

Sygn. akt XXV C 429/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: Martyna Sajdak

po rozpoznaniu w dniu 18 października 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., K. A. z siedzibą w W. (Austria) i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad**

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., K. A. z siedzibą w W. (Austria)

i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty po 2.400 (dwa tysiące czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV 429/15

UZASADNIENIE

wyroku z 18 października 2016 r.

Pozwem z dnia 17 marca 2015 r., sprecyzowanym w piśmie procesowym z dnia 31 marca 2015 r. (k. 398), powodowie (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., K. A. z siedzibą w W. (Austria) i (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. wnieśli o:

1. zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. kwoty 522.935,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu, tj. od 17 marca 2015 r., do dnia zapłaty,

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tego żądania:

2. zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kwoty 522.935,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu, tj. od 17 marca 2015 r., do dnia zapłaty,

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tych żądań:

3. zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów z osobna kwoty 522.935,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu, tj. od 17 marca 2015 r.,
do dnia zapłaty, przy czym zapłata tej kwoty przez pozwanego na rzecz jednego
z powodów zwolni pozwanego z zobowiązania,

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tych żądań

4. zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów w częściach równych kwoty 522.935,80 zł, tj. kwoty 174.311,93 zł na rzecz każdego z powodów z osobna, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu, tj. od 17 marca 2015 r., do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu powodowie wskazali, że w dniu 2 listopada 2010 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, jako Zamawiającym, a powodami tworzącymi konsorcjum, jako Wykonawcą, została zawarta Umowa na zaprojektowanie oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat. Zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do Umowy Część (...) powodowie byli zobowiązani m.in. przejąć do użytkowania urządzenia Manualnego Poboru Opłat za P. na odcinku autostrady (...) K. – S., które zostały dostarczone na zlecenie Zamawiającego przez konsorcjum (...) Sp. z o.o., (...) S.A., (...) S.A., zwane dalej również jako „konsorcjum (...)”, które działało jako wykonawca dostosowania odcinka autostrady (...) K. – S. do standardów dla autostrad płatnych. Pozwany w dniu 8 września 2011 r. przyznał powodom Świadcstwo Rozpoczęcia Poboru Opłaty za P. dotyczące odcinka autostrady (...) K. – S., co potwierdzało, że powodowie rozpoczęli i kontynuowali usługę poboru opłaty za przejazd zgodnie z Umową. Powód przejął do użytkowania urządzenia Manualnego Poboru Opłat protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 2 czerwca 2011 r. Pismem z dnia

4 listopada 2013 r. powodowie zwrócili się do pozwanego z prośbą o potwierdzenie, czy spodziewane jest zakończenie z dniem 30 czerwca 2014 r. czynności utrzymaniowych

i wsparcia wykonywanych przez konsorcjum (...). W odpowiedzi uzyskali informację, iż od 1 lipca 2014 r. obowiązki konsorcjum (...) mają przejąć powodowie. W ocenie powodów nie byli oni zobowiązani do przejęcia w/w czynności albowiem nie przewidywała tego Umowa

z dnia 2 listopada 2010 r. Od czasu przejęcia do użytkowania powodowie wykonywali czynności utrzymaniowe w stosunku do Manualnego Systemu Poboru Opłat, które polegały na wymianie zniszczonych szlabanów, naprawach powłok lakierniczych w okolicach kiosków na Miejscach Poboru Opłat (M.), utrzymaniu w czystości urządzeń (...), ocenie stanu infrastruktury, sprawdzaniu jakości obrazów na monitorach, sprawdzaniu drukarek, uzupełnianiu biletów na pasach wjazdowych. Taki stan rzeczy był akceptowany przez pozwanego aż do okresu bezpośrednio poprzedzającego 1 lipca 2014 r. Część czynności utrzymaniowych i wsparcia wykonywanych przez konsorcjum (...) do 30 czerwca 2014 r. pozwany od 14 lipca 2014 r. zlecił podmiotowi (...) S.A., m.in. reakcje na awarie i ich usuwanie oraz wykonywanie napraw urządzeń i oprogramowania, testy urządzeń

i oprogramowania, utrzymanie i aktualizacje oprogramowania Systemu, dostarczanie

i uzupełnianie części zapasowych, o czym poinformował powoda pismem z dnia 18 lipca 2014 r. Następnie pozwany przedstawił powodom do zapłaty noty księgowe obejmujące koszty poniesione w związku z wykonywaniem prac przez (...) S.A.: z dnia 13 października 2014 r. nr (...) na kwotę 65.562,69 zł, z 3 dnia grudnia 2014 r. nr (...), nr (...) i nr (...) na kwotę łączną 338.742,27 zł oraz z 22 grudnia 2014 r. nr (...) na kwotę 112.914 zł. W dalszej kolejności pozwany dokonał potrącenia kwot wynikających z w/w not księgowych z wierzytelnościami powodów o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania Umowy objętego fakturami wystawionymi przez powodów. Powodowie zakwestionowali istnienie wierzytelności objętych notami księgowymi i zarzucili nieskuteczność oświadczeń

o potrąceniu. Powodowie dochodzą zapłaty nieotrzymanego od pozwanego wynagrodzenia

w wysokości łącznej 517.218,96 zł, wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia

7 listopada 2014 r. (65.562,69 zł), z faktury VAT nr (...) z dnia 7 stycznia 2015 r. (338.742,27 zł) i z faktury VAT nr (...) z 9 lutego 2015 r. (112.914 zł), powiększonego o kwotę 5.716,84 zł stanowiącą skapitalizowane odsetki od dnia wymagalności poszczególnych faktur VAT do dnia wniesienia pozwu. W ocenie powodów brak było podstaw do obciążenia ich przez pozwanego kosztami wykonania zastępczego, wobec zakresu prac Wykonawcy ujętego w Umowie.

Zakres prac powoda w odniesieniu do urządzeń (...) na odcinku autostrady określa pkt. (...) Załącznika nr (...) do Umowy Część

(...), gdzie w wierszu nr (...) tabeli znajdują się postanowienia, iż odpowiedzialność za utrzymanie Manualnego Systemu Poboru Opłat, w tym urządzeń na P. Poboru Opłat, kiosków Poboru Opłat, okablowania oraz urządzeń do liczenia gotówki, leży po stronie powoda. Umowa w żadnym miejscu nie definiuje wprost, jaki jest zakres obowiązku utrzymania. Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (odpowiedź na pytanie nr 45) również wynikało, że czynności opisane w odpowiedzi leżały poza zakresem Umowy. Punkt (...) Część (...) załącznika 2 do Umowy wskazuje, że usługę wsparcia w zakresie systemu i urządzeń manualnego poboru opłat świadczy wykonawca dostosowania autostrady do standardu autostrady płatnej. Pozwany dokonał rozróżnienia pomiędzy zakresem usług wsparcia oraz usług utrzymania, co jest widoczne zarówno w treści Umowy (pkt (...) lit. c), Załącznika nr 2 do Umowy – Wymagania Zamawiającego, Część (...) – Pobór Opłat za P., jak i w treści umowy zawartej w dniu 14 listopada 2008 r. pomiędzy pozwanym a A. (Załącznik J). Ma to istotne znaczenie dla obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy, bowiem Tabela 1 zawarta w pkt. (...) Załącznika nr 2 do Umowy posługuje się w celu określenia obowiązków Wykonawcy jedynie pojęciem utrzymania. Umowa wskazuje zaś na świadczenie usług wsparcia przez wykonawcę dostosowania. Ponadto, w przypadku systemów i urządzeń, które nie znajdują się w powszechnym obrocie i są unikalne dla danego producenta nie jest uzasadnione, by czynności polegające na aktualizacji i bieżącego utrzymania tych systemów były powierzane podmiotom niezwiązanych z producentem, bowiem czynności te wymagają uzyskania licencji i części zamiennych od producenta. Po zawarciu Umowy w Procedurze Weryfikacyjnej uregulowanej w Załączniku 12 do Umowy oraz w § 11 Umowy uzgodniono dokument Strategia (...) Majątkiem, który stanowi część (...) i Usług. W toku tych uzgodnień pozwany nie zajął ostatecznie stanowiska co do zarzutów powoda, że wymóg sprawowania nadzoru nad poprawnością funkcjonowania (...), usuwania błędów

i awarii, wykonywania konserwacji i administrowania a także aktualizacji i modernizacji systemów i urządzeń (...) nie ma podstaw w Umowie. Oznacza to, że pozwany aż do momentu kilku miesięcy bezpośrednio poprzedzających zakończenie świadczenia prac przez A. nie oczekiwał, że powodowie będą wykonywali po 30 czerwca 2014 r. prace dotychczas ciężące na A.. Pozwany świadomie godził się na opracowanie dokumentacji projektowej, która w zakresie zarządzania majątkiem całkowicie pomijała zakres prac A.. Przy wykładni umowy powinien być brany pod uwagę zamiar stron z chwili jej zawarcia. Okoliczności sprawy wskazują, że zamiarem powodów i pozwanego było ograniczenie zakresu prac powodów. Nie jest możliwe wykonywanie usług wsparcia i utrzymania systemu poboru opłat przez Wykonawcę z powodu niezapewnienia odpowiedniej licencji przez pozwanego do korzystania z utworów pozostających pod ochroną prawa autorskiego (systemu poboru opłat). Wykonawca nie jest zobowiązany na podstawie Umowy do pozyskania takiej licencji od innego podmiotu niebędącego stroną Umowy. Ponadto powodowie podnieśli, że pozwany nie był uprawniony do wykonania zastępczego w oparciu o postanowienia Umowy. Punkt 38.5 Umowy nie reguluje tej kwestii, zaś wykładnia pkt. 38.6 Umowy wskazuje, że pozwany byłby uprawniony do wykonania zastępczego tych prac, z których wykonaniem Wykonawca się opóźnia, jeżeli opóźnienie Wykonawcy może spowodować opóźnienie w wykonaniu Umowy lub jej części. W niniejszej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Ciągłość wykonywania Umowy zapewniały usługi, które wykonawca świadczył nieprzerwanie na podstawie Umowy oraz usługi, których wykonywanie bezpłatnie Wykonawca zaoferował począwszy od 1 lipca 2014 r., obejmujące część usług wsparcia i utrzymania, które były świadczone do 30 czerwca 2014 r. przez wykonawcę dostosowania. Niezależnie od tego powodowie zarzucili nieważność postanowienia pkt. 38.6 Umowy (na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c.) w zakresie przyznającym pozwanemu uprawnienie do wykonania zastępczego bez kontroli sądu

w przypadku opóźnienia Wykonawcy z dowolnych przyczyn. Uzasadniając legitymację do dochodzenia roszczeń objętych pozwem powodowie wskazali, że (...) Sp. z o.o. na podstawie punkt 3.3.3. i 3.4.4 umowy konsorcjum ma prawo reprezentować pozostałych członków konsorcjum, w szczególności jest uprawniony do otrzymywania płatności należnych Wykonawcy od pozwanego z tytułu wykonywania Umowy. Może więc dochodzić w niniejszej sprawie zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy od pozwanego na podstawie Umowy w imieniu własnym i na własną rzecz w pełnej wysokości.

W odpowiedzi na pozew (k. 412-455) Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o oddalenie powództwa w całości.

W uzasadnieniu pozwany podniósł, że pojęcie utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat pojawia się już w § 1 Umowy, zawierającym definicje i interpretacje użytych w niej pojęć. Zgodnie z § 1 ust. 1.13 Umowy, Eksploatacja (...) oznacza usługi mające na celu należyte utrzymanie Systemu (...) według Wymagań Zamawiającego, obejmujące w szczególności nadzór nad poprawnością funkcjonowania Systemu, usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie, a także jego aktualizację i modernizację zgodnie z Wymogami Zamawiającego. Skoro obowiązek utrzymania Systemu został nałożony w Umowie na powodów, a w zakresie pojęcia utrzymania Systemu mieści się m.in. jego aktualizacja, to do obowiązków powodów należy wszystko co składa się na aktualizację,

a zatem również ewentualny zakup licencji niezbędnych do dokonania takiej aktualizacji, chyba że licencje zostały udzielone powodom przez pozwanego w trybie § 32 ust. 32.1 Umowy. Pytanie nr 45 do SIWZ nie zawierało żądania wyjaśnienia pojęcia „utrzymania Systemu (...), lecz jego celem było uzyskanie informacji, czy został już wybrany wykonawca dostosowania obu systemów, które następnie miał przejąć Wykonawca Umowy. Brak jest podstaw do uznania, żeby pozwany zmodyfikował odpowiedzią na pytanie nr 45 rozkład obowiązków wynikających z Umowy. Dowodzi tego analiza pytania nr 46 do SIWZ

i odpowiedzi na nie, w której pozwany stwierdził, że podmiot, który zawrze Umowę, będzie zobowiązany do przejęcia w użytkowanie obu systemów (tzn. na obu odcinkach autostrad). Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 135 pozwany odwołał się do zapisów Umowy określających, że wykonawcy dostosowania są obowiązani do świadczenia usług wsparcia jedynie przez 3 lata i wyjaśnił, że w odniesieniu do zainstalowanych systemów wykonawcy dostosowania nie mają dalszych zobowiązań. Pozwany podniósł również, że Świadcstwo Rozpoczęcia Poboru Opłat za P. jest dokumentem potwierdzającym każdorazowe osiągnięcie kamienia milowego przez Wykonawcę i prawidłowe wykonanie przez niego obowiązków do momentu wydania Świadcstwa. Natomiast Świadcstwo nie obejmuje prawidłowości wykonywania obowiązków po dacie jego wydania. Z zapisów § 1 pkt 1.13 Umowy i pkt 16.1 załącznika nr 1 do części 3 Załącznika nr 2 do Umowy wynika, że utrzymanie Systemu i jego wsparcie jest obowiązkiem powodów. Ze szczególnych postanowień Umowy w postaci pkt (...) części (...) Załącznika nr 2 do Umowy oraz pkt (...) 3.3.1.3 części (...) Załącznika nr 2 do Umowy, Tabela 1 do pkt. (...) części (...) Załącznika nr 2 do Umowy wynikało, że – o ile docelowo całość usług wsparcia mieli wykonywać powodowie – to przez okres 3 lat od przejęcia przez nich do użytkowania urządzeń manualnego poboru opłat (licząc od 1 lipca 2011 r.) część usługi, objęta zakresem usług wsparcia, miała być wykonywana przez podmiot trzeci – wykonawcę dostosowania. Postanowienia te, jako mające charakter szczególnych, należy interpretować ściśle. Nie jest prawdą, jakoby pozwany dokonał konsekwentnego rozróżnienia w Umowie usług utrzymania

i usług wsparcia. Jakkolwiek to rozróżnienie pojawia się w pkt. (...) lit. c części (...) Załącznika nr (...) do Umowy, jednakże jest to zapis ogólny i ma charakter jedynie informacyjny – ujmujący w sposób ogólny treść umów dotyczących dostosowania do poboru opłat odcinków autostrad, których utrzymanie miało zostać przejęte przez powodów. Pozwany nie dokonał przeniesienia tego rozróżnienia na grunt Umowy, jako sposobu określenia zakresu czynności, do których zobowiązane były strony Umowy. Świadczy o tym fakt, że kluczowa dla podziału obowiązków stron w tym zakresie Tabela 1 części (...) Załącznika nr (...) do Umowy w ogóle nie posługuje się pojęciem „wsparcia”, lecz tylko „utrzymania”, obejmującym również usługi wsparcia w rozumieniu umów dotyczących dostosowania do poboru opłat odcinków autostrad, których utrzymanie miało zostać przejęte przez powodów. Zatem czynności wsparcia wchodziły w zakres czynności utrzymania jako szczególny rodzaj czynności utrzymania, wyodrębniony jedynie z uwagi na ich charakter, a w odniesieniu do usług wsparcia określonych w części (...) Załącznika nr (...) do Umowy – również z uwagi na fakt czasowego ich wykonywania przez podmiot inny niż powodowie. Powodowie pominieli także kluczowe dla ustalenia podziału obowiązków stron w tej umowie pojęcie „przejęcia do użytkowania”, którym zgodnie z poz. 93 Tabeli zawartej w części 1 Załącznika nr (...) do Umowy jest przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za majątek oraz wykorzystanie tego majątku do świadczenia usługi poboru opłat. Łączne ujęcie zapisów pkt. (...)

