzymała zapłaty z tytułu przeprowadzenia robót rozjemczych oraz, że nie uznaje podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia należności z tytułu kar umownych.

W odpowiedzi na pozew z 07 kwietnia 2014 r. (k. 629-665) pozwany Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany wskazał, iż powód podzielił dochodzone roszczenia na dwie kategorie:

- dodatkowa płatność z tytułu:
 - 1) przedłużenia czasu na ukończenie na mocy aneksu nr (...) do kontraktu.
 - 2) zmiany stawek podatku akcyzowego,
 - 3) zmiany stawek składek na ubezpieczenie rentowe,
 - 4) wykonania przez powoda badań rozjemczych:
- zapłata zaległego wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie kontraktu:
 - 1) kara umowna nałożona na wykonawcę z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie,
 - 2) kara umowna nałożona na wykonawcę z tytułu przekroczenia czasu na przedłożenie harmonogramu.

Pozwany wskazał, że wobec przysługującej względem niego powódce wierzytelności określonej przez nią w fakturze VAT nr (...) z 19 marca 2013 r. skorzystał z zarzutu potrącenia naliczonej przez siebie kary umownej w wysokości 171 000 zł (155 000 zł + 16 000 zł).

Podniósł też zarzut uiszczenia na rzecz powódki wynagrodzenia z umowy nr (...) z 24 listopada 2010 r., które miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, w związku z tym nie podlegało zmianie z uwagi na zaistnienie okoliczności wskazanych przez powódkę.

Sąd ustalił, co następuje.

W dniu 08 września 2010 r. pomiędzy (...) S.A., jako liderem oraz Przedsiębiorstwem (...) S.A., Zakładem (...) j. (obecnie (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej), Przedsiębiorstwem (...) S.A., jako członkami, zawarta została umowa, na mocy której strony umowy powołały konsorcjum w celu wspólnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa obwodnicy E. (etap III i IV) w ciągu drogi krajowej nr (...) oraz wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku jego uzyskania. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowa konsorcjum została zawarta na czas realizacji jej przedmiotu. Zgodnie z § 5 ust. 3 umowy konsorcjum, partnerzy konsorcjum udzielili (...) S.A. pełnomocnictwa do wszelkich czynności związanych z przedmiotem umowy konsorcjum (umowa konsorcjum - k. 68-71).

W dniu 24 listopada 2010 r. Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad i Gmina M. E., jako zamawiający oraz konsorcjum w składzie: (...) S.A., Przedsiębiorstwo (...) S.A., Zakład (...) j. oraz Przedsiębiorstwo (...) S.A., jako wykonawca, podpisali umowę nr (...) na realizację inwestycji pn.: Budowa obwodnicy E. (etap III i IV) w ciągu drogi krajowej nr (...) (umowa - k. 65-67).

Zgodnie z punktem 2 umowy, na treść kontraktu składają się następujące dokumenty:

- umowa,
- warunki szczególne,
- warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, tłumaczenie wydania (...) 1999,
- instrukcja dla wykonawców - tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych,
- dokumentacja projektowa,
- oferta wykonawcy z 09 września 2010 r. wraz z załącznikami,
- wniosek wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z załącznikami,
- gwarancja jakości - załącznik nr 1 do umowy.

W toku współpracy umowa została zmieniona na podstawie dwóch kolejnych aneksów:

- aneksu nr (...) z 14 marca 2011 r.; aneks ten został zawarty w związku z wejściem w życie ustawy z 26.11.2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. Nr 238, poz. 1578) skutkującej zwiększeniem stawki podatku VAT do 23% (aneks nr (...) -k. 180-183).
- aneksu nr (...) z 27 października 2011 r. w związku z zaakceptowaniem przez zamawiającego roszczenia nr 3 dotyczącego braku możliwości realizacji obiektu WK-02 z przyczyn niezależnych od wykonawcy skutkującego

zmianą czasu na ukończenie (pierwotnie do 31 października 2011 r.), tj. przedłużeniem do 15 czerwca 2012 r. (aneks nr (...)) - k. 214-216).

Oba aneksy zawierały klauzule stwierdzające, że pozostałe postanowienia umowy pozostają bez zmian.

Zgodnie z pkt 4.5 kontraktu, w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą określonej w pkt 4.2 procentowej stawki VAT, kwota brutto wynagrodzenia zostanie aneksem do umowy odpowiednio dostosowana (k. 66).

Zgodnie z treścią pkt 5 umowy (w brzmieniu ustalonym treścią aneksu nr (...) do kontraktu), wykonawca zobowiązany był do zakończenia przedmiotu umowy do 15 czerwca 2012 r. (§ 1 aneksu - k. 66 w zw. z k. 215).

Za wykonanie robót określonych kontraktem, pozwany zobowiązany był do zapłaty na rzecz wykonawcy ceny kontraktowej w wysokości 105 603 696,63 zł netto plus 22% podatek VAT w wysokości 23 232 813,26 zł, co łącznie stanowi kwotę 128 462 695,98 zł brutto. Jednocześnie strony postanowiły, że maksymalna wartość zobowiązania wynosi 115% ww. kwoty brutto. W przypadku, gdyby wynagrodzenie wykonawcy, obliczone zgodnie z kontraktem, miało przekroczyć tę kwotę, strony przewidziały możliwość dokonania jej zmiany drogą aneksu.

Po zmianie aneksem nr (...) zaakceptowana kwota kontraktowa pozostała bez zmian, zaś należny podatek VAT 23 % wyniósł 24 288 850,22 zł, co łącznie stanowiło kwotę 129 892 546,85 zł (§ 1 aneksu - k. 181).

Wynagrodzenie ustalone zostało kosztorysowo, gdzie za poszczególne rodzaje robót określone są stawki jednostkowe, a zapłata następuje za rzeczywiście wykonany zakres robót, po dokonanych obmiarze, tj. na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. W kosztorysie ofertowym zawarto wszystkie elementy składające się na wynagrodzenie wykonawcy: ceny jednostkowe i pozycje ryczałtowe, np. koszty zaplecza.

W pozycjach rozliczeniowych, dla których jednostką rozliczeniową jest jednostka obmiarowa (ilość faktycznie wykonana i zatwierdzona przez inżyniera kontraktu), ich wartość otrzymywana jest poprzez pomnożenie stałej, określonej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, ceny jednostkowej (którą należy rozumieć jako sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych), przez obmierzoną i zaakceptowaną przez inżyniera ilość (str. 2 umowy z 24.11.2010 r. k. 66, str. 2 aneksu nr (...)) k. 181-182).

Stosownie do wymagań ogólnych D-M 00.00.00 szczegółowej specyfikacji technicznej, podstawą płatności była cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarowa ustaloną dla danej pozycji przedmiaru robót. Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo, podstawą płatności była wartość (kwota) podana przez wykonawcę w danej pozycji kosztorysu. Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej uwzględniała wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w szczegółowej specyfikacji technicznej i w dokumentacji projektowej (str. 2 umowy z 24.11.2010 r. k. 66, str. 2 aneksu nr (...)) k. 181-182).

Cena jednostkowa lub kwoty ryczałtowe robót obejmowały:

- robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny,

- podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z punktem 1.5. szczegółowej specyfikacji technicznej D-M 00.00.00 wymagania ogólne, wykonawca był odpowiedzialny, za jakość wykonywanych robót i bezpieczeństwo wszelkich czynności na terenie budowy i terenie przyległym do budowy oraz bezpieczeństwo terenów, na których mogą wystąpić zagrożenia dla ludzi i mienia w związku z prowadzonymi robotami:

stosownie do ppkt 1.5.5. oraz 1.5.12. wykonawca zobowiązany był do zabezpieczenia terenu budowy, a także ochrony i utrzymania robót:

- w szczególności zobowiązany był do utrzymania ruchu publicznego oraz utrzymania istniejących obiektów (jezdnie, obiekty mostowe, ścieżki rowerowe, ciągi piesze, znaki drogowe, bariery ochronne, urządzenia odwodnienia, zieleń, pozostałe elementy wyposażenia drogi itp.) na terenie budowy, w okresie od dnia przejścia terenu budowy do dnia przekazania odcinka drogi w utrzymanie odpowiedniemu organowi administracji drogowej;
 - obowiązany był, w czasie wykonywania robót, do dostarczenia, zainstalowania i obsługi wszystkich tymczasowych urządzeń zabezpieczających takich, jak: zapory, światła ostrzegawcze, sygnały, itp., zapewniając w ten sposób bezpieczeństwo pojazdów i pieszych; -
- niezwłocznie po rozpoczęciu realizacji kontraktu, zobowiązany był do dostarczenia, zainstalowania i utrzymania w czasie trwania kontraktu tablic informacyjnych budowy przedstawiających informacje dotyczące robót kontraktowych. Tablice informacyjne budowy, zgodnie z postanowieniami ppkt 1.5.5. szczegółowej specyfikacji technicznej D-M 00.00.00, powinny być utrzymywane przez wykonawcę w dobrym stanie przez cały okres realizacji kontraktu.
- zobowiązany był do utrzymywania ruchu publicznego na terenie budowy i na objazdach poza nim ((...) 00.00.00 k. 184-209).

Zgodnie z zapisem szczególnych specyfikacji technicznych D-M.00.00.00. wymagania ogólne, pkt. 6.6. dla celów kontroli, jakości i zatwierdzenia:

- inżynier uprawniony jest do dokonywania kontroli, pobierania próbek i badania materiałów u źródła ich wytwarzania, i zapewniona mu będzie wszelka potrzebna do tego pomoc ze strony wykonawcy i producenta materiałów;
 - inżynier, po uprzedniej weryfikacji systemu kontroli robót prowadzonego przez wykonawcę, będzie oceniać zgodność materiałów i robót z wymaganiami (...) na podstawie wyników badań dostarczonych przez wykonawcę;
- inżynier powinien pobierać próbki materiałów i prowadzić badania niezależnie od wykonawcy, na koszt zamawiającego;
- jeżeli wyniki tych badań wykażą, że raporty wykonawcy są niewiarygodne, to inżynier poleci wykonawcy lub zleci niezależnemu laboratorium przeprowadzenie powtórnych dodatkowych badań, albo oprze się wyłącznie na własnych badaniach przy ocenie zgodności materiałów i robót z dokumentacją projektową i (...); w takim przypadku, całkowite koszty powtórnych lub dodatkowych badań i pobierania próbek poniesione zostaną przez wykonawcę ((...) 00.00.00 k. 184-209).

W punkcie 9.1. szczegółowej specyfikacji technicznej wskazano, że w skład kosztów pośrednich wchodzi: płace personelu i kierownictwa budowy, pracowników nadzoru i laboratorium, koszty urządzenia i eksploatacji zaplecza budowy (w tym doprowadzenie energii i wody, budowa dróg dojazdowych, itp.), koszty dotyczące oznakowania robót, wydatki dotyczące bhp, usługi obce na rzecz budowy, koszty związane z zawarciem umów użyczenia gruntów, opłaty

za dzierżawę terenu, koszty transportu materiałów na miejsce utylizacji i utylizacja materiałów, koszty projektów uzupełniających i ich uzgodnień, koszty szkolenia bhp pracowników i dozoru budowy, koszty utrzymania obiektów tymczasowych w należytym stanie techniczno-eksploatacyjnym, koszty technologii robót wynikające z przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych w ramach opracowań wykonawcy, ekspertyzy dotyczące wykonanych robót, wszelkie koszty wynikające z warunków wykorzystania terenu w fazie realizacji i eksploatacji, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności ochrony cennych wartości przyrodniczych, zasobów naturalnych i zabytków oraz ograniczenia uciążliwości dla terenów sąsiednich (pkt. 5.2 szczegółowej specyfikacji technicznej), ubezpieczenia oraz koszty zarządu przedsiębiorstwa wykonawcy, koszty opracowania powykonawczej dokumentacji geodezyjno-kartograficznej, zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w czasie realizacji robót i w okresie gwarancyjnym ((...) 00.00.00 k. 184-209).

