

Sygn. akt V GC 24/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 stycznia 2016 roku

Sąd Rejonowy w Elblągu V Wydział Gospodarczy w składzie następującym:

Przewodniczący- SSR Marlena Brzozowska

Protokolant- stażysta J. T.

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2016 roku w Elblągu

na rozprawie

sprawy z powództwa Powiatu (...)

przeciwko Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Usługowe i Handlowe (...) S Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B.

o zapłatę

oraz sprawy z powództwa wzajemnego Przedsiębiorstwa Produkcyjnego, Usługowego i Handlowego (...) S Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B.

przeciwko Powiatowi (...)

o unieważnienie umowy

I. zasądza od pozwanego Przedsiębiorstwa Produkcyjnego, Usługowego i Handlowego (...) S Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz powoda Powiatu (...) kwotę 5 597,00 zł (pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22.02.2013 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1 480,00 zł (jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

III. nakazuje ściągnąć od pozwanego Przedsiębiorstwa Produkcyjnego, Usługowego i Handlowego (...) S Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Rejonowego w Elblągu kwotę 2 036,21 zł (dwa tysiące trzydzieści sześć złotych dwadzieścia jeden groszy);

IV. oddała powództwo wzajemne;

V. zasądza od powoda wzajemnego Przedsiębiorstwa Produkcyjnego, Usługowego i Handlowego (...) S Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz pozwanego wzajemnego Powiatu (...) kwotę 1 200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

UZASADNIENIE

Powód Powiat (...) domagał się zasądzenia od pozwanej Przedsiębiorstwa Produkcyjno, Handlowo, Usługowego (...) S Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. części kary umownej w wysokości 5.597,00 zł, odpowiadającej 1% kary umownej naliczonej przez powoda za opóźnienie w realizacji przez pozwaną umowy o roboty budowlane na wykonanie instalacji solarnej w sześciu obiektach użyteczności publicznej, których termin zakończenia nie został przez pozwaną dotrzymany. Powód ponadto domagał się ustawowych odsetek za opóźnienie od dnia 22 lutego 2013 r. oraz zwrotu kosztów procesu. W uzasadnieniu powód podniósł, że pozwana oddała prace z 24-dniowym opóźnieniem,

co uprawniało powoda do naliczenia kary umownej w wysokości 2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia w wysokości 559.721,91zł. Pozwana pomimo wezwania do zapłaty kary umownej nie uiszczała, również złożony przez powoda wniosek o zawiązanie do próby ugodowej nie doprowadził do zawarcia ugody.

W dniu 17 grudnia 2013r. Sąd Rejonowy w Elblągu wydał nakazy zapłaty w postępowaniu upominawczym, nakazując pozwaną zapłacić kwoty dochodzonej pozwem wraz z odsetkami ustawowymi i kosztami procesu w wysokości 1.287,00 zł. W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, jednocześnie wytoczyła przeciwko Powiatowi (...) powództwo wzajemne domagając się unieważnienia zmiany umowy o roboty budowlane dokonanej aneksem nr (...) z dnia 31.05.2012 r. w zakresie wysokości kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Uzasadniając swoje stanowisko pozwana podniosła, że niedotrzymanie terminu wykonania robót nie było przez nią zawinione, wynikało z przyczyn nieleżących po stronie pozwanej, lecz było związane z niekompletnością i nieprawidłowością dokumentacji projektowej oraz z wystąpieniem robót dodatkowych i utrudnieniami w realizacji prac w budynkach (...) w R. i (...) w T.. Pozwana wyjaśniła, że po rozpoczęciu realizacji umowy okazało się, że dokumentacja projektowa dostarczona przez powoda w oparciu, o którą pozwana była zobowiązana wykonywać prace posiadała wady, w szczególności nie zawierała dokumentacji wykonawczej konstrukcji mocującej płyty solarne na poszczególnych obiektach, co stwierdzono 10 maja 2011 r. Powód zobowiązał się do uzupełnienia dokumentacji, jednak czynił to opieszale. W trakcie realizacji prac powód wprowadził zmiany do dokumentacji projektowanej w zakresie usytuowania i sposobu montażu płyt kolektorowych na poszczególnych dachach, co skutkowało brakiem możliwości dotrzymania pierwotnego terminu realizacji umowy. Dla ratowania rozpoczętej inwestycji dokonano korekty rozwiązań na budowie oraz zmiany lokalizacji paneli solarnych. W ocenie pozwanej, gdyby dokumentacja projektowa od początku była opracowana w sposób kompleksowy, nie doszłoby do konfliktu między stronami, utrudnień oraz konieczności przeprowadzenia robót dodatkowych. Zdaniem pozwanej, postępowanie powoda od początku realizacji inwestycji było nieprawidłowe i ostatecznie doprowadziło do wykonania umowy po terminie, o czym świadczy brak formalnego uregulowania kwestii robót dodatkowych, pomimo wielokrotnych wniosków pozwanej i potwierdzenia potrzeby wykonania tych prac przez inspektorów nadzoru budowlanego oraz nie przedłużenie terminu wykonania umowy pomimo obiektywnych przeszkód uniemożliwiających dotrzymanie wyznaczonego terminu.

Uzasadniając pozew wzajemny pozwana - powódka wzajemna powołała się na art. 144 ust 1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych argumentując, że zmiana umowy dokonana aneksem nr (...) nie była przewidziana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani ogłoszeniu o zamówieniu, więc nie była dopuszczalna, co oznacza, że kara umowna winna być naliczona według pierwotnego brzmienia nadanego umową o roboty budowlane tj. w wysokości 0,5% wynagrodzenia należnego za dany obiekt, maksymalnie do 10% wynagrodzenia. Podniosła też, że przedmiotem zamówienia było wykonanie robót budowlanych obejmujących instalację solarną na sześciu różnych obiektach użyteczności publicznej, formularz ofertowy stanowiący załącznik do specyfikacji przewidywał cenę za wykonanie przedmiotu umowy odrębnie dla każdego obiektu, również wykonanie prac na każdym obiekcie miało być traktowane odrębnie, w szczególności w zakresie procedury odbioru robót oraz ich rozliczenia. Do specyfikacji zamówienia dołączony był wzór umowy, jednak część jego postanowień została pominięta lub zmieniona w umowie zawartej przez strony w dniu 14.04.2011 r., w związku z czym umowa była dwukrotnie aneksowana w celu doprecyzowania rozumienia treści umowy i dostosowania jej postanowień do wzorca umowy dołączonego do SIWZ. Zdaniem pozwanej - powódki wzajemnej, zgodnym zamiarem stron było odrębne traktowanie każdego z obiektów i takie rozumienie postanowień umowy również odbiorów i zapłaty wynagrodzenia, co znalazło odzwierciedlenie w aneksach. Taka interpretacja postanowień umowy znajdowała przełożenie na postanowienia dotyczące kary umownej za opóźnienie w oddaniu obiektu, która winna być wyliczona w oparciu o wysokości wynagrodzenia za wykonanie danego obiektu, a nie od łącznej wysokości wynagrodzenia. Takie rozumienie zapisów umowy był między stronami bezsporne w trakcie jej wykonania, gdyż każdy z obiektów został odebrany na podstawie odrębnego protokołu i wynagrodzenie za wykonanie każdego obiektu wypłacone zostało na podstawie odrębnej faktury. Odzwierciedlała to też pierwsza nota obciążeniowa wyliczona od wynagrodzenia za dwa obiekty oddane po

terminie, a dopiero później powód skorygował notę i wyliczył karę od wartości całego umówionego wynagrodzenia, tj. łącznie za wszystkie obiekty objęte umową. Ponadto zdaniem pozwanej - powódki wzajemnej, powód-pozwany wzajemny niesłusznie pominął postanowienia odnośnie maksymalnej górnej granicy kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia należnego wykonawcy za dany obiekt oraz bezzasadnie zastosowała stawkę 2% w sytuacji, gdy zmiany te są dotknięta nieważnością. Podniosła, że zmiana kary umownej w zakresie dokonanym nie była uzgodniona przez strony przy podpisywaniu aneksu, a pozwana została wprowadzona w błąd przez powoda - pozwanego wzajemnego. Aneks do umowy, którego dotyczy pozew wzajemny został przygotowany przez powódkę bez możliwości zapoznania się z jego treścią przez prezesa spółki i został podpisany po zapewnieniach, że zmiany dotyczą tylko i wyłącznie kwestii wcześniej omawianych przez strony, których przedmiotem nie była wysokość kary umownej. Z daleko idącej ostrożności pozwana podniosła zarzut miarkowania kary umownej, argumentując, że powód nie poniósł żadnej szkody w związku z oddaniem obiektu po umówionym terminie, umowa została w całości wykonana, przekroczenie terminu umownego nastąpiło z winy powoda a kara umowna jest rażąco wygórowana i zmierza do pozbawienia pozwanej wynagrodzenia za wykonane prace.

W odpowiedzi na sprzeciw i pozew wzajemny powód - pozwany wzajemny podtrzymał swoje stanowisko, wniósł o oddalenie powództwa wzajemnego. Jego zdaniem nie ma podstaw prawnych ani faktycznych do unieważnienia zmiany umowy w zakresie wysokości kary umownej. Zmiana wysokości kary umownej, jak również rezygnacja z jej górnej granicy nie jest według powoda istotną zmianą umowy w rozumieniu art. 144 ust 1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdyż w żadnej mierze nie ogranicza konkurencyjności zamówienia na jakimkolwiek z jego etapów. Pozwany wzajemny podniósł, że pozwana nie miała obowiązku podpisywania aneksu w takim brzmieniu, a jako profesjonalista winna przewidzieć konsekwencje swoich decyzji. Zaprzeczył również, aby nie uzgadniał z pozwaną treści zmian umowy, przeciwnie strony dyskutowały na temat wysokości kary umownej. Powód nie nakłaniał, ani nie popędzał pozwanej przy podpisywaniu aneksu, a z uwagi na niewielką ilość tekstu pozwana mogła się z nim zapoznać. Pozwany wzajemny zaprzeczył też, aby w toku realizacji inwestycji zwlekał z wyrażeniem stanowiska w jakiegokolwiek sprawie i wskazał, że budowa konstrukcji wsporczych paneli solarnych nie stanowiła robót dodatkowych i winna być skalkulowana przez wykonawcę, jako element zadania. Według powoda przyczyną opóźnienia w realizacji zadania nie były braki dokumentacji projektowej, roboty dodatkowe czy brak stanowiska powoda w tej sprawie, ale tylko i wyłącznie brak zaangażowania przez pozwaną odpowiedniej ilości sił i środków niezbędnych do terminowego wykonania zadania.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny

Starostwo Powiatowe w E. dnia 14 stycznia 2011 r. w trybie ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych ogłosiło przetarg nieograniczony na wykonanie instalacji solarnej w ramach projektu pt. „Zmniejszenie zużycia energii poprzez budowę kolektorów słonecznych w całorocznych obiektach użyteczności publicznej powiatu (...)” w sześciu obiektach użyteczności publicznej: Zakładzie (...) w K., (...) Ośrodku (...) w K., Domu Pomocy Społecznej w T., Domu Pomocy Społecznej (...) we W., Domu Pomocy Społecznej w R. oraz w Zespole Szkół (...) w P.. Kryterium oceny ofert była najniższa cena. Zakres robót określały projekty budowlane, specyfikacje techniczne wykonania i odbiory robót budowlanych oraz przedmiary robót stanowiące załączniki do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przedmiot zamawiania obejmował zakup i montaż instalacji solarnej w skład, której wchodzi m.in. płaskie kolektory słoneczne wykorzystujące energię słoneczną dla przygotowania ciepłej wody użytkowej. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidziano następujące terminy realizacji robót dla poszczególnych obiektów:

- w Zakładzie (...) w K. - 1.07.2011 – 31.08.2011 r.,
- w (...) Ośrodku (...) w K. - 1.04.2011 r.– 30.06.2011 r.,
- w Domu Pomocy Społecznej w T. - 1.07.2011r. – 31.08.2011 r.,
- w Domu Pomocy Społecznej (...) we W. - 1.07.2011. r. - 31.08.2011 r.,

- w Domu Pomocy Społecznej w R. - 1.04.2011 r. – 30.06.2011 r.,
- w Zespole Szkół (...) w P. - 1.04.2011 r. - 30.06.2011 r.

Załącznikami do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia był formularz oferty, wykaz wykonywanych robót, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, projekt umowy, specyfikacja wykonania i odbioru robót budowlanych poszczególnych obiektów, projektu budowano – wykonawczy instalacji solarnej ciepłej wody użytkowej dla tych obiektów i przedmiary robót

/dowód: ogłoszenie k. 178-184, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia k. 185-196, wzór umowy k. 197-202/

W ogłoszeniu o przetargu przewidziano udzielenie zamówień uzupełniających odnośnie robót dodatkowych, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwych do przewidzenia, potwierdzanych protokołem konieczności, których zakres nie przekroczy 50 % podstawowego zamówienia.

Zamawiający zastrzegł dopuszczalność zmiany postanowień umowy określając warunki tych zmian. Przewidziano możliwości istotnych zmiany postanowień umowy w stosunku do treści ofert na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy w następującym zakresie:

- terminu realizacji zamówienia w przypadku opóźnienia w przekazaniu placu budowy, opóźnienia zamawiającego w zakresie dokonywania odbiorów i prób końcowych, zawieszenia robót przez zamawiającego, wyjątkowo niesprzyjających warunków atmosferycznych, nagłych przerw w dostawie energii elektrycznej, lub innych przeszkód uniemożliwiających prowadzenie robót, za które nie odpowiada wykonawca, konieczność wykonania robót dodatkowych,
- wysokości wynagrodzenia w przypadku rezygnacji z części robót, jeśli taka rezygnacja będzie niezbędna do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy – o wartość niewykonanych prac,
- zmiany w projekcie budowlanym i wykonawczym na etapie wykonywania umowy w zakresie przedmiotu zamówienia nie powodujące wykroczenia poza jego pierwotny opis: zmiana parametrów technicznych przyjętych rozwiązań, zmiany w zakresie wykonania instalacji solarnej.

Warunkiem dokonania zmian było inicjowanie zmian na wnioski wykonawcy lub zamawiającego i ich uzasadnienie prawidłową realizacją przedmiotu umowy, obniżeniem kosztów, zapewnieniem optymalnych parametrów technicznych i jakościowych robót. Formą dokonania zmian miał być aneks do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

/dowód: ogłoszenie o przetargu k. 178-184/

W postępowaniu przetargowym oferty złożyło 8 podmiotów, w tym Przedsiębiorstwo Produkcyjno, Handlowo, Usługowe (...) S Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B.. Spółka złożyła oświadczenie, że akceptuje w całości wszystkie warunki zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zaoferowała wykonania zamówienia przy zastosowaniu następujących kosztów jednostkowych:

- w Zakładzie (...) w K. - 135.602,65 zł netto, 166.791,25 zł brutto,
- w (...) Ośrodku (...) w K. - 150.097,90 zł netto, 162.105,73 zł brutto,
- w Domu Pomocy Społecznej w T. - 305.557,19 zł netto, 330.001,77 zł brutto,
- w Domu Pomocy Społecznej (...) we W. - 122.958,55 zł netto, 132.795,23 zł brutto,
- w Domu Pomocy Społecznej w R. - 130.882,37 zł netto, 141.352,95 zł brutto

- w Zespole Szkół (...) w P. - 215.778,17 zł netto, 233.040,43 zł brutto,

Łącznie 1.060.876,83 zł netto (brutto 1.166.087,37 zł). Pozwana wskazała, że ceny jednostkowe zawierają wszelkie koszty.

/dowód: formularz ofertowy k. 503-204/

Starostwo Powiatowe, jako wykonawcę zamówienia wybrano konsorcjum firm PPHU (...) z E. i (...) Sanitarne i Grzewcze W. M., z K.. Oferta pozwanej została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z powodu niezgodności z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która polegać miała na zaproponowaniu zastosowania materiałów równoważnych - kolektorów firmy (...), których obudowa solarna jest wykonana z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie. Na skutek odwołania złożonego przez pozwaną od decyzji wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2011 r. sygn. akt KIO 545/11 odwołanie zostało uwzględnione, uznano za zasadne zarzuty dotyczące naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nieuprawnione odrzucenia oferty pozwanej.