i (...) części (...) Załącznika nr (...) do Umowy prowadzi do wniosku, że powodowie zobowiązani zostali na podstawie Umowy do przejęcia całości odpowiedzialności za system

i oprogramowanie (...) a jedynie czasowo (na okres trzech lat) obowiązek ten został z drogie zapisu szczególnego (...) wyłączony w odniesieniu do usług wsparcia. Pozwany wskazał, że umowy dotyczące dostosowania odcinków autostrad do poboru opłat były z założenia konstruowane tak, aby po stworzeniu określonych w nich systemów informatycznych i oprogramowania oraz urządzeń dalsze zarządzanie systemami mogło być przekazane innym podmiotom. Temu celowi służyły m.in. zapisy umów dotyczące czasowego świadczenia usług wsparcia przez wykonawców już po przekazaniu zarządzania tymi systemami innym podmiotom. Gdyby pozwany zakładał, że systemami tymi zarządzać będą nadal ich producenci, to wprowadzenia takich zapisów nie miałyby sensu. Na fakt, że

w Umowie założono konieczność uzyskiwania przez pozwanych praw do oprogramowania pochodzącego od podmiotów trzecich wskazuje zapis § 31 ust. 31.1 Umowy dotyczący udzielania w takim przypadku pozwanemu sublicencji na oprogramowanie. Umowa zawarta przez strony jest umową rezultatu, którym było m.in. osiągnięcie przez powodów ciągłego, efektywnego, niezakłóconego oraz bezpiecznego funkcjonowania Systemu, zatem powodowie byli zobligowani do dokonywania zmian w Systemie we wszystkich sytuacjach, w których było to konieczne bądź celowe dla osiągnięcia tego rezultatu. Jeśli chodzi o dokument pn. Strategia Zarządzania Majątkiem, to nie obejmuje on całości majątku, którym na podstawie Umowy zarządzają powodowie. Nieujęcie w Strategii tej części majątku, której dotyczą obowiązki, od których wykonania powodowie się obecnie uchylają, nie może stanowić dowodu na to, iż zgodnym zamiarem stron Umowy było zwolnienie Powodów z takich obowiązków. To samo dotyczy protokołu zdawczo-odbiorczego dotyczącego urządzeń manualnego poboru opłat, w którym nie określono, jakich czynności oczekuje pozwany

w zakresie utrzymania systemu (...). W ocenie pozwanego pozbawiony był wszelkich podstaw zarzut braku możliwości wykonania prac objętych wykonaniem zastępczym

z uwagi na nieudzielenie powodom przez pozwanego licencji do korzystania

z oprogramowania. Powodowie w oparciu o § 32 pkt 32.1 dysponowali prawem umożliwiającym realizację czynności objętych wykonaniem zastępczym. Pozwany nie miał obowiązku zapewnienia powodom dodatkowych uprawnień poza tymi, które sam posiadał,

a które były niezbędne do realizacji Umowy przez powodów. Obowiązek uzyskania np. dodatkowych licencji należał do powodów, a pozwany nie miał obowiązku ich zapewniania. Zakres czynności wsparcia, których odmówili powodowie, nie ograniczał się jedynie kwestii związanych z oprogramowaniem, ale dotyczył też innych czynności. Pozwany wskazał dalej, że Zamawiający był uprawniony do odmiennego aniżeli w art. 480 k.c. ukształtowania przesłanek uprawniających go do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego, bowiem przepis ten ma charakter dyspozytywny. Możliwość takiego odmiennego ukształtowania dotyczyła rezygnacji z obowiązku uzyskania upoważnienia sądu również w sytuacji, w której nie zachodził pilny wypadek w rozumieniu art. 480 § 3 k.c. Zawarcie odpowiedniej klauzuli w Umowie (§ 38 ust. 38.6 Umowy) uchylało obowiązek uzyskania w tym zakresie odrębnego upoważnienia sądu. Zamawiający był uprawniony do takiej modyfikacji przesłanek skorzystania z instytucji wykonania zastępczego, aby przesłanką wystarczającą było samo opóźnienie dłużnika, a zatem nie było wymagane popadnięcie dłużnika w zwłokę.

W sprawie niniejszej opóźnienie to nastąpiło jednak na skutek okoliczności, za które powodowie ponoszą odpowiedzialność, a zatem miało charakter zwłoki. Zapis § 38 ust. 38.6 Umowy zawiera postanowienie zabezpieczające powodów przez samowolnym skorzystaniem

z instytucji wykonania zastępczego z błahych przyczyn skoro stanowi, że pozwany będzie uprawniony do skorzystania z tej instytucji o ile opóźnienie może spowodować opóźnienie

w wykonaniu Umowy lub jej części. Skutkami niepodjęcia przez powodów czynności objętych zakres usług wsparcia wykonywanych do tej pory przez wykonawcę dostosowania mogły być awarie i inne poważne zakłócenia w funkcjonowaniu części lub nawet całości systemu (...), prowadzące nawet do niemożności pobierania opłat w całym systemie. Jako pozbawiony podstaw pozwany ocenił zarzut powodów dotyczący nieważności postanowienia zawartego § 38 pkt 38.6, bowiem powodowie nie wskazali normy prawnej, z jaką to postanowienie umowne miałyby być sprzeczne, względnie obejście jakiej normy miałyby na celu. Niezasadny był również zarzut dotyczący sprzeczności postanowienia zawartego w § 38 pkt 38.6 Umowy z zasadami współżycia społecznego oraz naturą stosunku

zobowiązaniowego. Powodowie są podmiotem profesjonalnym i w ramach postępowania poprzedzającego zawarcie Umowy mieli możliwość szczegółowego zapoznania się z jej treścią i wyjaśnienia związanych z nią wątpliwości. Nieprawdziwe jest stwierdzenie, jakoby

z zapisu § 38 ust. 38.6 wynikała możliwość skorzystania z tego zapisu przez pozwanego również w przypadku, gdyby opóźnienie spowodowane było okolicznościami, za które odpowiedzialność na zasadach ogólnych ponosi pozwany, a nawet gdyby tak można było uznać, to w takim przypadku zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 58 § 3 k.c. Skutkowałoby to tym, że możliwość wykonania zastępczego uzależniona byłaby nie od opóźnienia, ale od zwłoki powodów w spełnieniu świadczenia umownego. Następnie pozwany wskazał, że dokonał prawidłowych potrąceń kosztów wykonania czynności zleconych (...) S.A. z wierzytelnościami powodów o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania Umowy. W dacie dokonywanych potrąceń posiadał bowiem w stosunku do Wykonawcy własne, istniejące i wymagalne wierzytelności. W konsekwencji zostały spełnione przesłanki potrącenia, o których mowa w art. 498 k.c. W wyniku tego wierzytelności powodów dochodzone pozwem wygasły.

W kolejnych pisma procesowych strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska procesowe i argumenty na ich poparcie.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. skierował do spółek (...), (...) Sp. z o.o. i T.

Sp. z o.o. zaproszenie do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynnością związane z poborem Opłaty Elektronicznej, przekazując zarazem Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. (pismo (...) z 18.06.2010 r. – k. 1440-1443, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – k. 1445-1486, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 1444).

Na podstawie umowy konsorcjum z dnia 1 września 2010 r. spółki (...), (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. utworzyły konsorcjum, którego celem była realizacja wszystkich działań związanych z przygotowaniem i złożeniem oferty oraz realizacją projektu, jeśli Zamawiający wybierze konsorcjum,

w ogłoszonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad przetargu na Krajowy System Poboru Opłat. W umowie konsorcjum postanowiono,

że liderem konsorcjum do daty zawarcia umowy z Zamawiającym będzie K. A., a od daty zawarcia umowy z Zamawiającym będzie (...) Sp. z o.o. W umowie postanowiono, że lider ma reprezentować konsorcjum wobec Zamawiającego lub stron trzecich we wszystkich sprawach dotyczących projektu (ust. 3.4.3) oraz że (...) Sp. z o.o. będzie generalnym dostawcą dla Zamawiającego prac, usług

i dostaw, które będą niezbędne do realizacji Umowy głównej, a także wyłącznym członkiem konsorcjum ponoszącym odpowiedzialność za zarządzanie finansowe i operacyjne projektem, np. wystawianie faktur za wszelkie prace, usługi i dostawy dla Zamawiającego, kontakty

z Zamawiającym i ogólne prowadzenie projektu (ust. 3.4.4). W umowie wykonawczej do umowy konsorcjum, zawartej 28 października 2010 r., strony umowy konsorcjum ustaliły,

że zakres prac K. A. obejmuje dostawę i obsługę techniczną rozwiązania „pod klucz” do celów projektu, zakres prac (...) Sp. z o.o. obejmuje czynności opisane w ust. 3.4.3 i 3.4.4. umowy konsorcjum, zaś zakres prac (...) Sp. z o.o. obejmuje doradztwo i porady, wsparcie organizacyjne, usługi tłumaczeniowe, rekrutację i umowy najmu. (umowa konsorcjum z 01.09.2010 r. wraz z załącznikami – k. 224-241).

Po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako Zamawiający i konsorcjum firm K. A., (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., jako Wykonawca (zwane dalej również „konsorcjum (...))”, zawarli w dniu 2 listopada 2010 r. Umowę na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat, zwaną dalej (...). W Umowie wskazano, że jest ona umową rezultatu polegającego na Wdrożeniu Systemu

o funkcjonalności zgodnej z Wymaganiami Zamawiającego określonymi w Umowie, zapewniającego możliwość świadczenia Usług spełniających Wymagany Poziom Usług, oraz świadczenia Usług (§ 2 ust. 2.1.). Przedmiot umowy określony został jako: a) Wdrożenie,

w tym Zaprojektowanie Systemu, Dostawa oraz instalacja (...) i Oprogramowania na Sieci Podstawowej (...), b) Eksploatacja (...) i świadczenie Usług (...) na Sieci Podstawowej (...), c) Wdrożenie, w tym Zaprojektowanie Systemu, Dostawa oraz instalacja (...)

i Oprogramowania na Sieci Dodatkowej (...), zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego na zasadach określonych w Załączniku 10, d) Eksploatacja (...) i świadczenie Usług (...) na Sieci Dodatkowej (...), e) Wdrożenie, w tym Zaprojektowanie Systemu, Dostawa oraz instalacja Systemu (...) na odcinkach Państwowych Autostrad Płatnych, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego na zasadach określonych w Załączniku 10, f) Eksploatacja (...) i świadczenie Usług (...), g) umożliwienie Użytkownikom (...) uiszczania Opłaty za P. przy użyciu systemu elektronicznego poboru w rozumieniu Dyrektywy 2004/52/WE, h) dokonywanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego poboru Opłaty Elektronicznej oraz Opłaty za P. oraz czynności związanych z takim poborem, i) świadczenie Usług na warunkach określonych w Umowie (§ 2 ust. 2.3.). Wykonawca zobowiązał się do wykonania Przedmiotu Umowy i osiągnięcia rezultatu, a Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy umówione wynagrodzenie, zgodnie z Mechanizmem Wynagradzania stanowiącym Załącznik nr 11 część 2 do Umowy. (§ 2 ust. 2.5 w zw. z § 24 ust. 24.1).

W Umowie ustalono, że istotnym Wymaganiami Zamawiającego, a zarazem rezultatem, który Wykonawca zobowiązany jest osiągnąć i utrzymać przez okres trwania Umowy jest efektywne, niezakłócone oraz bezpieczne funkcjonowanie Systemu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego, które zostały określone w Załączniku 2 do Umowy (§ 2 ust. 2.6). W § 1 Umowy zdefiniowano wyrażenia i określenia używane w Umowie, w tym m.in. następujące:

- Dokumentacja – oznacza wszelkie rysunki lub dokumenty, w tym instrukcje obsługi, podręczniki użytkownika, specyfikacje techniczne, przekazywane Zamawiającemu zgodnie z Umową w języku polskim lub – tam gdzie Umowa to dopuszcza – w języku angielskim, w tym Dokumentacja Specjalna (ust. 1.7).
- Dokumentacja Specjalna – oznacza Dokumentację, która jest tworzona przez Wykonawcę lub jego podwykonawcę na potrzeby wykonywania niniejszej Umowy; Dokumentacja Specjalna obejmuje także modyfikacje oraz utwory zależne od Dokumentacji (ust. 1.8).
- Eksploatacja Systemu – oznacza usługi mające na celu należyte utrzymanie Systemu według Wymagań Zamawiającego, obejmujące w szczególności nadzór nad poprawnością jego funkcjonowania, usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie, a także jego aktualizację i modernizację zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego (ust. 1.11).
- Eksploatacja (...) oznacza usługi mające na celu należyte utrzymanie Systemu (...) według Wymagań Zamawiającego, obejmujące w szczególności nadzór nad poprawnością jego funkcjonowania, usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie, a także jego aktualizację i modernizację zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego (ust. 1.12).
- Eksploatacja (...) oznacza usługi mające na celu należyte utrzymanie Systemu (...) według Wymagań Zamawiającego, obejmujące w szczególności nadzór nad poprawnością jego funkcjonowania, usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie, a także jego aktualizację i modernizację zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego (ust. 1.13).
- Kamień Milowy – oznacza opisane w Planie Wdrożenia zdarzenia, których łączne wystąpienie oznacza spełnienie przez Wykonawcę warunków enumeratywnie określonych w Załączniku 4, to znaczy osiągnięcie danego K. Milowego (ust. 1.15).
- (...) (P., (...)) – oznacza Miejsce Poboru Opłat na danym odcinku Autostrady Płatnej (Plac (...)), zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno - budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz. U. Nr 12, poz. 116) (ust. 1.20).

