

Sygn. akt XXV C 1382/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Tomasz Gal
Protokolant:	Katarzyna Nawrocka

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 24 maja 2021 r. w Warszawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

przeciwko (...) S.A. w K., (...) w R.

o zapłatę

- 1) oddala powództwo,
- 2) ustala, że pozwane spółki wygrały niniejszy spór w całości, pozostawiając wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Sygn. akt **XXV C 1382/21**

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej także jako Zamawiający) wystąpił przeciwko **(...) S.A. w K. i (...) w R.** (dalej także jako Wykonawca) z powództwem o zapłatę solidarnie 1 516 000,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od kwot oraz dat wskazanych w pkt I. ust. 1-31 pisma procesowego z 05 września 2018 r. oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód zasadności wywodzonych roszczeń wywodził z umowy nr (...) z 16 grudnia 2013 r., której przedmiotem było całoroczne utrzymanie przez pozwanych w należyłym stanie drogi ekspresowej (...) na części odcinka K.-L.-P.. Według powoda pozwani nie utrzymali umownego standardu utrzymania w zakresie oświetlenia drogowego (Standardy I-III). W związku z nienależytym wykonaniem umowy powód zgodnie z treścią kontraktu naliczył pozwanym kary umowne, w wysokości wskazanej w petitum pozwu (pozew z 06 kwietnia 2018 r. – k. 3-39; pismo procesowe rozszerzające powództwo – k. 519-540; pismo procesowe z 06 listopada 2019 r. – k. 1025-1076).

(...) S.A. w K. i (...) w R. wnosiły o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz solidarnie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (odpowiedź na pozew – k. 640-668; odpowiedź na pismo rozszerzające powództwo – k. 976-990).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Dnia 16 grudnia 2013 r. w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, Skarb Państwa reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

i Autostrad (dalej także jako Zamawiający) zawarł z konsorcjum składającym się z (...) Sp. z o.o. oraz (...) (dalej także jako Wykonawca) umowę nr (...) (dalej także jako Umowa) na „Kompleksowe – całoroczne (zimowe i letnie) utrzymanie drogi ekspresowej (...) na odcinku K.-L.-P. na 2 części: Część 1: utrzymanie drogi ekspresowej (...) w zakresie Zadań nr: 1, 2, 2a, 3 i 3a budowy drogi ekspresowej (...) K.-L.-P.” (dowód: Umowa – k. 41-51; gwarancja jakości – k. 105-106v; (...) k. 108-186; oferta pozwanego – k. 194-201; kosztorys ofertowy – k. 202-209; harmonogram przekazywanych w utrzymanie części drogi – k. 226-227; Aneks nr 1 do umowy – k. 233-234v; Aneks nr 2 do umowy – k. 235-237; Program Zapewnienia Jakości – k. 246-260v; odpis z KRS pozwanego – k. 63-69, 492-498; umowa konsorcjum – k. 57-62, 238-241).

Umowa została zawarta na czas określony – 72 miesiące od Daty Rozpoczęcia za wynagrodzeniem ryczałtowym w łącznej wysokości 34 932 338,79 zł brutto. Wynagrodzenie obejmowało wszystkie koszty związane z wykonywaniem Umowy, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w (...). W szczególności Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z charakterystyką klimatu, jego możliwymi zmianami i wahaniami temperatur, występowaniem opadów w Polsce i takie ryzyko przyjął i również w kalkulował w wynagrodzenie (d: §2 ust. 1 Umowy – k. 42v; §7 ust. 1 Umowy – k. 44-44v).

Zakres świadczonych przez Wykonawcę usług został przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia ((...)), stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy (d: §1 ust. 1 Umowy – k. 42v).

Wykonawca zobowiązał się m.in. do: 1/ wykonywania czynności objętych zakresem Usług w sposób zapewniający dotrzymanie obowiązujących standardów dla elementów Drogi, a także innych nieruchomości oraz ruchomości określonych w (...); 2/ wykonywania czynności objętych zakresem Usług w sposób zapewniający dotrzymanie obowiązujących standardów dotyczących innych czynności utrzymaniowych wymagających doraźnych inwestycji Wykonawcy określonych w (...); skierowania do wykonania zamówienia środków technicznych (sprzętu) w ilościach oraz rodzajach niezbędnych dla prawidłowego wykonania Umowy określonych w (...) oraz (...) (d: §3 ust. 3 pkt 1,2,5 Umowy – k. 43-43v).

Doprowadzenie do standardu polega na wykonaniu działań wskazanych w załączniku nr 11 [a] i [b] do Umowy na odcinku obwodnicy miasta P. w kilometrażu lokalnym 12d od km 0+037 do km 4+200 i uzyskanie w ich efekcie standardu określonego w załączniku 3a do (...). Wskazane w załączniku ilości miały jedynie charakter szacunkowy, a ich przekroczenie nie stanowiło podstawy do roszczeń o zwiększenie wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca oświadczył, że skalkulował doprowadzenie do standardu w wynagrodzenie miesięczne (d: §4 ust. 1-3 Umowy – k. 43v).

Rozliczenie za wykonane usługi, zgodnie z wymaganiami określonymi w (...), dokonywane było w okresach miesięcznych, na podstawie podpisanego przez Zamawiającego Protokołu Kontroli Jakości, którego formularz stanowi załącznik nr 5 do Umowy. Do sporządzenia Protokołu Kontroli Jakości ze strony Zamawiającego, Zamawiający wyznaczył Kierownika Służby Liniiowej. Protokół Jakości podlegał dodatkowo zatwierdzeniu przez Kierownika Regionu w terminie najpóźniej do 10 dni roboczych od dnia jego otrzymania. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do dokonywania kontroli jakości usług świadczonych przez Wykonawcę, zgodnie ze standardami określonymi w (...), przy udziale pracowników GDDKiA, całodobowo, bez wskazania czasu i miejsca kontroli (d: §8 ust. 1-3 Umowy).

Uregulowania odnoszące się do kar umownych, przyczyny oraz zasady ich naliczania opisano szczegółowo w §20 Umowy (k. 50). W umowie zastrzeżono jednak, że Zamawiający jest uprawniony do naliczania Wykonawcy kar umownych, z tytułu nieterminowego wykonywania Usług w tym działań o których mowa w §4 ust. 1 zgodnie z Kartą Kar stanowiącą załącznik nr 4 do Umowy w wysokości określonej w Karcie Kar (d: §20 ust. 1 Umowy – k. 50).

Według (...) (k. 108-186) w celu weryfikacji zakresu utrzymania każdej części zamówienia, należało dokonać analizy dokumentacji technicznej (załącznik nr 14 do (...)) (d: str. 1 (...) k. 108). Z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia został określony szacunkowo na podstawie dokumentacji, wymagany było wnikliwe przeanalizowanie przez Wykonawcę sytuacji w terenie, dostępnych na etapie przygotowania oferty informacji oraz zabezpieczenie realizacji kontraktu w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych na etapie przetargu okoliczności np. opóźnień w

wykonawstwie, ewentualnych zmian w stosunku do projektowanych zakresów robót, a wynikłych w czasie realizacji inwestycji (d: str. 1-2 (...) k. 108-108v).

W punkcie 1 (...) zdefiniowano podstawowe określenia używane w treści (...), wskazując na sposób w jaki należy je rozumieć w tym m.in. definicje: Bariery Ochronnej, Drogi, Jezdni, Pasa drogowego, Urządzeń technicznych, Wyposażenia technicznego (d: pkt 1 (...) str. 4-7v – k. 109v-111).

Zakres utrzymania został opisany w punkcie 2 (...)(d: str. 7-9 – k. 43v-44v) obejmując między innymi: monitorowanie drogi; zimowe utrzymanie (odsnieżanie, przeciwdziałanie śliskości); prace porządkowe, utrzymanie nawierzchni (zabezpieczenie powstałych ubytków poprzez remont cząstkowy); utrzymanie wyposażenia technicznego Drogi w dobrym stanie technicznym, nie zagrażającym bezpieczeństwu ruchu drogowego i zapewniającym prawidłowe funkcjonowanie wszystkich elementów drogi; utrzymanie oznakowania pionowego i słupków prowadzących oraz ich bieżące uzupełnianie (w przypadku zniszczeń, kradzieży itp.); utrzymanie oznakowania poziomego; utrzymanie zieleni; utrzymanie drożności rowów, przepustów; prowadzenie przeglądów gwarancyjnych elementów objętych gwarancją; współpraca z administracją drogową, policją, pogotowiem, strażą pożarną; bezzwłoczne zgłoszenie policji stwierdzenia przypadków dewastacji lub kradzieży elementów wyposażenia drogi oraz uszkodzeń mechanicznych tych elementów wyposażenia, z jednoczesnym powiadomieniem Zamawiającego.

Z zakresu utrzymania wyłączono roboty objęte gwarancją wykonawców poszczególnych zadań budowy drogi ekspresowej (...) K.-L.-P. (d: str. 9 (...) k. 112).

Zadania i obowiązki Wykonawcy opisano w punkcie 4 (...)(str. 11-16 – k. 113-114). Do Wykonawcy należało w szczególności: stała współpraca ze służbami ratowniczymi; pomoc w zabezpieczaniu skutków wypadków; prowadzenie rejestru prowadzonych prac, działań, oraz warunków atmosferycznych w oparciu o wzory dzienników dyżurów, interwencji, kolizji i wypadków; patrolowanie Drogi z częstotliwością zapewniającą utrzymanie określonego standardu celem sprawdzenia stanu Drogi (jezdni, pas drogowy, elementy wyposażenia, obiekty inżynierskie) pod kątem zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz doraźne usunięcie występujących zagrożeń; zabezpieczanie miejsc zdarzeń drogowych; usuwanie zwierząt; doraźne oznakowanie i usunięcie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu oraz wykonanie robót utrzymaniowych (zabezpieczanie i wymiana uszkodzonych znaków i urządzeń poprzez oznakowanie tymczasowe; zamykanie otwartych bram i furtek, kontrole stanu ogrodzenia oraz jego uzupełnienia i naprawy po kradzieżach).