Powódka ponownie przeprowadziła ocenę ofert i wybrała ofertę pozwanej. Dnia 14.04.2011r. strony zawarły umowę o roboty budowlane na wykonanie instalacji solarnej w sześciu budynkach, tj. Zakładzie (...) w K., (...) Ośrodku (...) w K., Domu Pomocy Społecznej w T., Domu Pomocy Społecznej (...) we W., Domu Pomocy Społecznej w R. oraz w Zespole Szkół (...) w P..

/dowód: wyrok (...) z dnia 28.03.2011 r. k. 205-219, zawiadomienie o wyborze oferty k. 220-221, zawiadomienie o terminie i miejscu zawarcia umowy k 222-223, umowa z dnia 14.04.2011 r. k. 9-11v /

Zgodnie z postanowieniami umowy pozwana, jako wykonawca miała wykonać prace zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Szczegółowy zakres rzeczowy robót określał opis przedmiot zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, oferta przetargowa i formularz oferty, stanowiące załączniki do umowy (§ 1 ust. 2 i 3, § 3 ust 1 umowy). Wykonawca nie miał prawa dokonywać żadnych zmian bez wyraźnego pisemnego polecenia zamawiającego. Zastrzeżono, że wykonawcy nie należy się wynagrodzenie za dodatkowe prace wykonane bez uzgodnienia (§4 pkt 1 i 2).

Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia ustalono na dzień przekazania pozwanej przebudowanych pomieszczeń, a termin wykonania całości robót określono na 20 września 2011 r. (§ 1 ust. 4 i § 7 umowy). Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy najpóźniej w terminie 3 dni od wejścia w życie umowy powód miał przekazać pozwanej kompletną kopię dokumentacji technicznej i projektowej konieczną do wykonania powierzonych prac budowlanych i udostępnić teren budowy. Przewidziano, że wykonawcy przysługuje prawo przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy o czas trwania przeszkody w przypadku opóźnienia zamawiającego w przekazaniu placu budowy, opóźnień zamawiającego w zakresie dokonania odbiorów i prób końcowych, zawieszenia robót przez zamawiającego, wyjątkowo niesprzyjających warunków atmosferycznych, nagłych przerw w dostawie energii elektrycznej, innych przeszkód uniemożliwiających prowadzenie robót, za które nie odpowiada wykonawca. Kolejną przyczyną przedłużenia terminu zakończenia prac przewidzianą w § 4 umowy była konieczność wykonania prac dodatkowych, które wykonawca mógł wykonać w przypadku wyraźnego pisemnego polecenia zamawiającego, zastrzeżono, że za prace dodatkowe wykonane bez uzgodnienia wynagrodzenie się nie należy. Wykonawca obowiązany był wykonać roboty dodatkowe, których konieczność wykonania nastąpi w toku realizacji robót, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwych do przewidzenia potwierdzanych protokołem konieczności, których zakres nie przekroczy 50% podstawowego zamówienia, na podstawie dodatkowego zamówienia udzielonego w trybie art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przewidziano, że termin wykonania umowy może zostać odpowiednio przesunięty, gdyby konieczność wykonania robót dodatkowych uniemożliwiała bądź utrudniała realizację prac objętych umową chyba, że konieczność wykonania dodatkowych robót wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zakończenie, rozliczenie i przyjęcie wykonania robót objętych umową i ewentualnych robót dodatkowych miało zostać potwierdzone sporządzeniem protokołu odbioru robót, z udziałem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego zamawiającego i Kierownika budowy wykonawcy. Strony ustaliły, że przedstawicielem powoda na budowie będzie M. K. (1) oraz powołany przez zamawiającego inspektor nadzoru, zaś przedstawicielem pozwanej na budowie będą T. G. (1), P. Z. i J. J. (§ 2 umowy). Do protokołu odbioru miała zostać dołączona lista ewentualnych wad i usterek oraz terminy ich usunięcia. Strony ustaliły, że dniem wykonania przedmiotu umowy będzie dzień bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy stwierdzonego protokołem odbioru końcowego (§ 5 umowy).

Za wykonanie przedmiotu umowy określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.060.876,83 zł netto, tj. 1.166.087,37 zł brutto (§ 8 ust.1). Podstawą do wystawienia faktury VAT obejmującej należności za wykonane roboty miał być protokół końcowy odbioru robót, zapłata za wykonane i odebrane roboty miała nastąpić w terminie 30 dni od, licząc od daty doręczenia faktury VAT (§ 8 umowy).

Przewidziano w umowie kary za nienależyte wykonanie, m.in. za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów przyjętych w umowie, maksymalnie do 10% wysokości wartości wynagrodzenia (§ 13 ust 1 a).

Przewidziano również możliwość zmiany umowy, zastrzegając zakaz zmiany postanowień w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany okażą się korzystne dla inwestora. Zmiana wymagała zachowania formy pisemnej (§ 14 ust 3 umowy).

/dowód: umowa z dnia 14.04.2011 r. k. 9-11v/

Następnie aneksem nr (...) dnia 6 maja 2011r. zmieniono postanowienia dotyczące terminu rozpoczęcia realizacji prac, który określono jako dzień udostępnienia pozwanej obiektów, w których realizowany miał być przedmiot umowy. Dodano też postanowienie zgodnie, z którym na fakturach VAT pozwana nie miała obowiązku wyszczególniać kategorii wydatków związanych z realizacją przedmiotu umowy, ma natomiast obowiązek dołączyć do nich specyfikację, z której wynikać będzie kwota netto i brutto za wykonanie instalacji solarnej w każdej lokalizacji, kwota netto i brutto za wykonanie prac adaptacyjnych w Domu Pomocy Społecznej w T. oraz kwota i stawka podatku VAT. Nadto zmieniono postanowienia dotyczące ubezpieczenia ryzyka budowy. Pozostałe postanowienia umowy z dnia 14.04.2011 r. pozostały bez zmian.

/dowód: aneks nr (...) do umowy (...)05.2011 r. k. 12-12v/

Problemy z wykonaniem zadania ujawniły się już na początku realizacji inwestycji. Pozwana oraz inspektor nadzoru zgłosili inwestorowi brak dokumentacji wykonawczej dotyczącej sposobu mocowania konstrukcji pod płyty solarne na poszczególnych obiektach, wnosząc o uzupełnienie dokumentacji wykonawczej z podaniem przedmiarów w celu określenia kosztów. Projektant w dokumentacji projektowej nie uwzględnił różnic kształtów poszczególnych dachów, nie uwzględnił usytuowania solarów względem słońca, nie przewidział sposobów mocowania solarów na dachach. Przyjęte w projekcie rozwiązania dotyczące ustawienia paneli słonecznych w stosunku do słońca nie były optymalne i wymagały zmian. W dokumentacji projektowej w pozycjach dotyczących nakładów materiałowych na konstrukcję wskazane wielkości obejmowały ilości odpowiadające systemowym rozwiązaniom fabrycznym oraz elementów mocowania konstrukcji fabrycznej do dachu, tymczasem konsekwencją zmiany ustawienia paneli słonecznych oraz dopasowania sposobu mocowania paneli do kształtu każdego dachu, była konieczność wykonania specjalnej konstrukcji wsporczej na części dachów. Brak dokumentacji wykonawczej konstrukcji pozwana zgłosiła inwestorowi dnia 10.05.2011r. wnioskując o pilnie uzupełnienie, co pozwoli na dotrzymanie terminu realizacji.

Funkcję nadzoru inwestorskiego na budowie z ramienia powoda początkowo miała pełnić Firma (...) sp. z o.o., a z ramienia tej spółki (...) - nadzór budowlany oraz P. B. - nadzór technologiczny. Spółka ta 20.06.2011r. odstąpiła od umowy o nadzór inwestorski z uwagi na braki dokumentacji. Pismem z dnia 21.06.2011r. powód poinformował

pozwana, że nadzór inwestorski będzie pełniony przez Przedsiębiorstwo (...) E. S. (1) w E., a obowiązki inspektorów nadzoru będą pełnić: E. S. (1) w zakresie branży konstrukcyjno - budowlanej, T. L. (1) w zakresie instalacji i sieci sanitarnych oraz J. C. (1) w zakresie instalacji elektrycznych.

/dowód: notatka służbowa z dnia 10.05.2011r. k. 224, pismo powoda z 21.06.2011r. k.225, pisma z 9.07.2011r. k.226, opinia biegłego sądowego k. 797/

Pomiędzy stronami zaistniał później spór, która ze stron - zamawiający czy wykonawca - ma opracować dokumentację wykonawczą oraz ponieść koszt jej wykonania. Strony prezentowały w tej kwestii odmienne stanowiska, co znalazło swój wyraz w licznych pismach stron wymienianych w całym okresie realizacji inwestycji. Inwestor stał na stanowisku, że to pozwana ma obowiązek opracować taką dokumentację, ponieść koszty opracowania oraz koszty wykonania konstrukcji mocujących wykonanych na podstawie tej dokumentacji, z czym pozwana się nie zgadzała.

Uzgodniono, że do 30.07.2011r. projektant wykona i dostarczy rysunki dotyczące zmian lokalizacji paneli słonecznych niezbędne do zamówienia konstrukcji wsporczych płyt solarnych, które umożliwią wykonanie oraz dobranie konstrukcji, jak również wzmocnienie poszczególnych dachów obiektów. Powód ponaglał później projektanta J. P. (PPHU (...) s.c.) , gdyż termin ten nie został dotrzymany.

/dowód: notatka służbowa z dnia 28.07.2011 k. 227-228, pismo powoda k. 226/

Pozwana w tym czasie przystąpiła do realizacji prac na poszczególnych obiektach. Prace rozpoczęto od wykonania instalacji dolnych, kotłowni, węzłów ciepłowniczych. Prace wykonywane były przez kilka brygad: robót sanitarnych, hydraulicznych, budowlanych i montażowych. Prace rozpoczęto w (...) T., następnie w kolejnych obiektach od wykonania tzw. części technologicznej, instalacji dolnych, węzłów ciepłowniczych, kotłowni, zasobników ciepłej wody, zbiorników buforowych. Do sierpnia 2011r. w większości obiektów zakończono część technologiczną węzła c.w.u. lub trwał montaż węzła oraz przeprowadzano próby ciśnieniowe. W (...) T. trwał montaż konstrukcji zewnętrznej pomieszczenia na zbiornik c.w.u. W Domu Pomocy Społecznej (...) we W. nastąpiła zmiana lokalizacji węzła z uwagi na konieczność przebudowania kotłowni, projekt zamienny dostarczono wykonawcy dnia 19.07.2011r. W (...) w R. po wskazaniach inspektorów nadzoru zmieniono ustawienia urządzeń i częściowo wyposażenie instalacyjne na wyposażenie bardziej optymalne niż zaprojektowane. Podobna sytuacja wystąpiła na obiekcie P. i obiektach w K.. Pismem z dnia 8.08.2011r. pozwana przedstawiła powodowi stan realizacji zadania na poszczególnych obiektach domagając się uznanie, że prace związane ze zmianą lokalizacji węzła stanowią roboty dodatkowe, wskazując też, że nastąpiła zmiana wyposażenia pomimo uprzedniego zakupu urządzeń zgodnie z pierwotną dokumentacją. Zwróciła też uwagę, że nie otrzymała w dalszym ciągu dokumentacji dotyczącej posadowienia kolektorów słonecznych na dachach, co uniemożliwia zamówienie solarów i wydłuża termin realizacji.

/dowód: pismo pozwanej z dnia 8.08.2011 r. k 229-230/

W ostatnich dniach sierpnia 2011r. przekazanych zostało wykonawcy część rysunków (jeszcze bez podpisu projektanta) dotyczących (...) we W., a następnie co do (...) w P.. W (...) we W., w (...) K. W.. oraz w (...) w T. podjęto decyzję o zmianie rodzaju paneli solarnych. W (...) i (...) K. W.. zamiast paneli poziomych miały zostać zamontowane panele pionowe. W (...) T. zwiększyła się ilość paneli poziomych z 8 na 30. Na poszczególnych obiektach dokonano zmiany założeń dotyczących ustawienia paneli w stosunku do słońca, tak aby w maksymalnym stopniu wykorzystać energię słoneczną. Zmiany ustawień i rodzaju paneli słonecznych skutkowały tym, że pozwana, która uprzednio złożyła już u dostawcy zamówienie na panele słoneczne zgodnie z pierwotną dokumentacją, musiała ponownie zamówić inne panele, informując zamawiającego, że zmiany powodują wydłużenie wykonania prac, a zamówione i niewykorzystane urządzenia pozostaną do dyspozycji powoda. Poinformowała również o wysokości kosztów wykonania konstrukcji wsporczej w obiektach Zespołu Szkół (...) w P. (60.212,05 zł) i w (...) we W. (20.735,35 zł), podając, że kosztorysy prac dodatkowych w pozostałych obiektach dostarczy po otrzymaniu dalszych rysunków.

/dowód: pismo pozwanej z dnia 8.08.2011 r. k.231-234, pismo pozwanej z dnia 15.09.2011r. k. 235, zestawienie płyt solarnych k.286/

Na informację tę inwestor odpowiedział pismem z dnia 16.09.2011r. zarzucając, że pozwana z rażącym miesięcznym opóźnieniem rozpoczęła wykonywanie robót budowlanych, co nie było spowodowane winą powoda. Powód stał na stanowisku, że zmiany usytuowania i sposobu montażu płyt kolektorowych na dachach wymuszone zostały stanowiskiem przedstawiciela dostawcy kolektorów słonecznych i nie zgodził się na pozostawienie do jego dyspozycji niewykorzystanych materiałów, zwracając uwagę, że na etapie postępowania przetargowego pozwana nie zgłaszała błędów dokumentacji. Nie zgodziła się z tym pozwana wskazując, że problem związany z brakiem dokumentacji wykonawczej konstrukcji wspornych kolektorów słonecznych zgłosiła niezwłocznie, a prace projektantów nad zamienną dokumentacją trwały już od kilku miesięcy, zaś udział dostawcy w spotkaniu dnia 29.07.2012r. miały jedynie ułatwić projektantom powoda prace nad zmiennym projektem usytuowania kolektorów.

/dowód: pismo powoda k. 236, pismo z dnia 21.09.2011 r. k.237-238/

W ostatnich dniach września 2011r. dostarczono wykonawcy zatwierdzoną przez projektanta dokumentację dotyczącą (...) we W., (...) w P., (...) w K. W.. W dalszym ciągu wykonawca nie otrzymał dokumentacji (...) w T., (...) w R. i MOW w K. W.. Powód zaakceptował zmiany solarów pod warunkiem, że niewykorzystane materiały lub urządzenie nie będą pozostawione do jego dyspozycji.

/dowód: pismo powoda z 29.09.2011r. k. 240, rysunki k.249-273, k. 241,254,242,243,250,244,245,263,246,247/

Pod koniec września 2011r. zwrócił się do pozwanej o przedstawienie kosztorysów ofertowych będących odzwierciedleniem wartości umownych całości robót we wszystkich lokalizacjach instalacji solarnej argumentując, że chce dokonać merytorycznej i rzetelnej weryfikacji planowanych do wykonania prac w kontekście zakresu rzeczowego i finansowego wynikającego z zawartej umowy stron. W odpowiedzi pozwana zwróciła się o uwzględnienie zmiany posadowienia kolektorów, jako robót dodatkowych informując, iż w odniesieniu do obiektów w T., R. oraz MOW w K. W.. sporządzenie wyceny możliwe będzie po otrzymaniu rysunków.

/dowód: pismo powoda z dnia 22.09.2011 r. k. 239, pismo pozwanej z 3.10.2011r. k.274/

Powód pismem z 6.10.2011r. odmówił zatwierdzenia kosztorysów robót dodatkowych argumentując, że prace te powinny być przez pozwaną skosztorysowane i uwzględnione w cenie wskazanej w formularzu ofertowym, skoro z dokumentacji ofertowej wynikało, że kolektory słoneczne będą mocowane na konstrukcjach wspornych wykonanych z kształtownika i kwestie konstrukcji wspornych były poruszane w zapytaniach oferentów, a odpowiedzi w tym zakresie podane zostały do wiadomości publicznej i podano m.in., że każdy oferent winien indywidualnie przed złożeniem oferty sprawdzić konstrukcje dachowe, ich stan i przyjąć do kalkulacji systemowe rozwiązania fabryczne z uwzględnieniem elementów nośności dachu oraz szczelności izolacji przeciwwilgociowej na styku konstrukcji wsporczych solar - dach.