- Oprogramowanie – oznacza program informatyczny niezbędny dla działania Systemu, w tym Oprogramowanie Specjalne (ust. 1.30).
- Oprogramowanie Specjalne – oznacza Oprogramowanie, które jest tworzone przez Wykonawcę lub jego podwykonawcę na potrzeby wykonywania niniejszej Umowy; Oprogramowanie Specjalne obejmuje także modyfikacje Oprogramowania oraz Oprogramowanie, które stanowi utwór zależny w stosunku do innego Oprogramowania (ust. 1.31).
- Państwowa Autostrada Płatna – oznacza Autostradę Płatną zarządzaną przez Zamawiającego (ust. 1.32).
- Plan Wdrożenia – oznacza szczegółowy plan, zawierający elementy wskazane w Załączniku 3, w tym harmonogram zawierający kluczowe terminy wykonania Umowy lub jej części w odniesieniu do Systemu i Usług, w szczególności w zakresie Zaprojektowania Systemu, przygotowania Lokalizacji, Wdrożenia, zapewnienia instalacji Sprzętu i Oprogramowania, wykonania Produktów, zadań i innych czynności w ramach Testów i Prób, sporządzony na zasadach określonych w § 13 Umowy oraz Załączniku 3 do Umowy (ust. 1.34).
- Prawa Własności Intelektualnej – oznaczają wszelkie prawa autorskie oraz prawa własności przemysłowej związane ze Sprzętem, Oprogramowaniem, Produktami, Dokumentacją lub jakimikolwiek innymi elementami Systemu, prawa do wynalazków, w tym w szczególności prawa do uzyskania patentu na wynalazek, praw ochronnych jak również same prawa ochronne do wzorów przemysłowych, wzorów użytkowych, znaków towarowych, prawa do topografii układów scalonych i projektów racjonalizatorskich, włącznie z pierwszeństwem do uzyskania tych praw, jak również prawa pokrewne, prawa do baz danych, prawa do nazw handlowych, firmy i innych oznaczeń odróżniających, prawa wyłączności w zakresie danych oraz wszelkie inne prawa własności intelektualnej (o skutku podobnym lub równoważnym do skutków powyższych praw) (ust. 1.40).
- Produkt – oznacza rezultat wykonania Umowy, w szczególności wynik prowadzonych Prac, który zgodnie z Umową Wykonawca ma obowiązek dostarczyć Zamawiającemu lub wszelkie stworzone w ramach wykonania Umowy utwory i inne dzieła, które stanowią przedmiot Praw Własności Intelektualnej (ust. 1.42).
- Sieć Podstawowa (...) oznacza część sieci Dróg Płatnych, która ma zostać objęta Systemem (...) w momencie jego Wdrożenia, tj. osiągnięcia Kamienia Milowego: Rozpoczęcia Świadczenia Usługi (...) określona w Załączniku (...).
- Sprzęt - Infrastruktura Techniczna – oznacza wszelkie rzeczy ruchome wytworzone lub dostarczone przez Wykonawcę Zamawiającemu, w tym w szczególności elementy Systemu instalowane w pasie drogowym, wyposażenie komputerowe, wyposażenie biurowe i pojazdy, niezbędne do działania Systemu; Sprzęt i jego specyfikacja techniczna zostaną szczegółowo opisane w (...) i Usług. Oprogramowanie nie wchodzi w zakres (...).
- (...) oznacza Krajowy System Poboru Opłat, na który składa się (...) i (...) oraz wszelkie elementy, które umożliwiają współdziałanie Systemu (...) i Systemu (...) oraz zapewniają świadczenie Usług zgodnie z Umową.
- (...) oznacza Sprzęt, Oprogramowanie oraz wszelkie inne elementy Systemu, które łącznie umożliwiają elektroniczny pobór opłat działający przy wykorzystaniu technologii informatycznej, który umożliwia przede wszystkim naliczenie Opłaty Elektronicznej.
- (...) oznacza Sprzęt, Oprogramowanie oraz wszelkie inne elementy Systemu, które łącznie umożliwiają pobieranie Opłaty za P. w formie:

(i) ręcznego poboru Opłaty za P. dokonywanego przez pracowników Wykonawcy w kabinach poboru opłat na (...); (ii) płatności dokonywanych przez kierującymi Pojazdami podlegającymi Opłacie za P. korzystających z innych metod w (...); lub ((...)) płatności dokonywanych przy użyciu systemu elektronicznego poboru w rozumieniu Dyrektywy 2004/52/WE. (...) będzie umożliwiał przejazd pojazdów nie uiszczających Opłaty za P..

- Przez Usługi należy rozumieć świadczenia Wykonawcy w ramach niniejszej Umowy, określone w Umowie, w szczególności polegające na zapewnieniu usługi poboru Opłaty za P. oraz usługi poboru Opłaty Elektronicznej, z wyłączeniem Wdrożenia lub Eksploatacji Systemu.
- Usługi (...) – oznaczają usługi świadczone przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy, określone w Umowie, polegające na zapewnieniu poboru Opłaty za P..
- Wdrożenie Systemu – oznacza zakończenie tych Prac Wykonawcy, których wykonanie prowadzi do osiągnięcia rezultatu, w szczególności polegającego na Zaprojektowaniu Systemu oraz Dostawie i instalacji (...) i Oprogramowania, prowadzącego do uzyskania przez (...) funkcjonalności zgodnej z Wymaganiami Zamawiającego określonymi w niniejszej Umowie, zapewniające możliwość świadczenia Usług na Wymaganym Poziomie Usług określonym w Załączniku 11 do Umowy.
- Wymagania Zamawiającego – oznaczają minimalne parametry Systemu oraz minimalny Poziom Usług, które Wykonawca zobowiązany jest osiągnąć, a które zostały określone w załącznikach do Umowy, a w szczególności w Załączniku 2 do Umowy.

Wykonawca zobowiązał się do wykonania Umowy z należytą starannością, w tym m.in.: pozyskiwać od osób trzecich i opracowywać dane, informacje i materiały niezbędne do wykonania niniejszej Umowy; wykonywać projektowanie, wdrożenie, instalacje, odbiory

i testy całego (...) Infrastruktury (...) oraz (...) i (...), niezbędne do wykonywania Usługi zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego; udzielać Zamawiającemu wymaganych licencji oraz przenieść prawa do sprzętu i oprogramowania (§ 7 ust. 7.1 i 7.2 Umowy). Zamawiający zobowiązał się współdziałać z Wykonawcą – w zakresie

i w sposób określony w niniejszej Umowie – przy wykonywaniu Umowy, w tym m.in.: nieodpłatnie dostarczać Wykonawcy posiadane przez siebie materiały i informacje niezbędne do wykonania Umowy; akceptować zgodnie z Procedurą Weryfikacyjną Dokumentację oraz wszelkie inne Produkty wykonane prawidłowo i zgodnie ze zobowiązaniami Wykonawcy; wydawać świadectwa potwierdzające osiągnięcie K. Milowych; terminowo regulować wszelkie wymagalne należności wobec wykonawcy (§ 8 ust. 8.1 i 8.2 Umowy).

W Umowie postanowiono, że w zakresie, w jakim będzie to konieczne dla należytej realizacji przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy, Zamawiający niniejszym udziela Wykonawcy niewyłącznej, nie płatnej dodatkowo, ograniczonej do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej licencji w zakresie całości praw własności intelektualnej do wszystkich projektów, dokumentów lub innych informacji należących do Zamawiającego i przekazanych Wykonawcy przez Zamawiającego zgodnie z niniejszą Umową (w tym dokumentacji projektowych niezbędnych do Wdrożenia Systemu, danych o Sieci Dróg Płatnych, aktualnych pomiarów ruchu, itp.). (§ 32 ust. 32.1 Umowy).

W Umowie zastrzeżono również, że w razie opóźnienia Wykonawcy Zamawiający będzie uprawniony do wykonania tych prac, z którymi Wykonawca opóźnił się na koszt Wykonawcy, o ile takie opóźnienie może spowodować opóźnienie w wykonaniu Umowy lub jej części. Podejmując takie działanie Zamawiający zachowuje swoje roszczenie o naprawienie szkody, a ponadto będzie uprawniony według swego wyboru do wykonania zastępczego lub do odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (§ 38 ust. 38.6). W wypadku, gdy Wykonawca, pomimo wezwania, nie zapłaci Zamawiającemu odszkodowania, Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia wierzytelności z tytułu odszkodowania z wierzytelnością Wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia. Potrącenie dokonuje się poprzez złożenie Wykonawcy pisemnego oświadczenia Zamawiającego

o potrąceniu (§ 38 pkt 38.7). Umowa została zawarta na okres ośmiu lat od dnia jej zawarcia (§ 48). Integralną część Umowy stanowiło 19 Załączników: 1. Definicje, 2. Wymagania Zamawiającego, 3. Plan Wdrożenia, 4. Kamienie

Milowe, 5. Demonstracja Działania Systemu, 6. Ciągłość Świadczenia Usług, 7. Testy i Próby, 8. Ubezpieczenia, 9. Dostęp do sieci dróg, 10. Procedury, 11. Mechanizm Wynagradzania, Punkty Karne i Kluczowe Wymagania Poziomu Usług, Monitorowanie Poziomu Usług, 12. Procedura Weryfikacyjna, 13. Wzór Umowy z Użytkownikiem, 14. Nie wykorzystano, 15. Nie wykorzystano, 16. Znaki towarowe, 17. Bezpieczeństwo, 18. Obowiązki Zamawiającego, 19. Wymogi dotyczące Przekazania, 20. Nie wykorzystano, 21. Umowa Depozytu, 22. Sieć podstawowa (...) (Umowa z dnia 02.11.2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat – k. 43-65 i 471-560, Załączniki do Umowy od nr 1 do nr 22 – k. 66-223v. i 634-1064, Aneksy do Umowy od nr 1 do nr 10 – k. 561-633).

Zgodnie z Umową, opis Usług oraz Wymagania Zamawiającego dotyczące świadczenia Usług określa Załącznik 2 do Umowy (§ 2 ust. 2.10 Umowy). (Umowa z dnia 02.11.2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat – k. 43-65 i 471-560.)

W Załączniku nr 2 do Umowy, Wymagania Zamawiającego, Część (...) – Pobór Opłaty za P., zdefiniowano „ Usługę (...) za P.” lub Usługę (...) jako usługę polegającą na poborze Opłaty za P. na Państwowych Autostradach Płatnych za pomocą któregokolwiek lub wszystkich wymienionych poniżej sposobów: a) Poboru Opłaty za P. przez kasjerów w kabinach poboru opłat na P. Poboru Opłat na (...),

tj. „manualnego” poboru opłat, b) Płatności dokonywanych przez (...) korzystających z innych metod na P. Poboru Opłat na (...) (np. za pomocą automatów przyjmujących gotówkę), c) Płatności dokonywanych z użyciem elektronicznych metod płatności (Elektroniczny Pobór Opłaty za P.). (pkt. (...) Załącznika). Wskazano również, że niezależnie od sposobu Poboru Opłaty za Przejazd, Usługa (...) za P. będzie wykonywana za pomocą systemu i urządzeń zwanych Manualnym Systemem Poboru Opłat ((...)) (pkt. (...) Załącznika). Zgodnie z pkt. (...) tego Załącznika, Wykonawca zobowiązany jest wdrożyć Usługę (...) w trzech głównych obszarach: a) Przejęcia przez Wykonawcę do użytkowania urządzeń manualnego poboru opłat na tych odcinkach Państwowych Autostrad Płatnych, które są realizowane przez inne podmioty w ramach projektów dostosowania do Poboru Opłat za Przejazd, b) Przejęcia przez Wykonawcę do użytkowania odcinków Państwowych Autostrad Płatnych budowanych w ramach innych Kontraktów i wdrożenie urządzeń do Poboru Opłaty za P. na tych O., c) Świadczenia Usługi (...) na wszystkich odcinkach Państwowych Autostrad Płatnych, przejętych do użytkowania przez Wykonawcę. Wykonawca jest także odpowiedzialny za zarządzanie i wdrażanie modyfikacji Sieci (...) Płatnych zgodnie z Załącznikiem nr 10.

W Części (...) – Wymagania dla Usługi (...) do użytkowania urządzeń na odcinkach dostosowanych do Poboru Opłat Załącznika nr 2 wskazano, że obecnie dwa odcinki autostrad są dostosowywane do Poboru Opłat w ramach dwóch osobnych kontraktów: odcinek autostrady (...) K. – S. i odcinek autostrady (...) B. – S.. Zakres tych dwóch odrębnych umów obejmuje m.in. wybudowanie (...) wraz

z urządzeniami Poboru Opłat, dostarczenie, montaż i przekazanie kompletnego systemu manualnego Poboru Opłat, świadczenie usług w zakresie utrzymania i wsparcia systemu

i urządzeń manualnego Poboru Opłat przez 3 lata z rocznym okresem gwarancji od dnia przejęcia przez Zamawiającego. (pkt. (...)). W zakresie ogólnych Wymagań dotyczących Przejęcia do użytkowania zastrzeżono w pkt. (...) Załącznika, że Wykonawca zobowiązany będzie do opracowania i uaktualnienia Planu Wdrożenia, z uwzględnieniem m.in. następujących kwestii: aktualnego stanu kontraktu i postępu prac projektowych i robót budowlanych, działania Wykonawcy konieczne w celu Przejęcia do użytkowania urządzeń do Poboru Opłat, czynności Wykonawcy w celu osiągnięcia K. Milowego: Rozpoczęcia Poboru Opłaty za P. – Państwowe Autostrady Płatne. (pkt. (...)). W Załączniku postanowiono również, że przed przejęciem do użytkowania urządzeń do manualnego Poboru Opłat, Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić wizję lokalną i ustalić ich stan techniczny i operacyjny. Wykonawca zobowiązany jest ustalić gdzie, według niego, występują usterki lub inne problemy. W wypadku występowania usterek lub problemów Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego, w jaki sposób zamierza usunąć usterki i problemy, aby nie opóźnić terminu Przejęcia do użytkowania. (pkt. (...)). Wykonawca zobowiązany został do Przejęcia do użytkowania urządzeń manualnego Poboru Opłat obejmujących: budynki przeznaczone do manualnego Poboru Opłat wraz z całym wyposażeniem, wszystkie elementy systemu manualnego Poboru Opłat na każdym (...) lub w centralnym budynku administracyjnym (w tym systemy i programy

komputerowe), wszystkie elementy fizyczne na każdym (...), wszystkie elementy systemu manualnego Poboru Opłat na każdym Pasie Poboru Opłat, zadaszenia i wsporniki nośne na każdym (...), znaki o treści stałej i zmiennej na każdym zadaszeniu oraz dojazdach do każdego (...) rozmieszczone w związku z Poborem Opłat. (pkt. (...)).

W pkt. (...) Załącznika nr 2 postanowiono, że na odcinkach, zgodnie z pkt. (...), dostosowanych do Poboru Opłat Wykonawca Przejmie Odpowiedzialność za urządzenia Manualnego Poboru Opłat na zasadach określonych w Tabeli nr 1. W pkt. 7 Tabeli nr 1 „Podział obowiązków w związku z przejęciem dostosowywanych do poboru opłat odcinków Państwowych Autostrad Płatnych” określono w następujący sposób podział obowiązków (odpowiedzialności) w zakresie Systemu Manualnego Poboru Opłat, w tym urządzenia na P. Poboru Opłat, kioski Poboru Opłat, okablowanie oraz urządzenia do liczenia i obsługi gotówki na poszczególnych etapach realizacji: projektowanie – wykonawca dostosowania do standardu dla autostrad płatnych, budowa – wykonawca dostosowania do standardu autostrad płatnych, eksploatacja – Wykonawca, utrzymanie – Wykonawca.

W części (...) Załącznika nr (...) wskazano, że Wykonawca zobowiązany jest przejść do użytkowania urządzenia manualnego Poboru Opłat na odcinku autostrady (...) K. – S. po wydaniu przez Zamawiającego wykonawcy dostosowania do Poboru Opłat Świadectwa Przejęcia. W umowie na dostosowanie do Poboru Opłat przewidziano wydanie Świadectwa Przejęcia na 30 czerwca 2011 r. W ramach swojej umowy wykonawca dostosowania autostrady do Poboru Opłat jest zobowiązany do przeszkolenia pracowników operatora urządzeń manualnego Poboru Opłat na odcinku (...) K. – S.,

tj. Wykonawcy (pkt. (...)). Umowa na dostosowanie do standardów dla Autostrad Płatnych, w tym systemu manualnego Poboru Opłat przewiduje świadczenie usług wsparcia przez 3 lata, z czego pierwszy rok jest okresem gwarancyjnym. Jeżeli Wykonawca zechce wprowadzić zmiany w systemie manualnego Poboru Opłat w okresie gwarancji, wówczas Wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć Zamawiającemu opis uwzględniający szczegóły planowanych zmian i wskaże możliwe ich skutki dla gwarancji. Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian do systemu manualnego Poboru Opłat bez wyraźnej zgody Zamawiającego (pkt. (...)).

(Załącznik nr 2 do Umowy, Wymagania Zamawiającego, Część (...) – Pobór Opłaty za P. – k. 111-120).

W Załączniku nr 1 do Umowy, Definicje, w pozycji (...) określenie „Przejęcie do użytkowania” zdefiniowano jako przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za Majątek oraz wykorzystanie tego Majątku do świadczenia Usług (...), zaś w poz. 56 (...) zdefiniowano jako składniki trwale lub nietrwale, mogące stanowić przedmiot własności lub posiadania oraz przedstawiające dodatnią wartość ekonomiczną; w ramach Umowy jest to w szczególności Majątek konieczny do świadczenia wszystkich Usług poboru opłat i stanowiący własność Wykonawcy, Zamawiającego oraz stron trzecich zaangażowanych w świadczenie Usługi. (Załącznik nr 1 do Umowy, Definicje – k. 66-69).