W punkcie 9.3. szczegółowej specyfikacji technicznej przewidziano, że koszt utrzymania objazdów/przejazdów i organizacji ruchu obejmuje: oczyszczanie, przestawienie, przykrycie i usunięcie tymczasowych oznakowań pionowych, poziomych, barier i świateł, utrzymanie płynności ruchu publicznego ((...) 00.00.00 k. 184-209).

Zgodnie z subklauzulą 7.5 warunków kontraktu:

-jeżeli w rezultacie badania, inspekcji, pomiaru lub dokonania prób, jakiegokolwiek urządzenia, materiały czy wykonawstwo będzie uznane za wadliwe lub w inny sposób niezgodne z kontraktem, to inżynier będzie mógł takie urządzenia, materiały lub wykonawstwo odrzucić dając wykonawcy powiadomienie z przedstawieniem powodów. Wtedy wykonawca bezzwłocznie usunie wadę i zapewni, że odrzucona pozycja będzie odpowiadać wymaganiom kontraktu;

- jeżeli inżynier będzie wymagał, aby te urządzenia, materiały lub wykonawstwo były ponownie poddane próbom, to próby będą powtórzone przy tych samych ustaleniach i warunkach;
- jeżeli takie odrzucenie i powtórne dokonanie prób spowoduje, że zamawiający poniesie dodatkowe koszty, to wykonawca, z uwzględnieniem subklauzuli 2.5 zapłaci te koszty zamawiającemu (warunki kontraktu k. 78-139).

Zgodnie z subklauzulą 8.3. warunków kontraktu:

- wykonawca był zobowiązany do przedłożenia inżynierowi kontraktu do zatwierdzenia, w ciągu 28 dni od otrzymania powiadomienia według subklauzuli 8.1. szczegółowego harmonogramu w wersji papierowej i edytowalnej wersji elektronicznej;

- wykonawca był zobowiązany do przedkładania skorygowanego harmonogramu, kiedykolwiek poprzedni harmonogram stanie się niespójny z faktycznym postępem pracy lub ze zobowiązaniami wykonawcy (warunki kontraktu k. 78-139).

W subklauzuli 8.4. warunków kontraktu:

- wykonawcy zostało przyznane uprawnienie do przedłużenia czasu na ukończenie, w zakresie, w jakim ukończenie dla celów subklauzuli 10.1. jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione z następujących powodów:
 - a) zmiana w ilości jakiegokolwiek elementu prac objętych kontraktem,
 - b) powód opóźnienia, daje tytuł do przedłużenia czasu według jakiejś subklauzuli warunków kontraktu,
 - c) wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne,
 - d) jakiegokolwiek opóźnienie, utrudnienie lub uniemożliwienie, spowodowane przez

zamawiającego, lub personel zamawiającego lub innych wykonawców zamawiającego na placu budowy, lub możliwe im do przypisania.

- wskazano w szczególności, że jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do przedłużenia czasu na ukończenie, to jest zobowiązany do dania inżynierowi kontraktu powiadomienia zgodnie z subklauzulą 20.1 (warunki kontraktu k. 78-139).

W subklauzuli 8.6 warunków kontraktu przewidziano, że jeżeli w jakimkolwiek momencie:

- a) faktyczny postęp pracy jest zbyt wolny, aby ukończenie nastąpiło w ciągu czasu na ukończenie i/lub
- b) postęp prac pozostaje w tyle w stosunku do bieżącego harmonogramu według subklauzuli 8.3. w rezultacie jakiegoś powodu, który nie jest wyliczony w subklauzuli 8.4., to wtedy inżynier może polecić wykonawcy przedłożyć według subklauzuli 8.3 uaktualniony harmonogram i uzasadniający raport opisujący uaktualnione metody, które wykonawca proponuje przyjąć w celu przyspieszenia postępu i ukończenia czasu na ukończenie. Wykonawca był zobowiązany do przedłożenia takiego uaktualnionego harmonogramu w terminie 14 dni od otrzymania powiadomienia inżyniera w tej sprawie (warunki kontraktu -k. 78-139).

Zgodnie z subklauzulą 14.1. lit a) warunków kontraktu:

- cena kontraktowa miała zostać skorygowana w szczególności, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę, wynikającą z jakiegokolwiek zmiany w prawach w kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich praw, a mającej wpływ na wykonanie przez wykonawcę jego zobowiązań według kontraktu (subklauzulą 13.7. warunków kontraktu);
- w akapicie drugim tej subklauzuli przewidziano, że jeżeli wykonawca dozna (lub oceni, że następnie dozna) opóźnienia i/lub poniesie (lub oceni, że następnie poniesie) dodatkowy koszt wynikły z tych zmian, to wykonawca da powiadomienie inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1. do:

a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według subklauzuli 8.4., jeżeli przewiduje się, że będzie opóźnienie.

b) płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej;

- po otrzymaniu tego powiadomienia, inżynier kontraktu był zobowiązany do postępowania zgodnie z subklauzulą 3.5., aby uzgodnić lub określić te sprawy (warunki kontraktu k. 78-139).;

Zgodnie z warunkiem 2.5:

- kwota ta może być wprowadzona, jako potrącenie do ceny kontraktowej i świadectw płatności;

- zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś świadectwie płatności, lub do wystąpienia w inny sposób z roszczeniami w stosunku do wykonawcy, jedynie zgodnie z niniejszą subklauzulą (warunki kontraktu k. 78-139).

Zgodnie z warunkiem 3.1:

- inżynier nie będzie w żadnym stopniu upoważniony do wnoszenia poprawek do kontraktu,
- inżynier nie będzie w żadnym stopniu upoważniony do zwalniania żadnej stron, z jakichkolwiek obowiązków, zobowiązań lub odpowiedzialności według kontraktu (warunki kontraktu k. 78-139).

•

Zgodnie z warunkiem 8.4:

- wykonawca będzie uprawniony, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1 do przedłużenia czasu na ukończenie, jeśli i w takim zakresie, w jakim ukończenie dla celów subklauzuli 10.1 jest lub przewiduje się, że będzie, opóźnione z któregośkolwiek z następujących powodów:

a) zmiana (chyba, że poprawka do czasu na ukończenie została uwzględniona według subklauzuli 13.3) lub inna istotna zmiana w ilości jakiegokolwiek elementu prac objętych kontraktem

c) wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne,

e) jakiegokolwiek opóźnienie, utrudnienie lub uniemożliwienie, spowodowane przez zamawiającego lub personel zamawiającego lub innych wykonawców zamawiającego na placu budowy, lub możliwe im do przypisania (warunki kontraktu k. 78-139).

Zgodnie z warunkiem 8.7: wykonawca, z uwzględnieniem subklauzuli 2.5, zapłaci zamawiającemu kary umowne:

a) z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie robót o okres nie dłuższy niż 180 dni – w wysokości 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem subklauzuli 8.14. Zamawiający może odliczyć kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć wykonawcy;

zapłata kary przez wykonawcę lub odliczenie przez zamawiającego kwoty kary z płatności należnej wykonawcy w przypadkach określonych w pkt a) nie zwalnia wykonawcy z

obowiązku ukończenia robót lub jakichkolwiek innych obowiązków i zobowiązań wynikających z kontraktu,

c) z tytułu przekroczenia terminu przedłożenia: harmonogramu (subklauzula 8.3 i subklauzula 8.6), raportu (subklauzula 4.21), terminu na dostarczenie dokumentacji powykonawczej oraz terminu określonego w subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 2000 zł, za każdy dzień zwłoki; wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem subklauzuli 8.14. Zamawiający może odliczyć kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć wykonawcy (warunki kontraktu k. 78-139).

Zgodnie z warunkiem 13.7: cena kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę kosztu, wynikającą z jakiegokolwiek zmiany w prawach kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich praw po dacie odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez wykonawcę jego zobowiązań według kontraktu (warunki kontraktu k. 78-139).

Zgodnie z warunkiem 20.1:

- jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie i/lub dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to wykonawca da inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie;
- powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności;

-jeżeli wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni, to czas na wykonanie nie będzie przedłużony; wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem;

- w ciągu 42 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się (lub powinien był dowiedzieć się) o wydarzeniu lub okoliczności, która dała powód do roszczenia, wykonawca przesłał inżynierowi pełne szczegółowe roszczenie, które będzie także zawierało pełne szczegółowe informacje uzasadniające podstawę wysunięcia takiego roszczenia oraz żądanego przedłużenia czasu i/lub dodatkowej płatności (umowa nr (...) z 24.11.2010 r. - k. 65-67, wraz z załącznikami: ofertą - k. 74-179, (...) k. 78139, szczególnymi warunkami kontraktu - k. 140-150, kosztorysem ofertowym - k. 151-179, szczegółową specyfikacją techniczną - k. 184-209 oraz aneks nr (...) do kontraktu - k. 180-183, aneks nr (...) do kontraktu - k. 214-216).

W toku realizacji umowy doszło do zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności w zakresie przepisów o podatku akcyzowym oraz o składce na ubezpieczenie rentowe, które nie miały wpływu na zobowiązania stron, w szczególności na wysokość wynagrodzenia należnego powodowi.

W dniu 01 stycznia 2012 r. weszła w życie ustawa z 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 291, poz. 1707). Stosownie do art. 11 ustawy, zmianie uległa ustawa z 06 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626, ze zm.), W konsekwencji, wzrosły stawki podatku akcyzowego na paliwa, oleje napędowe i biokomponenty (fakt notoryjny).

W dniu 22 grudnia 2011 r. ogłoszone zostało obwieszczenie ministra transportu, budownictwa i gospodarki morskiej z 16 grudnia 2011 r. w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej za rok 2012 wliczanej do cen paliwa. Na mocy tego rozporządzenia, wysokość opłaty paliwowej wzrosła o 1 grosz na litrze paliwa (fakt notoryjny).

W dniu 01 lutego 2012 r. weszła w życie ustawa z 21 grudnia 2011 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Ustawa ta została opublikowana w dniu 30 grudnia 2011 r. (Dz. U. Nr 291, poz. 1706). Na mocy art. 1 ust. 2 tej ustawy dokonano zmiany wysokości składek na ubezpieczenie rentowe określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) poprzez ich podwyższenie do 8,00% podstawy wymiaru, z dotychczasowych 6,00% podstawy wymiaru. Zgodnie z art. 16 ust. 1b ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych różnica w wysokości składki ma być finansowana przez płatników składek, tj. pracodawców (fakt notoryjny).

W toku wykonania umowy przez konsorcjum, którego liderem była powódka, doszło do opóźnień, co skutkowało przekroczeniem przez wykonawcę czasu na ukończenie przedmiotu umowy oraz czasu na przedłożenie harmonogramu (bezsporne).

W związku z wystąpieniem okoliczności w postaci braku możliwości przekazania terenu pod obiekt WK-02, zamawiający w piśmie nr GDDKiA O/OL-EI-W-01/08/2011 z 05 sierpnia 2011 r. poinformował wykonawcę, iż z tego tytułu będzie przysługiwało wykonawcy zgodnie z subklauzulą 8.4 warunków kontraktu, prawo do przedłużenia czasu na wykonanie obiektu WK-02 wraz z robotami towarzyszącymi w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie. Dodatkowo pozwany w ww. piśmie wskazał, iż jest brak powodów ponoszenia dodatkowych kosztów związanych ze zmianą technologii wykonania obiektu WK-02 przy planowanym terminie zakończenia prac w czerwcu-lipcu 2012 r.. Inżynier uznał roszczenie czasowe wykonawcy, jednocześnie odrzucając roszczenie finansowe (pismo nr GDDKiA O/OL-EI-W-01/08/2011 z 05.08.2011 r. - k. 235-236, raport roszczenia nr 3 wraz z uzupełnieniem - k. 255-279).