/dowód: pismo powoda z dnia 6.10.2011 k. 275-277/

Dostawca płyt solarnych GREEN one (...) nie wyraził zgody na zmianę złożonego w maju 2011r zamówienia, wymagał złożenia nowego zamówieni na 36 dodatkowych płyt solarnych. Pozwana poinformowała o tym powoda, przypominając o konieczności dostarczenia rysunków technicznych konstrukcji wsporczych, które stanowią zmianę projektu pierwotnego, co został wymuszone niedostateczną nośnością poszczególnych dachów i koniecznością przeniesienia obciążenia na konstrukcje nośne budynków oraz potrzebą uwzględnienia efektywności kolektorów pod kątem przyszłej eksploatacji tak, aby osiągnąć pierwotnie zakładaną wydajność energetyczną, z czym wiąże się konieczność wykonania robot dodatkowych.

/dowód: pismo pozwanej z dnia 12.10.2011r. k. 278, pismo pozwanej z dnia 14.10.2011r. k.280-281 /

Pomiędzy stronami w dalszym ciągu brak było porozumienia w kwestii robót dodatkowych. Powód zarzucał pozwanej brak należytego przygotowania do realizacji zamówienia, wskazał, że przyjął na siebie z uwagi m.in. na znaczne opóźnienie w realizacji prac realizację części czynności, których pozwana nie mogła lub nie umiała wykonać z własnej winy, tj. ciężar opracowania dokumentacji konstrukcji wsporczych pod kolektory słoneczne. Zagroził naliczaniem kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy i dochodzeniem odszkodowania z tytułu szkody lub utraconych korzyści w związku z nieterminową realizacją umowy.

/dowód: pismo powoda z dnia 18.10.2011 r. k. 282-283 pismo powoda z dnia 24.11.2011 r. k. 287/

W międzyczasie w listopadzie 2011r. pozwana rozpoczęła montaż konstrukcji wsporczych w (...) w P. oraz w obiektach w K. W., a następnie pismem z 30.11.2011r. zawiadomiła inwestora o zakończeniu prac i uruchomieniu instalacji w obiekcie (...) we W.. Ponownie zgłosiła gotowość do odbioru robót w tym obiekcie w dniu 15.12.2011r.. Inwestor uznał zgłoszenia za przedwczesne z uwagi na trwające prace związane z uzupełnieniem tynków, uszczelnianiem instalacji, wykończeniem przejść konstrukcji wsporczych przez stropodach, które to prace pozwana traktowała, jako prace dodatkowe. Po zakończeniu prac w (...) we W. zamawiający nie dokonał odbioru uznając, iż odbiór powinien być dokonany całościowo, co do całego zakresu prac objętego umową, tj. w odniesieniu do wszystkich obiektów łącznie.

Zimą prace zostały wstrzymane, pozwana wstrzymała prace wobec braku unormowania kwestii dotyczących robót dodatkowych, o czym poinformowała inwestora pismem z dnia 20.03.2012r. deklarując wykonanie zadania. Oczekiwała akceptacji przez inwestora dokonywania odbiorów robót na poszczególnych obiektach i rozliczenia za wykonane już prace oraz rozwiązania kwestii finansowania robót dodatkowych. Stała na stanowisku, że zgodnie z zapisami umowy i oświadczeniami starosty prace na każdym obiekcie powinny być odbierane i rozliczane odrębnie. Pozwana wezwała zamawiającego do uznania robót dodatkowych, przekazania kompletnej dokumentacji technicznej zmieniającej i uzupełniającej rozwiązania z pierwotnego projektu technicznego oraz podpisania aneksu zmieniającego zakres rzeczowo - finansowy i termin zakończenia zadania w związku z wystąpieniem prac dodatkowych, nadto dokonania odrębnych odbiorów i rozliczeń, co do każdego z obiektów, zgodnie z zapisem projektu umowy dołączonego do SIWZ, który to zapis przywrócono aneksem nr (...) do umowy z dnia 14.04.2011 r. Ze stanowiskiem tym nie zgadzał się inwestor uważając, że rozliczenie winno nastąpić na podstawie jednej płatności i jednego odbioru końcowego, a jedynymi pracami dodatkowymi dotąd wykonanymi przez pozwaną jest adaptacja pomieszczenia na umieszczenie zbiorników buforowych oraz przeniesienia bezpieczników w inną lokalizację w (...) we W. o łącznej wartości 4.387,07 zł. Powód wyraził zgodę na podpisanie aneksu zmieniającego zakres rzeczowo finansowy zadania jedynie w zakresie rzeczowo - finansowym prac w tym budynku.

/dowód: pismo powoda z dnia 10.01.2012 r. k. 297-300, pismo pozwanej k. 292-295, pismo pozwanej k. 321 notatka z narady z 19.04.2012r. k.373, pismo powoda z dnia 21.12.2011 r. k. 290-291, zeznania świadka W. R. k.608/

Zasadność wykonania prac dodatkowych potwierdził inspektor nadzoru budowlanego T. L. (1). W piśmie z dnia 10.04.2012r. skierowanym do inwestora wskazał m.in. że projekt budowlany nie zawierał dokumentacji odnośnie projektu budowlanego konstrukcyjnego, projektu budowlanego instalacji elektrycznej, orzeczenia technicznego z inwentaryzacji budowlanej i inwentaryzacji instalacyjnej kotłowni istniejącej do celów projektowych oraz przedstawił swoje uwagi dotyczące poszczególnych lokalizacji i dokonanych zmian. Wskazał, że w (...) we W. zmieniono lokalizację węzła solarnego, lokalizację zbiorników i zmieniono lokalizację paneli z pionowych na poziome. W (...) w K. W.. pozwana wykonała konstrukcję wsporczą według własnego rozwiązania wobec braku konstrukcji nośnej pomiędzy budynkiem warsztatu a kotłownią. W MOW w K. W.. z powodu słabej konstrukcji dachu i nowej lokalizacji paneli na dachu dwuspadowym zmieniono rozwiązania konstrukcyjne. W (...) w R. powstał problem ze współpracą kotłowni z węzłem stałym, a w (...) w T. z uwagi na konstrukcję dachu konieczna jest zmiana lokalizacji paneli zgodnie z rozwiązaniem pozwanej, usytuowanie paneli na dachu dwuspadowym, co przewidywał projekt, wymagałoby wzmocnienia konstrukcji dachów. Zmiany konstrukcji stalowej wprowadzono też w budynku (...) w P.. W (...) z R. zmieniono ustawienie solarów i lokalizację zasobników buforowych oraz brak jest rozwiązania współpracy kotłowni z węzłem solarnym. Wyraził opinię, że opracowanie dokumentacji projektowej kompleksowo od samego początku i

przeprowadzenie całej procedury pozwolenia na budowę dla wszystkich instalacji solarnych pozwoliłoby na uniknięcie robót zmiennych, dodatkowych oraz konfliktu stron.

/dowód: pismo T. L. (1) k. 336-338/

Wiosną 2012r. prace zostały wznowione w (...) w P. oraz w (...) w K. W.. Instalacja w obiekcie w P. była przygotowywana do uruchomienia. W obiekcie (...) w K. W.. wykonana była część technologiczną węzła c.w.u., konstrukcja dachowa, trwało rozprowadzanie rurociągów na dachu. Podczas prac w tym obiekcie wiosną 2012r. wykonawca zgłosił inspektorowi nadzoru kolizję instalacji odgromowej z planowanym posadowieniem paneli słonecznych. Podczas narady na budowie inspektor nadzoru branży elektrycznej J. C. stwierdził, że takiej kolizji nie ma, a wątpliwości zostaną wyjaśnione na placu budowy. Ostatecznie kolizja została rozwiązana w ten sposób, że podczas montażu rurociągów instalacja odgromowa została rozebrana i ponownie założona.

/dowód: pismo pozwanej z 23.11.2011r. k.284-285, z 30.11.2011r. k.292, z 6.03.2012r. k.319, pismo pozwanej k. 32,1 notatka z narady z 19.04.2012r. k.373, pismo powoda z dnia 21.12.2011 r. k. 290-291, zeznania świadka W. R. k.608/

Po wielomiesięcznej wymianie korespondencji w dniu 19.04.2012r. doszło do spotkania przedstawicieli stron. Zweryfikowano wówczas stan faktyczny na poszczególnych obiektach, jednak nie poczyniono zgodnych ustaleń, co do robót dodatkowych. Pozwana przedstawiła ponownie powodowi kosztorysy prac dodatkowych oraz ofertę (kalkulację) na dostawę i montaż separatorów. Wskazała, że kosztorysy nie obejmują ewentualnych robót, które mogą powstać w trakcie dalszych prac.

Wartość prac w kosztorysach w odniesieniu do poszczególnych obiektów pozwana oszacowała następująco:

1. Zakład (...) w K. W.. - konstrukcje na dachu - 15.991,47 zł netto (19.669,51 zł brutto);
2. (...) Ośrodek (...) w K. W.. - konstrukcje na dachu - 31.374,32 zł netto (33.884,27 zł brutto);
3. Dom Pomocy Społecznej w T. - konstrukcje na dachu - 87.785,04 zł netto (94.807,84 zł brutto)
4. Dom Pomocy Społecznej w T. - kosztorys odliczeniowy (zmniejszający): - 24.888,30 zł netto (-26.879,36 zł brutto)
5. Dom Pomocy Społecznej (...) we W. – konstrukcja - 20.735,26 zł netto (22.394,08 zł brutto);
6. Dom Pomocy Społecznej w T. - przemurowanie kominów - 14.725,26 zł netto (15.903,27 zł brutto);
7. Zespół Szkół (...) w P. - konstrukcje na dachu - 45.896,64 zł netto (49.568,37 zł brutto).

/dowód: notatka ze spotkania z dnia 19.04.2012 r. k. 341, pismo powoda z dnia 19.04. (...) k. 339, pismo pozwanej z dnia 23.04.2012 r. wraz z kosztorysami k. 340, k. 342-372/

Powód miał odnieść się do robót dodatkowych po dokładnym przeanalizowaniu kosztorysów, ale w dalszym ciągu uważał, że zmiana usytuowania kolektorów słonecznych jest jedynie zmianą kosmetyczną i nie ma istotnego wpływu na sposób wykonania instalacji, a jedynie na wzrost jej wydajności. Zaznaczał, że przed rozpoczęciem robót w (...) w R. strony uzgodniły wykonanie robót naprawczych, zmiany płyt solarnych podyktowane były zmianą dostawcy płyt i wyraził obawy, co do proponowanych przez pozwaną rozwiązań odnośnie podwalin konstrukcji i jej mocowania tylko do ścian budynku odnośnie (...) w T..

/dowód: pismo powódki z dnia 2.05.2012 r. k. 373-374/

W odpowiedzi pozwana zagroziła, że rozwiąże umowę z winy inwestora oraz przystąpi do zinwentaryzowania wykonanych dotąd prac i ich rozliczenia, gdyż powód wydłuża okres realizacji zadania i nie rozwiązuje zgłaszanych przez wykonawcę problemów. Na takie rozwiązanie powód nie wyraził zgody i nadal podnosząc, że koszty wykonania konstrukcji wsporczych obciążają pozwaną.

Pozwana ponownie zażądała akceptacji kosztorysów i zlecenia robót dodatkowych oraz o dokonania odbioru prac (...) we W., powołując się o postanowienia umowy dotyczące częściowych odbiorów poszczególnych obiektów. Powód odmówił odbioru częściowego powołując się na brak zakończenia prac oraz brak postanowień w umowie odnośnie odbiorów częściowych oraz wskazywał, że pozwana nie przedstawiła protokołu konieczności przeprowadzenia prac dodatkowych.

/dowód: pismo pozwanej z dnia 10.05.2011r. k. 375, pismo powoda z dnia 15.05.2012r. k. 376-377, pismo pozwanej z dnia 16.05.2012r. k. 378, pismo powoda z dnia 21.05.2012 r. k. 379, pismo pozwanej z dnia 22.05.2012 r. k. 380-381, 391-392, 393/

Ostatecznie w dniu 22.05.2012r. doszło do spotkania stron. Powód zaproponował wówczas dokończenie zadania przez podwykonawców i zawarcie umowy przelewu wierzytelności pozwanej i podwykonawcy obejmującej całe wynagrodzenie umowne. Drugim zaproponowanym rozwiązaniem było dokonywanie częściowych płatności za kompletnie wykonane instalacje solarne na poszczególnych obiektach, o co wniosowała uprzednio pozwana, pod warunkiem jednak złożenia przez pozwaną deklaracji wykonania przedmiotu umowy do dnia 31.07.2012 r. oraz zmiany wysokości kary umownej za zwłokę o oddaniu przedmiotu umowy po tym terminie w wysokości 5 % umownego wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki. Powód podał, że faktury opiewać mają na wartość przedmiotu umowy wraz z zatwierdzonymi robotami dodatkowym oraz zwrócił się do pozwanej o określenie końcowego terminu, w którym prace zostaną wykonane. Uzgodniono, że kwestia kwot spornych za roboty dodatkowe będzie rozpatrywana oddzielnie.

/dowód: pismo powoda z dnia 23 maja 2012 r. k. 382-383/

Pozwana wobec wyrażenia przez inwestora zgody na częściowe odbiory i płatności za poszczególne obiekty, zadeklarowała wykonanie umowy w terminie do dnia 31.08.2012r. oraz wyraziła zgodę na zmianę wysokości kary umownej do 1% wynagrodzenia umownego. Domagała się, aby zmiana umowy udokumentowana została podpisaniem stosownego aneksu. Zwróciła też uwagę na zły stan techniczny dachu w MOW w K. W.. wnosząc o doprecyzowanie zakresu prac na tym obiekcie. Z oceną stanu dachu w MOW w K. W.. nie zgodził się powód powołując się na stanowisko inspektora nadzoru, że roboty mogą być kontynuowane bez konieczności remontu dachu, a na części dachu od strony (...) należy dokonać odkrywek i w przypadku potwierdzenia przez inspektora nadzoru konieczności poprawy stanu dachu, podjęte zostaną stosowne kroki. Ustalono, że aneks podpisany zostanie 31.05.2012r.

/dowód: pismo pozwanej z dnia 25 maja 2012 r. k. 384-385, pisma k. 386-388/

Dnia 31 maja 2012r. przygotowany został przez powoda aneks nr (...). Aneks każda ze stron podpisała osobno, bez obecności przedstawiciela drugiej strony. Aneks do podpisu został przedstawiony prezesowi pozwanej spółki w sekretariacie Starostwa, gdzie go prezes spółki po przeczytaniu podpisał. O przygotowaniu aneksu do podpisu został on zawiadomiony telefonicznie wraz z informacją, że jeżeli do 4.06.2012r. prace nie zostaną wznowione zamawiający rozwiąże umowę z winy wykonawcy. W treści aneksu zmieniono postanowienia dotyczące terminu zakończenia robót z dnia 20 września 2011 r. na dzień 31 sierpnia 2012 r. Zawarto zapis, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie robót będzie płatne w terminie do 30 dni od dnia otrzymania faktury VAT. Zmieniono też brzmienie zapisu dotyczącego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, podwyższając wysokość kary umownej do 2% wynagrodzenia umownego należnego pozwanej za każdy dzień opóźnienia w stosunku do wynikającego z umowy terminu zakończenia robót. We wprowadzonej zmianie nie powtórzono zapisu, że kara umowna za opóźnienie w wykonaniu umowy może wynieść maksymalnie 10% wysokości wartości wynagrodzenia, pomimo że zniesienie górnej granicy wysokości kary umownej nie było uprzednio przedmiotem rozmów stron. W aneksie zapisano, że wszystkie postanowienia umowy dotyczące odbioru końcowego strony traktują jak odbiory końcowe poszczególnych obiektów, o których mowa w umowie, nadto wszystkie postanowienia umowy dotyczące należności za wykonane zadanie traktuje się, jako należności za wykonanie poszczególnych obiektów. W § 4 zawarto zapis, że pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian. Zgodnie z § 3 aneksu pozwana miała wznowić prace do 4 czerwca 2012r.

/dowód: aneks nr (...) do umowy (...).05.2012 r. k. 13-13v/

Po zawarciu aneksu pozwana kontynuowała prace oraz złożyła zamówienie dodatkowe na dostawę paneli solarnych. W terminie ustalonym aneksem na 31 sierpnia 2012r. pozwana wykonała prace w 4 obiektach objętych umową, tj. w Domu Pomocy Społecznej (...) we W., Zespole Szkół (...) w P., Zakładzie (...) w K. W., Młodzieżowym (...) Wychowawczym w K. W..