Do Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. zawarto dziesięć aneksów. (Aneks nr (...)
z 10.05.2011 r., z – k. 561-563, Aneks nr (...) z 13.07.2011 r. – k. 567-570, Aneks nr (...)
z 06.06.2011 r. – k. 571-573, Aneks nr (...) z 14.02.2012 r. – k. 574-578, Aneks nr (...)
z 23.05.2012 r. – k. 579-583, Aneks nr (...) z 29.10.2012 r. – k. 586-590, Aneks nr (...)
z 29.08.2013 r. – k. 593-595, Aneks nr (...) z 02.07.2014 r. – k. 600-604, Aneks nr (...)
z 23.12.2014 r. – k. 613-620, Aneks nr (...) z 31.12.2014 r. – k. 621-630).

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia publicznego dotyczącego Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które Zamawiający udzielał odpowiedzi w trybie art. 38 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy zadali Zamawiającemu m.in. następujące pytania:

Pytanie nr 45 o treści: „Dwa systemy operacyjne (...) powinny zostać wzięte do użytkowania przez Wykonawcę. Kto będzie wykonawcą aktualizacji? Czy wykonawca aktualizacji jest już określony? Czy wykonawca aktualizacji jest taki sam dla obydwu systemów operacyjnych (...)?”

Zamawiający w piśmie z dnia 30 czerwca 2010 r. udzielił następujących wyjaśnień:

„Rozumiemy, że pytający odnosi się do aktualizacji licencji Systemu (...) dla (...) K. – S. i A4 B. – S.. Zamawiający potwierdza,

że dostosowanie do poboru opłat na powyższych odcinkach jest obecnie realizowane. Wykonawcą dostosowania na (...) jest konsorcjum (...) Sp. z o.o. a na (...) konsorcjum spółek (...) S.A. i S. Sp. z o.o. Wykonawcy dostosowania autostrady do poboru opłat udzielią wsparcia Zamawiającemu w zakresie m. in. następujących czynności:

- utrzymanie oprogramowania i licencji, w tym aktualizacje systemów operacyjnych, pakietów oprogramowania, baz danych itp.,
- wsparcie w zakresie modyfikacji systemów, modernizacji i konfiguracji,
- doradztwo ogólne w zakresie najlepszych praktyk w kwestii eksploatacji systemu oraz identyfikacji nowych rozwiązań/produktów, które mogą być wartościowe lub interesujące dla Zamawiającego,
- szkolenia uzupełniające,
- informowanie z odpowiednim wyprzedzeniem o elementach systemów, które mogą stać się przestarzałe wraz z zaleceniami sposobu minimalizacji skutków takich sytuacji,
- ciągłe wsparcie w zakresie dostarczania i uzupełniania części zapasowych i/lub napraw po upływie okresu gwarancyjnego.”

Pytanie nr 46 o treści: „Czy będzie możliwe dalsze korzystanie z tych dwóch wziętych do użytkowania systemów operacyjnych (...) w ten sam sposób po aktualizacji? Czy są wymagane dodatkowe aktualizacje, np. (...) dla pojazdów ciężarowych? Oznaczałoby to, że wykonawca musi dokonywać zmian w obcym systemie lub zamiany systemu.”

Zamawiający w piśmie z dnia 30 czerwca 2010 r. udzielił następujących wyjaśnień:

„Zgodnie z Tomem II, Część (...), Wykonawca (...) będzie zobowiązany do przejścia w użytkowanie obu systemów. Oba systemy, jakkolwiek wykonywane przez inne firmy, (wykonawcą dostosowania na (...) jest konsorcjum (...) Sp. z o.o., a na A4 konsorcjum spółek (...) S.A. i (...) Sp. z o.o.) spełniać będą jednolite wymagania co do funkcjonalności. W dokumentach przetargowych na opracowanie systemu do poboru opłat został zawarty wymóg łatwości dostosowania do wdrożenia elektronicznego poboru opłat od pojazdów ciężkich. Wykonawca (...) będzie zobowiązany do dostosowania istniejących systemów do poboru opłaty elektronicznej.”

Pytanie nr 135 (odnośnie Tomu II, Załącznika (...), Części (...), Sekcja G2): „Odcinki dostosowane do poboru opłat (...) K. - S., A4 B. - S.. Czy aktualny dostawca systemu zintegruje nowy (...) wyprodukowany przez Wykonawcę, czy też to Wykonawca ma obowiązek wyposażyć wszystkie pasy w nowy (...) (zamiast systemu zainstalowanego uprzednio przez operatora)?”

Zamawiający w piśmie z dnia 21 lipca 2010 r. udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca jest zobowiązany do przejścia do użytkowania systemu poboru opłat na obu odcinkach, tj. (...) K. - S. i A4 B. - S., wykonane

w ramach innych umów. Dostawcy zainstalowanych systemów nie mają dalszych zobowiązań co do zainstalowanych systemów, oprócz opisanych w punkcie (...) i (...), Tomu II, Część (...). W pytaniu nie jest jasno określone, w jaki (...) chce wyposażyć pasy poboru opłat. Pasy będą wyposażone w urządzenia do Manualnego poboru Opłat nie będą

wymagały wyposażenia w tym zakresie. Natomiast Wykonawca będzie zobowiązany do wyposażenia pasów poboru opłat w system pozwalający na pobór Opłaty Elektronicznej od (...) zgodnie z punktem (...) Tomu II, Część (...) oraz w elektroniczny system poboru Opłaty za P. umożliwiający uiszczanie opłaty za przejazd pojazdom lekkim, zgodnie z punktem (...), Tomu II, Część (...).”

(pismo GDDKiA z 30.06.2010 r. – k. 1066-1092v., pismo GDDKiA z 21.07.2010 r. – k. 1130-1172).

Celem zawarcia Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat przez Zamawiającego było zapewnienie efektywne i niezakłócone działanie Krajowego Systemu Poboru Opłat, w tym również eksploatację (utrzymanie i wsparcie) Manualnego Systemu Poboru Opłat. Zamawiający zawierając tą umowę miał na celu doprowadzenie do sytuacji, aby odpowiedzialność za cały Krajowy system Poboru Opłat (zarówno Elektroniczny jak i Manualny) przejął jeden podmiot – Wykonawca Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. (zeznania świadków na rozprawie z dnia 17.03.2016 r.: J. K. –

k. 1.765-1.766, A. G. – k. 1768-1769 i P. C. – k. 1770, zeznania przedstawiciela pozwanego A. C. – k. 1889-1892).

Wykonawcą dostosowania autostrady (...) na odcinku K. – S. do standardów autostrady płatnej (i twórcą Manualnego Systemu Poboru Opłat) było konsorcjum spółek (...) Sp. z o.o., (...) S.A. i (...) S.A. (zwanej dalej również „konsorcjum (...)), na podstawie umowy z dnia

14 listopada 2008 r. zawartej z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad. W umowie tej Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiający, powierzyła w/w spółkom, jako wykonawcy, realizację robót zwanych jako dostosowanie autostrady (...) odcinek K. – S. do standardów autostrady płatnej tj. zaprojektowania, realizacji wszelkich robót, ukończenia oraz dostarczenia wszelkich urządzeń koniecznych dla spełnienia Wymagań Zamawiającego, oddania w użytkowanie i zapewnienia sprawnego działania: Systemu Poboru Opłat, Miejsc Poboru Opłat, Systemu Łączności Alarmowej, Obwodu Utrzymania Autostrady w obrębie węzła W., Obwodu Utrzymania i Centrum (...), Systemu (...) Ruchem, Systemu Pomiaru (...), (...) Gromadzenia Danych Statystycznych o (...), usunięcia wszelkich wad w tych elementach oraz świadczenia usług utrzymania i konserwacji ww. elementów przez okres 36 miesięcy od daty przejęcia. Usługi wsparcia i utrzymania miały być wykonywane przez to konsorcjum do 30 czerwca 2014 r. Twórcą oprogramowania

w zakresie utrzymania i wsparcia systemu oraz urządzeń manualnego systemu Poboru Opłat był C. S. d#Information (obecnie (...)). Konsorcjum (...) w czasie świadczenia usług utrzymania i wsparcia miało zapewnioną pomoc twórcy oprogramowania. Konsorcjum (...) wykonało objęte umową elementy Manualnego Systemu Poboru Opłat (zrealizowało m.in. prace na wybudowanie miejsc poboru opłat, wyposażenie miejsc poboru opłat, dostarczenie oprogramowania) oraz wykonywało faktycznie usługi potrzebne do utrzymania tego Systemu (w tym utrzymywało magazyn części zamiennych i usuwało awarie Systemu) do 30 czerwca 2014 r. Konsorcjum to nie wykonywało usług poboru opłat. (Umowa z dnia 14.11.2008 r. wraz z Warunkami Ogólnymi oraz Szczególne Warunki Kontraktu – k. 1208-1219v., Załącznik J – Specyfikacja Czynności (...) i Utrzymania – k. 1225-1232, zeznania świadków na rozprawie z dnia 17.03.2016 r.: I. F. – k. 1761-1764, T. J. – k. 1764-1765, J. K. – k. 1766-1767, T. K. – k. 1767-1768).

Na Krajowy system Poboru Opłat składać miał się Manualny System Poboru Opłat, którego dostawcą było przedsiębiorstwo (...), oraz (...), którego dostawcą było konsorcjum (...). W okresie implementacyjnym, czyli przed uruchomieniem Systemu (przed 1 lipca 2011 r.), konsorcjum (...) prowadziło prace przygotowawcze do wdrożenia elementów Systemu i usług poboru opłat, które miały być świadczone od 1 lipca 2011 r. Konsorcjum (...) musiało do elementów Manualnego Systemu Poboru Opłat dołożyć elementy (...), jak szafy sterujące montowane na pasach, nadajniki i odbiorniki do komunikacji radiowej z urządzeniem pokładowym, układ pozwalający na współdziałanie (...) z Manualnym Systemu Poboru Opłat (interfejs), terminale do kart płatniczych. (zeznania świadka G. M. na rozprawie z dnia 16.11.2015 r. – k. 1639-1643).

Ma mocy porozumienia określonego w umowie z dnia 2 czerwca 2011 r. zawartej pomiędzy (...) Sp. z o.o. a A.-L. oraz Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad ustalono, że (...) Sp. z o.o. przejmie

do użytkowania urządzenia manualnego systemu poboru opłat na odcinku (...) K.-S. w momencie przekazania konsorcjum (...) przez Skarb Państwa Świadczenia Przejęcia, w odpowiednim czasie umożliwiającym planowane rozpoczęcie eksploatacji systemu (...) w dniu 14 lipca 2011 r. oraz że (...)

Sp. z o.o. zaprojektuje oraz zainstaluje urządzenia i systemy uzupełniające w stosunku do urządzeń i systemów zapewnianych przez konsorcjum (...), tak aby mogła wykonać zobowiązania określone w Umowie głównej. Umowa z dnia 2 czerwca 2011 r. została zawarta w celu określenia usług, jakie będą świadczone przez A. na rzecz (...) w zakresie (...) w związku z wdrożeniem Krajowego Systemu Poboru Opłat. Usługi te zostały określone w Załączniku 1 do umowy. Umowa została zawarta na okres 12 miesięcy od jej podpisania, chyba że strony zdecydują o przedłużeniu czasu jej trwania. (umowa z 02.06.2011 r. wraz z załącznikami – k. 1529-1544).

W wykonaniu Umowy z 2 listopada 2010 r., przewidującej w Załączniku 2 – Wymagania Zamawiającego, Część (...) pkt. G1.3.1 lit. a) obowiązek Wykonawcy do przejęcia do użytkowania urządzeń manualnego Poboru Opłat na odcinku autostrady (...) K. –S., Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z dniem 1 czerwca 2011 r. przekazał Wykonawcy urządzenia manualnego Poboru Opłat określone w Załączniku 2, Wymagania Zamawiającego, Część (...), punkt (...) do Umowy oraz dokumenty niezbędne do realizacji celów określonych w Umowie: dokumentację powykonawczą sieci sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej dotyczącą obiektów, karty gwarancyjne urządzeń manualnego Poboru Opłat oraz związane z tym urządzeniami certyfikaty, książki dozoru technicznego, związane z nadzorem technicznym sprawowanym przez Urząd Nadzoru (...), dokumentację oraz dokumentację powykonawczą określoną w art. 60 Prawa budowlanego dotyczącą obiektów. Było to ostateczne przekazanie elementów manualnego Systemu Poboru Opłat. Strony nie przewidywały kolejnych etapów odbioru urządzeń. (Protokół zdawczo-odbiorczy dotyczący urządzeń manualnego Poboru Opłat na odcinku autostrady (...) K.-S. z dnia 02.06.2011 r. wraz z załącznikami – k. 266-283v., zeznania świadka G. M. na rozprawie z dnia 16.11.2015 r. – k. 1641).

Przed 1 lipca 2011 r. konsorcjum (...) wdrożyło elementy (...) a następnie rozpoczęło pobór opłat za przejazd odcinkiem autostrady (...)

w systemach manualnym i elektronicznym. W dniu 8 września 2011 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wydała (...) Sp. z o.o. Świadczenie Rozpoczęcia Poboru Opłat za P. – Państwowe Autostrady Płatne, w którym potwierdziła osiągnięcie przez Wykonawcę K. Milowego w postaci Rozpoczęcia Poboru Opłat za P. – Państwowe Autostrady Płatne. Do 30 czerwca 2014 r. czynności w zakresie utrzymania i wsparcia (...) wykonywało konsorcjum (...), które dokonywało kontroli elementów Systemu, diagnozowało zgłoszenia, wymieniało części zapasowe, usuwało awarie. Konsorcjum (...) czynności te zaprzestało wykonywać z końcem czerwca 2014 r. (Świadczenie Rozpoczęcia Poboru Opłat za P. – Państwowe Autostrady Płatne z 08.09.2011 r. – k. 263-265, zeznania świadka G. M. na rozprawie z dnia 16.11.2015 r. – k. 1639-1643, zeznania świadków na rozprawie z dnia 17.03.2016 r.: I. F. – k. 1761-1764, T. K. – k. 1767-1768, J. K. – k. 1.765-1.766, A. G. – k. 1768-1769, zeznania świadka P. C. na rozprawach z 17.03.2016 r. i 18.08.2016 r. – k. 1770-1771 i 1884-1886, zeznania przedstawiciela pozwanego A. C. na rozprawie z 18.08.2016 r. – k. 1889-1892).

Pismem z dnia 4 listopada 2013 r. Wykonawca, wskazując na informacje o upływającym okresie świadczenia usług przez wykonawcę dostosowania autostrady do standardów autostrady płatnej w zakresie utrzymania i wsparcia systemu i urządzeń manualnego systemu poboru opłat na odcinku autostrady (...) K.- S tryków (tj. (...) Sp. z o.o.), zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o potwierdzenie tych informacji oraz ewentualnie wskazanie podmiotu, który przejmie obowiązki w zakresie czynności wykonywanych przez (...) Sp. z o.o. i terminu tego przejęcia. (pismo (...) Sp. z o.o. z dnia 04.11.2013 r. – k. 316).

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający w piśmie z dnia 19 grudnia 2013 r. skierowanym do spółki (...) potwierdził informację o upływającym w dniu 30 czerwca

2014 r. okresie świadczenia usług wsparcia i utrzymania systemu (...) i urządzeń (...) świadczonych przez wykonawcę dostosowania autostrady (...) K.-S. do standardów autostrady płatnej. Zamawiający przywołując postanowienia Umowy z dnia 2 listopada

2010 r. wskazał, że Wykonawca od dnia 1 lipca 2014 r. tj. od dnia następującego po dniu, w którym wygasa zobowiązanie wykonawcy dostosowania do świadczenia usług wsparcia i utrzymania Systemu i urządzeń (...), będzie wyłącznie odpowiedzialny za systemy i urządzenia wyszczególnione w pkt. od 5 do 10 Tabeli nr 1 pkt. (...) Części (...) Załącznika 2 do Umowy (tj. system (...) i urządzenia (...)). Ponadto wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu w Procedurze Weryfikacji procedury konieczne do utrzymania Majątku, tj. urządzeń (...) oraz procedury opisujące, w jaki sposób Wykonawca będzie utrzymywał systemy i urządzenia według Wymagań Zamawiającego, w tym w szczególności sposób: sprawowania nadzoru nad poprawnością jego funkcjonowania, usuwania błędów i awarii, wykonywania konserwacji i administrowania, a także aktualizacji i modernizacji ww. systemów oraz urządzeń (...). (pismo (...) z 19.12.2013 r. – k. 317-317v.).