Wystąpieniem nr 163 z 29 marca 2011 r., znak: 435/06/87/2011, powódka, zgodnie z subklauzulą 1.8 warunków kontraktu, poinformowała inżyniera kontraktu o konieczności dokonania uzgodnień z (...) dotyczących technologii wykonania robót w zakresie obiektów inżynierskich WD-03, WD-07, WK-02 oraz projektów wykonawczych przebudowy infrastruktury kolejowej (urządzenia srk, elektroenergetyka kolejowa, telekomunikacja, tory). Wskazano na potrzebę naniesienia zmian na dokumentacji projektowej wykonawczej. Wykonawca, powołując się na informacje przekazane przez przedstawicieli (...) poinformował, że brak uzgodnień powoduje niemożność wykonania robót technologią wskazaną w projektach wykonawczych. Wskazał też, że mając na uwadze te okoliczności uznał, iż zamawiający nie dostarczył prawidłowej dokumentacji związanej z uzgodnieniami na etapie przygotowania do przetargu (wystąpienie 163 - k. 217-218).

Zgodnie z subklauzulą 1.9 warunków kontraktu, wykonawca poinformował inżyniera kontraktu o możliwości wystąpienia roszczenia:

- o przedłużeniu czasu na ukończenie zgodnie z subklauzulą 8.4,
- dodatkowego kosztu związanego ze zmianą technologii wykonania robót.

Wykonawca poinformował ponadto, że w celu wykonania obiektu WK-02 zgodnie z technologią wskazaną w projekcie wykonawczym, konieczne jest całkowite zamknięcie przez (...) ruchu kolejowego na linii kolejowej nr 223, czego (...) nie zrobiło (pismo wykonawcy z 29 marca 2011 r. znak: 435/06/87/201 - k. 217-218).

Pismem z 12 kwietnia 2011 r. znak: 533/06/87/2011 wykonawca wystąpił do (...) S.A. o przekazanie terenu, a także o formalne potwierdzenie informacji przekazanej przez przedstawicieli (...) podczas spotkania w dniu 24 marca 2011 r., dotyczącej braku uzgodnienia z (...) projektów technologicznych i technologii robót, zgodnie z wymaganiami zawartymi w piśmie (...)505-409 z 22 czerwca 2009 r. oraz pismem nr (...)507-61a/2009 z 18 lutego 2009 r., celem jej przedstawienia zamawiającemu i wprowadzenia zmian do projektów wykonawczych.

(...) S.A. pismem z 19 kwietnia 2011 r. nr (...)—505- (...) odmówiła wykonawcy przekazania terenu z uwagi na brak uzgodnionych projektów wykonawczo –technologicznych (pismo wykonawcy z 22 kwietnia 2011 r. znak: 606/06/87/2011 - k. 219-220. pismo wykonawcy z 12 kwietnia 2011 r. znak: 533/06/87/2011 - k. 221-222, pismo (...) z 19 kwietnia 2011 r. nr (...)—505- (...) - k. 223, notatka ze spotkania z 20 maja 2011 r. k. 224).

W dniu 24 maja 2011 r. pismem znak: 749/06/87/2011 wykonawca złożył roszczenie nr 3 (roszczenie o charakterze ciągłym). Wskazując, że zamawiający nie przekazał wykonawcy, przy protokolarnym przekazaniu terenu, uzgodnień z (...) oraz gestorami sieci.

W dniu 31 maja 2011 r. inżynier kontraktu wydał polecenie nr 9 - sporządzenia propozycji rzeczowo-finansowej - terminowej realizacji obiektu WK-02 obejmującej:

- sporządzenie niezbędnej dokumentacji zamiennej - wykonawczej i technologicznej,
- harmonogramu budowy obiektu,
- określenie czasu na ukończenie na podstawie analizy ścieżki krytycznej oraz

- sporządzenie niezbędnych, do podjęcia decyzji przez zamawiającego, kosztorysów różnicowych (pismo wykonawcy z 24 maja 2011 r. znak: 749/06/87/2011 k. 227. polecenie nr 9 z 31 maja 2011 r. - k. 230).

Wykonawca w dniu 21 lipca 2011 r. przy piśmie znak: 987/06/87/2011, dostarczył zamawiającemu projekt zamienny dla WK-02. Wskazał, że podstawą powstania projektu zamiennego jest brak zgody (...) S.A. Zakład (...) w O. na przekazanie terenu dla realizacji wiaduktu WK-02 w ramach realizowanej inwestycji pn. Budowa III i IV etapu obwodnicy miasta E. na okres 6 miesięcy zgodnie z uzgodnionym projektem budowlanym i decyzją ZRID nr (...) z 12 sierpnia 2010 roku.

Brak zgody wynikał z trwających wówczas prac naprawczych linii kolejowej nr 223 C. - E. realizowanych przez (...) S.A. na zlecenie (...). Zgodnie z notatką z 20 maja 2011 r. istniała możliwość wejścia z pracami budowlanymi na okres 42 dni w trakcie trwania robót budowlanych realizowanych przez (...) S.A. lub na okres 5 miesięcy w terminie od 02 listopada 2011 r. do 31 marca 2012 r. Wykonawca przekazał ponadto harmonogramy w dwóch wariantach. W obu wariantach wykonawca zapowiedział wzrost kosztów realizacji obiektów związanych z wykonywaniem prac w okresie zimowym oraz kosztów ogólnych budowy wynikających z wydłużenia czasu na realizację kontraktu (pismo wykonawcy z 21 lipca 2011 r. znak: 987/06/87/2011 - k. 231-234).

Zamawiający, pismem z 05 sierpnia 2011 r. znak: (...), poinformował wykonawcę, że obiekt WK-02 należy zrealizować zgodnie z dokumentacją pierwotną z uwzględnieniem terminu rozpoczęcia robót 02 listopada 2011 r.. wskazując, że wykonawcy będzie przysługiwało zgodnie z subklauzulą 8.4 prawo do wydłużenia czasu na wykonanie obiektu WK-02 wraz z robotami towarzyszącymi w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie (pismo zamawiającego z 05 sierpnia 2011 r., znak: (...)-k. 235-236).

W związku z decyzją zamawiającego, wystąpieniem nr 388 z 19 sierpnia 2011 r. znak (...), stosownie do subklauzuli 2.1, 8.4 i 20.1 warunków kontraktu, wykonawca przesłał inżynierowi powiadomienie o zamiarze roszczenia przedłużenia czasu na ukończenie oraz dodatkowej płatności z powodu braku możliwości realizacji obiektu WK-02 wraz z robotami towarzyszącymi w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie (wystąpienie nr 388 z 19.08.2011 r. znak (...) - k. 237).

Równocześnie, w kolejnych pismach, wykonawca podtrzymał dotychczasowe stanowisko w zakresie przedłużenia czasu na ukończenie i dodatkowej płatności w związku z brakiem uzgodnionych projektów wykonawczych dla obiektu WK-02 (pismo wykonawcy z 31 maja 2011 r. znak (...) - k. 238, pismo wykonawcy z 30 czerwca 2011 r. znak (...) - k. 239, pismo wykonawcy z 29 lipca 2011 r. znak (...) - k. 240, pismo wykonawcy z 31 sierpnia 2011 r. znak (...) - k. 242, pismo wykonawcy z 06 września 2011 r. znak: 1164/06/87/2011 - k. 243, pismo wykonawcy z 30 września 2011 r. znak (...) - k. 247, pismo wykonawcy z 26 października 2011 r. znak (...) - k. 250).

Inżynier kontraktu, w piśmie z 26 października 2011 r. - raporcie roszczenia nr 3, uznał za zasadny w części merytorycznej zarzut wykonawcy dotyczący braku możliwości wejścia wykonawcy na budowę w terminie opisanym w zatwierdzonym harmonogramie. Zakwestionował natomiast roszczenie finansowe wykonawcy, wskazując, że opiera się ono na kosztach przewidywanych, a nie faktycznie poniesionych.

Inżynier, powołując się na przeprowadzoną analizę dokumentów dotyczących roszczenia, a w szczególności stanowiska zamawiającego wyrażonego w piśmie (...)z 05 sierpnia 2011 r., odnośnie możliwości i terminu przekazania terenu pod obiekt WK-02, wskazał, że stoi na stanowisku, że wykonawcy przysługuje prawo do przedłużenia czasu na ukończenie obiektu WK-02 wraz z robotami towarzyszącymi. Wskazał ponadto, że z przyczyn niezależnych od wykonawcy, należy określić nowy czas na ukończenie dla O. E. na dzień 15 czerwca 2012 r.

Jednocześnie inżynier zaznaczył, że ustalenie czasu na ukończenie na dzień 15 czerwca 2012 r. w sposób jednoznaczny zaspokaja roszczenia nr 4 i 5 (z których wynika, że czas na ukończenie należy przedłużyć o 56 dni) przy uwzględnieniu przerwy i problemów wynikających z okresu zimowego. W związku ze stanowiskiem inżyniera, zamawiający uznał roszczenie wykonawcy (pismo inżyniera - raport roszczenia nr 3 wraz z uzupełnieniem - k. 255-279, pismo zamawiającego z 26 października 2011 r. znak GDDKiA O/OL-EL-1/10/2011/TR-k. 280).

W dniu 27 października 2011 r. strony zawarły umowę zmieniającą w postaci aneksu nr (...) do umowy, zgodnie z którym, w związku z zaakceptowanym przez zamawiającego roszczeniem nr 3 dotyczącym braku możliwości realizacji obiektu WK-02 z przyczyn niezależnych od wykonawcy - strony zgodnie zmieniły termin wykonania robót z 31 października 2011 r. na 15 czerwca 2012 r. (aneks nr (...) z 27 października 2011 r. - k. 214-216).

Wykonawca w terminie do końca października 2011 r. (pierwotny czas na ukończenie

- 31.10.2011 r.) powinien zakończyć roboty drogowe, branżowe oraz mostowe na wszystkich obiektach, za wyjątkiem obiektu WK-02 i robót bezpośrednio zależnych.

Główną przyczyną niezakończenia przedmiotowych robót w planowanym terminie była niewystarczająca ilość osób i sprzętu pracująca przy wykonywaniu obiektów, na co inżynier zwracał wielokrotnie uwagę w raportach miesięcznych i raportach technicznych (raport techniczny z 18.11.2011 r. - k. 669-679, wystąpienie inżyniera nr B.IK-11/01/2012 z 09.01.2012 r. - k. 306-311, raport techniczny dotyczący czasu pracy wykonawcy wrzesień 2011 r. - k. 680-683, protokół z rady budowy nr 5 z 18.05.2011 r. - k. 684-687, raport roszczenia nr 3, 4 i 5 z 05.11.2012 r. - k. 688-696).

W piśmie z 30 listopada 2011 r. znak (...) wykonawca przesłał inżynierowi kontraktu stanowisko w sprawie przedłużenia czasu na ukończenie z przyczyn:

- braku uzgodnionych projektów wykonawczych (WK-02),
- zwiększonego zakresu wymiany gruntów,
- zwiększonego zakresu zbrojenia podłoża wg technologii III - kolumny żwirowo betonowe.

W związku z podpisaniem aneksu nr (...) do umowy, wykonawca przedstawił opis ścieżki krytycznej. Z uwagi na fakt, iż większość robót przypada na okres zimowy, wykonawca poinformował o powiększeniu kosztów realizacji o koszty związane z realizacją prac w okresie zimowym i przedstawił szacunkową wartość tych kosztów.