Prace w Domu Pomocy Społecznej (...) we W. prowadzone były w okresie od 19 lipca 2011 r. do 22 marca 2012 r. W dniu 30 maja 2012 r. wpisem do dziennika budowy pozwana zawiadomiła o zakończeniu robót oraz zgłosiła gotowość do ich odbioru, który dokonano w dniu 8 czerwca 2012 r. Podczas odbioru nie stwierdzono wad ani usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych na kwotę 122.958,55 zł netto (132.795,23 zł brutto).

/dowód: zgłoszenie zakończenia robót k. 389, protokół odbioru końcowego prac budowlanych w (...) we W. z dnia 8.06.2012 r. k. 23-24/

W Zespole Szkół (...) w P. pozwana wykonywała prace w okresie od 11 lipca 2011 r. do 29 maja 2012 r. W dniu 29 maja 2012 r. wpisem do dziennika budowy powiadomiła o zakończeniu robót oraz zgłosiła gotowość do odbioru, który dokonano w dniu 11 czerwca 2012 r. Nie stwierdzono wad czy usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych na kwotę 215.778,17 zł netto (233.040,43 zł brutto).

/dowód: zgłoszenie zakończenia robót k. 390, protokół odbioru końcowego prac budowlanych w (...) w P. z dnia 11.06.2012 r. k. 25-26/

W Zakładzie (...) w K. pozwana wykonywała roboty w okresie od 26 lipca 2011 r. do 11 lipca 2012 r. W dniu 12 lipca 2012 r. wpisem do dziennika budowy powiadomiła o zakończeniu robót oraz zgłosiła gotowość do odbioru, który dokonano w dniu 18 lipca 2012r. Nie stwierdzono wad czy usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych na kwotę 135.602,65 zł netto (166.791,26 zł brutto)

/dowód: protokół odbioru końcowego prac budowlanych w Zakładzie (...) w K. z dnia 18.07.2012 r. k. 20-22/

W Młodzieżowym (...) Wychowawczym w K. W.. pozwana wykonywała prace w okresie od 27 lipca 2011 r. do 8 sierpnia 2012 r. Podczas wykonywania prac w maju 2012r. stwierdzono ugięcie konstrukcji dachu. W dniu 8 sierpnia 2012 r. wpisem do dziennika budowy powiadomiła o zakończeniu robót oraz zgłosiła gotowość do odbioru, który dokonano w dniu 14 sierpnia 2012 r. Nie stwierdzono wad ani usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych na kwotę 150.097,90zł netto (162.105,73 zł brutto).

/dowód: zgłoszenie zakończenia robót k. 394, protokół odbioru końcowego prac budowlanych w MOW w K. z dnia 14.08.2012 r. k. 27-29/

W sierpniu 2012r. kontynuowane w (...) w R. i (...) w T.. Prace na tych lokalizacjach nie zostały zakończone w terminie i w związku z opóźnieniem ich wykonania powód naliczył karę umowną.

W (...) w R. prace związane z montażem paneli wykonywał w całości podwykonawca pozwanej A. K. (1). Prace wykonywane były na stromym dachu, krytym blachodachówką, wymagały postawienia rusztowań. Rozpoczął on prace na przełomie lipca i sierpnia 2012r. (...) dolne wykonane zostały już w 2011r. Około połowy sierpnia dostarczono materiał zamówiony przez pozwaną oraz przystąpiono do próbnego montażu. Płyty solarne były mocowane do konstrukcji fabrycznej, dostarczonej wraz z kolektorami, wykonanej z profili aluminiowych, która miała być montowana do połączeń dachu. Po próbnym montażu inspektor nadzoru polecił dodatkowe mocowanie (stężenie) konstrukcji wsporczej pod płyty solarne profilami aluminiowymi. Wykonawca zamówił wówczas dodatkowe profile, oczekiwanie na dostawę trwało około 5 dni. Po ich dostarczeniu wzmocniono dodatkowo konstrukcję, co przedłużyło montaż o ok. 9-10 dni. Pozwana zamówiła również dodatkowe śruby mocujące, gdyż w niektórych miejscach mocowania standardowe śruby nie trafiały na elementów konstrukcji. Montaż konstrukcji rozpoczął się w drugiej połowie sierpnia i trwał ok. 2-3 tygodni, a następnie trwały prace związane z połączeniem rurociągów i uruchomieniem instalacji.

W (...) w T. pierwotna dokumentacja przetargowa obejmowała projekt konstrukcji remontu pokrycia dachowego i wzmocnienia konstrukcji dachowej na dachu spadzistym, na którym również miały być mocowane panele solarne. Ostatecznie, za sugestią pozwanej odstąpiono od tego rozwiązania decydując się na mocowanie konstrukcji jedynie na dachu płaskim. Prace związane z mocowaniem konstrukcji wsporczych rozpoczęto na początku sierpnia 2012r. Obiekt w tym czasie normalnie funkcjonował, zamieszkiwali z nim pensjonariusze. Wcześniej pozwana zleciła wykonanie konstrukcji pod solary firmie (...). Konstrukcja została wykonana w lipcu i na początku sierpnia była dostarczona na plac budowy. Rozwiązania, co do sposobu mocowania konstrukcji w (...) w T. inwestor przedstawił wykonawcy 2 maja 2012r., polegało na wykonaniu podwaliny z dwuteownika szerokostopowego (...) 100, ułożonego na stropie, do którego należało dospawać w miejscu przecięcia się podwaliny z żebrami stropu przewleczone przez wystające z belek stropowych oczka strzemion pręty Φ 10. Wykonawca zaproponował rozmieszczenie konstrukcji wyłącznie na dachu płaskim, co przewidywał projekt sporządzony na zlecenie wykonawcy przez S.. Na dachu tym znajdują się liczne kominy wentylacyjne. Z uwagi na stan dachu projekt przewidywał mocowanie belek w wieńcach ścian nośnych. Dnia 14 sierpnia 2012r. po odcinkowym odkryciu w zakładanych miejscach mocowania podwalin, z uwagi na brak ścian nośnych i wieńców w tych miejscach inspektor nadzoru E. S. wpisem w dzienniku budowy polecił mocowanie belek do stropu gęstożebrowego. Postanowiono zamontować podwaliny tak, aby przenieść ciężar na ściany nośne budynku i dodatkowo połączyć je do zbrojenia w miejscu krzyżowania podwalin z belkami prefabrykowanymi. W notatce sporządzonej tego dnia wskazano, że takie rozwiązanie da możliwość równomiernego mocowania podwalin na jej długości i wpłynie korzystnie na eksploatację konstrukcji. Z uwagi na docieplenie stropodachu konieczne było precyzyjne wykonanie bruzd i gniazd w płycie w celu dostania się do zbrojenia, następnie montaż belek kotwiących, prace były czasochłonne i wymagały odkrywek ingerujących w istniejący stropodach. Wykonawca zakładał, że zakończy prace na tym obiekcie w ciągu miesiąca, a montaż konstrukcji zajmie około tygodnia i następnie wykonane zostaną pozostałe prace związane z rozprowadzeniem rurociągów i podłączeniem instalacji. Tymczasem prace związane z mocowaniem belek pod konstrukcję trwały do ok. końca sierpnia, równoległe rozpoczęto mocowanie konstrukcji, prace te wykonywała miała liczebnie grupa pracowników, w niektóre dni nie było nikogo na terenie budowy. Na początku września rozpoczęto scalanie konstrukcji, wówczas liczebność pracowników zwiększyła się. Miejsca mocowania niejednokrotnie ustalane były z inspektorem nadzoru E. S., poszukiwano miejsc, przesuвано konstrukcję, która wchodziła w kolizję z narożnikiem maszynowni oraz z kominami, które należało rozbierać i przerabiać. We wszystkich obiektach, za wyjątkiem R. montaż kolektorów słonecznych oraz uruchomienie instalacji wykonywała firma (...), z którym pozwana współpracowała i który przyjeżdżał w umówionym terminie wraz z pracownikami. Dnia 4.09.2012r. przyjechał on wraz z ekipą w umówionym na ten dzień terminie, aby montować płyty solarne i uruchomić instalację w (...) T.. Prace te planował wykonać w ciągu 10-14 dni, ale okazało się to niemożliwe, gdyż nie został dla niego przygotowany front robót, gdyż w dalszym ciągu trwały prace związane z mocowaniem konstrukcji wsporczej. W tym czasie ekipa W. R. miała przestój trwający ok. 5-7 dni, pracownicy wrócili do C. i po ok. tygodniu przyjechała ponownie. Czasokres wykonywania prac na tym obiekcie przez firmę W. R. wyniósł łącznie z przerwą i dojazdem ok. 3,5 tygodnia zamiast planowanych 10-14 dni. W związku z rozebraniem kominów podczas montażu konstrukcji decyzja, co do kominów wymagała opinii kominiarskiej, którą wydana została dnia 19.09.2012r. Po uzyskaniu opinii około 14 dni trwało rozbieranie i przebudowywanie 8 kominów, co odbyło się już po odbiorze robót.

W związku przedłużaniem się wykonania prac pozwana pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r. zwróciła się do powoda o zmianę terminu końcowego odbioru prac na tym obiekcie na 17 września 2012r., na co powód nie wyraził zgody wskazując, że niedotrzymanie terminu nie wynika z przyczyn wskazanych przez pozwaną we wniosku, lecz ze zbyt późnego rozpoczęcia montażu na obu obiektach.

/dowód: pismo powoda z 2.05.2012r. k.374, protokół odbioru w (...) w T. k. 17-19, dokumentacja fotograficzna k. 395,396, odbiór kominiarski k. 398, kopia dziennika budowy k. 400-401, wpis w dzienniku budowy z 5.09.2012r., pismo pozwanej z dnia 17.08.2012r. k. 411, pismo powoda z dnia 31.08.2012 r. k. 412-413, pismo pozwanej k. 414-415, zeznania świadka R. k.608, 609, zeznania świadka T. G. k.591,592, 595, zeznania świadka A K. k. 605, zeznania świadka P. P. k.573, zeznania świadka T. L. k.577, zeznania świadka E. S. k.582,583/

Począwszy od ostatniej dekady sierpnia 2012r. przedstawiciele zamawiającego sprawdzali stan prac w R. i T. i na bieżąco odnotowywali zaawansowanie prac na poszczególnych obiektach. W (...) w R. dnia 22 sierpnia 2012r. odnotowano obecność 2 pracowników z firmy podwykonawczej, zamontowanie dotąd na dachu budynku jednego stelaża, nienatrafienie na przygotowaną konstrukcję drewnianą pod dachem podczas wykonania otworów kontrolnych do mocowania stelaży. Do dnia 28 sierpnia 2012r. odnotowano wykonanie kolejnego odcinka instalacji glikolowej, dostarczanie na plac budowy płyt solarnych, montaż stelaży w pomieszczeniach warsztatowych. Na placu budowy w tym dniu pracowało 2 pracowników. Do dnia 31 sierpnia 2012r. zamontowano konstrukcję wsporczą aluminiową na 4 polach, od dnia 30 sierpnia 2012 r. przybyło na budowie jedno pole konstrukcji. W dniu 3 września 2012r. nadal trwały prace związane z montażem stelaży pod płyty solarne, zamontowano stelaże pod 8 płyt solarnych, na budowie pracowało 3 pracowników, przygotowywano do zamontowania dwa stelaże pod płyty solarne. Do dnia 10 września 2012r. zamontowano łącznie 13 płyt solarnych, do zamontowania pozostało 9 płyt solarnych i 9 kompletów stelaży pod płyty, w tym dniu składano rusztowanie niezbędne do zamontowania ostatniej partii solarów. W notatce z dnia 11 września 2012r. odnotowano, że zamontowano rusztowania po lewej stronie od windy, trwa montowanie stelaży wspornych, na placu budowy przeciętnie przebywa 3 pracowników pozwanej. W dniu 14 września 2012r. trwał montaż stelaży na dachu za windą, dotąd zamontowano 9 płyt solarnych, na placu budowy pracowało łącznie 4 pracowników. Na dzień 17 września 2012r. zamontowano komplet płyt solarnych, trwało rozprowadzanie instalacji glikolowej na dachu, na placu budowy pracowało 6 pracowników pozwanej, w tym 4 pracowników na dachu i 2 elektryków w pomieszczeniach z buforami. W dniu 20 września 2012r. nadal trwał montaż instalacji glikolowej na dachu, montaż osprzętu elektrycznego w pomieszczeniach z buforami. Na dachu budynku pracowało 6 pracowników, a w pomieszczeniach z buforami 2 elektryków. W notatce z dnia 24 września 2014r. odnotowano, że wykonano montaż izolacji glikolowej na dachu obiektu, trwają prace w pomieszczeniach z buforami i przygotowanie do uruchomienia instalacji. Na dachu pozostała do wykonania izolacja termiczna, regulacja instancji, a na placu budowy pracuje 6 pracowników. W notatce służbowej z dnia 26 września 2012r. wskazano, że do wykonania pozostaje izolacja instalacji glikolowej na wyższej części dachu, instalacja jest uruchomiona, ale brak ładowności zasobnika ciepła wody użytkowej, trwa demontaż rusztowań, a na placu budowy pracowało 3 pracowników.

Zakończenie prac w Domu Pomocy Społecznej w R. pozwana zgłosiła wpisem w dzienniku budowy w dniu 24 września 2012r. W protokole odbioru wskazano, że pozwana wykonywała roboty w okresie od 6 sierpnia 2011 r. do 17 września 2012 r. Nie stwierdzono wad czy usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych na kwotę 130.882,37 zł netto (141.352,96 zł brutto).

/dowód: protokół odbioru końcowego prac budowlanych w (...) w R. z dnia 28.09.2012 r. k. 14-16, notatki służbowe oraz dokumentacja fotograficzna k. 34 i 38-41, 45-48, 58-59, 68-71, 79-80, 87-89, 96-97, 103-107, 120-124, 402-410/

W (...) w T. przedstawiciele inwestora w dniu 21 sierpnia 2012r. stwierdzili zespawane i zamontowane 4 konstrukcje wsporcze, w tym jedna w trakcie betonowania. W dniu 28 sierpnia 2012r. do godz.9:55 stwierdzono, że na budowie nie było żadnych pracowników, a od 23 sierpnia 2012r. wykonano jedynie trzy kolejne koryta pod montaż podwalin, zespawano jeden zestaw konstrukcji wspornej pod montaż płyt solarnych. W następnych dniach stwierdzono, że od dnia 30 sierpnia 2012r. wykonano 2 nowe bruzdy, do wykonania pozostały spawy zamontowanej konstrukcji (2 szt. wsporników). Do 3 września 2012r. na dachu budynku zamontowano 4 zestawy konstrukcji wspornych pod płyty solarne, nadal trwały prace malarskie konstrukcji, wycinane były kolejne bruzdy pod belki podwalinowe i od ostatniej wizytacji zamontowano 3 belki podwalinowe. W dniu 10 września 2012r. pracownicy pozwanej spawali ostatnią konstrukcję wsporczą modułu i montowali płyty solarne, dotąd zamontowano 24 płyty solarne. Następnego dnia na budowie przebywało 4 pracowników, którzy rozbierali komin wentylacyjny kolidujący z konstrukcjami wspornymi. Dotąd zamontowano 31 płyty solarne i częściowo rozprowadzono do nich instalację miedziano-glikolową, na dachu złożono 49 kolektorów słonecznych. W dniu 14 września 2012r. nadal trwał montaż płyt solarnych, rozprowadzano instalację miedziano - glikolową pod zamontowanymi płytami solarnymi oraz trwała rozbiórka komina wentylacyjnego. Na ten dzień zamontowało łącznie 55 płyt solarnych i rozebrano 5,5 kominów wentylacyjnych. Do dnia 17 września 2012r. ilość zamontowanych płyt solarnych wzrosła do 80 szt., pozwana częściowo wykonała instalację miedziano- glikolową pod płyty solarne. Na budowie w tym dniu przebywało 3 pracowników. 20 września

2012r. nadal trwał montaż instalacji glikolowej na dachu, pracowało wówczas 2 pracowników. W tym dniu wykonano odbiór kominiarski z zaleceniem wykonania czap kominowych i bocznych wylotów przewodów kominowych na części powierzchni dach, a część przewodów kominowych należy zgrupować i wyprowadzić ponad solary. W notatce z dnia 24.09.2012r. odnotowano, że pozwana dotąd wykonała montaż instalacji glikolowej na dachu obiektu, nadal trwają prace w pomieszczeniach z buforami i przygotowanie do uruchomienia instalacji. Na dachu pozostała do wykonania izolacja termiczna, regulacja instancji, na placu budowy pracowało 6 pracowników. W notatce służbowej z dnia 26 września 2012r. odnotowano, że do wykonania pozostaje izolacja instalacja glikolowa na wyższej części dachu, instalacja jest uruchomiona, ale brak ładowności zasobnika ciepła wody użytkowej, trwa demontaż rusztowań, na placu budowy pracuje 3 pracowników.