Według punktu 4 (...) (str. 16 – k. 115v) samochód patrolowy i interwencyjny winien być wyposażony w podstawowe znaki, urządzenia zabezpieczające, narzędzia i materiały umożliwiające doraźne oznakowanie i usunięcie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu oraz wykonanie robót utrzymaniowych.

Wykonawca miał na czas trwania umowy zawrzeć umowy w zakresie: obsługi weterynaryjnej; utylizacji; usługi w zakresie przeglądów i konserwacji urządzeń technicznych Drogi (str. 16 – k. 115v).

(...) nakładało na Wykonawcę obowiązek zapewnienia ochrony mienia, wyłącznie w zakresie bazy Wykonawcy, budynków użytkowanych na potrzeby utrzymania Drogi ((...)), w których składowano sprzęt itp. (d: pkt 5 (...) str. 16-18 – k. 115v-117).

Według Załącznika nr 3a do (...)(str. 45 – k. 130v) w przypadku oświetlenia, wymaganiem było aby w każdej chwili niemniej niż 90% wszystkich punktów oświetleniowych działało efektywnie. Latarnie zasłonięte przez drzewa lub inną roślinność są traktowane jako niesprawne.

W przypadku Standardu I (dla jezdni głównych, krajowych, węzłów – pkt 2 (...) str. 7 – k. 111), w zakresie oświetlenia, Załącznik nr 3a do (...) (str. 45 – k. 130v) przewidywał bezzwłoczne podjęcie działań. Usunięcie odstępstwa od standardu przewidywano w czasie do 24 godzin, poza awarią zasilania.

Standard II (dla dróg o innej kategorii niż krajowa w linii rozgraniczającej drogę ekspresową przewidywano bezzwłoczne podjęcie działań, przywrócenie standardu w ciągu 48 godzin. Standard III (dla dróg o innej funkcji niż krajowa, serwisowe, technologiczne) przewidywano bezzwłoczne podjęcie działań, przywrócenie standardu w ciągu 72 godzin.

Załącznik nr 3a do (...) (k. 130) przewidywał dla Standardu II oraz Standardu III odstępstwa: W każdym miejscu nie więcej niż 3 z 10 kolejnych punktów oświetleniowych może być niesprawnych. W odległości do 100 m od skrzyżowania nie więcej niż 2 z 5 punktów oświetleniowych może być niesprawnych. W odległości 100 m od skrzyżowania nie więcej niż dwa kolejne punkty oświetleniowe mogą być niesprawne. Słupy i maszty oświetleniowe nie mogą odchyłać się od pionu więcej niż 2%.

Do przedmiotowej Umowy w **Załączniku nr 3d do (...)** (str. 58-88 – k. 138-152v) sformułowano wytyczne do oceny poziomu usług dla kontraktów „utrzymaj standard”. Według opisu ogólnego (pkt 1.1. – k. 70), Zamawiający nie określa jak często mają być wykonywane poszczególne prace (np. koszenie, sprzątanie, odśnieżanie czy remont nawierzchni). Wskazuje za to ogólny sposób wykonywania prac oraz określa dokładnie jaki ma być oczekiwany efekt. Takie podejście daje Wykonawcy pewną swobodę działania przy wyborze technologii i sposobu wykonywania robót oraz częstotliwości prowadzenia prac.

W punktach 1.2-1.4 Załącznika nr 3d do (...) (k. 138v-139) zawarto uregulowania dotyczące sposobu prowadzenia oceny zachowania standardów przez Zamawiającego oraz skutki niedochowania standardów.

Jednym z elementów drogi i jej wyposażenia podlegającym ocenie było oświetlenie. Według pkt 2.10. [Oświetlenie – k. 145-145v] standardem jest 90% całości oświetlenia, funkcjonuje zgodnie z założeniami. Wszystkie władze kontrolne, pokrywy dostępu, przewody elektryczne lub pokrywy puszek przelotowej muszą znajdować się na miejscu i być właściwie zabezpieczone. Słupy i maszty oświetleniowe nie mogą odchyłać się od pionu więcej niż 2%.

Ocenie podlega cała droga, ocena dokonywana jest wizualnie wykonując ją w dzień oraz w nocy poprzez objazd (str. 73 – k. 145). Wykonawca na wcześniejsze pisemne żądanie Zamawiającego, miał obowiązek oddelegowania swojego przedstawiciela do udziału przy wykonywaniu oceny. Zamawiający miał prawo do dokonywania bieżącej kontroli bez wcześniejszego powiadomienia Wykonawcy. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości Zamawiający niezwłocznie powiadomi o tym Wykonawcę, który bezzwłocznie oddelegowuje pracownika do udziału w czynnościach kontrolnych. Wykonawca może odmówić uczestniczenia w wykonywaniu oceny, jednak decyzja taka pozbawia go prawa wnoszenia uwag do protokołu kontrolnego (str. 60-61 – k. 138v-139).

Ocena dzienna oświetlenia wykonywana jest w zakresie: kompletności, dopuszczając brak 5% latarni na całej drodze w porównaniu do ilości projektowanej; stanu technicznego latarni i opraw oświetleniowych, dopuszcza się 5% uszkodzonych latarni, ale stan układu nośnego nie może zagrażać bezpieczeństwu uczestników; równości geometrycznej (k. 145).

Ocena nocna wykonywana jest w zakresie: sprawności świetlnej – pod kątem aktywności źródła świetlnego, dopuszcza się 5% nieaktywnych źródeł świetlnych porównując do projektu; efektywności świetlnej (barwa, natężenie światła) (k. 145v).

Wnioski z oceny zostaną opisane w protokole kontrolnym. Protokół będzie podpisany przez przedstawiciela Zamawiającego. Kopia protokołu będzie przekazywana do Wykonawcy drogą mailową, pocztą bądź do rąk własnych Kierownika Utrzymania. Zamawiający, po upływie czasu określonego w specyfikacji, wykona ocenę pokontrolną każdego elementu. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania prac doprowadzających do wymaganego standardu Zamawiający naliczy Wykonawcy punkty karne i powiadomi o tym pisemnie Wykonawcę. Suma punktów karnych naliczonych w danym okresie rozliczeniowym zostanie zgodnie z tabelą potrąceń i kar, zamieniona na wartość pieniężną (str. 61 – k. 139; tabela kar i potrąceń – str. 89-104 - k. 153-160).

Według Karty Kar, w przypadku oświetlenia przewidziano, że w każdej chwili nie mniej niż 90% wszystkich punktów oświetleniowych ma działać efektywnie. Latarnie zasłonięte przez drzewa lub inną roślinność będą traktowane jako niesprawne. Karta Kar dla oświetlenia, przewidywała obowiązek bezzwłocznego podjęcia działań przez Wykonawcę. Usunięcie/termin wykonania określono jako „do 24 godzin”. Karta Kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie, usunięcia odstępstwa od standardu przewidywała 2 punkty karne (d: Karta Kar – k. 153, 156).

Karne punkty naliczane są za niedotrzymanie standardu na którejkolwiek części zakresu utrzymania. Za każdy rozpoczęty czasookres po terminie wyznaczonym na przywrócenie standardu (w przypadku oświetlenia 24 godziny) w wysokości 2 punktów karnych (w przypadku oświetlenia), przy założeniu, że 1 punkt = 1 000,00 zł. Wzór umożliwiający wyliczenie wysokości potrąceń równał się sumie punktów karnych zliczonych z całego miesiąca x 1 000,00 zł. Karta Kar przewidywała, że wysokość stałego miesięcznego potrącenia jakie zostanie wypłacone Wykonawcy przez Zamawiającego zostanie zmniejszona notą księgową o wysokość potrąceń wyliczoną z powyższego wzoru (d: Karta Kar str. 104 – k. 160v).

Na etapie postępowania przetargowego, uczestnicy ogłoszonego przez Zamawiającego przetargu nie zgłaszali pytań, czy też wątpliwości w zakresie kabli i przewodów elektrycznych. W poprzednich latach na innych kontraktach nie zdarzały się kradzieże kabli elektrycznych. Wykonawca formułując ofertę nie brał pod rozwagę możliwości kradzieży kabli elektrycznych na kontrakcie (dowód: kopia pytań i odpowiedzi w ramach procedury zamówienia publicznego – k. 1075-1088; zeznania G. B. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 04:11:01– k. 1276, 04:28:00 – k. 1276v-1277).

Pozwolenie na użytkowanie Drogi zostało udzielone Zamawiającemu 27 maja 2013 r. (dowód: kopia decyzji z 27 maja 2013 r. – k. 1105-1107v).

Przedstawiciele Zamawiającego, odmówili podpisania protokołu przekazania Drogi z 12-13 grudnia 2013 r. Według treści tegoż protokołu w momencie przejęcia Drogi przez Wykonawcę, nie działało w zakresie Zadania 1 dokładnie 109 punktów oświetleniowych (dowód: wydruk protokołu z 12-13 grudnia 2013 r. – k. 903-905).

W momencie przekazywania Wykonawcy Drogi, część punktów oświetleniowych nie działała. Usterki gwarancyjne punktów oświetleniowych zdarzały się także później (dowód: zeznania M. Ż. (1) protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 00:34:22 – k. 1149v, 01:11:52-01:16:56 – k. 1150v-1151; zeznania P. Z. – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 02:06:06 – (...); zeznania T. K. – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 02:43:42 – k. 1153v; zeznania B. K. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 01:27:59 – k. 1272; zeznania J. M. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 02:06:54 – k. 1273; zeznania J. M. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 02:36:06-02:42:13 – k. 1274; zeznania G. B. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 04:12:43 – k. 1276-1276v, 05:13:46 – k. 1278; zeznania M. Ł. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 00:33:22-00:34:36 – k. 1291; zeznania S. W. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 01:30:46 – k. 1296; zeznania M. Ż. (2) – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 02:14:18 – k. 1297).