W piśmie tym wykonawca potwierdził swoje powiadomienie o możliwości wystąpienia dodatkowej płatności, wysłane w piśmie z 29 marca 2011 r. znak (...) o zamiarze roszczenia dodatkowych kosztów przedłużenia czasu na ukończenie, przedstawiając w załączeniu szacunkową wartość tych kosztów (pismo z 30 listopada 2011 r. znak (...) - k. 281-291).

W odpowiedzi z 19 grudnia 2011 r. na to pismo, inżynier kontraktu uznał roszczenie nr 3 za całkowicie nieuzasadnione. Wskazał, że harmonogram realizacji robót dla WK-02 nie stanowi ścieżki krytycznej, a jedynie próbę dopasowania przez wykonawcę terminu zakończenia robót do daty przewidzianej w podpisanym aneksie. Wskazał na jednomiesięczny zapas na wykonanie wszelkich prac związanych z WK-02, jako termin wystarczający na zakończenie robót bezpośrednio związanych z budową obiektu. Powołał się również na możliwość wystąpienia w okresie zimowym warunków do realizacji obiektu na tyle sprzyjających, że wykluczają one konieczność dodatkowego wynagrodzenia za budowę elementów zabezpieczających (pismo inżyniera kontraktu z 19 grudnia 2011 r. znak B.IK- (...) - k. 292-294).

W kolejnych pismach wykonawca i inżynier kontraktu podtrzymywali swoje stanowiska (pismo wykonawcy z 22 grudnia 2011 r. znak (...) - k. 295, pismo inżyniera kontraktu z 09 stycznia 2012 r. znak B.IK-11/01/2012 - k. 306, pismo wykonawcy z 31 stycznia 2012 r. znak (...) - k. 312, pismo inżyniera kontraktu z 03 lutego 2012 r. znak B.IK- (...) - k. 324).

W piśmie z 14 lutego 2012 r. pozwany informował wykonawcę, że nałożył na niego karę umowną zgodnie z warunkiem 8.7 (a). Było to weryfikowane przez inżyniera kontraktu pełniącego nadzór inwestorski. Co więcej, korespondencja w tym zakresie została skierowana do wykonawcy, który doskonale znał zarówno podstawę naliczenia kary umownej, jej wysokość, jak i tryb dochodzenia (pismo (...) /OL/ Biuro KP- (...) - (...) z 14.02.2012 r. - k. 779, protokół odbioru ostatecznego robót - k. 781, pismo znak B.IK- (...) z 24.09.2012 r. - k. 788, wystąpienie wykonawcy nr 624 z

04.04.2012 r. - k. 789, nota księgową nr (...) z 09.08.2013 r. - k. 794, raport sporu nr 1 z

23.07.2012 r. - k. 795, pismo inżyniera nr B.IK-002/01/2013 z 15.01.2013 r. - k. 821, pismo inżyniera nr B.IK-05/02/2013 z 04.02.2013 r. - k. 822, pismo inżyniera nr B.IK-11/02/2013 z 21.02.2013 r. - k. 823).

W piśmie z 29 lutego 2012 r. wykonawca podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko dotyczące roszczenia nr 3 jedynie w zakresie dotyczącym kwestii ścieżki krytycznej, zgadzając się z inżynierem kontraktu w kwestii roszczenia dodatkowej płatności. Pismem z 05 marca 2013 r. inżynier kontraktu wskazał na brak konkretnych dowodów potwierdzających zasadność roszczeń 3, 4 i 5 w zakresie finansowym (pismo wykonawcy) z 29 lutego 2012 r., znak (...) - k. 330, pismo inżyniera kontraktu z 05 marca 2012 r., znak B.IK- (...) - k. 343).

Pismem z 27 marca 2012 r. nr B.IK- (...) zgodnie z subklauzula 7.5 warunków kontraktu inżynier odrzucił wadliwie wykonane elementy robót (pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 27.03.2012 r. - k. 739).

W dniu 30 marca 2012 r. wykonawca skierował do inżyniera kontraktu pismo, w którym przedstawił poniesione i prognozowane koszty związane z wydłużonym czasem realizacji. W odpowiedzi inżynier kontraktu podtrzymał

dotychczasowe stanowisko dotyczące braku podstaw uwzględnienia roszczenia nr 3 (pismo wykonawcy z 30 marca 2012 r. znak (...) - k. 344, pismo inżyniera kontraktu z 25 kwietnia 2012 r., znak B.IK- (...) - k. 357).

Wykonawca składał kolejne pisma, w których dokumentował poniesione koszty. Inżynier kontraktu nie uwzględnił roszczeń (pismo wykonawcy z 30 kwietnia 2012 r. znak (...) - k. 359, pismo inżyniera kontraktu z 29 maja 2012 r. znak B.IK (...) - k. 384, pismo wykonawcy z 31 maja 2012 r. znak (...) z załącznikami - k. 386-465, pismo wykonawcy z 29 czerwca 2012 r., znak (...) - k. 466, pismo wykonawcy z 31 lipca 2012r., znak: 2077/06/87/2012 - k. 480, pismo inżyniera kontraktu z 27 sierpnia 2012 r. znak B.IK-250/08/12 - k. 488).

Powódka, pismem z 18 kwietnia 2012 r., wystąpiła do (...) S.A. o wyrażenie zgody na wykonanie w dniach 27 - 29 kwietnia 2012 r. próbnego obciążenia statycznego oraz dynamicznego obiektu WK-02. (...) S.A. pismem z 24 kwietnia 2012 r. nie wyraziła zgody na wjazd składu do próbnych obciążeń w okresie wskazanym przez powódkę z uwagi na prowadzenie w tym okresie robót modernizacyjnych i zły stan techniczny toru. Nie wskazała jednocześnie dokładnego terminu możliwości wykonania obciążenia próbnego. Następnie pismem z 15 czerwca 2012 r. poinformowała wykonawcę o możliwości wykonania obciążenia próbnego tylko z dopuszczalną prędkością 30 km/h (brak możliwości przejazdu z największą dopuszczalną prędkością, tj. 80 km/h) (pismo powódki z 18 kwietnia 2012 r. znak: 1848/06/87/2012 - k. 490, pismo (...) S.A. z 24 kwietnia 2012 r., nr (...)505- (...) - k. 491, pismo (...) S.A. z 15 czerwca 2012 r. nr (...)505-181a/2012 - k. 492).

Pismem z 30 kwietnia 2012 r. znak: 1872/06/87/2012 (wystąpienie nr 645) powódka powiadomiła pozwanego o braku możliwości wykonania próbnego obciążenia w okresie od 27 do 29 kwietnia 2012 r. W związku z brakiem możliwości wykonania próbnego obciążenia obiektu WK-02, w dniu 11 czerwca 2012 r. powódka złożyła roszczenie nr 7 (pismo powódki z 30 kwietnia 2012 r. znak (...) - k. 493, pismo powódki z 11 czerwca 2012r. znak: 1956/06/87/2012 (roszczenie nr 7) - k. 496).

Inżynier kontraktu w piśmie nr B.IK- (...) z 15 maja 2012 r. wystosował polecenie uaktualnienia harmonogramu z uwagi na duże opóźnienia w postępie prac. Wykonawca złożył uaktualniony harmonogram w piśmie z 23 maja 2012 r., który został zaopiniowany negatywnie przez inżyniera kontraktu (pismo inżyniera nr B.IK- (...) z

15.05.2012 r. - k. 804, pismo wykonawcy nr (...) z 23.05.2012 r. - k. 812-819, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 31.05.2012 r. - k. 820).

Wykonawca nie złożył poprawionego harmonogramu w terminie 7 dni, tj. najpóźniej do 07 czerwca 2012 r., do czego był zobowiązany zgodnie z subklauzulą 8.3 warunków kontraktu. Zgodnie, zatem z warunkiem 8.7 pkt (d) za przekroczenie terminu na przedłożenie harmonogramu, zamawiający naliczył wykonawcy karę umowną w kwocie 16 000 zł, tj. po 2 000 zł za każdy z 8 dni, tj. za okres od 08 czerwca 2012 r. do 15 czerwca 2012 r. (umowna data zakończenia robót) (pismo inżyniera nr B.IK-002/01/2013 z 15.01.2013 r. - k. 821, pismo inżyniera nr B.IK-05/02/2013 z

04.02.2013 r. - k. 822, pismo inżyniera nr B.IK-11/02/2013 z 21.02.2013 r. - k. 823, protokół odbioru ostatecznego robót - k. 781-787, raport sporu nr 1 z 23.07.2013 r. - k. 795-803).

Pismem z 29 czerwca 2012 r. powódka złożyła zamawiającemu wniosek o rezygnację z wykonywania badań dynamicznych dla prędkości większych od 30 km/h łącznie/ maksymalną prędkością szlakową. Projektant pismem z 16 lipca 2012 r. pozytywnie zaopiniował wniosek wykonawcy o rezygnację z wykonania badań dynamicznych (pismo powódki z 29 czerwca 2012 r. znak: 2009/0687/2012 - k. 499, pismo projektanta z 16 lipca 2012 r. znak: (...) - k. 513).

Wykonawca ukończył realizację kontraktu w dniu 17 lipca 2012 r., co zostało potwierdzone w świadectwie przejścia z 24 lipca 2012 r. Wykonawca ukończył kontrakt z 31-dniowym opóźnieniem. Zgodnie z warunkiem 8.7 pkt (a) za przekroczenie czasu na ukończenie, zamawiający naliczył karę umowną w kwocie 155 000 zł, tj. po 5 000 zł za każdy z 31 dni opóźnienia (wystąpienie wykonawcy nr 684 z w 17.07.2012 r. - k. 776, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z i 17.07.2012

r. - k. 777, świadectwo przejścia robót z 24.07.2012 r. - k. 697, lista wad i usterek - załącznik do świadectwa przejścia robót z 24.07.2012 r. - k. 778).

Przyczyny zakończenia kontraktu po czasie na ukończenie, z wyłączeniem WK-02, leżą całkowicie po stronie wykonawcy, o czym inżynier poinformował zamawiającego w raporcie technicznym z 18 listopada 2011 r., zaś wykonawcę - wystąpieniem z 09 stycznia 2012 r. (raport techniczny z 18.11.2011 r. - k. 669-679, wystąpienie inżyniera nr B.IK-11/01/2012 z 09.01.2012 r. - k. 306).

Wykonawca na etapie realizacji kontraktu zgłosił w tym zakresie roszczenie czasowe, które inżynier odrzucił (pismo wykonawcy nr (...) z 30.04.2012 r. - k. 499, pismo wykonawcy nr (...) z 11.06.2012 r. - k. 496, pismo wykonawcy nr (...) z 31.07.2012 r. - k. 514, raport roszczenia nr 7 z 27.08.2012 r. - k. 517).

Powódka, pismem z 31 lipca 2012 r. podtrzymała roszczenie 7, składając roszczenie ostateczne. W uzasadnieniu wskazała, że roszczenie powstało w związku z brakiem możliwości wykonania w ustalonym terminie obciążeń próbnych obiektu WK-02 (pismo powódki z 31 lipca 2012 r, znak (...) - k. 514).

Inżynier kontraktu pismem z 27 sierpnia 2012 r. wskazał, że roszczenie dodatkowej płatności z powodu prowadzenia robót w okresie zimowym okazało się całkowicie nieuzasadnione i traktuje roszczenie finansowe nadal, jako informację o możliwości zaistnienia dodatkowych kosztów, związanych z realizacją WK-02. Dodatkowo wskazał, iż podpisanie aneksu nr (...) do kontraktu w całości wyczerpało przyczyny przedłużenia czasu na ukończenie dotyczące tego roszczenia. Wykonawca nie zgłosił roszczenia ostatecznego w tym zakresie. Wykonawca nie wyczerpał procedury zgłaszania roszczeń przewidzianej w kontrakcie, tj. warunku 20.1, a więc nie jest uprawniony do żadnej płatności, a zamawiający jest zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z tym roszczeniem.