/dowód: notatki służbowe oraz dokumentacja fotograficzna k.35-37, 42-44, 49-57, 60-67, 72-78, 81-86, 90-95, 98-102, 108-119, 125-149, zeznania świadka M. K. k.713, zeznania świadka I. M. k.721, zeznania świadka T. D. k.719, A. K. k.724/

Zakończenie prac w Domu Pomocy Społecznej w T. prac pozwana zgłosiła wpisem w dzienniku budowy w dniu 24 września 2012 r. W protokole odbioru z 28.09.2012r. wskazano, że prace były wykonywane w okresie od 2 czerwca 2011 r. do 19 września 2012 r. 28 września 2012 r. Nie stwierdzono wad ani usterek. W protokole określono całkowitą wartość prac wykonanych i odebranych odnośnie instalacji solarnej na kwotę 253.948,59 zł netto (274.264,48 zł brutto), a odnośnie prac adaptacyjnych na kwotę 51.608,60 zł netto (55.737,28 zł brutto).

/dowód: protokół odbioru końcowego prac budowlanych w (...) w T. z dnia 28.09.2012 r. k. 17-19, odbiór kominiarski k. 398, kopia dziennika budowy k. 400-401, pismo pozwanej z dnia 17/-8/2-12 r. dot. przesunięcia terminu k. 411, pismo powoda z dnia 31.08.2012 r. k. 412-413, pismo pozwanej k. 414-415/

Po odbiorach końcowych poszczególnych obiektów pozwana wystawiała faktury VAT obejmujące wynagrodzenie za prace budowlane, tj.

1. dnia 8.06.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 132.176,23 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w (...) we W.,
2. dnia 11.06.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 233.040,42 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w Zespole Szkół (...) w P.,
3. dnia 18.07.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 166.791,26 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w Zespole (...) w K.,
4. dnia 10.08.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 162.105,73 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w (...) Ośrodka (...) w K.,
5. dnia 24.09.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 141.352,96 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w (...) w R.,
6. dnia 24.09.2012 r. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 330.001,77 zł brutto za wykonanie instalacji solarnej w (...) w T..

Faktury zostały przez powoda opłacone, każda z nich odrębnie.

/dowód: faktury VAT k. 416-412, historia rachunku bankowego k. 422-424/

W dniu 3.01.2013r. powód wystawił pozwanej notę obciążeniową Nr (...) na kwotę 226.269,26 zł z tytułu kary umownej za 24 dniowe opóźnienie w wykonaniu prac objętych umowa z dnia 14.04.2011r. w zakresie obiektów: Domu Pomocy Społecznej w T. i Domu Pomocy Społecznej w R., w których zakończenie prac zgłoszono 24 września 2012 r. wyliczając wysokość kary w wysokości 2% wartości prac realizowanych w tych obiektach za każdy dzień opóźnienia. Następnie notą obciążeniową Nr (...) z dnia 1 lutego 2013r. skorygował wysokość kary umownej z opóźnienie do kwoty 559.721,94 zł, wyliczając ją od łącznej wartości wszystkich prac objętych umową i wskazując w piśmie z 1 lutego 2013 r., że w pierwszej nocie obciążeniowej kara umowa została błędnie ustalona, gdyż zgodnie z aneksem nr (...) z dnia 31 maja

2012r. podwyższono wysokości kary umownej za nieterminową realizację zamówienia do kwoty odpowiadającej 2% wartości wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia, stąd kara umowna za 24 dniowe opóźnienie wynosi 559.721,94 zł (1.166.087,37 zł x 2% x 24 dni). Powód wyznaczył pozwanej siedmiodniowy termin do zapłaty liczony od dnia otrzymania wezwania. Pozwana odebrała ww. pismo dnia 1 lutego 2013 r. Ponownie powód wezwał pozwaną do zapłaty dnia 28 lutego 2013 r.

/dowód: pismo powoda z dnia 1.02.2013 r. i 11.02.2013 r. k.30-31, potwierdzanie odbioru k. 33, nota obciążeniowe k. 425-427, wezwanie do zapłaty z dnia 28.02.2013 r. k. 32 z potwierdzanie odbioru k. 32v /

Ustalając powyższe stan faktyczny sąd oparł się na dowodach prywatnych w postaci dokumentacji sporządzonej na potrzeby przetargu, dokumentacji projektowej, dokumentacji jaka powstała w toku realizacji inwestycji, zapisów w dziennikach budowy, korespondencji stron prowadzonej w toku realizacji prac załączonej do akta sprawy w postaci pojedynczych dokumentów, jak również w załączonych segregatorach. Podstawa ustaleń faktycznych były również zeznania świadków, zeznania prezesa pozwanej spółki, jak również opinia biegłego sądowego. Zasadniczo przedstawione dokumenty prywatne oraz dowody osobowe (zeznania świadków i pozwanego), były zgodne, szczegółowe, korespondowały z treścią przedstawionych dokumentów oraz obrazowały przebieg procesu inwestycyjnego. Zeznania świadków w większości były rzeczowe, zgodne oraz znalazły potwierdzenie w załączonych do akt dokumentach, w tym m.in. korespondencji wymienianej pomiędzy inwestorem a wykonawcą, wpisach w dzienniku budowy, dokumentacji projektowej, dokumentacji przetargowej. Zeznania osób kierujących poszczególnymi obiektami, potwierdziły przerwy w realizacji prac, małą i niedostateczną liczbę pracowników w poszczególnych okresach czasu. Za wiarygodne Sąd uznał dokumenty zaoferowane w toku postępowania, albowiem zostały sporządzone przez uprawnione osoby, w przewidzianej prawem formie, żadna ze stron nie kwestionowała ich prawdziwości ani zawartości. Nie zastała potwierdzona w toku postępowania dowodowego podnoszona przez powoda okoliczność, że strony prowadząc rozmowy i wymianę korespondencji przed podpisaniem aneksu nr (...) poza kwestią zmiany wysokości kary umownej, rozmawiały również na temat zniesienia górnej granicy wysokości tej kary, która zgodnie z umową wynosiła 10% wynagrodzenia. Żaden ze złożonych dokumentów nie potwierdza tej okoliczności, a w korespondencji wymienianej przez strony była mowa jedynie o zmianie wysokości kary z 0,5% na 5 % umownego wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, co proponował powód, lub 1%, co proponowała pozwana, a ostatecznie ustalono, że będzie to 2%. I taka wielkość została uwzględniona w aneksie. Wbrew twierdzeniom powoda podczas spotkania nie poruszano kwestii rezygnacji z górnej granicy wysokości kary. Jeśli chodzi o opinię biegłego sądowego Sąd uwzględnił wnioski opinii biegłego. Zarówno opinia, jak i jej uzupełnienie w odpowiedzi na zastrzeżenia stron były obszerne, szczegółowe, biegły odpowiedział na wszystkie postawione pytania. Podobnie precyzyjne były wyjaśnienia biegłego złożone na rozprawie, którymi uzupełnił pisemną opinię. Wniosek pozwanej o wyłączenie biegłego zgłoszony na etapie sporządzania przez biegłego opinii uzupełniającej podlegał oddaleniu, albowiem nie zachodziły podstawy do wyłączenia. Okoliczność, że biegły udał się do kolejnego obiektu samochodem jednej ze stron nie uzasadnia istnienia stosunku bliskości lub znajomości uzasadniających powstanie wątpliwości, co do bezstronności biegłego przy sporządzaniu opinii. Biegły na rozprawie wyjaśnił przyczyny z powodu, których korzystał z transportu powoda, opisał okoliczności, w jakich to nastąpiło. W ocenie sądu okoliczności te i przebieg czynności nie świadczą o jakiegokolwiek podstawie do wyłączenia biegłego. Natomiast podstawą do wyłączenia biegłego, jak również podstawą do uwzględnienia wniosku strony o powołanie kolejnego biegłego nie może być okoliczność, że opinia wydana przez biegłego okazała się niekorzystana dla strony, która wystąpiła z takim wnioskiem. Wymaga tu przypomnieć, iż w innej sprawie, która toczyła się między tymi samymi stronami przez tutejszym sądem (sygn. akt V GC 707/13), w której również sporządzał opinię ten sam biegły pozwana nie składała wniosku o wyłączenie biegłego. A w tamtej sprawie opinia była korzystna dla pozwanej, jako wykonawcy, który nie miał wówczas wątpliwości, co do braku bezstronności biegłego.

Sąd zważył, co następuje

Roszczenie powoda wynika kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania prac zastrzeżonej w § 13 ust 1 a. umowy. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy.

Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Regulacja ta oznacza, że do roszczenia z tytułu kary umownej, stosuje się przesłanki odpowiedzialności kontraktowej za szkodę wynikającą z art. 471 k.c. tj. przesłanka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, odpowiedzialność obowiązanego do zapłaty za stan prowadzący do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz adekwatny związek przyczynowy między tym stanem a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Zastosowanie do roszczenia z tytułu kary umownej normy z art. 471 k.c. oznacza, że przy ustalaniu odpowiedzialności dłużnika zachodzi domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które odpowiada dłużnik. Stąd pozwana chcąc zwolnić się z odpowiedzialności za skutki nieterminowego usunięcia wad, winna była, zgodnie z zasadą wynikającą z art. 6 k.c. wykazać, że nie ponosi winy za opóźnienie i stosownie do art. 232 k.p.c. przedstawić dowody pozwalające na poczynienie ustaleń zgodnych z tymi twierdzeniami.

Pozwana domagając się oddalenia powództwa podnosiła, że niedotrzymanie terminu nie wynikało z przyczyn leżących po jej stronie jako wykonawcy, lecz było wynikiem niekompletności i nieprawidłowości dokumentacji projektowej oraz wystąpienia robót dodatkowych i utrudnień w realizacji prac w budynkach (...) w R. i (...) w T.. Dowody zaoferowane przez pozwaną potwierdzają, że pierwotna dokumentacja przekazana wykonawcy na podstawie, której prace miały być realizowane nie była wystraszająca dla wykonania zadania i zaszła potrzeba opracowania szczegółowych rozwiązań oraz wykonania rysunków odnośnie każdej lokalizacji, co do posadowienia konstrukcji wsporczych i paneli solarnych na dachach. Braki dokumentacji wykonawczej były m.in. przyczyną rezygnacji z pełnienia funkcji inspektora nadzoru przez firmę (...) sp. z o.o., z którą początkowo powód zawarł umowę o nadzór. Biegły sądowy, który sporządził opinię na potrzeby niniejszej sprawy potwierdził, że pierwotna dokumentacja projektowa nie zawierała sformułowanych wprost opisów obiektów i ograniczeń w dostępie, stan dokumentacji w miesiącu kwietniu 2011r. nie wystarczał do poprawnego wykonania całego zakresu robót w terminie określonym w pierwotnej umowie (opinia k.799). Wskazał, że dokumentacja zawierała jedynie bardzo ogólne sformułowania, a opracowany w 2011r. rzut dachu dotyczący (...) R. wskazywał zwymiarowane usytuowanie mocowania stelaży. Dokumentacja techniczna dotycząca (...) T. w części obejmującej projekt konstrukcji remontu pokrycia dachowego i wzmocnienia konstrukcji dachowej w bardzo lakonicznej formie odnosiła się do części obiektu z dachem spadzistym, którego kąt nachylenia wynosił 38°. W dokumentacji pokazano konieczność zastosowania zestawu montażowego, bez wskazania szczegółów rozwiązań (opinia k.793). Za wyjątkiem (...) T. dokumentacja przetargowa pominęła dokładniejsze opisy posadowienia paneli, przewidując jednocześnie pozycje kalkulacyjne, potwierdzone dodatkowo wyjaśnieniami do SIWZ. Podane przedmiarach w pozycjach dotyczących stali ilości nie były wystarczające do wykonania konstrukcji wsporczych. Odnośnie dokumentacji biegły zaznaczył, że projekt budowlano-techniczny nie jest opracowaniem technicznym pozwalającym wykonawcy na wykonanie wszystkich prac bez opracowania własnej dokumentacji tj. zbioru informacji dostawców wyrobów, luźnych szkiców, rysunków, zestawień materiałów, dodatkowych obliczeń. Dlatego, wykonawca już kilka tygodni po rozpoczęciu prac powinien rozpoznać przeważającą część zagrożeń i utrudnień w realizacji umowy, a bezpośrednio po podpisaniu umowy powinien opracować własną dokumentację konieczną do wykonania robót, która później byłaby składnikiem dokumentacji powykonawczej. Wskazał, że większość problemów, jaka istniała w pierwotnej dokumentacji została rozwiązana w okresie podpisywania aneksu w maju 2012r. i z wyjątkiem (...) T., w momencie podpisywania aneksu doszło do projektowego i fizycznego rozwiązania wszystkich zależnych od zamawiającego problemów związanych z instalacjami i stanem budynków. W ocenie biegłego, jedynym zauważalnym powodem przedłużenia prac w (...) R. było oczekiwanie na dodatkowe łączniki o właściwych parametrach, lecz dobranie ich i odpowiednio wcześnie zamówienie w całości leżało w gestii wykonawcy. Zdaniem biegłego w tym przypadku wszyscy uczestnicy procesu budowlanego najpewniej przeoczyli istnienie wyjątkowo dużej odległości pomiędzy widocznym od wewnątrz spodem deskowania dachu a wierzchem blachodachówki. Biegły wskazał, że uwzględniając ponad roczny kontakt wykonawcy z obiektem szczególna odpowiedzialność spoczywa właśnie na wykonawcy, który najpóźniej w momencie składania ostatecznego zamówienia na łączniki (śruby) powinien przewidzieć ich długość, co uchroniłoby podwykonawcę od oczekiwania na te łączniki. Według biegłego zmiany instalacji związane ze zmianami lokalizacji miały charakter neutralny w tym znaczeniu, że zakresy dodatkowe były kompensowane zmniejszeniami związanymi z koncentracją paneli, gdyż w związku z decyzją o rozmieszczeniu paneli

w (...) w T. jedynie na dachu płaskim zrezygnowano z modernizacji dachu skośnego, co było objęte pierwotnym zakresem prac.

Biegły wskazał, że wprawdzie dokumentacja przetargowa nie zawierała sformułowanych wprost opisów obiektów i ograniczeń w dostępie, a z wyjątkiem (...) T. pominęła dokładniejsze opisanie posadowienia paneli, dla których przewidziano jedynie pozycje kalkulacyjne, co potwierdzono dodatkowymi wyjaśnieniami w treści SIWZ, to jednak dokumentacja techniczna jednoznacznie określała oczekiwania zamawiającego, co do końcowego efektu, dokładnie opisywała oczekiwane rozwiązanie instalacyjne oraz zawierała zbiór informacji pozwalających na ogólną, lecz czytelną ocenę ryzyka związanego z charakterem robót. Zakres planowanych prac wymagał zatrudnienia kilkunastoosobowych zespołów, a zdaniem biegłego tylko liczba obiektów lub specyficzne problemy z dostępem mogły utrudnić dotrzymanie zakładanego terminu i już kilka tygodni po rozpoczęciu prac powinno dojść do rozpoznania przez wykonawcę przeważającej części utrudnień w realizacji umowy.