W piśmie z dnia 9 stycznia 2014 r. skierowanym do (...) Wykonawca wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w piśmie z 19 grudnia 2013 r. i podtrzymał stanowisko o braku podstaw do przejścia obowiązków wykonywanych do tej pory przez (...) Sp. z o.o. Wykonawca podał, że kwestia odpowiedzialności za utrzymanie systemu (...) była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego w toku postępowania przetargowego w piśmie z dnia 30 czerwca 2010 r. Przywołując odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 45 Wykonawca stwierdził, że Zamawiający wprost wskazał

w wiążący sposób, że czynności wyliczone w piśmie z 30 czerwca 2010 r. mieszczą się w zakresie obowiązków (...) Sp. z o.o. a nie Wykonawcy. Zamawiający w żaden sposób nie zawęził obowiązków tego podmiotu do określonego przedziału czasowego. Niezależnie od zakończenia współpracy pomiędzy Zamawiającym a (...) Sp. z o.o. zakres obowiązków Wykonawcy pozostaje bez zmian, tzn. Wykonawca w dalszym ciągu będzie wykonywał takie czynności utrzymaniowe jak do tej pory, tj. m.in. wymiana zniszczonych szlabanów, naprawy powłok lakierniczych w okolicach kiosków na (...), utrzymywanie w czystości urządzeń (...), zaś czynności wyliczone w przywołanym piśmie

z 30 czerwca 2010 r. w dalszym ciągu będą poza zakresem obowiązków Wykonawcy. Co do kwestii przedstawienia w Procedurze Weryfikacji dokumentów odnośnie zarządzania Majątkiem Wykonawca podał, że żaden z zapisów Umowy nie przewiduje powyższego obowiązku, zaś powyższe kwestie zostały opisane w dokumencie pt. (...), który został zaakceptowany przez Zamawiającego w Procedurze Weryfikacji. (pismo Wykonawcy z 9.01.2014 r. – k. 318-319).

W piśmie z dnia 5 lutego 2014 r. (...) wskazała, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie Wykonawców w żaden sposób nie zmieniała postanowień ani pkt. (...) ani pkt. (...) Części (...) Załącznika (...) do Umowy. Zamawiający poinformował Wykonawcę,

że w przypadku nieprzedstawienia przez niego odpowiednich dokumentów i niepodjęcia od dnia 1 lipca 2014 r. wykonywania usług, do których Wykonawca jest umownie zobowiązany, Zamawiający na podstawie pkt. 38.6 Umowy poweźmie środki zmierzające do wykonania zastępczego usług na koszt i ryzyko Wykonawcy. W kolejnym piśmie z dnia 14 lutego 2014 r. (...) zwróciła się do Wykonawcy o udzielenie ostatecznej odpowiedzi, czy Wykonawca zamierza uchylić się od obowiązku umownego i nie podjąć wykonywania usług z dniem

1 lipca 2014 r. (pisma (...) z 05.02.2014 r. – k. 320-322 i z 14.02.2014 r. – k. 323).

W piśmie z dnia 17 lutego 2014 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, że wbrew jego opinii nie zamierza uchylić się od żadnych obowiązków wynikających z Umowy. Wykonawca przywołując argumentację zaprezentowaną w poprzednich pismach potwierdził, że wszystkie obowiązki umowne są wykonywane z należytą starannością, włączając w to obowiązki wynikające z 5-10 Tabeli nr 1 punktu (...) Część (...) załącznika 2 do Umowy, wyłączając elementy, które Zamawiający wyraźnie wskazał jako zakres odpowiedzialności wykonawcy dostosowania. W piśmie tym wskazano, że zakres obowiązków Wykonawcy nie obejmuje obowiązków wykonywanych do tej pory przez (...) Sp. z o.o. na autostradzie (...) i brak podstaw do ich przejścia przez Wykonawcę. Wykonawca wskazał również w piśmie, że w szerokim zakresie utrzymuje infrastrukturę przejętego od Zamawiającego Systemu (...) na (...),

co wypełnia jego zdaniem zobowiązania punktów (...) Tabeli nr 1 punktu (...) Część (...) załącznika 2 do Umowy. Jednak Wykonawca oczekuje, że wsparcie będzie kontynuowane zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego wyjaśnieniem w odpowiedzi na pytanie nr 45, w szczególności w odniesieniu do utrzymania oprogramowania i licencji, w tym aktualizacji systemów operacyjnych, pakietów oprogramowania, baz danych itp., a także w zakresie ciągłego dostarczania i uzupełniania części zapasowych i/lub napraw po upływie okresu gwarancyjnego. (pismo Wykonawcy z 17.02.2014 r. – k. 324-325).

W ramach dalszej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami Wykonawca w e-mailu z dnia 4 kwietnia i w piśmie z dnia 17 kwietnia 2014 r. wskazał, że będzie w stanie przejąć następujące obowiązki spoczywające na wykonawcy dostosowania: monitorowanie dzienników i raportów usterek generowanych przez każdy system (w zakresie systemu poboru opłat), kontaktowania się z operatorami i użytkownikami każdego systemu (w zakresie systemu poboru opłat), wizyta w każdym centrum kontroli i budynku administracyjnym w miejscu poboru opłat, kontrole sprzętu i szaf zasilających, kontrole bezpiecznego dostępu do urządzeń, sprawdzenie obrazów generowanych przez kamery TV przemysłowej, czyszczenie każdego monitora w centrum kontroli i budynku administracyjnym w miejscu poboru opłat, sprawdzenie jakości obrazów na każdym monitorze (kamer TV przemysłowej i monitorów komputerowych), sprawdzenie drukarek, czyszczenie wszystkich konsoli i sprzętu dla użytkowników, testy sprawności urządzeń (...)/generatorów, sprawdzenie wszystkich urządzeń chłodzących i filtrów, czyszczenie obudów kamer TV przemysłowej, sprawdzenie działania ogrzewania w szafach lub obudowach, smarowanie części ruchomych, sprawdzenie, czy pól widzenia kamer nie zasłaniają obiekty (gałęzie, krzewy itp.), sprawdzenie mechanizmu kontrolującego ruch kamer i optyki (pan, tilt, zoom), sprawdzenie mechanizmów na masztach kamer, kontrola sprawności wszystkich baterii, sprawdzenie wyłączników różnicowo-prądowych, sprawdzenie uziomu, objazd wszystkich miejsc poboru opłat, kontrola każdego pasa poboru opłat, kontrola sprawności czujników w każdym pasie poboru opłat, sprawdzenie funkcjonowania regulacji temperatury, zabezpieczeń i urządzeń alarmowych w kabinach poboru opłat, kontrola sprawności systemów na pasach wjazdowych, uzupełnienie biletów/żetonów na pasach wjazdowych, sprawdzenie oznak próby oszustwa na wszystkich elementach systemu poboru opłat, (...) (z wyłączeniem testów oprogramowania). Wykonawca jednocześnie wskazał, że nie zostanie przejęty zakres następujących czynności, z uwagi na to, że może być wykonany wyłącznie przez dostawcę systemu: sprawdzenie wersji oprogramowania, sprawdzenie poziomu przekazywanego sygnału lub poziomu wyjściowego lasera, utrzymanie oprogramowania i licencji, w tym aktualizacje systemów operacyjnych, pakietów oprogramowania, baz danych, systemu kamer TV przemysłowej zintegrowanego z systemem poboru opłat (w zakresie HW i SW), wsparcie w zakresie modyfikacji systemów, modernizacji i konfiguracji, informowanie z odpowiednim wyprzedzeniem o elementach systemów, które mogą stać się przestarzałe wraz z zaleceniami sposobu minimalizacji skutków takich sytuacji, ciągle wsparcie w zakresie dostarczania i uzupełniania części zapasowych i/lub napraw po upływie okresu gwarancyjnego, utrzymanie sieci i urządzeń systemu komunikacji (IT). (pismo Wykonawcy z 17.04.2014 r. – k. 327-327v., wydruk wiadomości e-mail z 04.04.2014 r. – k. 328-329v., zeznania świadka G. M. na rozprawie z dnia 16.11.2015 r. – k. 1641, zeznania świadka A. G. na rozprawie z dnia 17.03.2016 r. – k. 1669, zeznania świadka T. P. (1) na rozprawie w dniu 18.08.2016 r. – k. 1887).

W odpowiedzi (...) w piśmie z dnia 29 kwietnia 2014 r. podtrzymała stanowisko, że od dnia 1 lipca 2014 r. Wykonawca jest całkowicie odpowiedzialny za przejęcie do użytkowania elementów wskazanych w punktach od 5 do 10 Tabeli 1 punktu (...)Części (...) Załącznika 2 do Umowy i że (...) oczekuje od Wykonawcy podjęcia wszelkich niezbędnych kroków prawnych i faktycznych zmierzających do tego, aby od 1 lipca 2014 r. przejąć całość świadczenia usług utrzymania Systemu Poboru Opłat, a nadto, że (...) oczekuje od Wykonawcy potwierdzenia do dnia 7 maja 2014 r. gotowości do faktycznego przejęcia swojego zobowiązania obejmującego utrzymanie Systemu Poboru Opłat. Jeżeli do tego dnia Wykonawca nie dokona stosownego potwierdzenia, Zamawiający podejmie działania zmierzające do wyboru partnera, który na koszt i ryzyko Wykonawcy, w ramach wykonania zastępczego, będzie świadczył usługi wsparcia Systemu Poboru Opłat. (pismo (...) z 29.04.2014 r. – k. 330-331).

Jako że w piśmie z dnia 7 maja 2014 r. Wykonawca podtrzymał dotychczasowe stanowisko w powyższej kwestii, (...) w pismach z 28 maja 2014 r. i 24 czerwca 2014 r. poinformowała ponownie Wykonawcę, że oczekuje od K. podjęcia niezwłocznych kroków zmierzających do tego, aby od dnia 1 lipca 2014 r. przejąć całość świadczenia usług utrzymania Systemu Poboru Opłat zgodnie z postanowieniami Umowy i zapowiedziała skorzystanie z kontraktowego uprawnienia zlecenia wykonania zastępczego na koszt i ryzyko Wykonawcy w przypadku braku świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania

i eksploatacji elementów Systemu lub niepełnego świadczenia tych usług. (pismo Wykonawcy z 07.05.2014 r. – k. 332-332v., pisma (...) z 28.05.2014 r. – k. 333-333v. i z 24.06.2014 r. – k. 334-336).

Wykonawca nie odniósł się do powyższych wezwań ani nie podjął od dnia 1 lipca 2014 r. wykonywania czynności z zakresu wsparcia i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat, które do tej pory wykonywało konsorcjum (...), gdyż uważał, że nie jest zobowiązany do ich wykonywania. Niewykonywanie takich czynności utrzymaniowych i konserwacyjnych Manualnego Systemu Poboru Opłat mogło zakłócić lub uniemożliwić proces poboru opłat na odcinku autostrady (...) K. – S. w razie awarii systemu. Do świadczenia bieżących usług utrzymaniowych nie było konieczne posiadanie źródłowych kodów do oprogramowania Systemu. Kody takie byłyby potrzebne do modyfikacji oprogramowania. Zamawiający nie posiadał kodów źródłowych do oprogramowania Manualnego Systemu Poboru Opłat (takimi kodami dysponował tylko producent), zatem nie mógł ich przekazać Wykonawcy. Zamawiający posiadał hasła dostępowe do (...), które umożliwiały podejmowanie czynności niezbędnych do utrzymania systemu manualnego,

i hasła takie przekazałby Wykonawcy, gdyby ten podjął się utrzymywać ten system. (zeznania świadka G. M. na rozprawie z 16.11.2015 r. – k. 1639-1643, zeznania świadków na rozprawie z dnia 17.03.2016 r.: I. F. – k. 1761-1764, T. J. – k. 1764-1765, J. K. – k. 1765-1767, T. K. –

k. 1767-1768, A. G. – k. 1768-1769, zeznania świadka P. C. na rozprawach z 17.03.2016 r. i 18.08.2016 r. – k. 1770-1771 i 1884-1886, zeznania świadka T. P. (1) na rozprawie z 18.08.2016 r. – k. 1886, zeznania przedstawiciela pozwanego A. C. na rozprawie na rozprawie z dnia 18.08.2016 r. – k. 1889-1892).

W rezultacie nieprzejęcia przez Wykonawcę czynności z zakresu utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych po przeprowadzeniu procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia

o zamówieniu publicznym w dniu 14 lipca 2014 r. zawarł z (...) S.A. umowę, na mocy której zlecił spółce (...) S.A. usługę wsparcia i utrzymania manualnego systemu poboru opłat na autostradzie (...) na odcinku K. – S. w zakresie i na zasadach określonych

w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, obejmujących w szczególności utrzymanie Oprogramowania Standardowego (obejmującego oprogramowanie stacji roboczej systemu poboru opłat, oprogramowanie pasa drogowego, oprogramowanie (...), skrypty bazodanowe (...) i MOC, oprogramowanie interkomów, usługi serwera), w okresie od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2014 r. (§ 2 i § 4 umowy). Wysokość wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy określono na kwotę 550.800 zł netto (677.484 zł brutto), płatne w sześciu równych ratach w wysokości 91.800 zł netto za miesiąc kalendarzowy realizacji umowy (§ 5 ust. 1 i 2 umowy). Zamawiający udzielił spółce (...) S.A. nieodpłatnej licencji, z prawem udzielenia sublicencji podwykonawcom, do Dokumentacji Systemu oraz Oprogramowania Standardowego, a także dokumentacji i oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę w okresie obowiązywania Umowy. (§ 11 umowy). Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy zawartej ze spółką (...) S.A., czynności wsparcia i utrzymania obejmują: reakcje na awarie i wykonywanie napraw urządzeń i oprogramowania, testu urządzeń

i oprogramowania, utrzymanie i aktualizacja oprogramowania Systemu, dostarczanie

i uzupełnianie części zapasowych, monitorowanie dzienników i raportów usterek generowanych przez (...), codzienne kontaktowanie się z operatorem i użytkownikami

w celu uzyskania ustnych lub pisemnych raportów na temat powstałych usterek, reakcje na awarie i wykonywanie napraw urządzeń i oprogramowania, jak też awarii obsługiwanych przez oprogramowanie systemów – zgodnie z opisanym w załączniku czasami reakcji, zarządzanie buforem części zapasowych będących w posiadaniu (...),

testy oprogramowania systemu poboru opłat, systemu teleinformatycznego i C. wykonywane nie rzadziej niż raz na kwartał, sprawdzenie wersji oprogramowania wykonywane nie rzadziej niż raz na kwartał, konfiguracja urządzeń i aplikacji umożliwiająca prawidłowe działanie Systemu Poboru Opłat, wgrywanie aktualizacji Oprogramowania Standardowego, kontrola antywirusowa oprogramowania Systemu, konsultacje zdalne i w razie potrzeby serwis, wsparcie w zakresie aktualizacji oprogramowania firm trzecich, które to oprogramowanie jest wykorzystywane w Systemie, kontrola wykorzystania pamięci (dyski twarde) i ewentualnie ich defragmentacja, utrzymanie oprogramowania i licencji, pakietów oprogramowania, baz danych itp. w celu zapobiegania problemom z oprogramowaniem, doradztwo w zakresie modyfikacji i modernizacji systemów, szkolenia uzupełniające, informowanie z odpowiednim wyprzedzeniem o elementach systemów, które mogą stać się przestarzałe wraz z zaleceniami sposobu minimalizacji skutków takich sytuacji, generowanie raportów informujących o wykonanych czynnościach w zakresie rozwiązywania problemów z oprogramowaniem Systemu, zainstalowanych kolejnych wersjach oprogramowania, statusie otrzymanych zgłoszeń, raportowanie wykonanych czynności w zakresie wsparcia i utrzymania oraz w toku – raz na miesiąc. (umowa nr (...) z 14.07.2014 r. wraz z załącznikiem nr 1 do umowy - k. 1329-1344).