Odrzucając roszczenie powódki o przedłużenie czasu na ukończenie, inżynier kontraktu wskazał, że brak możliwości wykonania próbnego obciążenia obiektu WK-02 nie miał żadnego wpływu na niezakończenie robót w terminie kontraktowym, tj. do 15 czerwca 2012 r. Podniósł, że bezpośrednią przyczyną opóźnienia, było niewykonanie robót zasadniczych - robót nawierzchniowych i prac związanych z wykonywaniem oznakowania poziomego (pismo wykonawcy nr (...) z 31.07.2012 r. - k. 466-479, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 27.08.2012 r. - k. 488-489, raport roszczenia nr 7 - k. 517-525).

Pismem z 24 września 2012 r. inżynier kontraktu poinformował wykonawcę, iż zgodnie z warunkiem 8.7 oraz warunkiem 2.5 zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary umownej (pismo znak B.IK- (...) z 24.09.2012 r. - k. 788, pismo inżyniera nr B.IK-002/01/2013 z 15.01.2013 r. - k. 821, pismo inżyniera nr B.IK-05/02/2013 z 04.02.2013 r. - k. 822, pismo inżyniera nr B.IK-11/02/2013 z 21.02.2013 r. - k. 823, pismo inżyniera nr B.IK-27/03/2013 z 12.03.2013 r. - k. 824).

Na etapie wykonania kontraktu, wykonawca posiadał pozytywne badania z laboratorium dostawcy betonu oraz z własnego laboratorium kontrolnego. Badania kontrolne zlecone przez inżyniera kontraktu wykazały niespełnienie warunku mrozoodporności betonu dla obiektu WD 7 słup podpory H + ława fundamentowa C oraz obiekt WD 4 ławy) fundamentowe i ustrój nośny. Dodatkowo występowały problemy z uzyskaniem właściwej nasiąkliwości betonu. Ponadto w trakcie procesu badania mrozoodporności, próbki rozpadły się, co uniemożliwiło dalsze badania (wyniki badań betonu dla obiektu WD-04 z 16.02.2012 r. - k. 701-705, wyniki badań betonu dla obiektu WD-04 z 13.06.2012 r. - k. 706-712, wyniki badań betonu dla obiektu WD-06 z dnia 13.06.2012 r. - k. 713-718, wyniki badań betonu dla obiektu WD-07 z dnia 14.06.2012 r. - k. 719-730, wyniki badań betonu dla obiektu WD-07 z 14.06.2012 r. - k. 731-738).

Na skutek braku dodatkowych (zapasowych) próbek, które można by było poddać kolejnym badaniom, inżynier kontraktu wydał polecenie rozbiórki wadliwych elementów. Wykonawca, z uwagi na wysokie koszty rozbiórki i ponownego wykonania rozebranych elementów zdecydował, po uzyskaniu zgody zamawiającego, o wykonaniu badań rozjemczych - zgodnie z warunkami kontraktu (pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 27.03.2012 r. - k. 739, pismo wykonawcy z 18.06.2012 r., nr (...) - k. 573).

Przeprowadzone przez niezależne akredytowane laboratorium Instytutu (...), na koszt wykonawcy, badania rozjemcze, dały wynik pozytywny (pismo wykonawcy nr (...) z 17.12.2012 r. - k. 574).

Zgodnie z zapisami (...), koszt badań rozjemczych powinien ponieść wykonawca. W związku z powyższym inżynier kontraktu uznał, iż wykonawca nie jest uprawniony do żądania zwrotu przedmiotowych kosztów (raport roszczenia nr 8 z 28.01.2013 r. - k. 740).

W dniu 19 marca 2013 r. wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) obejmującą wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy. Z faktury tej pozwany potrącił kwotę w wysokości 155 000 zł, tj. karę umowną z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie projektu (faktura z 19.03.2013 r. - k. 595).

W dniu 08 maja 2013 r. zamawiający wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 171 000 zł stanowiącą sumę kary umownej z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie (155 000 zł) oraz czasu na przedłożenie harmonogramu (16 000 zł).

Następnie pozwany dokonał potrącenia należności z tytułu kar umownych z wierzytelnością z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy, na co powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) z 19 marca 2013 r.

Oświadczenie o potrąceniu kary umownej zostało skutecznie złożone stronie powodowej przy piśmie z 10 maja 2013 r. (nota księgową nr (...) z 08.05.2013 r. - k. 593, pismo zamawiającego z 10.05.2013 r. - k. 596).

Naliczenie przez zamawiającego kary umownej wynikało z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, który mimo wielokrotnych ponagleń nie dotrzymał ostatecznie określonego czasu na ukończenie.

Inżynier kontraktu wzywał wykonawcę pismem z 15 maja 2012 r. do uaktualnienia harmonogramu. W protokole z rady budowy nr 18/06/2012 z 13 czerwca 2012 r. zamawiający zwrócił uwagę, iż dotrzymanie czasu na ukończenie jest nierealne. Zaangażowanie wykonawcy na koniec maja 2012 r. w stosunku do harmonogramu było znacznie mniejsze niż wymagane. Inżynier wskazał na wykaz robót, który nie został wykonany w czasie na ukończenie. Brak możliwości wykonania próbnego obciążenia obiektu WK-02 nie miał żadnego wpływu na niezakończenie wszystkich robót w terminie kontraktowym, tj. do 15 czerwca 2012 r. Bezpośrednią przyczyną było niewykonanie robót zasadniczych, tj. robót nawierzchniowych i prac związanych z wykonywaniem oznakowania poziomego. Wykonywanie oznakowania poziomego zakończono dopiero 14 lipca 2012 r., a badanie próbne obciążenia obiektu WK-02 wykonano w dniu 17 lipca 2012 r. Lista wad i usterek, która stanowi załącznik do świadectwa przejęcia nie uwzględnia braku badań próbnego obciążenia oraz nie warunkuje wydania świadectwa przejęcia od ich dostarczenia.

Inżynier kontraktu dokonał poświadczenia wykonania robót zgodnie z wystąpieniem wykonawcy (raport techniczny dotyczący czasu pracy wykonawcy wrzesień 2011 r. - k. 680-683, wystąpienie inżyniera nr B.IK-11/01/2012 z 09.01.2012 r. - k. 306, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 15.05.2012 r., protokół z rady budowy nr 18/06/2012 z 13.06.2012 r. - k. 804, lista wad i usterek - załącznik nr 3 do świadectwa przejęcia robót z 24.07.2012 r. - k. 778, raport sporu nr 1 z 23.07.2013 r. - k. 795, raport roszczenia nr 7 - k. 517, protokół wstępny z obciążenia próbnego z 17.07.2012 r. - k. 809, raport kontroli robót - k. 810, wystąpienie wykonawcy nr 684 z 17.07.2012 r. - k. 776, świadectwo przejęcia robót z 24.07.2012 r. - k. 697).

W toku wykonania przedmiotu umowy, powódka nie poniosła żadnych dodatkowych kosztów, poza tymi, za które wynagrodzenie uiścił na jej rzecz pozwany. W szczególności tablice informacyjne zostały zrobione raz i stały do końca budowy, za co wykonawca otrzymał wynagrodzenie. Brak było konieczności budowy dodatkowych, nieprzewidzianych w dokumentacji objazdów i przejazdów w związku z przesunięciem terminu realizacji obiektu WK 02. Obowiązkiem wykonawcy było zapewnienie wymaganych ubezpieczeń bez względu na stopień zaangażowania prac na budowie, a tym samym do zakończenia prac nieobjętych okolicznościami przedłużenia czasu na ukończenie (świadectwo przejęcia robót z 24.07.2012 r. - k. 688, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 19.12.2011 r. - k. 292, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z

03.02.2012 r. - k. 324, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 07.03.2012 r. - k. 698, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 25.04.2012 r. - k. 357, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 29.05.2012 r. - k. 384, pismo inżyniera nr B.IK- (...) z 27.08.2012 r. - k. 488).

Powyższe Sąd ustalił na podstawie uprzednio powołanych dokumentów przedstawionych w kopiach poświadczonych przez strony, których wiarygodność nie była przez nikogo kwestionowana i poczynił następującą ocenę materiału dowodowego.

Dokumenty przedłożone przez strony stanowiły materiał wystarczający do wydania rozstrzygnięcia, przy przyjęciu podstawy roszczenia (o zasadności której będzie mowa w dalszych rozważaniach). Z tego względu Sąd oddalił wnioski dowodowe obu stron (k. 882) o przesłuchanie świadków i stron na okoliczności określone w pozwie i w odpowiedzi na pozew, jako nieprzydatne i zmierzające do przewlekłości postępowania.

Wnioskowany przez stronę powodową dowód z opinii biegłych ds. budownictwa, finansów, dróg i kosztorysowania na okoliczność wzrostu kosztów wykonawcy w związku ze zmianą podatku akcyzowego, opłaty paliwowej i składek na ubezpieczenie rentowe, przedłużenie czasu na ukończenie, był chybiony, bowiem nie były to okoliczności negowane przez stronę pozwaną, która jedynie podnosiła brak legitymacji czynnej powódki do występowania o zapłatę całej kwoty oraz niewykazanie podstaw do skutecznego dochodzenia roszczenia z tego tytułu.

Sąd zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do kwestii czynnej legitymacji procesowej po stronie powódki. Pozwana zarzuciła, bowiem (k. 634), że powódka, działająca w ramach konsorcjum, na które składają się wszyscy jego członkowie, nie ma legitymacji do występowania w imieniu całego konsorcjum w sprawie o zapłatę.

Zarzut ten oparty jest na nieprawidłowej interpretacji treści żądań powódki, która ostatecznie stwierdziła, że dochodzi roszczeń we własnym imieniu (k. 882).

Powódka nie uzurpowała bowiem sobie, w jakikolwiek sposób, prawa do dochodzenia roszczeń innych, poza nią samą, wykonawców - uczestników konsorcjum, lecz wyraźnie zaznaczyła, że umowa konsorcjum uległa rozwiązaniu, a uczestnicy konsorcjum zaspokojeni zostali przez powódkę (k. 882). Należało zatem przyjąć, że roszczenia owe są własnymi i wyłącznymi roszczeniami powódki, a nie innymi konsorcjantów.

W tym zakresie, rozumowanie powódki jest nie do końca słuszne.

Konsorcjum (stosunek obligacyjny kreowany umową) zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa zostaje zawarta. K. zobowiązują się do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Brak podstawy ustawowej, która tworzyłaby po stronie konsorcjantów - wykonawców, z mocy samego prawa, czynną solidarność w dochodzeniu ich roszczeń przeciwko kontrahentowi - inwestorowi (por. wyrok SA w Warszawie z 18 lutego 2009 r. VI ACa 1152/08 - LEX nr 1344288).

W braku, zatem szczególnego postanowienia umowy, o ile konsorcjantom -wykonawcom przysługuje od inwestora świadczenie pieniężne, które przecież zawsze ma charakter podzielny, to wierzytelność konsorcjantów dzieli się na tyle niezależnych części, ilu jest wierzycieli (art. 379 § 1 zd. 1 k.c.). Części te są stosowne do zakresu robót, jaki zgodnie z umową z inwestorem obciążał poszczególnych konsorcjantów-wykonawców (art. 379 § 1 zd. 2 in fine k.c.)

O ile, więc wykonanie określonych prac obciążałoby powódkę i żaden poza nią konsorcjant nie wykonywał zobowiązania w tym zakresie, to - w braku odmiennego postanowienia umownego - wszelkie roszczenia, związane z tą częścią zobowiązania konsorcjantów, istotnie przysługiwałyby samej tylko powódce. Powódka, w niniejszym postępowaniu, dochodzi jednak całości - jej zdaniem - należnych kwot z różnych tytułów od pozwanego, a nie ewentualnie należnej jej części stosownie wyliczonej.