W odniesieniu prac wykonywanych w (...) T., gdzie pozwana powoływała się na utrudnienia związane z mocowaniem belek do elementów nośnych oraz na kolizje konstrukcji pod panele z kominami biegły zwrócił uwagę, że w maju 2012r. istniała opracowana dokumentacja wykonawcza rozwiązania zamiennego, która wyraźnie pokazywała możliwość wystąpienia licznych kolizji z kominami i wybudówkami. W projekcie wykonawczym opracowanym w kwietniu 2012r. zmieniono usytuowanie paneli, które zgrupowano na dachu płaskim, sytuując je bez wymiarowania, pokazano wstępnie kolizje rzutów paneli z masywnymi elementami dachu tj. kominami. Wykonany wówczas rysunek (k.249) zawiera dokładniejszy opis rozwiązań zastanych i proponowanych. Dokumentacja ta powinna w ocenie biegłego, skłonić wykonawcę do wyprzedzającego rozpoznania możliwych kolizji i odpowiedniego rozpoczęcia wykonywania koniecznych korekt. Jedyna różnica między tym opracowaniem a rozwiązaniem ostatecznie zrealizowanym dotyczącym posadowienia paneli solarnych na dachu była zamiana kilkunastu drogich i skomplikowanych punktów zdolnych do przenoszenia sił rozciągających na kilkadziesiąt punktów tańszych i prostszych w wykonaniu. Takie rozwiązanie zamienne opracowane zostało na wyraźne oczekiwanie wykonawcy i jest ono poprawne, ale charakteryzuje się zastosowaniem zbyt dużej ilości stali oraz przyjęciem rozwiązania pracochłonnego do montażu, zamiast ograniczenia spawania i łączenia na śruby fragmentów przygotowanych w wytwórni. Zdaniem biegłego, przyczyną opóźnień w realizacji prac na tym obiekcie i niedotrzymania terminu określonego na koniec sierpnia 2012r. nie był zakres i jakość dokumentacji technicznej dostarczonej przez powoda, lecz właśnie przyjęcie tego rozwiązania w połączeniu z opieszałością wykonawcy (opinia k.798-799). Sąd podzielił opinię i wnioski biegłego. Sporządzona opinia zawiera logiczne wnioski, które zostały przez biegłego w sposób jasny i czytelny przedstawione i uzasadnione. Biegły sądowy jednoznacznie i stanowczo przedstawił wnioski opinii i szczegółowo i logicznie uzasadnił swoje stanowisko. Opinia sporządzona została przez fachowca, o bardzo dużym doświadczeniu zawodowym w branży budowlanej. Biegły podczas wysłuchania na rozprawie udzielił również odpowiedzi na zastrzeżenia pozwanej i pytania stron, które były jasne, czytelne, biegły wyczerpująco i logicznie wyjaśnił, dlaczego doszedł do wniosków przedstawionych w opinii. Analiza pozostałego materiału dowodowego potwierdza wnioski wyciągnięte przez biegłego. Niewątpliwie okres realizacji umowy był długi, gdyż początkowo zakładano, że prace zostaną zakończone do 30 września 2011r., a faktycznie trwały około rok dłużej. Rozwiązania dotyczące mocowania konstrukcji wsporczych na poszczególnych dachach przyjęte zostały jesienią 2011r. i przekazane wykonawcy w miesiącach sierpniu i wrześniu 2011r., a zatem prawie na rok przed faktycznym terminem zakończenia prac. Wykonawca otrzymał rysunki dotyczące rozmieszczenia paneli na dachach jesienią 2011r. Wówczas też podjęto decyzję o zamianie paneli poziomych na pionowe w niektórych obiektach. W oparciu o opracowane rysunki i przyjęte rozwiązania w okresie do marca 2012r. wykonawca realizował prace w (...) we W., (...) w P., (...) w K. W., następnie MOW w K. W.. Gdy w maju 2012r. podpisano aneks nr (...) znane były już rozwiązania dotyczące (...) w T., gdzie na wniosek wykonawcy panele solarne miały być montowane tylko na dachu płaskim. Pomimo niedoskonałości pierwotnej dokumentacji projektowej i braku w niej szczegółowych rozwiązań dotyczących mocowania konstrukcji wsporczych na poszczególnych dachach takie rozwiązania zostały opracowane jesienią 2011r., uszczegółowione wiosną 2012r., jeszcze przed podpisaniem aneksu przedłużającego termin zakończenia prac. Jedynie w odniesieniu do dwóch obiektów w (...) R. i (...) w T. wprowadzono później zmiany. To pozwana uprzednio zleciła opracowanie projektu rozmieszczenia paneli na dachu w (...) T., a sposób mocowania konstrukcji przygotował inspektor nadzoru E. S., polegający na wykonaniu podwaliny z dwuteownika

szerokostopowego (...) 100, ułożonego na stropie, do którego należało dospawać w miejscu przecięcia się podwaliny z żebrami stropu przewleczone przez wystające z belek stropowych oczka strzemion pręty Φ 10. Faktem jest, że po odkrywkach inspektor dachu polecił mocowanie belek do stropu gęstożebrowego i stanowiło to niewątpliwie utrudnienie w stosunku do planowanego mocowania belek do wieńców, ale również przy mocowaniu do wieńców niezbędne byłyby miejscowe odkrywki i ingerencja w istniejący stropodach, w poszycie dachu i docieplenie oraz lokalizacja możliwych miejsc wykonania połączeń, również wówczas nie do uniknięcia byłyby kolizje z kominami.

Wprowadzenie dodatkowych rozwiązań w obiektach w (...) R. i T. nie świadczy jednak o braku odpowiedzialności pozwanej za przekroczenie terminu zakończenia prac. Bowiem jeszcze przed podpisaniem aneksu nr (...) trwały uzgodnienia, co do sposobu mocowania konstrukcji w (...) T. z uwagi właśnie na wątpliwości, czy część ścian nie jest ścianami konstrukcyjnymi. Już na początku maja 2012r. z dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego wynikało, że konstrukcje wsporcze na dachu płaskim, na którym ostatecznie miały być usytuowane płyty solarne, wejdą w kolizję z kominami. Taką lokalizacją paneli - tylko na dachu płaskim - proponowała sama pozwana, a ostatecznie inwestor wyraził na to zgodę i zaaprobował to rozwiązanie inspektor nadzoru. Na skutek przyjęcia tego rozwiązania zwiększyła się masa konstrukcji mocowanej na dachu płaskim, nastąpiło zagęszczenie elementów konstrukcji i paneli. Zgodnie z pierwotnymi założeniami panele solarne miały być mocowane były również na dachu spadzistym, a dach ten zgodnie z pierwotną dokumentacją techniczną miał być modernizowany, miano dokonać remontu pokrycia dachowego i wzmocnienia konstrukcji dachowej. Wobec zmiany decyzji o lokalizacji paneli na dachu płaskim zrezygnowano z tych prac, a pozwana ich nie wykonała. Pozwana proponując lokalizację paneli wyłącznie na dachu płaskim miała świadomość, że na tym dachu występują liczne kominy, które były nietypowe, gdyż bardzo wysokie. Pozwana, powinna zdawać sobie sprawę z trudności, jakie mogą wystąpić podczas planowanego wykonania i mocowania konstrukcji wsporczej pod solary na dachu płaskim, skoro było wysoce prawdopodobne, że montowana na dachu konstrukcja wejdzie w kolizję z kominami. Takie zagrożenie pozwana powinna rozpoznać i brać pod uwagę proponując inwestorowi ostateczny termin zakończenia prac oraz planując harmonogram prac na poszczególnych obiektach oraz liczebność pracowników, a w szczególności w odniesieniu do (...) T.. Planowany w tym obiekcie czas realizacji prac i zaangażowanie pracowników powinny być dostosowane do występujących i możliwych utrudnień. Pozwana po podpisaniu umowy w kwietniu 2011r. rozpoczęła wykonywanie prac we wszystkich obiektach, również w obiektach w R. i w T.. (...) w T. był jednym z pierwszych, w którym w ogóle rozpoczęto prace. We wrześniu 2011r. pozwana otrzymała rysunki dotyczące usytuowania konstrukcji wsporczej na poszczególnych obiektach, miała więc okazję rozpoznać tak oczywiste i widoczne utrudnienia, jakim i są kominy, czy wybudówki (szyb maszynowni). Wprawdzie szczegółowe rozwiązania mocowania konstrukcji przedstawione zostały później, ale już wcześniej pozwana powinna zdawać sobie sprawę z ryzyka kolizji. Powinna zweryfikować przedstawione rysunki, co najmniej ze stanem zewnętrznym dachu i znajdującymi się na dachu kominami, czy innymi instalacjami, aby uświadomić sobie ewentualne utrudnienia, z którymi może być związane ryzyko niedotrzymania terminu. Nie jest tak, jak twierdził prezes zarządu pozwanej podczas przesłuchania w charakterze strony, że spółka nie mogła czynić wówczas takich ustaleń, gdyż minął już umowny termin realizacji zadania i pomiędzy stronami trwał spór, co do kosztów wykonania prac dodatkowych, a wykonawca w tym czasie zaprzestał w ogóle realizacji robót. Przecież pomimo upływu ustalonego na 20.09.2011r. terminu zakończenia prac pozwana nadal kontynuowała prace. Twierdzeniu pozwanej przeczy jej pismo z dnia 23.11.2011r., w którym informuje inwestora, że zamówiła płyty solarne T./S. Ziar zgodnie z pismem inwestora z dnia 26.10.2011r. oraz rozpoczęto montaż konstrukcji wsporczych na obiekcie w P. i w K. W... Z kolei pismem z dnia 15.12.2011r. zgłosiła do odbioru roboty w (...) we W., które uznano wówczas za przedwczesne (pismo wykonawcy k.290 i 292, pismo inwestora k.290). Na początku kwietnia 2012r. zasadnicze prace w obiekcie (...) we W. były zakończone, instalacja była wykonana i uruchomiona. Podobnie w obiekcie (...) P., w którym system grzewczy był przygotowywany do uruchomienia. W pozostałych obiektach była wykonana już instalacja technologiczna, w (...) w K. wykonywana była konstrukcja dachowa i rozprowadzane rurociągi, w obiekcie MOW w K. trwały prace związane z wykonaniem konstrukcji wsporczej (uwagi do harmonogramu k.335). Dopiero pismem z dnia 20.03.2012 r. pozwana poinformowała inwestora, że wstrzymuje prace na pozostałych obiektach. Zatem, pomimo że pierwotny termin zakończenia prac ustalony na 20.09.2011r. już upłynął a strony w dalszym ciągu nie doszły do porozumienia w przedmiocie zlecenia i kosztów wykonania prac dodatkowych oraz rozliczania się za każdy z obiektów osobno, to pozwana kontynuowała prace, co najmniej w części obiektów (pismo pozwanej

z 25.11.2011r. k.284, notatka ze spotkania z 19.04.2012r. k.341). Nie jest więc tak, że pozwana nie miała możliwości oraz nie mogła rozpoznać zagrożeń związanych z występowaniem kominów na dachu w (...) w T. wobec braku dostępu do obiektu i przerwy w wykonywaniu prac. Pozwana miała dostęp do obiektów i nie było przeszkód, aby przed określeniem ostatecznego terminu zakończenia prac przyjętym w aneksie nr (...) zweryfikowała, na jakie trudności może napotkać w realizacji i zakończeniu prac w pozostałych obiektach, co najmniej w zakresie elementów widocznych. Te okoliczności, które mogą zagrozić planowanemu terminowi zakończenia prac pozwana powinna już wówczas uwzględnić, aby proponowany przez nią termin zakończenia prac został dostosowany do faktycznych możliwości. Nie poczynienie przez pozwaną niezbędnych ustaleń na temat możliwych do przewidzenia utrudnień, nie tylko dotyczących kominów, ale także nieuwzględnienie wyjątkowo dużej odległości pomiędzy widocznym od wewnątrz spodem deskowania dachu a wierzchem blachodachówki w (...) R. świadczy o braku staranności.

W dniu podpisania aneksu nr (...) były zakończone już praktycznie prace w (...) i (...) P.. Dnia 1.06.2012r. wykonawca zgłosił prace te do odbioru (zgłoszenia k. 389 i 390), odbiór nastąpił w dniach 8.06.2012r. (Krokus – protokół k. 23-24) i 11.06.2012r. (P. – protokół k.25-27). To oznacza, że w okresie przewidzianym aneksem nr (...) do sierpnia 2012r. pozostały do zakończenia prace w czterech z sześciu obiektów. W tym okresie od początku czerwca do 12.07.2012r. zakończone zostały prace w (...) w K., co zostało zgłoszone 12.07.2012r., a odbiór został dokonany 18.07.2012r. (protokół k.20-22). A prace w MOW w K. zostały zakończone na początku sierpnia, zgłoszenie dokonane zostało dnia 08.08.2012r. (k.394), a odbiór nastąpił 14.08.2012 (protokół k.27-29). Zaznaczyć należy, że proponując termin zakończenia prac na koniec sierpnia 2012r. pozwana wiedziała z jakimi trudnościami należy się liczyć w MOW w K. w związku z ukształtowaniem i stanem dachu, którego zły stan techniczny uniemożliwiał jednocześnie przebywanie większej ilości pracowników. Pozwana informowała o tym inwestora podczas spotkania w dniu 19.04.2012r. (k.341), jeszcze przed zaproponowaniem terminu zakończenia prac. Planując prace pozwana powinna przewidzieć czas niezbędny na ich wykonanie, z uwzględnieniem specyfiki danego obiektu, również kształtu i stanu dachu.

W (...) w R. prace wykonywał podwykonawca pozwanej A. K. (1) i rozpoczął je na przełomie lipca i sierpnia 2012r.. Pozwana nie wyjaśniła przyczyn z powodu, których podwykonawca rozpoczął prace w tym terminie, a to przecież wykonawca ponosi ryzyko konsekwencji związanych z niewłaściwym terminem rozpoczęcia prac. Materiał, który zapewniała pozwana spółka dostarczony został A. K. dopiero około połowy sierpnia. Nie jest wykluczone, że podwykonawca dostosował termin rozpoczęcia prac do spodziewanego terminu dostawy paneli, ale to również na pozwanej ciążył obowiązek zapewnienia terminowej dostawy. W sierpniu po dostarczeniu materiału przystąpiono do próbnego montażu, a w związku z poleceniem dodatkowego stężenia konstrukcji około 5 dni oczekiwano na dostawę profili aluminiowych dla wzmocnienia konstrukcji. Jak zeznał A. K. dodatkowe wzmocnienie konstrukcji wydłużyło prace o około 9-10 dni. Zatem łącznie z czasem oczekiwania na dostawę elementów są to dodatkowe 14 dni. Dach w tym budynku jest stromy, wykonanie prac wymagało ustawienia pomostów, lecz obowiązek zapewnienia pomostów i rusztowań też obciążał wykonawcę, któremu kształt dachu był znany, nie była to nowa okoliczność, wykonawca nie może więc powoływać się na konieczność ustawienia rusztowań, jako na dodatkową trudność w wykonaniu prac. A. K. (1) podał, że wykonałby prace szybciej, gdy wcześniej dostarczono mu panele, które zamówiła pozwana, gdyby materiał dostarczony został do połowy lipca, zdążyłby zakończyć prace w planowanym do końca sierpnia terminie. Z notatek sporządzonych przez inwestora wynika zaś, że płyty solarne dostarczono na plac budowy dnia 28 sierpnia 2012r.. Termin dostawy paneli pod koniec sierpnia wynika z faktur, które przedstawiła pozwana (k.674-677). Prace również opóźniło oczekiwanie na dostawę dodatkowo zamówionych śrub, gdy okazało się, że dostarczone dotychczas są zbyt krótkie, ale jak zaznaczył biegły powinno być zauważone wcześniej i odpowiednie łączniki powinny być zamówione z wyprzedzeniem, a zarówno inwestor, jak i wykonawca przeoczyli istnienie wyjątkowo dużej odległości pomiędzy widocznym od wewnątrz spodem deskowania dachu a wierzchem blachodachówki.