Do momentu podpisania Umowy, utrzymaniem drogi zajmował się Zamawiający, poszczególne oddziały regionalne GDDKiA (dowód: zeznania A. T. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 00:39:32 – k. 1271; zeznania M. Ł. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 00:29:08 – k. 1291).

28 marca 2014 r. Wykonawca zgłosił Zamawiającemu kradzież około 1 km kabla elektrycznego między lampami oświetleniowymi w obrębie węzła K. Zachód. Zamawiający zgłosił kradzież do Komendy Powiatowej Policji w P. (dowód: odpis pisma z 28 marca 2014 r. wraz z dokumentacją zdjęciową – k. 847-850; odpis pisma z 08 kwietnia 2014 r. – k. 852).

30 maja 2014 r. Wykonawca zgłosił Zamawiającemu kradzież około 200 m kabla elektrycznego między lampami oświetleniowymi w obrębie węzła K. – Zachód (dowód: odpis pisma z 30 maja 2014 r. wraz z dokumentacją zdjęciową – k. 854-856).

09 lipca 2014 r. Zamawiający przeprowadził kontrolę oświetlenia Drogi na odcinku od węzła K. Zachód do węzła J. (Standard I). Przedstawiciel Zamawiającego stwierdził „Brak kabli elektrycznych zamontowanych zgodnie z

dokumentacją projektową na odcinku około 1 680,00 m. Kable nie znajdują się na swoim miejscu co uniemożliwia prawidłowe działanie oświetlenia”. Jako przyczynę zaistniałego stanu rzeczy wskazano kradzież (dowód: odpis protokołu kontroli nr 55 – k. 992-993).

10 lipca 2014 r. **Zamawiający** poinformował Wykonawcę, że **na skutek ww. kradzieży kabla zasilającego latarnie** Drogi, nastąpiło **odstępstwo od standardu**. Zamawiający oświadczył, że od 10 lipca 2014 r. zaczął **naliczać punkty karne za odstępstwo od standardu** (dowód: odpis pisma z 10 lipca 2014 r. – k. 858-860).

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 10 lipca 2014r., **Wykonawca** powołując się na postanowienia kontraktu, oświadczył, że **nie ponosi odpowiedzialności za odstępstwo od standardu** w zakresie oświetlenia, powstałe **w następstwie kradzieży kabli**. Wykonawca nie ma bowiem kontraktowego obowiązku utrzymywania kabli energetycznych (dowód: odpis pisma z 15 lipca 2014 r. – k. 862-866).

Pismem z 05 sierpnia 2014 r. Zamawiający (Kierownik Rejonu w P. – M. Ż. (2)) oświadczył, że w świetle przytoczonych przez Wykonawcę argumentów w piśmie z 10 lipca 2014 r., odstępuje od naliczania punktów karnych (dowód: odpis pisma z 05 sierpnia 2014 r. – k. 868).

13 sierpnia 2014 r. Zamawiający wydał poświadczenie według którego, nie wnosi zastrzeżeń co do prawidłowości wykonywania usług przez Wykonawcę (dowód: odpis pisma z 13 sierpnia 2014 r. – k. 870).

Zamawiający w pierwszym i drugim kwartale 2015 r. zaczął się wycofywać ze swojego pierwotnego stanowiska, co do nienaliczania Wykonawcy punktów karnych za niedziałające punkty oświetleniowe, które przestały funkcjonować na skutek kradzieży kabli elektrycznych (dowód: kopia pisma z 22 maja 2015 r. – k. 1090-1094; kopia pisma z 19 czerwca 2015 r. – k. 1100-1103; kopia pisma z 29 września 2015 r. – k. 1121-1122; zeznania M. Ł. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 01:05:33 – k. 1293; zeznania S. W. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 01:42:22 – k. 1295; częściowo zeznania M. Ż. (2) – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 02:03:53 – k. 1296).

07 kwietnia 2015 r. Zamawiający przeprowadził kontrolę stanu oświetlenia drogi ekspresowej (...) na odcinku K.-L.-P. w zakresie zadania nr 1,2, 2a, 3 i 3a (Standard I). W treści **protokołu nr (...)**, przedstawiciele Zamawiającego oświadczyli, że więcej niż 10% wszystkich punktów oświetleniowych nie działa efektywnie. W protokole kontroli nr 121 z 07 kwietnia 2015 r. nie zawarto informacji o lokalizacji niedziałających punktów oświetleniowych. W dziale III protokołu kontroli nr 121 „Informacja o usunięciu odstępstwa od standardu”, Wykonawca oświadczył, że swoje stanowisko odnośnie odstępstwa od standardu przedstawił w piśmie z 30 kwietnia 2015 r. Przedstawiciele Zamawiającego dokonali analogicznego wpisu w zakresie odstępstwa od standardu oświetlenia w Dzienniku objazdu Wykonawcy z 07 kwietnia 2015 r. (dowód: kopia protokołu kontroli nr 121 – k. 262-265, 1267-1268; kopia Dziennika objazdu Wykonawcy – k. 311-312).

07 kwietnia 2015 r. Zamawiający przeprowadził drugą kontrolę, w zakresie drogi łącznikowej (odcinek drogi łączący (...) i węzeł P. – obecnie N.) oraz drogi gminnej (poprzednio odcinek (...)) km roboczy 0+000-0+507, odcinek drogi, w ciągu której zlokalizowany jest obiekt (...) na zadaniu 2 budowy drogi ekspresowej (...) (Standard II). Przedstawiciele Zamawiającego w treści **protokołu nr (...)** oświadczyli, że więcej niż 3 z 10 kolejnych punktów oświetleniowych jest niesprawnych. Przedstawiciele Zamawiającego dokonali analogicznego wpisu w Dzienniku objazdu Wykonawcy (dowód: kopia protokołu nr (...) – k. 297-299, 1269–1269v; kopia Dziennika objazdu Wykonawcy – k. 311-312).

Dokonując kontroli oświetlenia, pracownicy Zamawiającego, sprawdzali numery niedziałających latarni i nanosili je na mapy, plany projektowe (dowód: zeznania M. Ż. (1) – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 00:56:23 – k. 1150v; zeznania W. W. – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 02:51:51 - k. 1153v; zeznania A. T. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 00:30:47 – k. 1270v; zeznania B. K. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 00:59:30 – k. 1271v; zeznania S. W. – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 01:35:00 – k. 1295).

Zamawiający począwszy od 08 kwietnia 2015 r. zaczął naliczać Wykonawcy punkty karne za odstępstwo od Standardu I w zakresie oświetlenia (dotyczy odstępstw objętych protokołem kontroli nr 121 z 07 kwietnia 2015 r.):

- a. za okres od 08 kwietnia 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r. – 46 p.k.,
- b. za okres od 01 maja 2015 r. do 31 maja 201 r. – 62 p.k.,
- c. za okres od 01 czerwca 2015 r. do 30 czerwca 2015 r. – 60 p.k.,
- d. za okres od 01 lipca 2015 r. do 31 lipca 2015 r. – 62 p.k.,
- e. za okres od 01 sierpnia 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r. – 62 p.k.,
- f. za okres od 01 września 2015 r. do 30 września 2015 r. – 60 p.k.,
- g. za okres od 01 października 2015 r. do 31 października 2015 r. – 62 p.k.,
- h. za okres od 01 listopada 2015 r. do 30 listopada 2015 r. – 60 p.k.,
- i. za okres od 01 grudnia 2015 r. do 28 grudnia 2015 r. – 54 p.k.,
- j. za okres od 28 grudnia 2015 r. do 31 stycznia 2016 r. – 70 p.k.,
- k. za okres od 01 lutego 2016 r. do 29 lutego 2016 r. – 58 p.k.,
- l. za okres od 01 marca 2016 r. do 31 marca 2016 r. – 62 p.k.,
- m. za okres od 01 kwietnia 2016 r. do 30 kwietnia 2016 r. – 60 p.k.,
- n. za okres od 01 maja 2016 r. do 31 maja 2016 r. – 62 p.k.,
- o. za okres od 01 czerwca 2016 r. do 30 czerwca 2016 r. – 60 p.k.,
- p. za okres od 01 lipca 2016 r. do 06 lipca 2016 r. – 12 p.k.

(dowód: kopie uzupełnionych przez Zamawiającego formularzy kar – k. 267-295).

Zamawiający począwszy od 09 kwietnia 2015 r. zaczął naliczać Wykonawcy punkty karne za odstępstwo od Standardu II w zakresie oświetlenia (dotyczy odstępstw objętych protokołem kontroli nr 122 z 07 kwietnia 2015 r.):

- q. za okres od 09 kwietnia 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r. – 22 p.k.,
- r. za okres od 01 maja 2015 r. do 31 maja 201 r. – 31 p.k.,
- s. za okres od 01 czerwca 2015 r. do 30 czerwca 2015 r. – 30 p.k.,
- t. za okres od 01 lipca 2015 r. do 31 lipca 2015 r. – 31 p.k.,
- u. za okres od 01 sierpnia 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r. – 31 p.k.,
- v. za okres od 01 września 2015 r. do 17 września 2015 r. – 16 p.k.

(dowód: kopie uzupełnionych przez Zamawiającego formularzy kar – k. 300-309).