Powódka mogłaby dochodzić całości roszczeń (po wykazaniu, oczywiście, ich słuszności), gdyby pozostali konsorcjanci dokonali na jej rzecz cesji praw, co jednak nie zostało wykazane. Jednakże przy wykazaniu słuszności roszczenia - zgodnie z § 4.2 umowy konsorcjum (k. 69) określającym podział prac i obowiązków lidera i partnerów konsorcjum - powódce należałoby się 56,38 % płacy netto. Szczegółowy zakres prac określony został jedynie dla partnerów w załącznikach 1,2,3.

Powództwo jednakże podlegało oddaleniu, jako niezasadne.

Co się tyczy roszczenia o dodatkową płatność z tytułu przedłużenia czasu na ukończenie podnieść należy, że w związku z wystąpieniem okoliczności w postaci braku możliwości przekazania terenu pod obiekt WK-02, zamawiający w piśmie nr GDDKiA O/OL-EI-W-01/08/2011 z 05 sierpnia 2011 r. poinformował wykonawcę, iż z tego tytułu będzie przysługiwało mu, zgodnie z subklauzulą 8.4 warunków kontraktu prawo do przedłużenia czasu na wykonanie obiektu WK-02 wraz z robotami towarzyszącymi w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie. Już w tym piśmie pozwany wskazał na brak powodów ponoszenia dodatkowych kosztów związanych ze zmianą technologii wykonania obiektu WK-02 przy planowanym terminie zakończenia prac w czerwcu-lipcu 2012 r. Po analizie całokształtu okoliczności, inżynier uznał roszczenie czasowe, odrzucając roszczenie finansowe. Z uwagi na powyższe opóźnienie w przekazaniu powódce terenu pod obiekt WK-02, strony w dniu 27 października 2011 r. podpisały aneksu nr (...) do kontraktu, co w konsekwencji przedłużyło czas na ukończenie robót do 15 czerwca 2012 r.

W tym zakresie rację należy przyznać pozwanemu, który już w korespondencji z powodem słusznie podnosił, że podpisanie aneksu nr (...) do kontraktu w całości wyczerpało roszczenia powoda z przyczyny przedłużenia czasu na ukończenie dotyczące tego obiektu. Co istotne, aneks nr (...) do kontraktu z 27 października 2011 r. (na mocy, którego strony przedłużyły czas na ukończenie do 15 czerwca 2012 r.), zawierał postanowienie, że pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian, czego powódka nie kwestionowała. Z postanowienia tego wynika, że strony zmieniły jedynie datę zakończenia robót a nie postanowień kontraktu, z których powód wywodzi przedmiotowe roszczenie dodatkowej płatności.

Wobec powyższego uznać należał, że powód, jako profesjonalnie zajmujący się robotami budowlanymi, podpisując aneks wyrażał zgodę na ewentualny wzrost kosztów robót po swojej stronie. Reasumując zgłaszając przedmiotowe roszczenie powód usiłuje się uchylić od skutków podpisania aneksu nr (...) i zmienić treść łączącej strony umowy.

Podkreślić należy, że zgodnie z warunkiem 8.4 Wykonawca będzie uprawniony, z uwzględnieniem S. 20.1 do przedłużenia Czasu na Ukończenie, jeśli i w takim zakresie, w jakim ukończenie dla celów S. 10. jest. lub przewiduje się, że będzie, opóźnione z któregośkolwiek z następujących powodów:

(a) Zmiana (chyba, że poprawka do Czasu na Ukończenie została uwzględniona według S. 13.3) lub Inna istotna zmiana w ilości jakiegokolwiek elementu prac objętych Kontraktem,...

(c) wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne,...

(e) jakikolwiek opóźnienie, utrudnienie lub uniemożliwienie, spowodowane przez Zamawiającego lub Personel Zamawiającego lub innych wykonawców Zamawiającego na Placu (...), lub możliwe im do przypisania.

Wobec powyższego uznać należy, że ww. warunek kontraktu nie przewiduje w ogóle płatności z tytułu przedłużenia czasu na ukończenie, a jedynym roszczeniem, z którego powódka mogła i z którego skorzystała, było roszczenie o wydłużenie czasu na realizację umowy. Takie ukształtowanie umowy oznacza, że intencją stron kontraktu było, wyłączenie możliwości domagania się dodatkowej zapłaty z samej tylko przyczyny przedłużenia czasu na ukończenie. Koszty generowane przez samo przedłużenie wynikające z okoliczności wymienione w warunku 8.4 pkt (e), zgodnie z kontraktem winny zostać poniesione przez wykonawcę – powódkę, na co powódka zgadzała się zawierając przedmiotową umowę.

Także wskazywana przez powódkę subklauzula 3.5 warunków kontraktu, nie stanowi podstawy prawnej jego roszczenia, a wskazuje jedynie procedurę, według której winien postępować inżynier kontraktu w celu uzgodnienia lub określenia jakiegokolwiek sprawy, co nie daje mu samodzielnej podstawy do skutecznego konstruowania roszczenia. Co więcej, powódka dopuściła się uchybień co do umówionej procedury zgłaszania roszczeń, bowiem nie zgłosiła roszczenia ostatecznego co do płatności z tytułu przedłużenia czasu na ukończenie kontraktu, a co za tym idzie nie wyczerpała procedury zgłaszania roszczeń (przewidzianej w kontrakcie - warunek 20.1), co oznacza, iż wykonawca nie jest uprawniony do żądania żadnej płatności, a zamawiający jest zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z roszczeniem.

Podkreślić należy, że integralną częścią umowy stanowiły warunki kontraktowe (...), w myśl których wykonawca powinien wykazać i udowodnić, że dana okoliczność, na mocy której domaga się dodatkowej płatności, znajdowała się na tzw. ścieżce krytycznej projektu, tzn., że ewentualne utrudnienia w realizacji zadania, były utrudnieniami tego rodzaju, że uniemożliwiały rozpoczęcie kolejnej pracy i w konsekwencji spowodowały opóźnienia. Powódka bezzasadnie wywodziła w tym zakresie, że każde zdarzenie na kontrakcie przesunęło ścieżkę krytyczną. Stanowisko powódki było błędne, bowiem nie każde zdarzenie lub przeszkoda w wykonywaniu robót powodują opóźnienie, za które odpowiada zamawiający leży na ścieżce krytycznej kontraktu i to na powódce ciąży obowiązek wykazania, że w niniejszej sprawie wystąpiły takie właśnie okoliczności. Co istotne, opóźnienie wynikające ze zdarzenia spowodowanego przez zamawiającego, musi być krytyczne dla utrzymania daty czasu na ukończenie, zaś opóźnienie musi być tego rodzaju, że wydłuża najdłuższą ścieżkę krytyczną prowadzącą do ukończenia robót. Jeżeli w ramach robót budowlanych występuje więcej niż jedna ścieżka krytyczna, pod uwagę powinno być brane to zdarzenie, którego skutek jest opóźnieniem krytycznym, tzn. takim, które opóźnia ukończenie całości robót w stosunku do określonej daty czasu na ukończenie. Czasowe zdarzenia, które leżą na różnych ścieżkach, albo też na jednej ścieżce, jeżeli dotyczą robót, które mogą być wykonywane równolegle w tym samym czasie, nie podlegają sumowaniu. R. podnieść należy, że powódka, zgodnie z obciążającą ją regułą rozkładu ciężaru dowodu, nie udowodniła, że okoliczność w postaci przedłużenia czasu na możliwość przekazania terenu pod obiekt WK-02, znajdowała się na tzw. ścieżce krytycznej. Z dokumentacji ewidentnie wynika, że powódka w dniu 21 lipca 2011 r. przedstawiła zamawiającemu projekt zamienny dla WK-02 ze względu na brak zgody (...) S.A. na przekazanie terenu dla realizacji wiaduktu WK 02 ze względu na trwające wówczas prace naprawcze kolei. Jednakże już w maju 2011 r., (...) S.A. wyraziła zgodę na udostępnienie obiektu. Istniała możliwość wejścia z pracami budowlanymi na okres 42 dni w trakcie trwania robót budowlanych realizowanych przez (...) S.A. lub na okres 5 miesięcy w terminie od 02 listopada 2011 r. do 31 marca 2012 r. Zatem prace te mogły odbyć się wcześniej – równolegle z innymi robotami. Opóźnienie dotyczyło prac zasadniczych określonych w harmonogramie robót – na co już wcześniej inżynier kontraktu wielokrotnie zwracał uwagę wykonawcy wskazując na zbyt małe zaangażowanie sprzętu i ludzi.

W ramach roszczenia o dodatkową płatność z tytułu przedłużenia czasu na ukończenie powódka dochodziła zapłaty kosztów realizacji kontraktu poniesionych w czasie od 01 listopada 2011 r. do 15 czerwca 2012 r. w łącznej kwocie 1 471 852,21 zł. Powódka wskazywała, że na tę kwotę składały się w szczególności: koszty utrzymania w okresie budowy tablic informacyjnych i zabezpieczenia placu budowy, koszty utrzymania objazdów i przejazdów w czasie budowy, kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń, koszty utrzymania zaplecza wykonawcy.

W ocenie Sądu, koszty te nie mają charakteru dodatkowych robót, tj. robót nieobjętych wynagrodzeniem. W szczególności nie można przyjąć, że powódka poniosła dodatkowe koszty z tytułu utrzymania w okresie budowy tablic informacyjnych i zabezpieczenia placu budowy, bowiem tablice informacyjne zostały przez nią wykonane jeden raz w toku realizacji kontraktu i pełniły swoją funkcję do końca budowy, za co wykonawca otrzymał wynagrodzenie. Czas, przez który tablice te były zamontowane, nie zwiększał kosztów związanych z wykonaniem i zamontowaniem tablic, a co za tym idzie, nie można uznać prac dodatkowych z tego tytułu. Powódka nie poniosła dodatkowych kosztów utrzymania objazdów i przejazdów w czasie budowy, gdyż taka konieczność nie wystąpiła. Nie było bowiem konieczności budowy dodatkowych, nieprzewidzianych w dokumentacji objazdów i przejazdów w związku z przesunięciem terminu realizacji obiektu WK-02, a co za tym idzie nie można w tym zakresie mówić o dodatkowych kosztach, bowiem prace nie uległy zwiększeniu.

Powódka nie poniosła także dodatkowych kosztów z tytułu zapewnienia wymaganych ubezpieczeń i utrzymania zaplecza wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy było zapewnienie wymaganych ubezpieczeń bez względu na stopień zaangażowania prac na budowie, a tym samym do zakończenia prac nieobjętych okolicznościami przedłużenia czasu na ukończenie.

Zaznaczyć należy, że koszty, które powódka uznaje za dodatkowe, mieściły się w zakresie ryzyka wykonawcy związanego z koniecznością realizacji prac, także po terminie oraz także z uwagi na wydłużenie czasu na ukończenie.

Za bezzasadnością roszczenia powoda przemawiał także charakter wynagrodzenia, na jakie umówiły się strony. Kontrakt zawarty przez strony, był kontraktem kosztorysowym, w którym za poszczególne rodzaje robót określone są stawki jednostkowe, a zapłata następuje za rzeczywiście wykonany zakres robót, po dokonanych obmiarze. Podstawą określenia wynagrodzenia wykonawcy był zaakceptowany przez strony kosztorys ofertowy, który zawierał wszystkie elementy składające się na wynagrodzenie należne wykonawcy. W kosztorysie ofertowym ujęte były ceny jednostkowe, jak i pozycje ryczałtowe, np. koszty zaplecza. W pozycjach rozliczeniowych, dla których jednostką rozliczeniową była jednostka obmiarowa, ich wartość otrzymywana była poprzez pomnożenie stałej, określonej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, ceny jednostkowej, przez obmierzoną i zaakceptowaną przez inżyniera ilość.