O ile dach w R. uniemożliwiał jednoczesną pracę wielu osób, to taka sytuacja nie miała miejsca w T.. Powierzchnia dachu jest duża, jest to dach płaski, wprawdzie występują tu liczne kominy, jednak nie uniemożliwia to wykonywania czynności przez większą grupę pracowników. Notatniki sporządzone przez inwestora oraz zeznania świadków – dyrektorów poszczególnych placówek, którzy potwierdzają treść tych notatek wskazują na małą liczebność pracowników wykonawcy w miesiącu sierpniu 2012r. L. ta zwiększyła się dopiero w drugiej połowie września,

zapewne po ponownym przyjeździe ekipy W.R.. Najprawdopodobniej małe zaangażowanie wykonawcy w miesiącu sierpniu wynikało z braku płyt solarnych, które zamówione zostały po zawarciu aneksu. Dostarczenie płyt solarnych obciążało wykonawcę, prawidłowość, terminowość złożenia zamówienia, wreszcie czas, w który musi minąć od złożenia zamówienia do dostawy są to okoliczności, za które odpowiada wykonawca. To od jego działania zależało, czy i kiedy dostawa zostanie zrealizowana i powinien dostosować harmonogram prac do terminu planowanej dostawy, tak aby przed terminem dostawy wykonać wszelkie prace przygotowawcze i zamocować konstrukcje wsporcze pod solary. Skoro wykonawca zaproponował inwestorowi termin zakończenia prac na 31.08.2012r. należy przyjąć, że dostosował ten termin do terminu możliwej dostawy. Pozwana nie powoływała się na to, aby po stronie dostawcy płyt zaszły jakiegokolwiek okoliczności, które uniemożliwiły terminową dostawę. Wykonawcy już pod koniec 2011r. znana była ilość płyt solarnych, jaką należy zamówić. Zamówienie na płyty T./S. Ziar wykonawca złożył już co najmniej w listopadzie 2011r. o czym świadczy treść pisma z 23.11.2011r., (k.284), a planowana dostawa miała mieć miejsce w grudniu 2011r. Tak wynika z pisma pozwanej z 25.11.2011r. k.288). A więc po zawarciu aneksu wykonawca tylko potwierdził wcześniejsze zamówienie. Z treści przedłożonych przez strony dokumentów i zapisów dzienników budowy wynika, że prace związane z mocowaniem konstrukcji wsporczych pod płyty solarne w R. i T. rozpoczęto dopiero w pierwszej dekadzie sierpnia 2012r. Pierwszy wpis w dzienniku budowy pojawia się 14.08.2012r., jest to wpis inspektora nadzoru E. S. z dnia 14.08.2012r. z którego wynika, iż na ten dzień wykonano miejscowe odkrywki dachu. Dokonanie tego zapisu musiały poprzedzić wcześniejsze odkrywki. Z zeznań św. T. G. i A. K. wynika natomiast, że prace w R. rozpoczęto na przełomie lipca – sierpnia 2012r. a w T. na początku sierpnia 2012r. (T. G. k.592 i 594, A. K. k.605), zaś rozkuwanie dachu w T. rozpoczęto w pierwszej dekadzie sierpnia (T. G. k.596). W ocenie biegłego wykonanie połączeń zaleconych 14.08.2012r. przez inspektora nadzoru nie hamowało dalszego montażu konstrukcji stalowej. Mocowanie belki do stropu wprawdzie wymagało uprzedniego znalezienia przecięcia podwaliny z belką, ale zaznaczył, że podwalina i tak musiała być mocowana do stropu. Zdaniem biegłego z uwagi na dużą powierzchnię dachu prace te mogło wykonywać jednocześnie kilka brygad. (wyjaśnienia biegłego do opinii k. 960-962). Z zeznań świadka W. R. wynika, że wykonawca nie był gotowy do montażu paneli solarnych w zakładanym z podwykonawcą terminie. Przyjechał on wraz z ekipą 4 września 2012r. , montaż kolektorów miał trwać ok.8-10 dni, a poprzedzać go muszą prace przygotowawcze związane z wykonaniem i mocowaniem konstrukcji wsporczej na dachach. Gdy przyjechał z ekipą 4 września przymocowana była tylko jedna rama konstrukcyjna, ujawniły się problemy z mocowaniem, z dodatkowymi warstwami dachu, kolizjami z kominami, co spowodowało przestój prac montażowych firmy (...) trwający ok.5-7 dni. (W. R. k. 608-609). Tego dnia (4 września 2012r.) nie rozpoczął prac, a planowany harmonogram wykonania prac uległ przesunięciu, gdyż nie był przygotowany dla niego front prac, o czym go nie uprzedzono. Co istotne, umówiony z W.R. na 4 września termin na zamocowanie płyt solarnych oraz uruchomienie całej instalacji zaplanowany został już po przypadającym na koniec sierpnia 2012r. terminie zakończenia prac.

Wszystkie te okoliczności wskazują na to, że wykonawca planując wykonanie prac w (...) T. błędnie założył, że konstrukcję zamontuje w ciągu tygodnia, a w ciągu dwóch wykona pozostałe roboty (na co wskazywał św. T. G. k.594 -595). Prace związane z mocowaniem belek pod konstrukcję trwały zaś do końca sierpnia 2012r., równolegle mocowano konstrukcję (k.596), a na początku września konstrukcja była scalona (k.597), w połowie sierpnia kominy obejrzał kominiarz, a opinię wydał 19.09. 2012r. Odbudowywanie kominów zajęło ok. 14 dni, ale prace te wykonano już po odbiorze. Pozwana dostosowując rozpoczęcie i kontynuowanie prac do spodziewanego terminu dostawy paneli solarnych założyła, że wszystko wykona w ciągu trzech tygodni, co nie okazało się trafne, gdyż ostatecznie się okazało, że prace rozpoczęto zbyt późno. Pozwana planując termin rozpoczęcia prac w (...) w T. błędnie założyła, że w trakcie ich wykonania nie ujawnią się żadne utrudnienia, wszystkie czynności będzie można „dograć” i nie będzie żadnych komplikacji, co było założeniem błędnym, gdyż z zasadzie w trakcie każdego procesu inwestycyjnego zachodzą nieprzewidziane okoliczności lub problemy, których ryzyko wystąpienia należy uwzględnić określając m.in. termin realizacji zadania. Tym bardziej w obiekcie, w którym było wiadomo, że podczas montażu konstrukcji wystąpi kolizja z kominami. Gdyby pozwana wcześniej rozpoczęła prace w (...) w R. i w T., to wcześniej zostałaby podjęta przez inspektora nadzoru decyzja o dodatkowym mocowaniu lekkiej konstrukcji aluminiowej w (...) w R. oraz wcześniej rozpoznany byłby problem z konstrukcją dachu i stanem wieńców w T. i szybciej zapadłaby decyzja o innym sposobie mocowania konstrukcji. Skoro zasadnicze prace we W. zakończone zostały w grudniu 2011r. (wykonawca wtedy zgłosił gotowość odbioru robót), a na początku kwietnia 2012r. instalacja była wykonana i uruchomiona, zaś w obiekcie (...) P.

była przygotowana do uruchomienia, to w okresie pozostałych miesięcy w okresie od czerwca do końca sierpnia 2012r. wykonawcy pozostały do wykonania prace w 4 obiektach, w których były już wykonane uprzednio prace instalacyjne. Pozostało wykonanie konstrukcji, rozprowadzenie rurociągów na dachach i uruchomienie instalacji. Zdaniem biegłego wyznaczony aneksem nr (...) czas trzech miesięcy był wystarczający dla zakończenia prac we wszystkich tych lokalizacjach z uwzględnieniem występujących tam utrudnień (wyjaśnienia biegłego do opinii k.960-962). Zarówno termin rozpoczęcia prac w poszczególnych obiektach, zaangażowanie pracowników, ich liczebność, a wreszcie organizacja i czas dostawy niezbędnych materiałów są to okoliczności, które leżą po stronie pozwanej jako wykonawcy, która błędnie przyjęła, że w każdym z obiektów potrzebuje tylko trzech tygodni aby zakończyć prace (k.592). Nie jest to okoliczność, na podstawie której można przyjąć brak odpowiedzialności pozwanej za przekroczenie terminu zakończenia prac, a tym samym, aby brak było podstaw do obciążenia pozwanej karą umowną za opóźnienie.

Zawarty w art. 483 § 1 k.c. zapis, że naprawienie szkody może nastąpić przez zapłatę określonej sumy oznacza, że zastrzeżona kara umowna ma zrekompensować wszelkie niedogodności, jakie dotyczą wierzyciela, a ich przyczyną jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia głównego. Kara umowna przysługuje niezależnie od poniesionej szkody. Zgodnie ugruntowanym stanowiskiem judykatury i doktryny warunkiem powstania roszczenia z tytułu kary umownej jest powstanie szkody w jakiegokolwiek wysokości (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/2003, LexPolonica nr 364473 OSNC 2004, Nr 5, poz. 69; W. Czachórski, Zobowiązania, 2009, s. 350; Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania, 2008, s. 345; J. Szwaja, Kara umowna według kodeksu cywilnego, Warszawa 1967, s.86). Wierzyciel nie musi wykazywać faktu poniesienia szkody, ani jej wysokości. Wierzycielowi należy się kara umowna w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Wystąpienie szkody nie jest przesłanką powstania wierzytelności z tytułu kary umownej. Wysokość szkody może mieć natomiast znaczenie przy miarkowaniu wysokości kary umownej na wniosek dłużnika, o co z ostrożności wnosila pozwana.

Zgodnie z art.484 §2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przy ustalaniu przesłanek miarkowania kary umownej należy uwzględnić należyte okoliczności konkretnej sprawy oraz cel kary, jakim jest wywarcie na dłużniku presji, żeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Wskazuje się, że jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną. Niezachowanie rozsądnego stosunku pomiędzy wysokością kar przyjętych w umowie a wysokością świadczenia, które wykonawca spełnił z opóźnieniem może prowadzić do oceny, że kara jest rażąco wygórowana. Te okoliczności powodują, że omawianą karę można uznać za nadmierną, podlegającą obniżeniu w oparciu o art. 484 § 2 k.c.

Kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być stosunek między wysokością kary a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek między karą a wartością świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie wysokości kary umownej do wysokości szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przy miarkowaniu kary umownej należy uwzględnić cel wprowadzenia unormowania objętego art. 483 k.c., jakim jest zdyscyplinowanie strony do należytego wykonania umowy. Stosując instytucję miarkowania sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, tj. funkcję odszkodowawczo-kompensacyjną, funkcję stymulującą wykonanie zobowiązania w terminie oraz funkcję represyjną wobec nienależytego wykonania zobowiązania. Kara umowna ma zdyscyplinować wykonanie świadczenia niepieniężnego przez dłużnika. W wyroku z dnia 20.05.1980r. Sąd Najwyższy wskazał, że kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną, gdy jest równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania (I CR 229/80, OSNCP 1980r., nr.12, poz.243, LEX 2534). Kara umowna równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania może być uznana za rażąco wygórowaną.

W okolicznościach niniejszej sprawy zachodzą wskazane wyżej kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. Stosunek między wysokością kary, którą naliczył powód a wartością całego zobowiązania głównego wynikającego z umowy oraz stosunek między karą a wartością świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem nakazuje uznać, że kara umowna naliczona przez wierzyciela jest nadmierna i wygórowana oraz uzasadnia uwzględnienie wniosku pozwanej o miarkowanie kary umownej. Powód naliczył początkowo karę umowną jedynie za opóźnienie

w wykonaniu prac w dwóch ostatnich obiektach, w których prace wykonano z opóźnieniem i taki sposób wyliczenia był właściwy. Wysokość kary naliczonej po skorygowaniu jej wysokości do kwoty 559.721,91 zł wynosi prawie połowę wartości umownego wynagrodzenia za realizowanie wszystkich prac w ramach przedmiotowej umowy (1.060.876,83 zł netto/ 1.166.087,37 zł brutto). Zważywszy na to, że pozwana opóźniła się z realizacją prac jedynie w dwóch z sześciu obiektów, brak uzasadnienia dla naliczenia kary od łącznej wysokości wynagrodzenia umownego. Należy zwrócić też uwagę na zapisy aneksu nr (...), a został on zawarty m.in. po to, aby umożliwić wykonawcy uzyskanie zapłaty za prace wykonane w odniesieniu do każdego obiektu oddzielnie. Zmieniono brzmienie zapisu dotyczącego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, podwyższając wysokość kary umownej do 2% wynagrodzenia umownego należnego pozwanej za każdy dzień opóźnienia w stosunku do wynikającego z umowy terminu zakończenia robót, ale zapisano też, że wszystkie postanowienia umowy dotyczące odbioru końcowego strony traktują jak odbiory końcowe poszczególnych obiektów, o których mowa w umowie, nadto wszystkie postanowienia umowy dotyczące należności za wykonane zadanie traktuje się, jako należności za wykonanie poszczególnych obiektów. Przyjęto wówczas rozwiązanie również, że kara powinna być naliczona jedynie w odniesieniu do tych obiektów, które zostały oddane po terminie. Kara umowna ma spełnić swoją funkcję, ale nie może być nadmiernie wygórowana, nie może pozbawiać wykonawcy należnego wynagrodzenia. Kara naliczona od całości wynagrodzenia pozbawiałaby wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia. Wysokość wynagrodzenia umownego dotyczącego dwóch obiektów (...) R. i T., w których prace wykonane zostały z opóźnieniem wynosi 471.354,73 zł (141.352,96zł i 330.001,77zł), 2% od tej sumy za 24 dni opóźnienia to kwota 226.250,27zł. Z kolei 10% z tej sumy to 47.135,47zł. Górna granica kary umownej przewidziana pierwotną umową winna mieć w dalszym ciągu zastosowanie. Przepisy art. 139 i 144 ustawy prawo zamówień publicznych nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. Z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Ale druga strona musi ten zamierzony cel znać. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95, OSNC 1995, Nr 5, poz. 168) Sąd Najwyższy przyjął na tle tego przepisu tzw. kombinowaną metodę wykładni. Ta metoda wykładni przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Podstawą tego pierwszeństwa jest zawarty w art. 65 § 2 k.c. nakaz badania raczej, jaki był zgodny zamiar stron umowy, aniżeli opierania się na dosłownym brzmieniu umowy. To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je, można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, np. sposób wykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3. poz. 81). W niniejszym przypadku pozwana rozumiała zapis aneksu nr (...) dotyczących kary umownej jako odnoszący się jedynie do zmiany wysokości (procentu), a nie jako rezygnację z górnej wysokości kary. Do takiego też wniosku prowadzi literalne odczytanie treści zapisu, bez jednoczesnego porównania treści aneksu z pierwotnym zapisem §13 ust. 1 a. umowy. Dopiero po dokładnej analizie i porównaniu treści zapisu w pierwotnej umowie i aneksie nr (...) można zauważyć, że w aneksie pominięto dotychczasową końcową treść tego paragrafu. Powód nie wykazał, aby przedmiocie rezygnacji z górnej granicy kary prowadzone były jakiegokolwiek rozmowy i aby poczyniono jakiegokolwiek ustalenia. Jedyne negocjacje dotyczyły zmiany wysokości kary, a właściwie tego, jaki procent należy przyjąć dla obliczenia wysokości kary umownej. Żaden z dokumentów, jakie przedłożył powód nie potwierdza, aby kwestia rezygnacji z górnej wysokości kary była w ogóle przedmiotem dyskusji, w korespondencji była mowa jedynie o zmianie wysokości kary z 0,5% na 5 % umownego wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, co proponował powód, a 1%, proponowała pozwana, ostatecznie przyjęto 2%. Również podczas posiedzenia Zarządu Powiatu, które miało miejsce dnia 22.05.2012r., na którym obecny był prezes zarządu pozwanej (protokół k.552-561) nie poruszano kwestii rezygnacji z górnej granicy wysokości kary. Okoliczności podpisania aneksu nr (...) były zaś takie, że pozwanej nie przedstawiono treści propozycji w formie pisemnej do zapoznania się z dostatecznym wyprzedzeniem, aby mogła zapoznać się z treścią aneksu, a przede wszystkim porównać proponowaną zmianę treści §13 ust. 1 a. z pierwotnym zapisem umownym. Aneks nr (...) został udostępniony prezesowi pozwanej spółki do podpisu w siedzibie powoda, bez jednoczesnego przedstawienia pierwotnej treści umowy, a bez porównania zapisów można nie dostrzec, że zmiana oznacza nie tylko zmianę wysokości kary z 0,5 % na 2%, ale również usuwa zapis o górnej granicy kary. A skoro

usunięcie górnej granicy kary nie było objęte ustaleniami i wolą obu stron trudno w tej sytuacji mówić o konsensusie i zmianie postanowień umowy w tym zakresie. Pozwana wprawdzie nie skorzystała z możliwości, jaką daje przepis art. 88 § 2 k.c. pozwalający się na uchylenie się od skutków prawnych wadliwie złożonego oświadczenia woli, ale należy pamiętać, że do zawarcia umowy, jak też do zmiany jej postanowień dochodzi poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli, a ma to miejsce wówczas, gdy dokonanie zmiany postanowień umowy jest faktycznie objęte wolą każdej ze stron. W sytuacji, z jaką mamy do czynienia w niniejszej sprawie takich zgodnych ustaleń nie było. Działanie powoda polegające na usunięciu zapisu o górnej granicy kary umownej bez uprzedzenia o takim zamiarze, w okolicznościach, w jakich doszło do podpisania aneksu nr (...), a mianowicie, gdy powód oczekiwał szybkiego podpisania aneksu oraz rozpoczęcia prac i od tego zależało, czy umowa będzie kontynuowana, czy też powód rozwiąże umowę z winy wykonawcy, gdy przedstawienie aneksu do podpisu pozwanej nie poprzedzało udostępnienie treści aneksu celem zapoznania się i porównania zmienionych zapisów z pierwotnymi postanowieniami umowy, oceniać należy, jako naruszenie przez powoda zasady wzajemnego zaufania podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, jaka powinna towarzyszyć postępowaniu stron umowy.