Zamawiający naliczył Wykonawcy za odstępstwa od **Standardu I i II** (łącznie) w zakresie oświetlenia (protokoły nr (...)) - **kary umowne opiewające w sumie na 959 000,00 zł**. Zamawiający wystawił noty księgowe za poszczególne okresy odstępstw od Standardów I i II, zakreślając Wykonawcy 7 dniowy termin na zapłatę, liczony od daty otrzymania wezwania:

- a. za okres od 08 kwietnia 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r. – (46 p.k. S. I + 22 p.k. S. II) – 68 000,00 zł (d: nota księgową z potwierdzeniem odbioru z 13 sierpnia 2015 r. – k. 433-434),
- b. za okres od 01 maja 2015 r. do 31 maja 2015 r. – (66 p.k. S. I + 31 p.k. S. II) – 97 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 13 sierpnia 2015 r. – k. 430-431),
- c. za okres od 01 czerwca 2015 r. do 30 czerwca 2015 r. – (60 p.k. S. I + 30 p.k. S. II) – 90 000,00 zł - (d: nota księgową wraz z zpo z 13 sierpnia 2015 r. – k. 437),
- d. za okres od 01 lipca 2015 r. do 31 lipca 2015 r. – (62 p.k. S. I + 31 p.k. S. II) – 93 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 28 września 2015 r. – k. 439-440v),
- e. za okres od 01 sierpnia 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r. – (62 p.k. S. I + 31 p.k. S. II) – 93 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 05 listopada 2015 r. – k. 442-443).
- f. za okres od 01 września 2015 r. do 30 września 2015 r. – (60 p.k. S. I + 16 p.k. S. II) – 76 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 05 listopada 2015 r. – k. 445-446),
- g. za okres od 01 października 2015 r. do 31 października 2015 r. – (62 p.k. S. I) – 62 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 21 grudnia 2015 r. – k. 448-449)
- h. za okres od 01 listopada 2015 r. do 30 listopada 2015 r. – (60 p.k. – S. I) – 60 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 05 stycznia 2016 r. – k. 451-453v),
- i. za okres od 01 grudnia 2015 r. do 28 grudnia 2015 r. – (54 p.k. S. I) – 54 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 08 stycznia 2016 r. – k. 455-457),
- j. za okres od 28 grudnia 2015 r. do 31 stycznia 2016 r. – (70 p.k. S. I) – 70 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 30 marca 2016 r. – k. 459-460),
- k. za okres od 01 lutego 2016 r. do 29 lutego 2016 r. – (58 p.k. S. I) – 58 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 13 kwietnia 2016 r. – k. 462-463),
- l. za okres od 01 marca 2016 r. do 31 marca 2016 r. – (62 p.k. S. I) – 62 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 12 maja 2016 r. – k. 465-466),
- m. za okres od 01 kwietnia 2016 r. do 30 kwietnia 2016 r. – (60 p.k. S. I) – 60 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 30 maja 2016 r. – k. 468-469),
- n. za okres od 01 maja 2016 r. do 31 maja 2016 r. – (62 p.k. S. I) – 62 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 08 lipca 2016 r. – k. 471-472),
- o. za okres od 01 czerwca 2016 r. do 30 czerwca 2016 r. – (60 p.k. S. I) – 60 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 08 sierpnia 2016 r. – k. 474-475),
- p. za okres od 01 lipca 2016 r. do 06 lipca 2016 r. – (12 p.k. S. I) – 12 000,00 zł (d: nota księgową wraz z zpo z 12 września 2016 r. – k. 477-478).

W zakresie oświetlenia treść części ww. not księgowych (dotyczących naruszenia w zakresie oświetlenia Standardu I i II) Zamawiający rozbił na dwie części, wskazując, że stanowią one kary umowne naliczone zgodnie z §20 pkt 1 Umowy z tytułu niedotrzymania terminu wykonania usługi: 1. z Karty Kar „Oświetlenie” – dla Standardu I – zgodnie z pozycją elementu „Oświetlenie” w Karcie Kar; 2. z Karty Kar „Oświetlenie” dla Standardu II – zgodnie z pozycją

elementu „Inne roboty i usługi oraz wyznaczone w (...) terminy w Karcie Kar” (dowód: ww. noty księgowe oraz str. 104 Karty Kar – k. 160v).

Wykonawca każdorazowo w treści protokołów kwestionował zasadność oraz wysokość naliczanych ww. kar umownych, podnosząc, że brak utrzymania standardu wynika z kradzieży kabli bądź usterek gwarancyjnych (dowód: kopie protokołów jakości Zamawiającego nr 17-32 – k. 326-387; odpis pisma Wykonawcy z 13 lipca 2015 r. – k. 883; odpis pisma Wykonawcy z 20 października 2015 r. – k. 907-922; odpis pisma wykonawcy z 30 kwietnia 2015 r. – k. 936).

Wykonawca w pismach z 13 lipca 2015 r., 20 października 2015 r., 30 października 2015 r. przedstawił Zamawiającemu wyniki własnych ustaleń podając szczegółowe dane i przyczyny nieświejących punktów oświetleniowych w zakresie: Zadania 1, Zadania 2 i 2a, Zadania 3 i 3a. Wykonawca powoływał się na kradzieże kabli oświetleniowych oraz usterki gwarancyjne. Wykonawca w treści pisma z 13 lipca 2015 r. wskazywał także na ustalenia stron poczynione 16 grudnia 2013 r. w ramach przekazywania Wykonawcy Drogi, według których, w ramach Zadania 1, nie funkcjonowało od początku około 100 punktów świetlnych (dowód: odpis pisma Wykonawcy z 13 lipca 2015 r. – k. 883; odpis pisma Wykonawcy z 20 października 2015 r. – k. 907-922; odpis pisma Wykonawcy z 30 października 2015 r. – k. 924-925; wydruk protokołu z 12-13 grudnia 2013 r. – k. 903-905).

Wykonawca w następstwie naliczanych przez Zamawiającego kar umownych, dokonał w III i IV kwartale 2015 r. naprawy i uzupełnienia skradzionej części kabla zasilającego na obiekcie (...). Wykonawca przed przystąpieniem do uzupełnienia kabla, zastrzegł, że brak jest podstaw umownych do realizacji tychże robót przez Wykonawcę (dowód: odpis pisma z 16 września 2015 r. – k. 933-934).

12 października 2016 r. Zamawiający przeprowadził kontrolę stanu oświetlenia drogi w zakresie zadania nr 3 budowy drogi (...), drogi dojazdowej nr (...) i drogi dojazdowej nr (...) (Standard III). W treści **protokołu nr (...)**, przedstawiciele Zamawiającego oświadczyli, że w każdym miejscu więcej niż 3 z 10 kolejnych punktów oświetleniowych jest niesprawnych (dla DD nr 10 12 kolejnych punktów, dla DD nr 35 9 kolejnych punktów). W treści protokołu kontroli nr 159, wskazano, że prawdopodobną przyczyną powstania jest kradzież kabla. Przedmiotową kontrolę zarejestrowano za pomocą urządzenia rejestrującego obraz. Przedstawiciele Zamawiającego dokonali analogicznego do powyższego wpisu odstępstwa w zakresie oświetlenia w Dzienniku objazdu Wykonawcy z 12 października 2016 r. (dowód: kopia protokołu kontroli nr 159 – k. 393-396; kopia Dziennika objazdu Wykonawcy – k. 415-416; nagranie wideo z objazdu – zewnętrzny nośnik danych [w] koperta – k. 1138).

Zamawiający naliczył Wykonawcy za odstępstwa od **Standardu III** w zakresie oświetlenia (protokół nr (...)) - **kary umowne opiewające w sumie na 412 000,00 zł**. Zamawiający wystawił noty księgowe, zakreślając Wykonawcy 7 dniowy termin na zapłatę naliczonych kar umownych za poszczególne okresy odstępstwa od Standardu III, liczony od daty otrzymania wezwania:

a. za okres od 15 października 2016 r. do 30 października 2016 r. – (17 p.k.) – 17 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 28 listopada 2016 r. – k. 480-481),

b. za okres od 01 listopada do 30 listopada 2016 r. – (30 p.k.) – 30 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 19 grudnia 2016 r. – k. 480-481),

c. za okres od 01 grudnia 2016 r. do 31 grudnia 2016 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 08 lutego 2016 r. – k. 486-487),

d. za okres od 01 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 10 marca 2017 r. – k. 489-490),

e. za okres od 01 lutego 2017 r. do 28 lutego 2017 r. – (28 p.k.) – 28 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 04 kwietnia 2017 r. – k. 580-581),

f. za okres od 01 marca 2017 r. do 31 marca 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 09 maja 2017 r. – k. 583-584)

g. za okres od 01 kwietnia 2017 r. do 30 kwietnia 2017 r. - (30 p.k.) – 30 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 12 czerwca 2017 r. – k. 586-587),

h. za okres od 01 maja 2017 r. do 31 maja 2017 r. - (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 13 lipca 2017 r. – k. 589-590).

i. za okres od 01 czerwca 2017 r. do 30 czerwca 2017 r. – (30 p.k.) – 30 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 11 sierpnia 2017 r. – k. 592-593),

j. za okres od 01 lipca 2017 r. do 31 lipca 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 08 września 2017 r. – k. 595-596),

k. za okres od 01 sierpnia 2017 r. do 31 sierpnia 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 25 września 2017 r. – k. 598-599),

l. za okres od 01 września 2017 r. do 30 września 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 24 października 2017 r. – k. 601-602),

m. za okres od 01 października 2017 r. do 31 października 2017 r. – (31 p.k.) – 31 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 29 listopada 2017 r. – k. 604-605),

n. za okres od 01 listopada 2017 r. do 30 listopada 2017 r. – (30 p.k.) – 30 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 18 grudnia 2017 r. – k. 611-612),

o. za okres od 01 grudnia 2017 r. do 31 grudnia 2017 r. – (31 p.k.) – 30 000,00 zł (d: nota księgowa wraz z zpo z 22 stycznia 2018 r. – k. 614-615).

W treści powyższych not odsetkowych Zamawiający wskazał, że stanowią one kary umowne naliczone zgodnie z §20 pkt 1 Umowy z tytułu niedotrzymania terminu wykonania usługi z Karty Kar „Oświetlenie” dla Standardu II – zgodnie z pozycją elementu „Inne roboty i usługi oraz wyznaczone w (...) terminy w Karcie Kar” (dowód: ww. noty księgowe oraz str. 104 Karty Kar – k. 160v).

Wykonawca każdorazowo w treści protokołów kwestionował zasadność oraz wysokość naliczanych ww. kar umownych (dowód: kopia protokołu kontroli jakości z 12 października 2016 r. – k. 389-391; kopie protokołów kontroli jakości – k. 398; kopie protokołów kontroli jakości nr 36-38 – k. 418-428; kopie protokołów kontroli jakości nr 39-49 – k. 542-578; kopie protokołów kontroli jakości za okres luty – grudzień 2017 r. – k. 617-638).