Reasumując, wysokość wynagrodzenia uzależniona była od obmiaru rzeczywiście wykonanych robót, a nie czasu, w trakcie którego prace te zostały wykonane. Wydłużenie czasu trwania umowy nie przekładało się na zwiększenie ilości robót, a co za tym idzie, nie mogło prowadzić do podwyższenia wynagrodzenia, bowiem ilość i jakość prac pozostała taka sama jak w pierwotnej wersji umowy i nie uległa zmianie na mocy aneksu nr (...).

W zakresie roszczenia o dodatkową płatność z tytułu wzrostu stawki podatku akcyzowego rację należy przyznać pozwanemu, który słusznie podniósł, że wzrost stawki tego podatku nie miał związku z przedmiotową umową, a co więcej powódka tego związku nie wykazała. W szczególności nie wykazała, że związek ten miał charakter adekwatnego związku przyczynowego. Co więcej, zmiana ta nie miała charakteru nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której mowa w art. 357¹ k.c. bowiem wzrost ten był nieznaczny. Zważyć jednak przede wszystkim należy, iż wzrost akcyzy został przewidziany już w 2004 r. i ogłoszony w Dyrektywie Rady 2004/74/WE z 29 kwietnia 2004 r. zmieniającej dyrektywę 2003/96/WE w zakresie możliwości stosowania przez określone Państwa Członkowskie czasowych zwolnień lub obniżek poziomu opodatkowania na produkty energetyczne i energię elektryczną. Zgodnie z art. 18a pkt 9 Dyrektywy 2004/74/WE z 29 kwietnia 2004 r. Rzeczpospolita Polska może stosować okres przejściowy do dnia 1 stycznia 2010 r. w celu dostosowania jej obecnego poziomu opodatkowania oleju gazowego wykorzystywanego, jako materiał pędny, do nowego minimalnego poziomu wynoszącego 302 EUR za 1000 l, a do dnia 1 stycznia 2012 r. do poziomu 330 EUR. Jednakże od dnia 1 maja 2004 r. poziom opodatkowania oleju gazowego nie może być niższy, niż EUR 245 za 1000 l, a od dnia 1 stycznia 2008 r. nie może być niższy, niż 274 EUR za 1000 l. Podwyżka podatku akcyzowego przewidziana w ustawie o budżecie uzasadniona była koniecznością spełnienia wymogów określonych prawem europejskim, co było powszechnie wiadome.

Powódka, jako podmiot profesjonalny, powinna zdawać sobie sprawę z planowanej podwyżki, a co za tym idzie zawierając umowę, bez postanowień na wypadek wzrostu wysokości akcyzy na określone produkty, towary, materiały, godziła się na taką sytuację. Skoro informacja o konieczności dostosowania stawki akcyzy do poziomu wynikającego z Dyrektywy była powszechnie znana już w 2004 r., zatem powódka, jako podmiot profesjonalny, powinna była wliczyć jej wzrost w cenę kontraktową, czego nie dokonując pozbawiła się możliwości skutecznego dochodzenia zwiększenia wynagrodzenia z tego tytułu.

Zmiany stawki opłaty paliwowej były także przedmiotem obwieszczeń wydawanych na podstawie art. 37m ust. 2 ustawy o Autostradach Płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. 2004.256.2571), zgodnie z którym stawki opłaty paliwowej, o których mowa w ust. 1 (m.in. olejów napędowych), ulegają podwyższeniu na następny rok w stopniu odpowiadającym wskaźnikowi wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie pierwszych trzech kwartałów roku, w którym stawki ulegają zmianie, w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego.

Wydanie obwieszczenia nie stanowi zmiany prawa, lecz jedynie realizację zasady zapisanej w art. 37m ust. 2 ustawy o Autostradach Płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym.

Znowu należy wskazać, że podmiot profesjonalny, jakim jest powódka, powinna mieć świadomość obowiązywania tego przepisu, a także jego konsekwencji, a co za tym idzie powinna była wziąć pod uwagę ten przepis przy tworzeniu oferty oraz uwzględnić w niej coroczny wzrost stawki, tj. wkalkulować w ryzyko związane z realizacją kontraktu. Poprzez zaniechanie wprowadzenia do kontraktu powyższych postanowień, powódka zrzekła się możliwości skutecznego dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia z uwagi na zwiększenie stawki podatku akcyzowego.

Zgodnie z warunkiem 13.7 Cena Kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę Kosztu, wynikającą z jakiegś zmiany w prawach Kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych Praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów Praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich Praw po Dacie Odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez Wykonawcę jego zobowiązań według Kontraktu. W myśl pkt 4.5 Kontraktu w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą określonej w pkt 4.2 procentowej stawki VAT, kwota brutto wynagrodzenia zostanie aneksem do Umowy odpowiednio dostosowana. W razie zmiany stanu prawnego umowa nie podlegała zmianie, a zmiana wysokości wynagrodzenia była dopuszczalna jedynie w ramach korekty umowy, związanej ze zmianą stawki podatku VAT. Strony wprowadziły ww. korektę do umowy aneksem nr (...). Natomiast nie było żadnej podstawy do dochodzenia podwyższenia wynagrodzenia z innych tytułów, np. w zw. ze zmianą stawek składek na ubezpieczenie rentowe. W trakcie realizacji inwestycji, powódka nie zgłaszała takich roszczeń, a zatem nie wyczerpała procedury zgłaszania roszczeń przewidzianej w kontrakcie, tj. warunku 20.1, co oznacza, iż nie jest uprawniona do skutecznego żądania dochodzonej płatności. Także z uwagi na wykreślenie z kontraktu warunku 13.8, przewidującego możliwość korekty wynagrodzenia wraz ze zmianą kosztów, w przedmiotowym stosunku zobowiązaniowym nie występowały podstawy kontraktowe do uzyskania przez wykonawcę wynagrodzenia z tytułu ww. okoliczności. Zresztą zmiany te nie miały adekwatnego związku ze zwiększeniem kosztów wykonania kontraktu, bowiem powódka tego nie wykazała. Wbrew normie z art. 232 zd. 1 k.p.c. powódka nie przedstawiła żadnych materiałów źródłowych, z których wynikałaby konieczność poniesienia ww. kosztów, ograniczając się do przedstawienia swojej kalkulacji, która nie dowodzi wysokości rzeczywistego dodatkowego kosztu z tego tytułu.

Żądanie powódki w tym zakresie było zatem niezasadne.

Co się tyczy żądania o dodatkową płatność z tytułu wykonania przez powódkę badań rozjemczych wskazać należy, że potrzeba wykonania tych badań wynika z faktu, niezabezpieczenia przez wykonawcę dodatkowych (zapasowych) próbek betonu, które można by było poddać kolejnym badaniom. Wobec tego, inżynier wydał polecenie rozbiórki wadliwych elementów, na co wykonawca (obawiając się wysokich kosztów rozbiórki i ponownego wykonania rozebranych elementów) zareagował, po uzyskaniu zgody zamawiającego, wykonaniem badań rozjemczych. Zgodnie z zapisem (...).00.00.00. Wymagania Ogólne, pkt. 6.6. dla celów kontroli jakości i zatwierdzenia Inżynier uprawniony jest do dokonywania kontroli, pobierania próbek i badania materiałów u źródła ich wytwarzania, i zapewniona mu będzie wszelka pomoc ze strony Wykonawcy i producenta materiałów. Inżynier po uprzedniej weryfikacji systemu kontroli (...) prowadzonego przez Wykonawcę, będzie oceniać zgodność materiałów i (...) z wymaganiami (...) na podstawie wyników badań dostarczonych przez Wykonawcę. Inżynier powinien pobierać próbki materiałów i prowadzić badania niezależnie od Wykonawcy, na koszt Zamawiającego. Jeżeli wyniki tych badań wykażą, że raporty Wykonawcy są niewiarygodne, to Inżynier poleci Wykonawcy lub zleci niezależnemu laboratorium przeprowadzenie powtórnych lub dodatkowych badań, albo oprze się wyłącznie na własnych badaniach przy ocenie zgodności materiałów i (...) z Dokumentacją Projektową i (...). W takim przypadku całkowite koszty powtórnych lub dodatkowych badań i pobierania próbek poniesione zostaną przez Wykonawcę. Wobec treści tego zapisu, koszt powtórnych badań, tzw. badań rozjemczych ponosi wykonawca, zwłaszcza że zawierając umowę z pozwanym, wykonawca wyraził zgodę na ww. postanowienie, będące integralną częścią umowy.

W zakresie roszczenia o wynagrodzenie z tytułu wykonanych przez powódkę badań rozjemczych, wyłączone jest stosowanie subklauzuli 7.4 warunków kontraktu, bowiem wykonanie tych badań nie zostało zlecone przez inżyniera, co jest warunkiem zastosowania subklauzuli 7.4. Z inicjatywą wykonania badań rozjemczych wystąpił sam wykonawca

do inżyniera, który jedynie wyraził zgodę na badania, których potrzeba wynikała, jak to wskazywano powyżej, z uwagi na niezabezpieczenie przez powódkę wystarczającej liczby próbek betonu zwłaszcza, że na mocy subklauzuli 7.5 warunków kontraktu, inżynier odrzucił wadliwie wykonane elementy robót.

Zgodnie z subklauzulą 7.5 warunków kontraktu, jeżeli w rezultacie badania, inspekcji, pomiaru lub dokonania prób, jakiegokolwiek Urządzenia, (...) czy wykonawstwo będzie uznane za wadliwe lub w inny sposób niezgodne z Kontraktem, to Inżynier będzie mógł

takie Urządzenia, (...) lub wykonawstwo odrzucić dając Wykonawcy powiadomienie z przedstawieniem powodów. Wtedy Wykonawca bezzwłocznie usunie wadę i zapewni, że odrzucona pozycja będzie odpowiadać wymaganiom kontraktu. Jeżeli Inżynier wymagał, aby te Urządzenia, (...) lub wykonawstwo były ponownie poddane próbom, to próby będą powtórzone przy tych samych ustaleniach i warunkach. Jeżeli takie odrzucenie i powtórne dokonanie prób spowoduje, że Zamawiający poniesie dodatkowe koszty, to Wykonawca, z uwzględnieniem S. 2.5 zapłaci te koszty Zamawiającemu. W zaistniałej sytuacji koszty badania rozjemczego obciążąby powódkę, nawet gdyby inżynier wydał polecenie ponownego badania próbek (co nie miało miejsca), bez względu na wynik tego badania. Reasumując, roszczenie powódki w tym zakresie jest niezasadne co do zasady i co do wysokości.

W toku realizacji kontraktu pozwany dwukrotnie obciążył powódkę karami umownymi. Pierwszą karę umowną w kwocie 155 000 zł pozwany nałożył na powódkę z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie, drugą w kwocie 16 000 zł - obciążył powódkę z tytułu przekroczenia czasu na przedłożenie harmonogramu. W sumie kary umowne opiewały na kwotę 171 000 zł. Powódka w toku procesu dochodził zasądzenia ww. kwot tytułem uzupełnienia wynagrodzenia.

Do potrącenia przez pozwanego kwoty 155 000 zł tytułem kary umownej za przekroczenie czasu na ukończenie, doszło na podstawie warunku 8.7 (a). Zgodnie z warunkiem 8.7 wykonawca, z uwzględnieniem S. 2.5, zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

(a) z tytułu przekroczenia Czasu na Ukończenie (...) o okres nie dłuższy niż 180 dni – w wysokości 5000 PLN, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem S. 8.14. Zamawiający może odliczyć kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć Wykonawcy. Zapłata kary przez Wykonawcę lub odliczenie przez Zamawiającego kwoty kary z płatności należnej Wykonawcy w przypadkach określonych w pkt a) nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ukończenia (...) lub jakichkolwiek innych obowiązków i zobowiązań wynikających z Kontraktu.