Pismem z dnia 18 lipca 2014 r. (...) poinformowała (...) Sp. z o.o. o zawarciu w trybie wykonania zastępczego umowy z (...) S.A. na wykonanie usługi wsparcia i utrzymania manualnego systemu poboru opłat na autostradzie (...) odcinku K. – S. i wskazał adres e-mail, na który należy zgłaszać pojawiające się awarie Manualnego Systemu Poboru Opłat funkcjonującego na tym odcinku. (pismo (...) z 18.07.2014 r. – k. 1402).

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych w dniu 23 grudnia 2014 r. zawarł z (...) S.A. kolejną umowę na wykonanie usług wsparcia i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat na autostradzie (...) na odcinku K. – S., na okres od 1 stycznia 2015 r. do 11 lutego 2015 r. Zakres prac zleconych spółce (...) S.A. był tożsamy z zakresem określonym w umowie z 14 lipca 2014 r. a wysokość wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy określono na kwotę 125.460 zł netto, tj. 154.315,80 zł brutto. (umowa nr (...) z 23.12.2014 r. wraz z załącznikiem nr 1 do umowy – k. 1350-1363v.).

Po zawieraniu umów na wykonawstwo zastępcze (...) nie przekazywała spółce (...) S.A. kodów źródłowych do Manualnego Systemu Poboru Opłat. (...) S.A. otrzymała od (...) kody dostępowe (login i hasło) do systemu, dokumentację powykonawczą i magazyn części zamiennych. (...) S.A. nie zwracała się w toku realizacji umów o rozszerzenie uprawnień do systemu. Spółka ta wykonywała prawidłowo usługi objęte umowami na wykonawstwo zastępcze. (zeznania świadków na rozprawie z 17.03.2016 r.: I. F. – k. 1761-1764, T. J. – k. 1764-1765).

W okresie obowiązywania powyższych umów z 14 lipca 2014 r. i 23 grudnia 2014 r. awarie w Manualnym Systemie Poboru Opłat zgłaszane były przez konsorcjum (...) za pośrednictwem systemu informatycznego spółce (...) S.A., która na podstawie powyższych umów odpowiadała za czynności wsparcia i utrzymania Systemu. (zeznania świadka G. M. na rozprawie z dnia 16.11.2015 r. – t. IX, k. 1641-1642).

Za czynności wsparcia i utrzymania manualnego systemu poboru opłat na autostradzie (...) na odcinku (...) S.A. wykonane na podstawie wskazanych wyżej umów wystawiła Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad następujące faktury:

- 1) fakturę VAT nr (...) z dnia 13 sierpnia 2014 r. na kwotę 65.562,69 zł – za czynności wykonane od 14 lipca do 31 lipca 2014 r.,
- 2) fakturę VAT nr (...) z dnia 15 września 2014 r. na kwotę 112.914,27 zł – za czynności wykonane w sierpniu 2014 r.,

3) fakturę VAT korygującą nr (...) (...) z dnia 14 października 2014 r. do faktury nr (...) z dnia 13 października 2014 r. na kwotę 112.914 zł brutto (po korekcie) – za czynności wykonane we wrześniu 2014 r.,

4) fakturę VAT nr (...) z dnia 14 listopada 2014 r. na kwotę 112.914 zł brutto – za czynności wykonane w październiku 2014 r.,

5) fakturę VAT nr (...) z dnia 9 grudnia 2014 r. na kwotę 112.914 zł brutto – za czynności wykonane w listopadzie 2014 r.,

(w/w faktury na k. 1413, 1417, 1421, 1425, 1432, 1435, protokoły odbioru – k. 1415, 1419, 1426, 1438).

(...) zapłaciła na rzecz (...) S.A. należności wynikające ze wskazanych w/w faktur. (okoliczności bezsporne – podane przez pozwanego w odpowiedzi na pozew i niekwestionowane przez powodów, stwierdzone w potwierdzeniach realizacji wniosków o wypłatę ze środków (...) – k. 1414, 1418, 1422, 1436).

(...) Sp. z o.o. wystawiła GDDKiA m.in. wymienione niżej faktury VAT tytułem wynagrodzenia za eksploatację (...) oraz (...) Świadczenie Usług (...) na podstawie Umowy z dnia 2 listopada 2010 r.:

1) fakturę VAT nr (...) z dnia 7 listopada 2014 r. na kwotę 25.370.296,48 zł brutto – za październik 2014 r., z terminem płatności 21 dni od otrzymania faktury,

2) fakturę VAT nr (...) z dnia 7 stycznia 2015 r. na kwotę 24.989.594,46 zł brutto – za grudzień 2014 r., z terminem płatności 21 dni od otrzymania faktury,

3) fakturę VAT nr (...) z dnia 9 lutego 2015 r. na kwotę 24.569.295,73 zł brutto – za styczeń 2015 r., z terminem płatności 21 dni od otrzymania faktury.

(w/w faktury VAT na k. 343, 353, 357).

Po wypłatach na rzecz (...) S.A. (...) wystawiała (...)

Sp. z o.o. noty księgowe z tytułu zwrotu kosztów poniesionych przez Zamawiającego

w związku z realizacją wykonania zastępczego na podstawie umowy zawartej z (...) S.A.

i wzywała do ich zapłaty, a następnie dokonywała potrąceń należności objętych notami księgowymi z należnościami wynikającymi z faktur wystawionych Zamawiającemu przez (...) Sp. z o.o.

W dniu 13 października 2014 r. (...) wystawiła spółce (...) notę księgową nr (...) r. obejmującą zwrot kosztów poniesionych z tytułu wykonania zastępczego

w miesiącu lipcu 2014 r. na kwotę 65.562,69 zł, płatną w terminie 7 dni od otrzymania dokumentu noty. Pismem z dnia 5 listopada 2014 r. (...) wezwała spółkę (...) do uregulowania należności wynikającej z w/w noty w ciągu 7 dni od daty otrzymania wezwania. Wezwanie to zostało doręczone spółce (...) 12 listopada 2014 r. W piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. Zamawiający złożył Wykonawcy oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie łącznej 94.681,20 zł, wynikających z wystawionych not obciążeniowych, w tym noty nr 100/2014 opiewającej na kwotę 65.562,69 zł,

z odpowiadającą im co do wysokości częścią wierzytelności Wykonawcy wobec Zamawiającego w wysokości 25.370.296,48 zł z faktury VAT nr (...) z dnia

7 listopada 2014 r. Wykonawcy po dokonaniu potrąceniu wypłacono z w/w faktury kwotę 25.268.384,94 zł (nota księgowa nr (...) – k. 1404, wezwanie do zapłaty nr (...)

z 05.11.2014 r. – k. 1407, pismo GDDKiA z 28.11.2014 r. – k. 1407-1407v., oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z 28.11.2014 r. – k. 1412).

W dniu 3 grudnia 2014 r. GDDKiA wystawiła spółce (...) trzy noty księgowe obejmujące zwrot kosztów poniesionych z tytułu wykonania zastępczego: notę nr 108/12

na kwotę 112.914,27 zł z tytułu kosztów poniesionych w sierpniu 2014 r., notę nr 109/12 na kwotę 112.914,27 zł z tytułu kosztów poniesionych we wrześniu 2014 r. i notę nr 110/2014 na kwotę 112.914,27 zł z tytułu kosztów poniesionych w październiku 2014 r. Pismem z dnia 8 stycznia 2015 r. GDDKiA wezwała spółkę (...) do uregulowania należności wynikających m.in. z w/w not w ciągu 7 dni od daty otrzymania wezwania. Wezwanie to zostało doręczone spółce (...) 12 stycznia 2015 r. W piśmie datowanym na dzień 28 stycznia 2015 r. Zamawiający złożył Wykonawcy oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie łącznej 340.952,24 zł, wynikających z wystawionych not obciążeniowych, w tym not nr 108/2014, 109/2014 i 110/2014, z odpowiadającą im co do wysokości części wierzytelności Wykonawcy wobec Zamawiającego w wysokości 24.989.594,46 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 7 stycznia 2015 r. Wykonawcy po dokonaniu potrącenia wypłacono z w/w faktury kwotę 24.644.346,41 zł. (nota księgowa nr (...) – k. 1416, nota księgowa nr (...) – k. 1420, nota księgowa nr (...) – k. 1424, wezwanie do zapłaty nr (...) z 08.01.2015 r. – k. 1428, pismo GDDKiA z 23.01.2015 r. – k. 1429, oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z 28.01.2015r. – k. 1430).

W dniu 22 grudnia 2014 r. GDDKiA wystawiła spółce (...) notę księgową nr (...) r. obejmującą zwrot kosztów poniesionych z tytułu wykonania zastępczego w miesiącu listopadzie 2014 r. na kwotę 112.914 zł, płatną w terminie 7 dni od otrzymania dokumentu noty. Pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. GDDKiA wezwała spółkę (...) do uregulowania należności wynikającej z w/w noty w ciągu 7 dni od daty otrzymania wezwania. Wezwanie to zostało doręczone spółce (...) 20 stycznia 2015 r. W piśmie z dnia 2 marca 2015 r. Zamawiający złożył Wykonawcy oświadczenie o potrąceniu wierzytelności na kwoty 112.942,49 zł i 4.282,38 zł, wynikających z wystawionych not obciążeniowych, w tym noty nr 113/2014, z odpowiadającą im co do wysokości części wierzytelności Wykonawcy wobec Zamawiającego w wysokości 24.569.295,73 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 9 lutego 2015 r. Wykonawcy po dokonaniu potrącenia wypłacono z w/w faktury kwotę 24.440.498,38 zł. (nota księgowa nr (...) – k. 1431, wezwanie do zapłaty nr (...) z 20.01.2015 r. – k. 1407, pismo GDDKiA z 02.03.2015 r. – k. 1433-1433v., oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z 02.03.2015 r. – k. 1434).

Obecnie czynności z zakresu wsparcia i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat na autostradzie (...) K. - S. wykonuje za wynagrodzeniem wyłonione w trybie procedury udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie zastępcze konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., na podstawie umowy zawartej w dniu 13 lutego 2015 r. Przedmiot umowy obejmuje usługi wsparcia i utrzymania manualnego systemu poboru opłat na autostradzie (...) na odcinku K. – S. w zakresie i na zasadach określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załączniku nr 1 do umowy, obejmujących w szczególności utrzymanie Oprogramowania Standardowego (obejmującego oprogramowanie stacji roboczej systemu poboru opłat, oprogramowanie pasa drogowego, oprogramowanie (...), skrypty bazodanowe (...) i MOC, oprogramowanie interkomów, usługi serwera), w okresie od dnia zawarcia umowy do 2 listopada 2018 r.

(§ 2 i § 4 umowy). W ramach tej umowy Zamawiający udzielił w/w konsorcjum nieodpłatnej licencji, z prawem udzielenia sublicencji podwykonawcom, do Dokumentacji Systemu oraz Oprogramowania Standardowego, a także dokumentacji i oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę w okresie obowiązywania Umowy. (§ 11 umowy). Zakres usług utrzymania i wsparcia został określony podobnie, jak w przypadku wcześniejszych umów zawieranych z (...) S.A. Po zawarciu umowy z dnia 13 lutego 2015 r. (...) przekazała konsorcjum w/w spółek hasła dostępowe do Manualnego Systemu Poboru Opłat i magazyn części zamiennych. Konsorcjum nie posiada natomiast kodów źródłowych do tego Systemu. Konsorcjum spółek (...) od momentu podpisania powyższej umowy nie dokonywało modyfikacji systemu. Usługi objęte wskazano umową na wykonawstwo zastępcze wykonywane są prawidłowo a Manualny (...) Poboru Opłat działa bez zakłóceń. (umowa nr (...) z dnia 13.02.2015 r. wraz z załącznikiem nr 1 – k. 360-381, zeznania świadków na rozprawie z 17.03.2016 r.: T. P. (2) – k. 1760-1761, I. F. – k. 1761-1764, T. J. – k. 1764-1765, zeznania świadka T. P. (1) na rozprawie z 18.08.2016 r. – k. 1886-1889, zeznania przedstawiciela pozwanego A. C. na rozprawie z 18.08.2016 r. – k. 1889-1892).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

Sąd uznał za wiarygodne obiektywne dowody z wymienionych dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości co do ich autentyczności i nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków, G. M., T. P. (2), I. F., T. J., J. K., T. K., A. G., R. B., P. C., T. P. (1) oraz zeznaniom przedstawiciela pozwanego A. C. przesłuchanej za stronę pozwaną, a także częściowo zeznaniom świadka G. M.. W złożonych zeznaniach osoby te opisały okoliczności i cel zawarcia Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. dotyczącej Krajowego Systemu Poboru Opłat, sposobu realizacji tej Umowy przez Wykonawcę, czynności podejmowanych w zakresie usług wsparcia i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat przez tzw. wykonawcę dostosowania – konsorcjum (...) do dnia 30 czerwca 2014 r., odmowy przejścia pełnego zakresu tych usług po 30 czerwca 2014 r. przez Wykonawcę (...) i okoliczności zawarcia umów na wykonawstwo zastępcze w zakresie usług wsparcia i utrzymania oraz sposobu wykonywania tych usług przez wykonawców zastępczych. W tym zakresie zeznania wskazanych osób były wzajemnie zgodne lub uzupełniały się oraz korespondowały z dowodami z dokumentów, składając się wraz z nimi na spójną i logiczną całość tworzącą opisany wyżej stan faktyczny sprawy. Okoliczności faktyczne sprawy nie były zasadniczo przedmiotem sporu pomiędzy stronami. Istota sporu dotyczyła oceny i konsekwencji prawnych opisanych faktów.

Sąd nie dokonał ustaleń faktycznych na podstawie zeznań świadka K. D., który zajmował się w konsorcjum (...) w budowie i obsłudze (...) i nie miał wiedzy na temat M. Systemu Poboru Opłat, którego dotyczyła niniejsza sprawa.

Nie miały też większego znaczenia w sprawie zeznania świadka R. B., która potwierdziła tylko fakty wystawienia Wykonawcy not obciążeniowych z tytułu poniesionych przez Zamawiającego kosztów wykonawstwa zastępczego, które i tak wynikały z dokumentów, zatem nie było potrzeby dowodzenia tych okoliczności zeznaniami świadka.

Sąd zważył, co następuje:

Oceniając roszczenia dochodzone w rozpatrywanej sprawie przez powodów wskazać trzeba przede wszystkim, że pomiędzy stronami bezsporna była okoliczność, iż powodowe spółki wykonywały usługi z zakresu poboru opłat za przejazd autostradami płatnymi zgodnie z Umową z dnia 2 listopada 2010 r. i że z tego tytułu przysługiwało im wynagrodzenie za okresy rozliczeniowe październik 2014 r., grudzień 2014 r., styczeń 2015 r., które objęte zostało fakturami VAT nr (...) z dnia 7 listopada 2014 r. na kwotę 25.370.296,48 zł, nr (...) z dnia 7 stycznia 2015 r. na kwotę 24.989.594,46 zł i nr (...) z dnia 9 lutego 2015 r. na kwotę 24.569.295,73 zł. Z faktur tych pozwany zapłacił tylko część należności, nie płacąc m.in. kwot 65.562,69 zł (z pierwszej z wymienionych faktur), 338.742,27 zł (z drugiej z wymienionych faktur) i 112.914 zł (z trzeciej z wymienionych faktur), tj. łącznej sumy 517.218,96 zł, i podnosząc co do tych kwot zarzut potrącenia swoich roszczeń o zwrot poniesionych kosztów wykonania czynności dotyczących utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat, które zostały zlecone podmiotowi trzeciemu, wobec niepodjęcia ich wykonywania przez powodów. Rozstrzygnięcie zasadności powództwa, w którym (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. domagały się zasądzenia od pozwanego wymienionej wyżej sumy oraz odsetek za opóźnienie w jej zapłacie (w tym odsetek skapitalizowanych na dzień wniesienia pozwu), wymagało rozważenia, czy powodowie zobowiązani byli do wykonywania czynności z zakresu utrzymywania Manualnego Systemu Poboru Opłat (po 30 czerwca 2014 r., kiedy zaprzestał ich świadczenia wykonawca dostosowania – konsorcjum (...)), czy pozwany był uprawniony do zlecenia takich czynności podmiotowi trzeciemu w sytuacji niepodjęcia ich przez powodów oraz czy pozwany mógł dokonać potrącenia własnych wierzytelności o zwrot poniesionych z tego tytułu kosztów na rzecz wykonawcy zastępczego z wierzytelnościami powodów o zapłatę wynagrodzenia.