Za miarkowaniem kary umownej przemawia również brak szkody po stronie wierzyciela, gdyż stan "rażącego wygórowania" zaistnieje również wtedy, gdy wierzyciel nie poniesie szkody. W judykaturze wskazuje się, że miarkowanie kary mogą uzasadniać rażąca dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością należnej kary umownej bądź brak szkody (por. wyrok SN z 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, Nr 2, poz.48). Kryterium oceny rażącego wygórowania może być relacja wysokości kary do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Sąd Najwyższy w wielu orzeczeniach uznał, że kryterium to należy do kryteriów najbardziej uniwersalnych, bowiem umożliwia zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody. Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego (patrz: wyr. SA w Katowicach z 17.12.2008r. V ACa 483/08, LEX 491137). Postępowanie dowodowe nie potwierdziło, aby wierzyciel poniósł jakąkolwiek szkodę na skutek oddania prac w tych dwóch obiektach z opóźnieniem. Przeciwnie, wobec zwiększenia kosztów wykonania prac faktycznie powód poniósł koszt mniejszy niż rzeczywisty. P. należy, że katalog kryteriów pozwalających na zmniejszeniu kary umownej nie jest katalogiem zamkniętym. W każdym przypadku rozważeniu podlegają interesy obu stron, zarówno skutki nienależytego wykonania umowy przez dłużnika, jak i inne okoliczności. Takimi szczególnymi okolicznościami, jakie należy uwzględnić w okolicznościach niniejszej sprawy jest wykonanie większego wartościowo zakresu prac niż zakładano, przede wszystkim z uwagi na konieczność wykonania konstrukcji wsporczej pod panele solarne, co wpłynęło na wysokość kosztów wykonawcy. Kosztorysy przedstawione przez pozwaną dotyczą wyceny konstrukcji wsporczych na poszczególnych obiektach, tylko jeden dotyczy przebudowy kominów w (...) T.. Ostatni kosztorys (różnicowy) pomniejsza wartość prac o prace pierwotnie planowane a ostatecznie niezrealizowane tj. przełożenie i wzmocnienie fragmentów dachu krytego dachówką ceramiczną w (...) T.. Kosztorysy te opiewają na łączną 216.508,00zł netto. Pomniejszenie o kosztorys różnicowy wynikający z rezygnacji z prac związanych z modernizacją dachu spadzistego (wymianą pokrycia dachowego na nową z na deskowaniu z papą) wynosi 24.888,30 zł netto. Biegły sądowy nie miał uwag do zakresu prac objętych kosztorysami i ich wartości, również inspektor nadzoru T. L. uznał kosztorysy za zasadne (k.579). Zdaniem biegłego sądowego wartość kosztorysów dotyczących obiektów w K., W. i P. powinna być przeliczona z zastosowaniem mnożnika 0,95-5% redukcji związanej z koniecznością uwzględnienia jakiegokolwiek konstrukcji wsporczej w ramach kalkulacji ofertowej wykonawcy (opinia uzupełniająca k.883). W ocenie biegłego wartość zmniejszenia związana z rezygnacją prac modernizacyjnych na dachu spadzistym w (...) T. powinna być wyższa niż przyjmuje to pozwana w swoim kosztorysie różnicowym i odpowiadać faktycznej powierzchni dachu, na której prace zgodnie w pierwotnym założeniu miały być wykonywane. Nie jest rozwiązaniem właściwe. Wprawdzie faktycznie wartość prac, z których zrezygnowano jest taka jak wskazuje to biegły, jednak wartość, którą pozwana przyjęła w ofercie przetargowej była zaniżona z uwagi na omyłkę w ofercie pozwanej. Powierzchnia dachu zgodnie z dokumentacją przetargową wynosiła 224m², pozwana zaś w swojej ofercie przetargowej pomyłkowo przyjęła wielkość 22,4m² i dla tej powierzchni obliczyła koszt jednostkowy i koszt wykonania tych prac tym samym zaniżając koszt, który uwzględniony został następnie w łącznej wysokości wynagrodzenia ofertowego w kwocie 1.166.087,37 zł brutto. Przyjęcie przez pozwaną błędnej powierzchni dachu w ofercie przetargowej było zwykłą pomyłką, która powinna być dostrzeżona przez zamawiającego

na wstępnym etapie postępowania przetargowego, co wynika z art. 87 ustawy z dnia 10.06.1994r. ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.). Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Z kolei przyczyną omyłki rachunkowej jest błąd pisarski polegający na nieprawidłowym przepisaniu cyfr, a konsekwencją nieprawidłowe działanie arytmetyczne, lecz nie polegające na błędnym działaniu matematycznym, lecz nieprawidłowym podstawieniu liczb (tak: wyrok (...) z dnia 24 czerwca 2014 r., KIO 1204/14, www.uzp.gov.pl). Inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. musi polegać na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (przesłanka pierwsza) oraz nie powodować istotnych zmian w treści oferty (przesłanka druga), przesłanka trzecia odnosi się do wiedzy zamawiającego umożliwiającej dokonanie poprawienia innej omyłki. Omyłką tą są zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ, która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką jest każda niezgodność chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał, co innego (patrz: wyrok (...) z dnia 13 stycznia 2012 r., KIO 2810/11, www.uzp.gov.pl). W wyroku (...) z dnia 9 grudnia 2014 r. (KIO 2457/14) uznano, że zamawiający ma prawo poprawić omyłki, powiększając lub pomniejszając ilość metrów zgodnie z zapisami przedmiarów, nawet jeżeli spowoduje to zmniejszenie lub zwiększenie ceny po przemnożeniu właściwej ilości metrów przez podaną i określoną przez wykonawcę cenę jednostkową (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 186/11; w wyroku (...) z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 698/11 oraz w wyroku z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 538/12). Jeżeli wykonawca w złożonej ofercie poda ilość jednostek nieodpowiadającą ilości jednostek podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ ze wskazaniem jej ceny jednostkowej, zamawiający ma podstawy aby zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. przez dokonanie poprawienia w ofercie omyłki, ponieważ dysponuje informacją o cenie jednostkowej, a poprawienie treści oferty w tym zakresie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Analogiczna sytuacja ma miejsce z niniejszej sprawie i błąd wykonawcy powinien być dostrzeżony i poprawiony przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Ulegałaby wówczas zmianie wysokość wynagrodzenia wykonawcy i ta wysokość wynagrodzenia powinna być podstawą oceny oferty z uwzględnieniem przyjętego przez zamawiającego kryterium oceny – najniższej ceny.

Rozważając zarzut pozwanej wygórowania kary umownej nie sposób pominąć tych okoliczności i faktu, że wykonawca wykonał prace dodatkowe i poniósł dodatkowe koszty. Łączna wartość prac dodatkowych według kosztorysów pozwanej to kwota 216.508 zł netto, z uwzględnieniem mnożnika zastosowanego przez biegłego (0,95% - opinia k.883-884) pomniejszona o wartość niewykonanych prac związanych z modernizacją dachu wynosi 185.919,81zł ($87.785,05zł + 14.725,26zł - 24.888,30zł + 0,95 \times (20.735,26zł + 45.896,64zł + 31.374,32zł + 15.991,47zł)$, zatem jest to ponad 15% wysokości wynagrodzenia umownego brutto. Kwota ta obejmuje m.in. wydatki związane z wykonaniem konstrukcji wsporczych. W dokumentacji projektowej i nakładach materiałowych na konstrukcję wsporczą ujęto dla każdej lokalizacji stal w ilości ok. 1680-3000kg w odniesieniu do poszczególnych lokalizacji. W wyjaśnieniach treści SIWZ zamawiający podał, że ilości te należy uwzględnić w pozycji „przedmiar” dotyczącej montażu kolektorów słonecznych i każdy oferent powinien indywidualnie przed złożeniem oferty sprawdzić konstrukcje dachowe oraz ich stan i przyjąć do kalkulacji systemowe rozwiązania fabryczne z uwzględnieniem elementów nośności dachu oraz szczelności, wzmocnienia konstrukcji systemowych należy uwzględnić w ofercie. Oczekiwania zamawiającego, że każdy z oferentów uprzednio sprawdzi stan konstrukcji dachów są nie do zaakceptowania, szczególnie w sytuacji, gdy stan dachu, a konkretnie ścian nośnych i wieńców był zaskoczeniem nawet dla samego zamawiającego. Jak wskazał biegły sądowy w opinii uzupełniającej we wszystkich przedmiarach nie występują pozycje dotyczące konstrukcji stalowych, nie występują również pozycje dotyczące posadowienia instalacji na dachach (odciągi, płyty betonowe, balasty). W przedmiarach nie uwzględniono konstrukcji stalowych mogących być podstawą dla systemowych rozwiązań paneli zdolnych do przenoszenia obciążeń od paneli na konstrukcje budynków. Konstrukcją taką nie jest również ilość stali z przedmiaru dotyczącego (...) T. (opinia uzupełniająca k.867-880). Podczas

wysłuchania na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016r. biegły uzupełnił, że wymieniona w przedmiarach ilość stali rządu 3.000kg nie była wystarczająca do wykonania skomplikowanych mocowań, jakie zastosowano w (...) T., a pod względem konstrukcyjnym dokumentacja wyjściowa była błędna, nie rozpoznano w niej stanów budynków i nie dostosowano rozwiązań do stanów faktycznych, założono zbyt szczupłą konstrukcję, było to nieprawidłowe, gdyż w dokumentacji powinny być przewidziane rozwiązania dostosowane do sytuacji możliwych do rozpoznania (k.961). Te okoliczności, które wynikają z działań czy zaniechań zamawiającego i braków w dokumentacji projektowej, a skutkowały zwiększeniem po stronie wykonawcy kosztów wykonania prac, należy uwzględnić przy miarkowaniu kary umownej rozważając kwestię szkody po stronie zamawiającego, gdyż nieuwzględnienie tych okoliczności powodowałoby nieuzasadnione wzbogacenie uprawnionego. Miarkowanie kary umownej ma zaś przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochroną interesem wierzyciela.

Uwzględniając powyższe okoliczności w ocenie sądu żądana przez powoda w niniejszym postępowaniu kwota 5.597,00zł tytułem kary umownej uwzględnia uzasadniony interes uprawnionego i mieści się w granicach kary umownej za opóźnienie należnej na podstawie art. 483§1 k.c. z uwzględnieniem jej miarkowania w oparciu o wyżej wymienione kryteria. Mając powyższe na uwadze ma mocy art. 483 §1 k.c. i art. 484§ 1 i 2 k.c. orzeczono, jak w sentencji wyroku, w pkt I. O kosztach orzeczono na podstawie przepisów art.108§1kpc w związku z art.98k.p.c. Koszty powoda wyniosły 1.200zł wynagrodzenie pełnomocnika ustalone zgodnie z §6 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (jt. Dz.U. z 2013r., poz.490) i opłata sądowa 280zł.

Odnosnie pozwu wzajemnego

Zgodnie z art. 14. p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych stanowią ograniczenie określonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody zawierania umów. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Ograniczenia swobody zawarcia lub niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają m.in. art. 7 ust. 3 (udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych), art. 36 ust. 1 pkt 16 (wyłączne uprawnienie zamawiającego do kształtowania treści istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy), art. 143 ust. 1 (ograniczenie zawarcia umowy na czas nieoznaczony), art. 144 ust. 1 (warunki zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy).

Przepis art. 144 p.z.p. zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Z art. 144 ust. 1 ustawy p.z.p. wynika, iż zamawiający musi określić przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem warunków takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7. 1.p.z.p.).

Zakazem zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty są objęte zmiany istotne. Zmiany za istotne uznaje się wówczas, jeżeli informacja o ich wprowadzeniu do umowy, na etapie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie lub na wynik postępowania. Istotne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego to takie, które gdyby zostały zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiłyby ubieganie się o zamówienie innym wykonawcom niż ci, którzy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu lub złożyli oferty, a tym samym

wykonawcom, którzy złożyliby inne oferty niż ta, która została wybrana, jako najkorzystniejsza (patrz: wyrok NSA W-wa 2014-03-13, II GSK 12/13, LEX nr 1447183). Zgodnie z przepisem art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim nie odstępuje od tych regulacji ustawa. Umowa w sprawie zamówienia publicznego korzysta z zasady wyrażonej w art. 353¹ k.c., która na gruncie p.z.p. podlega modyfikacji. Umowa taka może być, zatem zmieniana, a granicę tej zmiany wyznacza art. 144 ust. 1 p.z.p. Wykładania tego przepisu nie prowadzi do wniosku o zakazie dokonania jakiejkolwiek zmiany umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawsze może być zmieniana, jeżeli dotyczy to postanowień nieistotnych, a gdy ma się odnosić do istotnych, to na warunkach określonych w art. 144 ust. 1 p.z.p.

W niniejszej sprawie w ogłoszeniu o przetargu przewidziano możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, co do robót dodatkowych, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwych do przewidzenia, których zakres nie przekroczy 50 % podstawowego zamówienia. W umowie zastrzeżono możliwość zmiany istotnych postanowień umowy w stosunku do treści ofert na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie terminu realizacji zamówienia w przypadku m.in. konieczność wykonania robót dodatkowych, w zakresie wysokości wynagrodzenia w przypadku rezygnacji z części robót oraz w zakresie zmiany w projekcie budowlanym i wykonawczym w przypadku zmiany parametrów technicznych przyjętych rozwiązań, zmiany w zakresie wykonania instalacji solarnej.

W odniesieniu do zmian wprowadzonych aneksem nr (...) zmiana dotycząca wysokości kar umownych nie jest zmianą istotną. Nie sposób przyjąć, że wprowadzenie tej zmiany na etapie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęłoby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie lub na wynik postępowania. Wprowadzono bowiem zmianę mniej korzystną, podwyższając wysokość kary umownej z 0,5% na 2% wynagrodzenia. Nie można uznać, że zmiana ta umożliwiłaby ubieganie się o zamówienie innym wykonawcom niż ci, którzy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu. Taka zmiana nie prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji, a jest korzystana dla zamawiającego i służy ochronie interesu społecznego. Należy też zauważyć, że dokumentacji przetargowej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wynika, że zamawiający jako podstawę wyboru oferty wskazał jedynie najniższą cenę. Zatem dla umowy stron istotnym elementem treści nie był termin wykonania, czy kara umowna za przekroczenie terminu wykonania, gdyż ten parametr zamówienia nie wpływał na wybór oferty. Zgodnie z interpretacją Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przedstawioną w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich v. C. S. di F. S., (...) 2004, s. I- (...), postanowienia umowy należy uznać za istotne przede wszystkim wówczas, gdy uwzględnienie takiego postanowienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu pozwoliłoby oferentom przedstawić znacząco odmienną ofertę. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008r. (C-454/06, presstext U. GmbH v. Republika Austrii (B.), P. GmbH, (...) AUSTRIA (...) registrierte G. mit beschränkter H., LEX nr 410027), z dnia 29 kwietnia 2004r. (C-496/99 P, Komisja Wspólnot Europejskich v. C. S. di F. S., (...) 2004, nr 4A, poz. I- (...)) oraz z dnia 5 października 2000r. (C-337/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, (...) 2000, nr 10A, poz. I- (...). (...) w sprawie C-337/98) stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. W ocenie sądu takie sytuacje nie mają miejsca w niniejszym przypadku. W niniejszym przypadku nie doszło do zmiany istotnych warunków umowy, więc nie mają do niej zastosowania te postanowienia art. 144 ust. 1 p.z.p. , dlatego podniesiony przez pozwaną zarzut nieważności aneksu nr (...) okazał się niezasadny i powództwo wzajemne podlegało oddaleniu (art. 144 p.z.p.)

O kosztach orzeczono na podstawie przepisów art.108§1kpc w związku z art.98kpc stosując zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, która oznacza, że strona, która sprawę przegrała zobowiązana jest zwrócić przeciwnikowi poniesione przez niego koszty procesu. Koszty pozwanego wzajemnego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika ustalone zgodnie z §6 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (jt. Dz.U. z 2013r., poz.490) w wysokości 1.200zł. O zwrocie wyłożonych tymczasowo przez

Skarb Państwa wydatkach na biegłego w wysokości 2.026,21zł orzeczono w punkcie IV (pkt IV) na podstawie art. 83 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2014.1025 j.t. ze zm.) obciążając nimi pozwaną – powoda wzajemnego, która przegrała proces.