Zgodnie z treścią pkt 5 umowy Nr (...) z 24 listopada 2010 r. w brzmieniu ustalonym treścią aneksu nr (...) do kontraktu, przedmiot umowy miał zostać wykonany przez powódkę w nieprzekraczalnym terminie, tj. do 15 czerwca 2012 r. Wobec tego, od dnia następnego po upływie ww. terminu, tj. od 16 czerwca 2012 r., pozwany był uprawniony do naliczania kary umownej za przekroczenie czasu na ukończenie, co uczynił.

W niniejszej sprawie bezspornym było, że prace nie zostały wykonane w terminie przewidzianym w ostatecznym brzmieniu umowy. Wykonawca ukończył realizację kontraktu dopiero 17 lipca 2012 r., co zostało potwierdzone w świadectwie przejęcia z 24 lipca 2012 r., czyli powódka ukończyła prace objęte kontraktem z 31 dniowym opóźnieniem, co uprawniało pozwanego do nałożenia kary umownej, na mocy cytowanego powyżej warunku 8.7 pkt (a) tytułem przekroczenia czasu na ukończenie. Wobec powyższego zamawiający obciążył powódkę karą umowną w kwocie 155 000 zł, tj. po 5 000 zł za każdy z 31 dni opóźnienia. Powódka nie kwestionowała tej wysokości.

Pozwany uczynił zadość wszystkim procedurom przewidzianym dla skutecznego nałożenia i potrącenia kar umownych. O nałożeniu kary umownej zgodnie z warunkiem 8.7 (a) powódka została poinformowana przez samego pozwanego, po weryfikacji przez inżyniera kontraktu, pełniącego nadzór inwestorski. Doszło do naliczania kary umownej za zwłokę, niezależnie od tego, czy pozwany poniósł szkodę z uwagi na opóźnienie powódki. Co istotne, naliczenie kary umownej wynikało z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosiła powódka, która jako wykonawca, wielokrotnie była ponaglana przez inżyniera oraz zamawiającego, wskazujących na niewystarczające zaangażowanie wykonawcy i ryzyko niedotrzymania czasu na ukończenie, w konsekwencji wzywających powódkę do uaktualnienia

harmonogramu, co powódka zbagatelizowała. Tymczasem zaangażowanie prac na koniec maja 2012 r. w stosunku do harmonogramu było niewystarczające. Z uwagi na naliczenie powódce ww. kary umownej, pozwany dokonał potrącenia swojej wierzytelności (kary umownej) z należnością powódki z tytułu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, a dokładnie z faktury VAT nr (...) z 19 marca 2013 r. obejmującej wynagrodzenie wykonawcy. Potrącenie tej kwoty 155 000 zł, potwierdził w dniu 08 maja 2013 r. wystawiając powódce notę księgową nr (...).

W toku procesu powódka, zgodnie z obciążającą ją, na mocy art. 6 k.c. regułą rozkładu ciężaru dowodu, nie wykazała braku odpowiedzialności za opóźnienie, którego dopuściła się w toku realizacji przedmiotowej umowy. Za pozwanym przyjąć należało, że poza zakresem objętym aneksem nr (...) powódce nie przysługiwało roszczenie o dalsze przedłużenie czasu na ukończenie oraz, że brak możliwości wykonania próbnego obciążenia obiektu WK-02 nie miał wpływu na niezakończenie wszystkich robót w terminie kontraktowym, tj. do 15 czerwca 2012 r. Bezpośrednią przyczyną opóźnienia w wykonaniu przedmiotu kontraktu było niewykonanie w terminie robót zasadniczych, tj. robót nawierzchniowych i prac związanych z wykonywaniem oznakowania poziomego, czego dokonano dopiero w lipcu 2012 r. Za powyższym przemawia także fakt, że zgłoszone przez powódkę, jeszcze na etapie realizacji kontraktu, roszczenie czasowe, zostało przez inżyniera kontraktu odrzucone.

Reasumując, kara umowna z uwagi na przekroczenie czasu na ukończenie została naliczona prawidłowo, bowiem obejmowała rzeczywisty okres opóźnienia i dawała wyraz postanowieniu warunku 8.7 pkt (a), co więcej kumulatywnie spełnione zostały wszystkie przesłanki unormowane w art. 498 § 1 k.c., warunkujące skuteczne potrącenie wierzytelności z tytułu kary umownej z wynagrodzeniem należnym powódce, tj. wzajemność wierzytelności, jednorodność świadczeń, wymagalność i zaskarżalność wierzytelności.

Poza karą umowną z tytułu przekroczenia umownego terminu na wykonanie przedmiotu umowy, pozwany obciążył powódkę także karą umowną z tytułu przekroczenia czasu na przedłożenie harmonogramu, w łącznej wysokości 16 000 zł. Także zwrotu tej kwoty w toku procesu domagała się powódka.

Kara umowna w wysokości 16 000 zł została nałożona z uwagi na przekroczenie czasu na przedłożenie harmonogramu, tj. na podstawie warunku 8.7 (d), zgodnie z którym wykonawca, z uwzględnieniem S. 2.5, zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

(d) z tytułu przekroczenia terminu przedłożenia: H. (S. 8.3 i S. 8.6). raportu (S. 4.21), terminu na dostarczenie dokumentacji powykonawczej oraz terminu określonego w S. 14.1 pkt (d) w wysokości 2000 PLN, za każdy dzień zwłoki Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem S. 8.14. Zamawiający może odliczyć kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć Wykonawcy.

Obowiązek powódki do przedłożenia harmonogramu został zaktualizowany w piśmie nr B.IK- (...) z 15 maja 2012 r. inżyniera kontraktu polecającego powódce uaktualnienie harmonogramu z uwagi na duże opóźnienia w postępie prac. Powódka w piśmie nr (...) z 23 maja 2012 r., złożyła uaktualniony harmonogram, który został negatywnie zaopiniowany przez inżyniera kontraktu i przekroczyła 7 dniowy termin na przedstawienie poprawionego harmonogramu, tj. do 07 czerwca 2012 r., do czego była zobowiązana zgodnie z subklauzulą 8.3 warunków kontraktu.

Wobec tego, na mocy warunku 8.7 pkt (d), z tytułu przekroczenia terminu na przedłożenie harmonogramu, za okres od 08 czerwca 2012 r. do 15 czerwca 2012 r. (umowna data zakończenia robót), tj. 8 dni, zamawiający naliczył karę umowną w kwocie 16 000 zł, tj. po 2 000 zł za każdy z 8 dni opóźnienia. O powyższym pozwany informował powódkę, co również było weryfikowane przez inżyniera kontraktu pełniącego nadzór inwestorski.

Tak obliczoną karę umowną pozwany, podobnie jak karę umowną z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie, potrącił z faktury VAT nr (...) z 19 marca 2013 r., obejmującej wynagrodzenie wykonawcy. Następnie, 08 maja 2013 r. wystawił notę księgową nr (...) z 8 maja 2013 r.

Reasumując, doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 498 § 1 k.c. pozwalającego dokonać potrącenia: wzajemność wierzytelności, jednorodzaowości świadczeń, wymagalność i zaskarżalność wierzytelności.

W niniejszej sprawie pozwany skutecznie podniósł zarzut potrącenia naliczonych powódce kar umownych w wysokości 171 000 zł. Oświadczenie o potrąceniu kary umownej zostało skutecznie złożone stronie powodowej przy piśmie z 10 maja 2013 r. Potrącenie zatem zostało dokonane zgodnie z ustawowymi i umownymi wymaganiami.

Wierzytelność pozwanego z tytułu kar umownych została potrącona z należności przysługujących wykonawcy tytułem wynagrodzenia za wykonanie umowy, które zostało ujęte w fakturze VAT nr (...) z 19 marca 2013 r., co było zgodne z warunkiem 8.7 mówiącym o tym, że zamawiający może odliczyć kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć Wykonawcy oraz warunkiem 2.5, zgodnie z którym kwota ta może być wprowadzona jako potrącenie do Ceny Kontraktowej i Świadczeń Płatności. Zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś Świadczeniu Płatności, lub do wystąpienia w inny sposób z roszczeniami w stosunku do Wykonawcy, jedynie zgodnie z niniejszą S.. Wobec dokonania przez pozwanego potrącenia doszło do rozliczenia pomiędzy stronami ich wzajemnych wierzytelności.

Za bezzasadne Sąd uznał roszczenie powódki o miarkowanie kar umownych i zasądzenie na tej podstawie roszczenia na jej rzecz, bowiem unormowane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony pozwanego prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu merytorycznego zgłoszonego przez pozwanego. Co za tym idzie, nie może być podstawą roszczenia, tak jak bezpodstawnie wywodziła powódka. Zarzut materialny przysługujący pozwanemu nie może więc być podstawą roszczenia, bowiem nie kształtuje po stronie powoda prawa podmiotowego uprawniającego do żądania. Powyższe stanowisko zostało trwale ugruntowane w orzecznictwie, za którym przyjąć należy, że żądanie miarkowania kary umownej, oparte o treść art. 484 § 2 k.c. może być realizowane przez dłużnika dopiero wówczas, gdy wierzyciel wystąpi z żądaniem zapłaty kary umownej w formie powództwa - czyli z działaniem bezpośrednio zmierzającym do realizacji roszczenia o zapłatę kary umownej. Dopiero wówczas aktualizuje się potrzeba obrony dłużnika i dopiero wówczas roszczenie to może być merytorycznie ocenione. Żądanie zmniejszenia kary umownej, o którym mowa w art. 484 § 2 k.c., jest więc w istocie środkiem obronnym pozwanego skierowanym w stosunku do żądania zapłaty kary umownej w postępowaniu cywilnym. Żądanie miarkowania kary umownej może być zatem zgłoszone przez dłużnika wyłącznie w formie zarzutu. Tym samym nie może być podstawą powództwa (por. wyrok SA w Warszawie z 15 czerwca 2010 r. sygn. akt I ACa 74/10, wyrok SN z 23 marca 2006 r., sygn. akt IV CSK 89/05). Ponieważ nie jest możliwe zmniejszenie wysokości kary umownej przed nastąpieniem wymagalności ani po wygaśnięciu zobowiązania z tytułu kary przez jej zapłatę, tym samym nie jest też możliwe zgłoszenie żądania zmniejszenia, co do wykonania zobowiązania w postępowaniu o zwrot nadpłaconej kary umownej (por. wyrok SA w Warszawie z 02 lutego 2012 r. sygn. akt I ACa 1392/11). Wobec powyższego roszczenie powódki, oparte na zarzucie materialnym służącym w procesie o zapłatę kary umownej nie powodowi, lecz pozwanemu, zgłoszony po dokonaniu zapłaty kary na podstawie potrącenia jej wysokości z wysokością wynagrodzenia należnego powodowi, należało uznać za bezzasadne i niedopuszczalne. Zarzut ten nie może być podstawą powództwa, jak to uczyniła powódka.

Z uwagi na oddalenie w całości roszczenia o zasądzenie, Sąd oddalił także roszczenie o odsetki, które mogłyby zostać uwzględnione dopiero w razie uwzględnienia powództwa, o czym świadczy akcesoryjny względem roszczenia głównego, charakter tego roszczenia.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

Konsekwencją powyższego rozstrzygnięcia było orzeczenie o kosztach procesu, o których Sąd orzekł w myśl unormowanej w art. 98 i 99 k.p.c. zasady odpowiedzialności za wynik postępowania, zgodnie z którą strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu), które obejmują także koszty zastępstwa procesowego, mając na

względnie, że Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa zwraca się koszty w wysokości należnej według przepisów o wynagrodzeniu adwokata.

Wobec powyższego Sąd zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia MS z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 461).