Naliczane przez Zamawiającego kary umowne nie były potrącane z wynagrodzenia Wykonawcy (dowód: zeznania G. B. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 05:11:59 – k. 1278).

W połowie 2016 r. Zamawiający ogłosił przetarg na wykonanie robót instalacyjnych (elektroenergetycznych) polegających na przywróceniu prawidłowego funkcjonowania oświetlenia drogowego zlokalizowanego w ciągu drogi krajowej nr 17d oraz drogi ekspresowej (...) w obrębie węzła K. Zachód.

Zamówienie obejmowało zmianę typu kabli zasilających z miedzianych na aluminiowe bez zmiany trasy kabli w terenie, przywracających właściwe funkcjonowanie oświetlenia drogowego. Na zrealizowanie prac przewidziano termin 70 dni od daty podpisania umowy. Złożone w trybie przetargu oferty opiewały na kwoty od 318 320,24 zł do 596 636,10 zł (dowód: kopia (...) k. 872-873; wykaz ofert – k. 875).

Zamawiający wzywał Wykonawcę do zwrotu kosztów poniesionych w związku z przywróceniem prawidłowego funkcjonowania oświetlenia drogowego, opiewających łącznie na 526 328,00 zł (dowód: kopia pisma z 04 lutego 2019 r. – k. 1124-1125; kopia pisma z 18 czerwca 2019 r. – k. 1120-1127; faktury VAT za wykonane roboty – k. 1129-1137).

W ramach spornego kontraktu, w wyniku kradzieży kabli zasilających, przestały działać niektóre urządzenia infrastruktury drogowej: tablice zmiennej treści, kamery monitorujące, stacje meteo, punkty pomiarowe. Zamawiający mimo początkowo odmiennego stanowiska, finalnie, nie naliczył Wykonawcy kar umownych z tytułu niedotrzymania standardów w powyższym zakresie (okoliczność bezsporna; dowód: odpis pisma z 03 kwietnia 2015 r. – k. 877-878; kopia pisma z 01 lutego 2016 r. – k. 1098; zeznania T. K. – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 02:41:30 – k. 1153-1153v).

Wykonawca w toku realizacji spornego kontraktu dokonywał wymiany elementów drogi uszkodzonych na skutek wypadków drogowych m.in. osłon energochłonnych (poduszek bezpieczeństwa – niewymienionych enumeratywnie w treści Umowy), przewróconych lub uszkodzonych latarni, uszkodzonych kabli elektrycznych (okoliczność bezsporna; dowód: kopia zestawienia wykonanych napraw barier ochronnych – k. 1096; kopia Dziennika objazdu – k. 1111-1119; zeznania M. Ż. (1) – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 01:21:36 – k. 1151; zeznania T. K. – protokół rozprawy z 04 lutego 2020 r. – 02:35:32 – k. 1153; zeznania J. M. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 02:27:22 – k. 1273, 02:32:39 – k. 1274; zeznania G. B. – protokół rozprawy z 13 lutego 2020 r. – 04:18:38 – k. 1276v).

Zamawiający w kolejnym przetargu na utrzymanie spornej Drogi (czerwiec 2018 r.), dokonał w zakresie utrzymania, naprawy i konserwacji oświetlenia drogowego (pkt 2.24 str. 95 (...)) wyszczególnienia elementów oświetlenia w postaci „linii kablowych”. W zakres świadczonych usług, w ramach kolejnego przetargu na utrzymanie Drogi, włączono „utrzymanie, wymianę i naprawę zniszczonych lub skradzionych kabli i przewodów” (pkt 2.24 B (...)) (dowód: wydruk (...) dla kolejnego przetargu z czerwca 2018 r. – k. 759v-760).

Na innych kontraktach „utrzymaj standard” także zdarzały się kradzieże miedzianych kabli. Większość oddziałów regionalnych GDDKiA egzekwowała od wykonawców odtworzenie infrastruktury. Część wykonawców wobec kradzieży kabli, zlecała zewnętrznym firmom ochroniarskim dozоровanie infrastruktury oświetlenia. Wykonawcy stosowali także czujniki dozоровujące poziom napięcia elektrycznego. Nie wszyscy wykonawcy ulegali presji Zamawiającego. Część odmawiała uzupełnienia skradzionych kabli w ramach kontraktów „utrzymaj standard” (dowód: zeznania M. Ż. (2) – protokół rozprawy z 20 lutego 2020 r. – 03:22:11 – k. 1300; pozew przeciwko (...)[w] aktach sprawy XXV C 1827/18).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dowodów z dokumentów prywatnych, wydruków dokumentów elektronicznych, nagrań audiowizualnych oraz zeznań świadków powołanych w treści uzasadnienia.

Oceniając wartość dowodową dokumentów prywatnych oraz wydruków należy wyjaśnić, że strony nie podważały ich zasadniczej treści. Pozostawały wyłączenie w sporze co do tego, czy w związku z faktem, iż brak działania poszczególnych latarni oświetlających drogę wynikał z kradzieży kabli oświetleniowych, osoby składające poszczególne oświadczenia zawarte w ich treści, były uprawnione w świetle wykładni spornego stosunku prawnego, do wysuwania takich a nie innych wniosków. Sąd przywoływał zatem treść poszczególnych dokumentów oraz wydruków wyłącznie na dowód tego, że osoba, która go podpisała lub wytworzyła, złożyła oświadczenie w nich zawarte (art. 245 k.p.c.). Ocena okoliczności poruszanych w treści rzeczonych dowodów, nastąpi w oparciu o całokształt okoliczności sprawy, zasady doświadczenia życiowego i logiki, w uzasadnieniu prawnym, w ramach procesu stosowania prawa.

Autentyczność złożonych przez powoda nagrań audiowizualnych, obrazujących proces kontroli poszczególnych odcinków drogi nie była podważana przez pozwanych. Także Sąd nie ma podstaw aby kwestionować „treść” tego dowodu. Inną rzeczą jest jednak to czy owy dowód pozwala na ustalenie okoliczności faktycznych, na które został powołany przez powoda. W ocenie Sądu z przyczyn wyłożonych w uzasadnieniu prawnym, przedmiotowe nagrania z kontroli są przydatne dopiero w zestawieniu z pozostałym materiałem dowodowym, na podstawie którego możliwe jest szczegółowe i precyzyjne oszacowanie nieświejących punktów oświetleniowych.

Pochylając się nad oceną zeznań przesłuchanych w sprawie świadków należy wyjaśnić, że Sąd uznał je za przydatne w zakresie w jakim świadkowie wypowiadali się o faktach. Zeznania świadków odnoszące się do konkretnych faktów, Sąd uznał za wiarygodne w świetle całokształtu okoliczności sprawy. Korelowały one bowiem z pozostałym materiałem dowodowym lub odnosiły się do okoliczności, które nie były między stronami sporne. Sąd pominął zeznania wszystkich świadków w części w jakiej, sprowadzały się do wyrażania własnych opinii, wykładni Umowy przez świadków. Rzeczone elementy oceny i wykładni Umowy, były zastrzeżone wyłącznie dla Sądu.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo podlegało w całości oddaleniu.

Na kanwie niniejszego postępowania powód dochodził od pozwanych zapłaty kwoty 1 516 000 zł tytułem kar umownych wynikających z kontraktu polegającego na całorocznym utrzymaniu drogi m.in. w zakresie oświetlenia drogowego. Powód jako Zamawiający zarzuca pozwanym jako Wykonawcy, iż ten nie utrzymał wymaganych przez treść łączącego strony zobowiązania, Standardów (I-III) dla oświetlenia Drogi. Z tego tytułu na podstawie §20 ust. 1 Umowy (k. 50) w zw. z Kartą Kar (pozycje „Oświetlenie” – dla Standardu I – k. 153) oraz „Inne roboty i usługi oraz wyznaczone w (...) terminy w Karcie Kar” – k. 160v), naliczył Wykonawcy sporne kary umowne.

Należy podkreślić, iż ze stanowiska powoda, a także ze zgodnych zeznań świadków – pracowników powoda wynika, iż powód dokonywał naliczania spornej kary umownej wobec pozwanych wyłącznie przy uwzględnieniu latarni, które nie świeciły jedynie z uwagi na kradzież kabla (zeznania świadka B. K. – k. 1271 – 1272 v., zeznania świadka S. W. – 1294 – 1296). Taki stan rzeczy nakazywał dokonanie oceny roszczenia powoda w kontekście tej tylko przyczyny braku oświetlenia na drodze.

Wyznaczając zakres okoliczności faktycznych mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia (przedmiotowo istotnych), wyraźnego podkreślenia wymaga, że mimo podnoszenia przez pozwanych szeregu dodatkowych zarzutów odnoszących się do przyczyn niedziałania lamp oświetleniowych (pierwotne usterki, wadliwość wykonania, zastosowania wadliwych materiałów), powód zasadności naliczenia wszystkich kar umownych określonych w notach obciążeniowych, upatrywał z faktu nie uzupełnienia przez Wykonawcę kabli oświetleniowych doprowadzających energię elektryczną do poszczególnych latarni, punktów oświetleniowych Drogi. Z tego też względu pierwszorzędne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy wobec treści kontraktu, Wykonawca miał obowiązek uzupełnienia skradzionego okablowania. Dopiero w przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, jako istotne, mające wpływ na wynik rozstrzygnięcia, jawiły się dalsze zarzuty pozwanych, zmierzające do podważenia wysokości naliczonych kar umownych. Koncentrowały się bowiem one na twierdzeniach wedle których nawet w przypadku uzupełnienia kabli oświetleniowych, latarnie zawierające pierwotne usterki i tak by nie świeciły, Standardy nie zostałyby utrzymane. Wykonawca nie odpowiadał natomiast za pierwotne usterki punktów oświetleniowych, wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania przez ich wykonawców w ramach odrębnych stosunków prawnych, związanych z procesem budowy drogi.