Odnosząc się do powyższych kwestii odwołać trzeba się do postanowień Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. regulujących obowiązki Wykonawcy w zakresie utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat. (...) ten został stworzony przez podmiot trzeci – wykonawcę dostosowania, to przedmiotowa Umowa zawarta

z powodami obejmowała m.in. eksploatację Manualnego Systemu Poboru Opłat ((...)) i świadczenie usług (...) przez Wykonawcę (§ 2 ust. 2.3 lit. f Umowy), zaś Eksploatacja (...) zdefiniowana została w Umowie jako usługi mające na celu należyte utrzymanie Systemu MPS według Wymagań Zamawiającego, obejmujące w szczególności nadzór nad poprawnością jego funkcjonowania, usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie, a także jego aktualizację i modernizację zgodnie z Wymogami Zamawiającego (§ 1 ust. 1.13 Umowy). Z zapisów tych wynika ogólna zasada, że utrzymanie Manualnego Systemu Poboru Opłat (obejmującego wszelkie niezbędne usługi zapewniające jego prawidłowe funkcjonowanie) stanowi w okresie obowiązywania Umowy obowiązek Wykonawcy, który ten (...) eksploatuje w celu pobierania opłat za przejazd.

Dalsze istotne regulacje w tym zakresie znajdują się w Załączniku nr 2 do Umowy, Wymagania Zamawiającego, Część (...) – Pobór Opłat za P.. Zgodnie z pkt. (...) tego Załącznika, Wykonawca zobowiązany jest wdrożyć Usługę (...) w trzech głównych obszarach: a) Przejęcia przez Wykonawcę do użytkowania urządzeń manualnego poboru opłat na tych odcinkach Państwowych Autostrad Płatnych, które są realizowane przez inne podmioty w ramach projektów dostosowania do Poboru Opłat za P., b) Przejęcia przez Wykonawcę do użytkowania odcinków Państwowych Autostrad Płatnych budowanych

w ramach innych Kontraktów i wdrożenie urządzeń do Poboru Opłaty za Przejazd na tych O., c) Świadczenia Usługi (...) na wszystkich odcinkach Państwowych Autostrad Płatnych, przejętych do użytkowania przez Wykonawcę. Wykonawca jest także odpowiedzialny za zarządzanie i wdrażanie modyfikacji Sieci Dróg Płatnych zgodnie z Załącznikiem nr 10. W Części (...) – Pobór Opłaty za Przejazd Załącznika nr 2 do Umowy

w pkt. (...)2 „Wymagania dla Usługi Przejęcia do użytkowania urządzeń na odcinkach dostosowywanych do Poboru Opłat” wskazano, że obecnie dwa odcinki autostrad są dostosowywane do Poboru Opłat w ramach dwóch osobnych kontraktów: odcinek autostrady (...) K. – S. i odcinek autostrady (...) B. – S.. Zakres tych dwóch odrębnych umów obejmuje m.in. wybudowanie (...) wraz z urządzeniami Poboru Opłat, dostarczenie, montaż i przekazanie kompletnego systemu manualnego Poboru Opłat, świadczenie usług w zakresie utrzymania i wsparcia systemu i urządzeń manualnego Poboru Opłat przez 3 lata z rocznym okresem gwarancji od dnia przejęcia przez Zamawiającego. (pkt. (...)). W zakresie „Ogólnych Wymagań dotyczących Przejęcia do użytkowania” zastrzeżono w pkt. (...) tegoż Załącznika, że Wykonawca zobowiązany będzie do opracowania i uaktualnienia Planu Wdrożenia, z uwzględnieniem m.in. następujących kwestii: aktualnego stanu kontraktu i postępu prac projektowych i robót budowlanych, działania Wykonawcy konieczne w celu Przejęcia do użytkowania urządzeń do Poboru Opłat, czynności Wykonawcy w celu osiągnięcia K. Milowego: Rozpoczęcia Poboru Opłaty za P. – Państwowe Autostrady Płatne. (pkt. G2.2.1). Wykonawca zobowiązany został do Przejęcia do użytkowania urządzeń manualnego Poboru Opłat obejmujących: budynki przeznaczone do manualnego Poboru Opłat wraz z całym wyposażeniem, wszystkie elementy systemu manualnego Poboru Opłat na każdym (...) lub w centralnym budynku administracyjnym (w tym systemy i programy komputerowe), wszystkie elementy fizyczne na każdym (...), wszystkie elementy systemu manualnego Poboru Opłat na każdym P. Poboru Opłat, zadaszania i wsporniki nośne na każdym (...), znaki o treści stałej i zmiennej na każdym zadaszaniu oraz dojazdach do każdego (...) rozmieszczone w związku

z Poborem Opłat (pkt. G2.2.3). W pkt. G2.2.5 Załącznika nr 2 postanowiono, że na odcinkach, zgodnie z pkt. (...)1.1.2, dostosowanych do Poboru Opłat Wykonawca Przejmie Odpowiedzialność za urządzenia Manualnego Poboru Opłat na zasadach określonych

w Tabeli nr 1. W pkt. 7 Tabeli nr 1 „Podział obowiązków w związku z przejęciem dostosowywanych do poboru opłat odcinków Państwowych Autostrad Płatnych” określono

w następujący sposób rozkład obowiązków i odpowiedzialności w zakresie Systemu Manualnego Poboru Opłat, w tym urządzenia na P. Poboru Opłat, kioski Poboru Opłat, okablowanie oraz urządzenia do liczenia i obsługi gotówki na poszczególnych etapach realizacji: projektowanie – wykonawca dostosowania do standardu autostrad płatnych, budowa – wykonawca dostosowania do standardu autostrad płatnych, eksploatacja – Wykonawca, utrzymanie – Wykonawca. Ponadto w punkcie (...) „Szczególne wymagania

w związku z przejęciem do użytkowania” Załącznika nr 2 wskazano, że „Wykonawca zobowiązany jest przejąć do użytkowania urządzenia manualnego Poboru Opłat na odcinku autostrady (...) K. – S. po wydaniu przez Zamawiającego wykonawcy dostosowania do Poboru Opłat Świadectwa Przejęcia. W umowie na dostosowanie do Poboru Opłat przewidziano wydanie Świadectwa Przejęcia na 30 czerwca 2011 r. W ramach swojej umowy wykonawca

dostosowania autostrady do Poboru Opłat jest zobowiązany do przeszkolenia pracowników operatora urządzeń manualnego Poboru Opłat na odcinku (...) K. – S., tj. Wykonawcy” (pkt. (...)) oraz że „Umowa na dostosowanie do standardów dla Autostrad Płatnych, w tym systemu manualnego Poboru Opłat przewiduje świadczenie usług wsparcia przez 3 lata, z czego pierwszy rok jest okresem gwarancyjnym. Jeżeli Wykonawca zechce wprowadzić zmiany w systemie manualnego Poboru Opłat w okresie gwarancji, wówczas Wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć Zamawiającemu opis uwzględniający szczegóły planowanych zmian i wskaże możliwe ich skutki dla gwarancji. Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian do systemu manualnego Poboru Opłat bez wyraźnej zgody Zamawiającego” (pkt. (...)). Ponadto w Załączniku nr 1 do Umowy, Definicje, w pozycji 93 określenie „Przejęcie do użytkowania” zdefiniowane zostało jako przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za Majątek oraz wykorzystanie tego Majątku do świadczenia Usług (...), zaś w poz. 56 (...) zdefiniowano jako składniki trwałe lub nietrwałe, mogące stanowić przedmiot własności lub posiadania oraz przedstawiające dodatnią wartość ekonomiczną; w ramach Umowy jest to w szczególności Majątek konieczny do świadczenia wszystkich Usług poboru opłat i stanowiący własność Wykonawcy, Zamawiającego oraz stron trzecich zaangażowanych w świadczenie Usługi.

Zacytowane powyżej zapisy części (...) Załącznika nr 2 Umowy z jednej strony potwierdzają regułę, że docelowo całość usług (czynności) związanych z eksploatacją i utrzymaniem Manualnego Systemu Poboru Opłat oraz odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie tego Systemu (w tym za systemy i programy komputerowe) przejąć mieli powodowie, jednak przez okres trzech lat licząc od przejęcia przez powodów do użytkowania urządzeń manualnego poboru opłat (tj. od 1 lipca 2011 r.) część tych usług określonych jako „usługi wsparcia” świadczyć miał wykonawca dostosowania (konsorcjum (...)), który zaprojektował i wybudował (...). Wnioski powyższe znajdują potwierdzenie również w zeznaniach świadków J. K., A. G. i P. C. oraz zeznaniach przedstawiciela pozwanego A. C., z których wynika, że Zamawiający zawierając Umowę miał na celu doprowadzić do sytuacji, aby odpowiedzialność za cały Krajowy system Poboru Opłat (zarówno Elektroniczny jak i Manualny) przejął jeden podmiot – Wykonawca Umowy z dnia 2 listopada 2010 r., co nastąpić powinno od 1 lipca 2014 r., kiedy wygasły wszelkie zobowiązania względem systemu manualnego po stronie wykonawcy dostosowania. Na gruncie dowodów przeprowadzonych w sprawie nie znajdują uzasadnienia przeciwne interpretacje powyższych regulacji umownych prezentowane przez powodów, według których nie mieli oni obowiązku przejąć po 30 czerwca 2014 r. świadczenia tych czynności, które do tego czasu podejmował względem Manualnego Systemu Poboru Opłat wykonawca dostosowania. Zgodzić należało się zaś ze stanowiskiem pozwanego, że łączne ujęcie zapisów pkt. (...) i pkt. (...) części (...) Załącznika nr 2 do Umowy prowadzi do wniosku, że powodowie zobowiązani byli przejąć całość odpowiedzialności za urządzenia manualnego poboru opłaty, w tym systemy i programy komputerowe (pkt. (...)), a jedynie czasowo – na okres trzech lat (do 30 czerwca 2014 r.), obowiązek ten został w drodze szczególnego zapisu (pkt. (...)) wyłączony w odniesieniu do usług wsparcia. Nie miały też znaczenie próby rozróżniania przez powodów usług (...) od usług (...) systemu, gdyż po 30 czerwca 2014 r. wykonywanie wszelkich czynności dotyczących funkcjonowania Manualnego systemu Poboru Opłat spoczywało na powodach, którzy zobowiązani byli przejąć pełną odpowiedzialność za majątek i wykorzystanie majątku do świadczenia Usług (...) w ramach (...) i nie mogli już liczyć w tym zakresie na wsparcie wykonawcy dostosowania. Dotyczy to również odpowiedzialności za aktualizację systemu, w tym ewentualny zakup odpowiednich licencji niezbędnych do dokonania takiej aktualizacji, o ile zaistniałaby taka potrzeba (gdyby nie były wystarczające licencje udzielone powodom przez pozwanego na podstawie § 32 ust. 32.1 Umowy), skoro eksploatacja (...) obejmowała – zgodnie z § 1 ust. 1.13 Umowy – m.in. usuwanie błędów i awarii, konserwację i administrowanie a także aktualizację i modernizację systemu. Czynności wsparcia i utrzymania są integralną częścią usług poboru opłat mających zapewnić nieprzerwane i niezakłócone działanie systemu poboru opłat. Umowa zawarta przez strony jest zaś umową rezultatu, którym było m.in. osiągnięcie przez powodów ciągłego, efektywnego, niezakłóconego oraz bezpiecznego funkcjonowania systemu, zatem powodowie byli zobligowani do dokonywania zmian

w systemie we wszystkich sytuacjach, w których było to konieczne bądź celowe dla osiągnięcia tego rezultatu.

Nie mieli racji powodowie wskazując, że w toku postępowania przetargowego doszło do zmian obowiązków stron wynikających z umowy (...) w powyższym zakresie, ze względu na wyjaśnienia do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywane przez Zamawiającego, w szczególności wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 45. Pytanie to, zacytowane powyżej w uzasadnieniu, nie zawierało żądania wyjaśnienia pojęcia utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat, lecz wskazania, kto będzie wykonawcą aktualizacji systemów operacyjnych (...) dla dwóch odcinków autostrad płatnych, na których Manualny (...) Poboru opłat był wdrażany. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że dostosowanie do poboru opłat jest obecnie realizowane, poinformował, kto jest wykonawcą dostosowania i wyjaśnił, że wykonawcy dostosowania autostrady do poboru opłat udzielą wsparcia Zamawiającemu m.in. w zakresie utrzymania oprogramowania i licencji, w tym aktualizacji systemów operacyjnych pakietów oprogramowania i baz danych, wsparcia w zakresie modyfikacji systemów, modernizacji i konfiguracji oraz ciągłego wsparcia w zakresie dostarczania i uzupełniania części zapasowych i/lub napraw po upływie okresu gwarancyjnego. Jednocześnie w odpowiedzi na kolejne pytanie do treści SIWZ oznaczone nr (...), dotyczące m.in. kwestii, czy będą konieczne dalsze aktualizacje systemów operacyjnych (...), np. (...) dla pojazdów ciężarowych (które Wykonawca musiałby wykonywać w obcym systemie lub dokonać zmiany systemu) Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca (...) będzie zobowiązany do przejęcia w użytkowanie obu systemów, które będą spełniać jednolite wymagania co do funkcjonalności, że w dokumentach przetargowych na opracowanie systemu poboru opłat został zawarty wymóg łatwości dostosowania do wdrożenia elektronicznego poboru opłat dla pojazdów ciężkich oraz że wykonawca (...) będzie zobowiązany do dostosowania istniejących systemów do poboru opłaty elektronicznej. W odpowiedzi na kolejne pytanie nr 135 Zamawiający wprost odwołał się do zapisów Umowy (...) wyjaśniając, że Wykonawca jest zobowiązany przejąć do użytkowania systemu poboru opłat na obu odcinkach autostrad ((...) i (...)), wykonane w ramach innych umów oraz że dostawcy zainstalowanych systemów nie mają dalszych zobowiązań co do zainstalowanych systemów, oprócz opisanych w pkt. (...) i (...) (...) Tomu II, Część (...). Łączna analiza odpowiedzi pozwanego na powyższe pytania wskazuje, że Zamawiający nie dokonał w nich żadnej modyfikacji w zakresie rozkładu obowiązków wynikających z przedmiotowej Umowy na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat, w szczególności nie oświadczył, że wykonawcy dostosowania mają świadczyć usługi wsparcia dotyczące Manualnego Systemu Poboru Opłaty po upływie okresu trzyletniego wynikającego z Umowy (aby doszło do takiej zmiany, musiałaby być ona wyraźna, a nie domniemana), lecz potwierdził, że to podmiot, z którym zostanie zawarta Umowa, będzie zobowiązany do podejmowania wszelkich czynności potrzebnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu po upływie owego okresu trzyletniego, wobec braku dalszych zobowiązań po stronie wykonawców dostosowania. Nie zachodziły też zarzucane przez powodów niedające się usunąć wątpliwości w wyjaśnieniach pozwanego do treści SIWZ, które powinny być interpretowane na ich korzyść. Wyjaśnienia udzielone na powyższe pytania zadane przez wykonawców nie zawierały sprzeczności, lecz korespondowały ze sobą i przywołanymi w nich regulacjami Umowy, tworząc spójną i logiczną całość.