Ocenę roszczeń powoda należy rozpocząć od wskazania ich materialnoprawnej podstawy, którą stanowi art. 483 § 1 k.c. Wkomponowanie kary umownej w reżim odpowiedzialności kontraktowej oznacza, że należy się ona wtedy, gdy zrealizowane są ogólne warunki tej odpowiedzialności. W przypadku kary umownej należą do nich niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a jeżeli sprawca szkody odpowiada na zasadzie winy – zawinienie z jego strony. Kara umowna należy się zatem wierzycielowi wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), czyli – w braku odmiennych unormowań prawnych lub uzgodnień stron – gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), a więc z jego winy w jakiegokolwiek postaci (zob. m.in. wyrok SN z 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17, Legalis nr 1733719). W razie zastrzeżenia kary umownej na wypadek przekroczenia terminu spełnienia zobowiązania niepieniężnego, kara umowna należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik nie ponosi winy w przekroczeniu terminu (por. wyrok SN z 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44).

Wykładnia tych przepisów wskazuje zatem, że co do zasady, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 k.c. - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

O rozkładzie ciężaru dowodu w przypadku dochodzenia roszczeń z tytułu odpowiedzialności kontraktowej (w tym kary umownej) rozstrzyga art. 471 k.c. W świetle tego przepisu, odczytywanego zgodnie z wykładnią prezentowaną w orzecznictwie, ciężar dowodu w zakresie wykazania przez wierzyciela niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (co jest warunkiem sine qua non do możliwości obciążania dłużnika karą umowną), szkody oraz związku przyczynowego (dwie pozostałe przesłanki w ramach oceny roszczeń z tytułu kary umownej nie są, co do zasady istotne) spoczywa na dochodzącym roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powodzie. Dopiero w przypadku wykazania ww. przesłanek, powstaje domniemanie prawne, według którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest konsekwencją zawinionych działań lub zaniechań dłużnika. Aby uwolnić się od obowiązku naprawienia szkody dłużnik jest wówczas obowiązany udowodnić, że do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło w wyniku okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. uzasadnienie wyroku SN z 18 lutego 2009 r., I CSK 327/08, Legalis nr 242476).

Na etapie wykładni prawa mającej zastosowanie w ramach niniejszego procesu, poruszyć należy jeszcze jedno zagadnienie. Mianowicie kwestię zaostrzenia odpowiedzialności kontraktowej na podstawie art. 473 § 1 k.c. Według powoda, Wykonawca ponosił odpowiedzialność w każdym przypadku, gdy nie został osiągnięty rezultat w zakresie utrzymania standardów umownych, co do utrzymania oświetlenia. Sąd nie podziela tego twierdzenia. Strony zaostrzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika przez oderwanie jej od zasady winy muszą w umowie ściśle określić mające uzasadniać odpowiedzialność dłużnika okoliczności, niemieszczące się w granicach wyznaczonych przez art. 472 k.c. (zob. wyrok SN z 27 września 2013 r., I CSK 748/12, Legalis nr 736909; wyrok SN z 06 października 2010 r., II CSK 180/10, Legalis nr 406122). Analizując treść Umowy, w ocenie Sądu nie sposób przyjąć, aby pozwani przejęli na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponoszą.

W związku z powyższym powód nie był uprawniony do bezwarunkowego naliczania kar umownych w każdym przypadku nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, przejawiającego się w odstępstwach od Standardów oświetlenia Drogi. Pozwani w razie wykazania przez powoda niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, byli uprawnieni do podniesienia zarzutów braku winy w nienależyтым wykonaniu zobowiązania i prowadzenia postępowania dowodowego w kierunku wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w spornej części, wynikało z okoliczności za które nie ponoszą odpowiedzialności.

Pochylając się nad kwestią wykazania przez powoda, czy pozwani dopuścili się niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.), konieczne jest ustalenie, czy łączący strony stosunek prawny, nakładał w ogólne na Wykonawcę, obowiązek uzupełnienia skradzionego okablowania. Wobec rozbieżności stanowisk strony w omawianym aspekcie, wynikającym z odmiennego rozumienia postanowień kontraktu, Sąd zobligowany był dokonać wykładni Umowy.

Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli. W procesie jego wykładni podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, przy czym wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Mimo że argumenty językowe (gramatyczne) w świetle art. 65 § 2 k.c. nie mają decydującego znaczenia, to prawidłowa wykładnia umowy mającej formę pisemną nie może pomijać treści zwerbalizowanej na piśmie i nie może prowadzić do stwierdzeń sprzecznych z jej treścią. Należy mieć

także na uwadze to, że wykładnia oświadczenia woli służy jedynie uściśleniu użytych pojęć, nie zaś uzupełnieniu dostrzeżonych po złożeniu oświadczenia woli braków czy zmianie sensu użytych określeń i zwrotów. Dokonując wykładni umowy zawarte w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, należy mieć dodatkowo na uwadze, że obowiązkiem zamawiającego działającego na podstawie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 p.z.p.). Na tak przygotowanej dokumentacji bazuje wszakże przystępujący do przetargu, gdy ocenia, czy związanie się określonym kontraktem realizuje jego interesy ekonomiczne, dokonuje szacunkowego określenia wartości świadczenia, zakładanego zysku i na tej podstawie formułuje ofertę przetargową. Z uwagi na różnego rodzaju ograniczenia swobody stron w ramach stosunków prawnych nawiązanych na podstawie przepisów p.z.p. ustawodawca nałożył na podmioty podlegające reżimowi tej ustawy szereg obowiązków przedkontraktowych, których wykonanie ma zagwarantować przystępującemu do przetargu, że podejmie racjonalną decyzję co do związania się konkretną umową (z uwagi na przejmowane ryzyko wynikające z ryczałtowego wynagrodzenia), realizując przy tym założenia jawności i transparentności postępowania przetargowego (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 29 listopada 2019 r., XXV C 1827/17, Legalis nr 2271886, zob. też przytoczone w treści uzasadnienia tegoż wyroku orzecznictwo).

W uzupełnieniu do powyższych zapatrywań, co do wykładni stosunków umownych, dodać wypada, iż w judykaturze wypracowano także pogląd według którego jeżeli zastrzeżenie kary umownej znalazło się we wzorcu umów przyjętym przez strony (jak miało to miejsce w niniejszej sprawie), wówczas wykładnia postanowień dotyczących kar umownych powinna odbywać się z zachowaniem zasady ochrony prawnej kontrahenta autora wzorca lub strony, która wzorec ten załączyła jako warunki umowy. Zgodnie z tą zasadą umowa powinna być więc tłumaczona przy uwzględnieniu ochrony prawnej Wykonawcy (zob. uzasadnienie wyroku SN z 27 września 2013 r., I CSK 748/12, Legalis nr 736909).

Przed przystąpieniem do szczegółowej wykładni Umowy trzeba zaznaczyć, że obowiązek Wykonawcy utrzymania określonego Standardu na ustalonym poziomie, wchodził w rachubę pod warunkiem, że czynność potrzebna do utrzymania standardu wchodziła w zakres usług objętych Umową (por. §3 ust. 2 i 3 pkt 1, 7, 8 aktu Umowy oraz punkt 2 (...), pkt 4 (...)). Jeżeli danego zdarzenia faktycznego (ad causa – kradzież kabli) nie można zakwalifikować jako objętego Umową – umownego świadczenia Wykonawcy, to pozwani nie ponoszą odpowiedzialności za niedotrzymanie Standardu. Świadczenie którego spełnienie warunkuje utrzymanie standardu, nie wchodzi bowiem w ramy zobowiązania z którego powód wywodzi zasadność roszczenia a zapłatę kary umownej za nienależyte wykonanie Umowy.

Jak zaznaczono, przy wykładni umowy pierwszorzędne znaczenie ma jej literalne brzmienie. Posiłkując się tą zasadą, „bezpośrednim” dowodem świadczącym o objęciu zakresem Umowy „utrzymaj standard” także obowiązku Wykonawcy do uzupełniania skradzionych kabli elektrycznych, jest wskazanie konkretnego postanowienia umownego, obligującego Wykonawcę do takiego działania. Strona powodowa opierała się w tym zakresie na pkt 2.10 Załącznika nr 3 do (...) (k. 145-145v) według którego w ramach oceny utrzymania standardu w zakresie oświetlenia drogowego były poddawane m.in. „przewody elektryczne”.

Sąd nie podziela zapatrywań powoda, jakoby sformułowanie „przewód elektryczny” i „kabel elektryczny” stanowiły synonimy, zwłaszcza w sytuacji w której uczestnikami przetargu są profesjonalści. Z jednej strony podmiot przygotowujący i organizujący przetargi budowlane w ramach zamówień publicznych, z drugiej zajmujący się zawodowo wznoszeniem obiektów budowlanych. Ze względu na zakres podmiotowy i przedmiotowy Umowy, trzeba przyjąć założenie, iż w treści stosunku prawnego zawarte są określenia i wyrażenia specjalistyczne i techniczne, jednoznacznie zrozumiałe dla każdego profesjonalnego uczestnika procesu budowlanego. O ile w mowie potocznej zamienne stosowanie obu nazw jest ogólnie stosowane i dozwolone, to w przypadku profesjonalistów, mają one zupełnie inne znaczenie oraz zastosowanie. Zamawiający wymagał wszakże od potencjalnych wykonawców, aby przed złożeniem oferty, dokonali analizy dokumentacji technicznej (k. 108 – str. 1 (...)). Skoro uczestnicy przetargu dla ustalenia potencjalnego zakresu usług mieli posiłkować się dokumentacją techniczną, przyjąć należy, że poszczególne wyrażenia i zwroty opisujące w (...) elementy techniczne (o ile nie nadano im innego znaczenia w Umowie - vide:

słowniczek - pkt 1 (...) k. 108-108v), stanowią desygnaty rzeczy i określeń którymi posługuje się specjalistyczna branża budowlana.

Z opisów technicznych spornych pojęć, przywołanych przez obie strony należy wywieść, że kabel elektryczny jest szczególnym rodzajem przewodu elektrycznego, o szerszym zastosowaniu. Kabel składa się z jednego lub kilku (bądź kilkunastu) najczęściej osobno izolowanych przewodów umieszczonych we wspólnej powłoce lub osłonie. Cechuje się on szczególnymi parametrami oraz konstrukcją, szczelną i wzmocnioną izolacją. Przewód natomiast to prosty, jednożyłowy łącznik elektryczny, który może być, ale nie musi, osłonięty zwykle najprostszą możliwą izolacją, której zadaniem jest tylko i wyłącznie izolowanie żyły przewodzącej energię pod względem elektrycznym. Kable ze względu na ich mocniejszą budowę, odporność na warunki atmosferyczne stosuje się na zewnątrz (kable ziemne, napowietrzne). Przewody natomiast stosuje się przeważnie w zamkniętych i szczelnych przestrzeniach, ze względu na brak odporności na czynniki zewnętrzne i podatność na uszkodzenia mechaniczne.

Aby nakreślić konkretną różnicę techniczną między przewodem a kablem elektrycznym można posłużyć się prostym przykładem z życia codziennego. Wiedzą powszechną jest, że wewnątrz układów urządzeń elektrycznych znajdują się kolorowe przewody elektryczne (np. wewnątrz żelazka, miksera, odkurzacza, radia, puszek elektrycznej), rozprowadzające energię po urządzeniach, nieruchomościach, widoczne gołym okiem w przypadku rozkręcenia lub rozbicia obudowy. Ich wadliwa konstrukcja powoduje, że każdy rozsądny człowiek, intuicyjnie, stara się nie dotykać takich przewodów. Dotknięcie wieka puszki elektrycznej w domowej instalacji elektrycznej także nie budzi niepokoju związanego z ewentualnym porażeniem prądem. Usunięcie pokrywy domowej puszki elektrycznej i odsłonięcie przewodów elektrycznych, wywołuje niepokój związany z niebezpieczeństwem przypadkowego porażenia. Energię elektryczną do ww. urządzeń domowych dostarczają osłonięte tworzywem sztucznym, nieprzewodzącym prądu - kable elektryczne zakończone najczęściej wtyczkami doprowadzającymi prąd z gniazdka do urządzenia. Ich konstrukcja powoduje, że przeciętny użytkownik np. żelazka nie ma obaw przed jego dotknięciem, umieszczeniem wtyczki takiego kabla zasilającego w gniazdku elektrycznym. Nie zmienia to jednak faktu, że wewnątrz tych kabli, czy też puszek elektrycznych, aby możliwe było zamknięcie obwodu elektrycznego i tym samym zasilenie danego urządzenia, muszą znajdować się co najmniej dwa przewody elektryczne (czerwony – z potencjałem elektrycznym plus; niebieski lub czarny z potencjałem elektrycznym minus oraz ewentualnie tzw. uziemienie, przewód o kolorze brązowym).

Przytoczone przykłady z życia codziennego w połączeniu z wywodami stron, dają asumpt do przyjęcia, że pojęcia przewodu elektrycznego oraz kabla elektrycznego, w technicznym rozumieniu, nie są tożsame. Różnica ta uwidacznia się nawet w treści odmiennie wykładanego przez strony pkt 2.10 Załącznika nr 3d do (...) (k. 145-145v).

Zdaniem Sądu użycie w pkt 2.10 Załącznika nr 3d do (...) terminu „przewody elektryczne”, przy jednoczesnym zestawieniu z takimi elementami konstrukcyjnymi urządzeń jak „włazy kontrolne”, „pokrywy dostępu”, „pokrywy puszki przelotowej”, sugeruje, że chodzi w tym zapisie wyłącznie o przewody elektryczne znajdujące się wewnątrz urządzeń elektrycznych, do których dostęp zewnętrzny jest zabezpieczony „włazami kontrolnymi”, „pokrywkami dostępu”, „pokrywkami puszki przelotowej”. Określenie „przewodu elektrycznego” w powszechnie rozumianym technicznym aspekcie jak i w kontekście przytoczonego postanowienia umownego, nie obejmuje wkopanych w ziemię lub zamkniętych w peszlach kabli elektrycznych doprowadzających energię do latarni, punktów oświetleniowych. Ewentualne rozbieżności terminologiczne i techniczne, z przytoczonych na wstępie rozważań prawnych przyczyn, rozstrzygać należy na korzyść Wykonawcy.

W kontekście sporu stron, w zakresie rozróżnienia przewodu elektrycznego od kabla elektrycznego, zwrócić należy dodatkowo uwagę, że w przetargu zorganizowanym przez powoda na uzupełnienie skradzionych elementów oświetlenia, posługiwano się już i rozróżniano pojęcia kabli elektrycznych oraz przewodów. W kolejnym przetargu na utrzymanie spornej części Drogi, powód nie tylko wyodrębnił pojęcia przewodów i kabli elektrycznych, ale wskazał wprost w (...), że przedmiot umowy obejmuje także uzupełnianie skradzionych kabli i przewodów. Potwierdza to pośrednio zapatrywania, że obu tych terminów, z punktu widzenia technicznego nie sposób traktować jako synonimów.

Sąd nie podziela wykładni Umowy zaprezentowanej przez powoda także z innych przyczyn. Nie ulega wątpliwości, że Umowa „utrzymaj standard” zawiera jedynie przykładowy katalog usług do których wykonania obowiązany był Wykonawca. Świadczy o tym treść punktów nr 2 i 4 (...), wskazująca, że przedmiotem świadczenia jest bieżące utrzymanie Drogi w należyłym stanie – wynikającym z normalnej eksploatacji, ruchu pojazdów mechanicznych, wypadków drogowych, zderzeń ze zwierzętami, zużycia elementów eksploatacyjnych drogi, uzupełnienie oznakowania poziomego i pionowego - siatek i bram ogradzających pas drogowy (elementy zewnętrzne, łatwo dostępne, narażone na kradzież i zniszczenie przez warunki pogodowe, migrację zwierząt), bieżąca konserwacja urządzeń technicznych, wyposażenia technicznego celem utrzymania gwarancji producenta, warunków meteorologicznych (odsnieżanie itp.), utrzymanie czystości w M..

Z zaprezentowanego wyliczenia, z uwagi na użyte przykłady stanowiące desygnaty pojęcia „bieżącego utrzymania Drogi” wywieść jednak trzeba, że katalog usług świadczonych przez Wykonawcę, nie ma charakteru bezwzględnego, nieograniczonego. Wywiedzenie takiego wniosku pozostawałoby w sprzeczności z wykładnią art. 29 p.z.p., a także postanowieniami umownymi (w tym str. 1-2 (...)). Podstawowe kryterium oceny czy dana usługa wchodzi w zakres zleconych czynności zależy od odpowiedzi na dwa pytania. Po pierwsze czy została ona wprost wymieniona w (...) (np. kradzież znaków drogowych – powszechny swego czasu proceder). Po wtóre czy ze względu na cel umowy zakreślony w przykładowym katalogu usług, parametry techniczne, konstrukcję Drogi, profesjonalny wykonawca na etapie składania oferty (art. 355 § 2 k.c.), mógł racjonalnie zakładać wystąpienie danego czynnika zewnętrznego, obligującego go do świadczenia na rzecz Zamawiającego.

Zdaniem Sądu rozsądnie i rzeczowo kalkulujący ofertę wykonawca (każdy profesjonalny podmiot pełniący tą rolę), nie mógł zakładać w ramach ryzyka kontraktowego wynikającego z wynagrodzenia ryczałtowego, kradzieży kabli elektrycznych wkopanych w grunt lub zabezpieczonych w odpowiednich peszlach z tworzywa sztucznego, zabezpieczonych przed warunkami atmosferycznymi, przypadkowym mechanicznym uszkodzeniem lub porażeniem osób postronnych. Bacząc na charakter katalogu usług zwarty w pkt 2, 4 (...) (w skrócie - bieżąca eksploatacja), treść §3 ust. 1 aktu Umowy wyrażenie „wszystkie włązy kontrolne, pokrywy dostępu, przewody elektryczne lub pokrywy puszeki przelotowej muszą znajdować się na miejscu i być właściwie zabezpieczone” należy rozumieć w kontekście normalnego użytkowania wynikającego z przeznaczenia Drogi: związanego z ruchem pojazdów mechanicznych, odsnieżaniem Drogi przez ciężki sprzęt (pługopiaskarki) – przypadkowe uszkodzenia latarni, kabli; działalnością zwierząt (przegryzienie, wykopanie kabla), warunkami atmosferycznymi (np. wymycie przez wodę ziemi wokół latarni, odsłonięcie kabla, uderzenie przez piorun); robotami prowadzonymi w pasie drogowym (np. stawianie nowego oznakowania, likwidacja skutków wypadków drogowych); konserwacją Urządzeń technicznych lub Wyposażenia technicznego, napraw gwarancyjnych.

Zwrócić należy także uwagę, że Zamawiający, stara się przerzucić na Wykonawcę ekonomiczny ciężar uzupełnienia skradzionego okablowania latarni drogowych, mimo, że obowiązkiem Wykonawcy nie była poza wyjątkami wymienionymi enumeratywnie w Umowie, ochrona mienia Zamawiającego. Wykonawca nie miał obowiązku patrolowania Drogi w celu zapobiegania kradzieżom. Kontrakt nie przewidywał zapewnienia przez Wykonawcę personelu oraz urządzeń pozwalających na przeciwdziałanie kradzieżom (zob. pkt 4 i 5 (...) k. 115v-117). Nie można zatem przypisywać Wykonawcy niedołożenia należytej staranności w zakresie przeciwdziałania kradzieżom bądź obciążać go pośrednio (poprzez naliczanie kar za niedotrzymanie standardu) odpowiedzialnością za kradzież mienia, którego ochrona nie leżała w gestii obowiązków kontaktowych Wykonawcy.