W ocenie Sądu z żadnego dowodu zaoferowanego przez powodów w sprawie nie wynika, żeby zamiarem stron przy zawieraniu Umowy były ograniczenie zakresu prac powodów w stosunku do Manualnego Systemu Poboru Opłat. Do wniosku takiego nie prowadzi fakt, że w (...) nie ujęto części majątku, której dotyczą czynności, od jakich powodowie obecnie się uchylają. Zgodnie z pkt. 1.2.1 Załącznika nr 4 - (...) Majątkiem do Załącznika nr (...) do Umowy, Wymagania Zamawiającego Część (...) (k. 138-139 v.), Wykonawca zobowiązany jest zarządzać Majątkiem za pomocą procedur i związanych z nimi narzędzi (razem tworzących (...) Majątkiem), które opracuje i przedstawi jako część dokumentacji (...) i Usług. W kontekście przywołanej definicji zgodzić trzeba się z pozwanym, że części dokumentacji (...) i Usług tworzy nie sam dokument zatytułowany Strategia (...) Majątkiem, ale procedury i związane z nimi narzędzia tworzące razem (...) Majątkiem, za pomocą których powodowie realizują obowiązki w zakresie zarządzania Majątkiem. Ponadto z treści dokumentu Strategia (...) Majątkiem (k. 1234-1300) wynika, że dokument ten nie obejmuje całości majątku, którym na podstawie umowy zarządzają powodowie, lecz tylko majątek w postaci środków trwałych i innych składników majątku przekazywanych na własność Zamawiającego i używanego przez

Wykonawcę oraz Główną Inspekcję Transportu Drogowego na podstawie Umowy, zgodnie z definicją (...) zawartą w pkt. 4.1 Strategii. Definicja sformułowana we wskazanym dokumencie jest zatem węższa od definicji Majątku zawartej w pkt. 56 części 1 Załącznika 2 do Umowy. Jednocześnie z Protokołu Zdawczo-Odbiorczego dotyczącego urządzeń manualnego Poboru Opłat z dnia 2 czerwca 2010 r. wynika, że powodowie przejęli do używania także majątek nieujęty w Strategii, w tym oprogramowanie systemowe. W Protokole tym nie określono czynności, jakich oczekuje Zamawiający w zakresie Manualnego Systemu Poboru Opłat. Zatem powyższe dokumenty nie stanowią – wbrew twierdzeniom powodów – dowodów na istnienie zgodnego zamiaru stron co do zwolnienia powodów z obowiązku przejęcia czynności objętych usługami wsparcia.

Wydanie powodom przez pozwanego w dniu 8 września 2011 r. Świadcstwa Rozpoczęcia Poboru Opłaty za P. – Państwowe Autostrady Płatne, dotyczącego odcinka autostrady (...) K. – S. nie stanowi potwierdzenia prawidłowości wykonywania przez powodów obowiązków wynikających z umowy (...) przez cały okres obowiązywania tej Umowy. Zgodnie z pkt. 2.4.2 Załącznika nr 4 do Umowy (k. 154v.-158v.), Świadcstwo takiej jest dokumentem potwierdzającym osiągnięcie K. milowego: Rozpoczęcia Poboru Opłaty za Przejazd dla danego odcinka autostrady, a przesłanką jego wydania jest m.in. kontynuowanie poboru opłaty za przejazd zgodnie z Umową nieprzerwanie przez 14 dni (pkt. 2.4.4 Załącznika nr 4 do Umowy). Z faktu wydania tego Świadcstwa wynika tylko, że powodowie wykonywali prawidłowo swoje obowiązki wynikające z Umowy do momentu wydania Świadcstwa. Okoliczność ta nie ma natomiast znaczenia dla oceny wywiązywania się przez powodów z obowiązków umownych po dacie wydania Świadcstwa.

Nie sposób podzielić stanowiska powodów, że nie było możliwe wykonywanie przez nich od 1 lipca 2014 r. usług wsparcia i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat

z uwagi na niezapewnienie im przez pozwanego odpowiedniej licencji do tego systemu. Pozwany na mocy zapisów § 32 ust. 32.1 przedmiotowej Umowy udzielił Wykonawcy niewyłącznej, nie płatnej dodatkowo, ograniczonej do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej licencji w zakresie całości praw własności intelektualnej do wszelkich projektów, dokumentów lub innych informacji należących do Zamawiającego i przekazanych przez Zamawiającego Wykonawcy zgodnie z niniejszą Umową, w zakresie, w jakim będzie to konieczne dla należytej realizacji przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy.

Z zeznań świadków wynika nadto, że pozwany dysponował hasłami dostępowymi do oprogramowania Manualnego Systemu Poboru Opłat i hasła takie powodowie otrzymaliby, gdyby podjęli się wykonywania czynności utrzymywania tego systemu od 1 lipca 2014 r. Zamawiający nie posiadał natomiast kodów źródłowych do oprogramowania systemu, którymi dysponuje producent oprogramowania, zatem nie mógł ich przekazać Wykonawcy. Na gruncie regulacji Umowy pozwany nie miał obowiązku zapewniania powodom dodatkowych uprawnień poza tymi, które sam posiadał. W szczególności żadne postanowienie Umowy nie nakładało na pozwanego obowiązku uzyskiwania dodatkowych licencji, czy kodów źródłowych do systemu informatycznego. Z zeznań świadków przesłuchanych w sprawie wynika, że kody źródłowe nie były też przekazywane wykonawcom zastępczym, a mimo to czynności objęte umowami o wykonawstwo zastępcze były wykonywane prawidłowo, w sposób zapewniający właściwe funkcjonowanie Manualnego Systemu Poboru Opłat. Narzędzia, które otrzymywali od pozwanego wykonawcy zastępczy były zatem wystarczające do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Manualnego Systemu Poboru Opłat, co przeczy odmiennej tezie powodów.

Kody źródłowe do oprogramowania systemu potrzebne byłyby w przypadku konieczności jego modyfikacji, ale do tej pory potrzeba taka nie wystąpiła. W każdym razie stwierdzić należy, że skoro – zgodnie z Umową – powodowie byli zobowiązani przejąć do użytkowania

i utrzymania wszystkie elementy Manualnego Systemu Poboru Opłat, w tym m.in. systemy

i programy komputerowe, bazy danych i urządzenia do przechowywania danych, to jeśli do prawidłowej eksploatacji systemu konieczne byłoby udzielenie powodom uprawnień przez podmioty trzecie (w szczególności przez producenta oprogramowania), to obowiązek ich uzyskania obciążał powodów, a pozwany nie był zobowiązany do ich zapewnienia, ponieważ nie przewidywała tego Umowa. Wniosek taki – poza wskazanymi powyżej okolicznościami – wysnuć można także z zapisu § 31 ust. 31.3 Umowy, który ustanawia obowiązek uzyskania dla Zamawiającego przez Wykonawcę sublicencji dla określonej kategorii oprogramowania

i dokumentacji, co do których Wykonawca nie posiada autorskich praw majątkowych i jest licencjobiorcą lub dystrybutorem, bądź zapewnienia udzielenia Zamawiającemu licencji bezpośrednio przez licencjodawcę lub inny uprawniony podmiot.

Jak wynika z powoływanej wcześniej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami postępowania, powodowie odmówili podjęcia od 1 lipca 2014 r. czynności w zakresie utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat w zakresie związanym z oprogramowaniem informatycznym i utrzymywaniem magazynu części zapasowych, takich jak: sprawdzenie wersji oprogramowania, sprawdzenie poziomu przekazywanego sygnału lub poziomu wyjściowego lasera, utrzymanie oprogramowania i licencji, w tym aktualizacje systemów operacyjnych, pakietów oprogramowania, baz danych, systemu kamer TV przemysłowej zintegrowanego z systemem poboru opłat (w zakresie HW i SW), wsparcie w zakresie modyfikacji systemów, modernizacji i konfiguracji, informowanie z odpowiednim wyprzedzeniem o elementach systemów, które mogą stać się przestarzałe wraz z zaleceniami sposobu minimalizacji skutków takich sytuacji, ciągle wsparcie w zakresie dostarczania

i uzupełniania części zapasowych i/lub napraw po upływie okresu gwarancyjnego, utrzymanie sieci i urządzeń systemu komunikacji (IT). W tej sytuacji pozwany zmuszony został do zlecenia tych czynności podmiotowi trzeciemu, po to by zapewnić prawidłowe i niezakłócone funkcjonowanie Manualnego Systemu Poboru Opłat. W świetle zeznań świadków, a także

i zasad doświadczenia życiowego stwierdzić należy, że zaniechanie wykonywania powyższych czynności utrzymaniowych i konserwacyjnych w stosunku do Manualnego Systemu Poboru Opłat mogło zakłócić, a w skrajnych wypadkach uniemożliwić, proces poboru opłat za przejazd na odcinku autostrady (...) K. – S., w razie awarii oprogramowania systemu lub braku części zapasowych. Nie ma znaczenia dla oceny tej kwestii fakt, że powodowie gotowi byli podjąć się wykonywania niektórych innych czynności z zakresu utrzymania systemu. Na gruncie regulacji Umowy nie byli oni bowiem uprawnieni do samowolnego określania czynności, które będą wykonywać w ramach tej usługi

i czynności, których nie podejmą się. Utrzymywanie systemu informatycznego i usuwanie jego awarii oraz zapewnienie części zamiennych do elementów systemu Poboru Opłat należało z pewnością do najistotniejszych kwestii niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania całego systemu. Pozwany miał prawo oczekiwać kompleksowego wykonania usługi utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat, a nie tylko wybranych przez powodów niektórych czynności, po to by mieć pewność jego niezakłóconego funkcjonowania. Wobec bezpodstawnej odmowy realizacji czynności dotyczących utrzymania systemu manualnego, powodowie od 1 lipca 2014 r. znaleźli się w opóźnieniu w realizacji obowiązków umownych dotyczących utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat. Opóźnienie to należało przy tym zakwalifikować jako zwłokę powodów w wykonaniu zobowiązania, w rozumieniu art. 476 k.c., albowiem powodowie świadomie odmówili wykonywania wskazanych czynności wbrew postanowieniom Umowy, a przy tym nie wykazali, by opóźnienie to było od nich niezależne. Nie obalili zatem wynikającego z art. 471 in fine k.c. domniemania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zwłoka ta, jak już wskazano, stwarzała niebezpieczeństwo zakłóceń w funkcjonowaniu systemu, które mogły prowadzić do ograniczenia lub nawet niemożności poboru opłaty za przejazd autostradą za pomocą systemu manualnego, w razie jego awarii. Powodowie nie udowodnili swego twierdzenia, by niebezpieczeństwo to eliminowała skierowana przez nich do pozwanego propozycja podjęcia się niektórych czynności z zakresu utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat. W tej sytuacji pozwany mógł skorzystać z zastrzeżonego w § 38 ust. 38.6 uprawnienia do wykonania wskazanych prac na koszt Wykonawcy.

W ocenie Sądu, niezasadny był zarzut nieważności przywołanego postanowienia § 38 ust. 38.6 Umowy podnoszony przez powodów (na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c.)

z powołaniem się na fakt, że przyznaje ono pozwanemu uprawnienie do wykonania zastępczego bez kontroli sądu w przypadku opóźnienia Wykonawcy z dowolnych przyczyn. Żaden z przepisów prawa nie zabrania stronom umowy, w ramach zasady swobody kontraktowania proklamowanej w art. 353¹ k.c., zastrzeżenia w umowie uprawnienia do wykonania przez jedną z nich na koszt drugiej czynności, z których wykonaniem druga strona się opóźnia. Regulacje przepisu art. 480 § 1 k.c., przewidującego w razie zwłoki dłużnika

w wykonaniu zobowiązania czynienia możliwość żądania przez wierzyciela upoważnienia sądu do wykonania czynności na koszt dłużnika, oraz przepisu art. 480 § 3 k.c., dającego wierzycielowi uprawnienie do wykonania w wypadkach nagłych bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika, dotyczą sytuacji, w których brak jest postanowień umownych

w tym zakresie i nie wyłączają możliwości uregulowania tzw. wykonania zastępczego

w umowie. Wbrew twierdzeniom powodów, zasadność skorzystania z takiego uprawnienia

w konkretnym przypadku podlega kontroli sądu w razie zaistnienia sporu pomiędzy stronami umowy, tak jak miało to miejsce w rozpatrywanej sprawie. Wobec tego nie da się też przyjąć, by zapis § 38 ust. 38.6 Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. stanowił obejście prawa lub by pozostawał w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Nie daje on bowiem pozwanemu możliwości stosowania samowolnej pomocy własnej, która pozostawałaby poza kontrolą sądową.

Konsekwencją nienależytego wykonania przez powodów Umowy w zakresie zobowiązania dotyczącego utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat jest ich odpowiedzialność odszkodowawcza względem pozwanego na podstawie art. 471 k.c. W myśl tego przepisu, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W wyniku niewywiązania się przez powodów ze wskazanych obowiązków umownych pozwany doznał szkody majątkowej w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu wykonawcy zastępczego, które pozwany zobowiązany był zapłacić w ramach umów

o wykonawstwo zastępcze zawartych ze spółką (...) S.A. Pozwany spełnił bowiem świadczenie pieniężne, do którego nie byłby zobowiązany, gdyby powodowie wywiązali się należycie ze swych zobowiązań wynikających z Umowy. Jak już wskazano, suma tego wynagrodzenia wynosiła 517.218,96 zł. Powodowie w ramach obowiązku naprawienia szkody zobowiązani byli do zwrotu tej sumy powodowi.

Po wypłatach kwot wynagrodzenia na rzecz wykonawcy zastępczego pozwany wzywał powodów do zwrotu wypłaconych kwot, jednak wezwania te okazały się bezskuteczne. W tej sytuacji pozwany stał się uprawniony do potrącenia swoich wierzytelności z tytułu odszkodowania z wierzytelnością Wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia przewidzianego w Umowie z dnia 2 listopada 2010 r. Uprawnienie takie przysługiwało pozwanemu zarówno na gruncie § 38 ust. 38.7 Umowy (potrącenie umowne), jak na gruncie art. 498 § 1 k.c. (potrącenie ustawowe). Zapis § 38 ust. 38.7 Umowy przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do takiego potrącenia, poprzez złożenie Wykonawcy pisemnego oświadczenia o potrąceniu w wypadku, gdy Wykonawca pomimo wezwania nie zapłacił Zamawiającemu odszkodowania. Natomiast stosownie do art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie wierzycielami i dłużnikami, każda

z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku,

a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c.). W datach składania oświadczeń o potrąceniu z dnia 28 listopada 2014 r., 28 stycznia 2015 r. i 2 marca 2015 r. Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad przysługiwały przeciwko powodom wymagalne i zaskarżalne wierzytelności o zapłatę odszkodowania, które mógł przedstawić do potrącenia z wierzytelnościami powodów o zapłatę wynagrodzenia wynikającego z realizacji Umowy.

W wyniku owych oświadczeń Skarb Państwa potrącił skutecznie własne wierzytelności odszkodowawcze z wierzytelnościami powodów objętych fakturą nr (...) z dnia

7 listopada 2014 r. w zakresie kwoty 65.562,69 zł, fakturą nr (...) z dnia 7 stycznia 2015 r. w zakresie kwoty 338.742,27 zł i fakturą nr (...) z dnia 9 lutego 2015 r.

w zakresie kwoty 112.914 zł. Na skutek tego wskazane wierzytelności powodów uległy umorzeniu, zatem roszczenia dochodzone pozwem nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając to na uwadze Sąd orzekł jak w pkt. I sentencji wyroku, oddalając powództwo na podstawie powołanych wyżej przepisów.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. II sentencji wyroku Sąd kierował się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. Powodowie, jako przegrywający sprawę, obowiązani są zwrócić pozwanemu koszty niezbędne do celowej obrony w postaci wynagrodzenie pełnomocnika procesowego pozwanego w kwocie 7.200 zł, ustalonej na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490), co przy uwzględnieniu zasady z art. 105 § 1 zd. 1 k.p.c., że współuczestnicy sporu zwracają koszty procesu w częściach równych, daje kwoty po 2.400 zł od każdego z powodów.