Także z przedstawionych przez strony dowodów na okoliczność sposobu realizacji kontraktu, należy wywieść, że Wykonawca podejmował się świadczeń o charakterze eksploatacyjnym, wynikającym z ruchu pojazdów (wypadki, zderzenia z infrastrukturą drogową, migracja zwierząt) czy też warunków atmosferycznych. Powód wskazywał na wymianę przez Wykonawcę niewymienionych enumeratywnie w Umowie osłon energochłonnych, poduszek bezpieczeństwa. Zwrócić trzeba jednak uwagę, że zostały one uszkodzone w wyniku zdarzeń drogowych, ich wymiana była następstwem normalnego użytkowania Drogi. Z ruchem pojazdów mechanicznych nieodłącznie związane jest ryzyko kolizji. Każdy rozsądnie kalkulujący ofertę potencjalny wykonawca, wziąłby pod rozwagę przy kalkulacji oferty

ryzyko uszkodzenia infrastruktury drogowej, w wyniku kolizji i wypadków, nawet jeżeli nie zawiera go przykładowy katalog usług wymieniony w (...).

Tym samym Sąd w składzie rozpoznającym roszczenie powoda, podziela wykładnię zaprezentowaną we wspomnianym wyroku tut. sądu w sprawie XXV C 1827/17. Przedmiotowe orzeczenie dotyczyło niemal identycznych okoliczności (kradzież kabli do oświetlenia latarni) w ramach innej podobnej umowy „utrzymaj standard” w zakresie oświetlenia, dla drogi krajowej nr (...) (tyle że na odmiennym odcinku tej drogi).

Zaprezentowana wykładnia Umowy oraz przytoczone okoliczności faktyczne, stanowiły asumpt do oddalenia w całości roszczenia powoda z tytułu zapłaty kar umownych. Skoro pozwani nie mieli obowiązku uzupełnienia skradzionego okablowania dostarczających energię elektryczną do punktów oświetleniowych, nie mogą ponosić odpowiedzialności za niedotrzymanie warunków Umowy w zakresie utrzymania ustalonych Standardów nr I-III w zakresie oświetlenia drogowego.

Nawet jednak w przypadku uznania, że pozwani mieli obowiązek uzupełnienia skradzionych kabli w ramach utrzymania Standardów nr I-III w zakresie oświetlenia drogowego, to w ocenie Sądu powództwo w takim przypadku zasługiwałoby jedynie na częściowe uwzględnienie.

Pochylając się hipotetycznie nad tym dodatkowym elementem sporu, zdaniem Sądu należałoby przyjąć, że powód nie wykazał zakresu nienależytego wykonania zobowiązania co do braków oświetlenia drogi ujętych w protokołach kontroli nr 121-122. Powództwo podlegałoby oddaleniu w części obejmującej żądanie zapłaty kwoty 959 000,00 zł. Według Sądu dowody zaoferowane w toku postępowania, nie pozwalałyby na jednoznaczne i precyzyjne stwierdzenie, które dokładnie punkty oświetleniowe ww. zakresie nie działały w momencie dokonywania przez Zamawiającego owych kontroli. Sąd nie byłby w stanie w związku z tym określić liczby niedziałających punktów oświetleniowych, a co za tym idzie, oszacować czy pozwani nie zachował Standardów I i II oświetlenia na badanych odcinkach Drogi.

Przedłożone przez powoda protokoły kontroli nr 121 i 122, w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, są w zdaniem Sądu niewystarczające do wykazania, nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanych. Zwrócić trzeba uwagę, że ograniczają się one wyłącznie do oświadczenia przedstawicieli Zamawiającego jakoby więcej niż 10% wszystkich punktów oświetleniowych nie działało efektywnie. Brak jest jednak bardziej szczegółowych danych, protokołów zawierających rozmieszczenie na planach projektowych Drogi niedziałających punktów oświetleniowych, w oparciu o które możliwym byłoby oszacowanie ich liczby i sprawdzenie, czy faktycznie przekroczone 10% poziom odstępstwa od Standardów, warunkujący naliczanie Wykonawcy punktów karnych. Bierność dowodowa powoda w omawianym zakresie jest tym bardziej zastanawiająca, gdy weźmie się pod rozwagę, że według zeznań świadków strony powodowej, takowe dokumenty zostały wygenerowane przez Zamawiającego. Mimo zeznań świadków a także zarzutów pozwanych, którzy kwestionowali od początku przedmiotowe protokoły kontroli, powód nie przedstawił szczegółowej dokumentacji z kontroli. Żaden natomiast ze świadków nie był w stanie oznaczyć precyzyjnie na planach Drogi niedziałających punktów oświetleniowych.

Wiarygodnym dowodem na okoliczność nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, nie mogły być również złożone przez powoda Dzienniki z objazdów Wykonawcy. Wpisów w tych dokumentach dokonywali bowiem przedstawiciele Zamawiającego. Wykonawca każdorazowo kwestionował działania i wnioski stawiane przez Zamawiającego.

Prawdziwość twierdzeń powoda o rzekomych odstępstwach od Standardów I i II, prawidłowość wyliczeń Zamawiającego w protokołach kontroli nr 121-122, podważają także okoliczności w których doszło do przekazania Wykonawcy przedmiotu Umowy. Pozwani złożyli do akt projekt protokołu przekazania Drogi wedle którego, w okresie jej przekazania Wykonawcy, nie działało ponad 100 punktów oświetleniowych. Protokół ten nie został wprawdzie podpisany, jednakże wszyscy świadkowie uczestniczący w przekazywaniu Drogi (zeznający w niniejszym procesie), potwierdzili, że strony przygotowywały tego rodzaju dokument odbiorowy jednak Zamawiający odmówił finalnie jego podpisania. Według świadków nie tylko pozwanych, ale także strony powodowej, na dzień przekazania przedmiotu Umowy, duża część punktów oświetleniowych nie działała ze względu na usterki gwarancyjne. Zdaniem

Sądu Wykonawca nie może odpowiadać za procentowe utrzymanie Standardów w sytuacji, gdy przedmiot Umowy posiada wady fizyczne powstałe przed przekazaniem Drogi w utrzymanie pozwany. Takie wady nie wynikają bowiem z bieżącej eksploatacji drogi, nie były wynikiem normalnego zużycia się z biegiem czasu prawidłowo wykonanych, działających elementów Drogi.

W świetle całokształtu okoliczności sprawy, należałoby natomiast przyjąć, że powód wykazał w sposób niebudzący wątpliwości fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, w zakresie utrzymania Standardu III oświetlenia Drogi tj. co do części roszczenia opiewającego na kwotę 412 000,00 zł. Dokumentacja z kontroli objętej protokołem nr (...), jest dużo bardziej szczegółowa. Strona powodowa przedstawiła także nagranie wideo z teje kontroli. Pozwani przyznali, że Standard III nie został utrzymany. Wskazywali jedynie (a strona powodowa temu nie zaprzeczyła), że Standard III nie został utrzymany na skutek kradzieży kabli elektrycznych.

Hipotetyczny charakter mają także poczynione poniżej rozważania Sądu odnoszące się do zarzutu pozwanych o miarkowaniu wysokości kary umownej.

Możliwość miarkowania kar umownych w odniesieniu do umów zawieranych w oparciu o przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie budzi większych wątpliwości. Pogląd ten wprost wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2007 r., (I CSK 270/07, Lex nr 530614), słusznie stwierdzając m.in., że "artykuł 144 Prawa zamówień publicznych nie wyłącza w żadnym wypadku regulacji kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu".

Przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej jest materialnoprawnym środkiem jego obrony przed żądaniem wierzyciela zapłaty tej kary. W świetle art. 6 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. dłużnika obciąża obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniają miarkowanie kary umownej, a zgodnie z art. 232 k.p.c. obowiązany jest on wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. W konsekwencji należy przyjąć, że dłużnik kary umownej obowiązany jest wskazać i udowodnić podstawę faktyczną tego żądania, a więc przynajmniej jedną z przesłanek art. 484 § 2 k.c., uzasadniającą miarkowanie kary. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Dopuszczalne jest uwzględnianie stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną (zob. m.in. wyrok SN z 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, Lex nr 1365722).

Bacząc na wykładnie powołanego przepisu oraz wypracowane w orzecznictwie kryteria miarkowania kar umownych, według Sądu, zarzut pozwanych należałoby częściowo uwzględnić. Powód dochodzi od pozwanych zapłaty świadczenia przekraczającego 1,5 miliona złotych. Wartość poniesionych kosztów wynikających z przywrócenia oświetlenia drogowego na skutek kradzieży kabli elektrycznych, opiewa na 596 636,10 zł. Za zasadną należałoby w związku z tym przyjąć kwotę odpowiadającą maksymalnie wysokości poniesionych przez Zamawiającego kosztów na uzupełnienie spornego okablowania. Jako kryterium uznania sędziowskiego, należałoby wziąć pod rozwagę specyfikę tego kontraktu, fakt, iż Umowa zawierała przykładowy katalog usług, nie pozwalała Wykonawcy na jednoznaczne przyjęcie odpowiedzialności za kradzież kabli elektrycznych, którego skala była znaczna.

Na koniec niniejszych wywodów, powtórzyć należy, że powództwo podlegało w całości oddaleniu, z przyczyn wyłożonych w pierwszej, głównej części uzasadnienia prawnego. Sąd przyjął, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności kontraktowej za braki w punktach oświetleniowych Drogi, w sytuacji gdy brak oświetlenia jest wynikiem kradzieży kabli energetycznych. Według Sądu uzupełnianie skradzionych kabli elektrycznych nie było w ogóle objęte przedmiotem Umowy.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 i 3 k.p.c., które pozwane wygrały w całości. Na podstawie art. 108 kpc Sąd pozostawił wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Z powołanych względów rozstrzygnięto jak w sentencji wyroku.