

Sygnatura akt XXV C 622 /11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 czerwca 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXV Cywilny

w składzie :

Przewodniczący : Sędzia Sądu Okręgowego Krystyna Stawecka

Protokolant : praktykantka Barbara Plasota

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 roku w Warszawie

sprawy z powództwa

(...) spółka akcyjnaz siedzibą w G., Przedsiębiorstwa (...) spółka akcyjnaz siedzibą w Ł.i (...) GmbH w B.w Niemczech

przeciwko Skarbowi Państwa- Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W.

o zapłatę

1. Powództwo oddala.

2. Zasądza od powódek (...) spółka akcyjnaz siedzibą w G., Przedsiębiorstwa (...) spółka akcyjnaz siedzibą w Ł.i (...) GmbH w B.w Niemczech solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa w W.kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) złotych z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV C 622/11

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 3 czerwca 2011 r. powodowie: (...) S.A.z siedzibą w G., Przedsiębiorstwo (...) S.A.z siedzibą w Ł.oraz (...)GmbH z siedzibą w B. w Niemczech skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W.wnieśli o zasądzenie na swoją rzecz:

- kwoty 6.570.611,48 zł. brutto z tytułu zwiększenia liczby podpór technologicznych z odsetkami od dnia 5 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty,
- kwoty 411.765,74 zł. brutto z tytułu cięcia i scalania konstrukcji, z odsetkami od dnia 31 lipca 2008 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 2.530.075,26 zł. z tytułu wzrostu cen cynku, z odsetkami od dnia 31 października 2008 r. do dnia zapłaty,
- oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów (pozew, k. 3-10).

W dniu 13 marca 2012 r. pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W., zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa wniósł odpowiedź na pozew, w której **domagał się oddalenia powództwa w całości** i zasądzenia od powodów na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z treścią art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca

2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 169, poz. 1417 z późn. zm.). Pozwany zakwestionował roszczenia powodów zarówno co do zasady jak i wysokości, a także **podniósł zarzut przedawnienia ich roszczeń** (odpowiedź na pozew, k. 363-373).

W toku dalszych czynności procesowych strony podtrzymywały swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 16 lutego 2006 r. w W.Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w W.jako Zamawiający zawarła z Konsorcjum, w skład którego wchodzi powódowie, tj. (...) S.A.(następca prawny (...) Sp. z o.o.) jako partner Konsorcjum, Przedsiębiorstwo (...) S.A.jako lider Konsorcjum oraz (...)GmbH jako partner Konsorcjum – jako Wykonawcy umowę, na mocy której Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad powierzyła, a pozwani zobowiązali się do wykonania Kontraktu na roboty budowlane pod nazwą: „I etap budowy obwodnicy miasta P., długość 12,71 km. wraz z budową nowego mostu przez rzekę (...)w P.długości 1038,2 m.” – nr umowy (...) (umowa Konsorcjum, k. 159-163, umowa (...), k. 17-18).

Cena Kontraktowa wynosiła **254.988.097 zł. plus 22% podatek VAT** w kwocie **56.099.581 zł.**, co **łącznie** stanowiło kwotę **brutto 311.097.678 zł. Maksymalną kwotę Kontraktową** ustalono **na 342.207.446 zł.** (pkt 4 umowy (...), k. 18).

Ostatecznie pozwany uwzględniając zmianę nr (...) do Kontraktu wypłacił kwotę brutto 342.000.000,00 zł. (instrukcja zmiany nr (...), k. 274-275, zeznania J. W., k. 624-632).

Powódowie jako Wykonawcy zobowiązali się wobec pozwanego jako Zamawiającego do zakończenia robót **w terminie 25 miesięcy licząc od daty rozpoczęcia robót.** Z przyczyn niezależnych od powodów, Kontrakt uległ wydłużeniu o 56 dni roboczych. Zamawiający uznał w tym zakresie roszczenie powodów i strony **w dniu 16 lutego 2006 r. podpisały Aneks nr 1 do umowy wskutek czego termin zakończenia robót ustalono na dzień 13 czerwca 2008 r.** (umowa (...), k. 17-18, aneks Nr 1 do umowy, k. 19).

Kosztorisy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach Robót. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach Robót. Jeżeli pozycja nie była określona, Wykonawca powinien był podać, w której innej pozycji ją uwzględni (pkt 11.2 Instrukcji dla Wykonawców wraz z formularzami, k. 141).

Wszelkie zmiany i uzupełnienia Kontraktu miały być wprowadzone, pod rygorem nieważności, wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez Zamawiającego i Wykonawcę (pkt 6 Kontraktu, k. 18).

W sprawach nieuregulowanych postanowieniami Kontraktu zastosowanie miały mieć przepisy Kodeksu Cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy Prawo budowlane (pkt 7 Kontraktu, k. 18).

Złożenie oferty powodów nastąpiło w dniu 16 września 2005 r. Powódowie zobowiązali się w niej do wykonania przedmiotu zamówienia za cenę brutto 311.176.673 zł. zgodnie z załączonym kosztorysem ofertowym (oferta, k. 156-158, kosztorys ofertowy, k. 170-226).

Warunki Kontraktu FIDIC określały zasady realizacji przedmiotu Kontraktu m.in.:

- a) Subklauzula 13.7 dotycząca dostosowania kwoty brutto zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w przypadku zmiany stawki podatku VAT;
- b) Subklauzula 13.8 dotycząca korekty wynikającej ze zmian kosztu (cen) - nie będzie miała zastosowania;
- c) Subklauzula 14.11 dotycząca zasad przeprowadzenia Rozliczenia Ostatecznego między stronami Kontraktu w ciągu 56 dni od otrzymania przez Wykonawcę Świadczenia Wykonania.

Zawarty przez strony Kontrakt jest Kontraktem kosztorysowym, gdzie za poszczególne rodzaje robót przewidziane są stawki jednostkowe, a zapłata następuje za rzeczywiście wykonany zakres robót. Podstawą określenia wynagrodzenia Wykonawcy jest kosztorys ofertowy. Zawarte są w nim wszystkie elementy składające się na wynagrodzenie Wykonawcy. W kosztorysie ofertowym ujęte są ceny jednostkowe i pozycje ryczałtowe. Wobec tego, wysokość wynagrodzenia uzależniona jest od obmiaru wykonanych rzeczywiście Robót.

Strony ustaliły w Kontrakcie, że Subklauzula 13.8 (Korety wynikające ze zmian kosztów) nie będzie miała zastosowania. Klauzula 13.8 jest traktowana fakultatywnie, ponieważ jej stosowanie jest uzależnione od zamieszczenia w Załączniku do Oferty tabeli danych korekcyjnych.

Subklauzula 13.8 przewiduje nie tylko mechanizm wzrostu, ale i spadku kosztów. Strony ustaliły ponadto, że walutą płatności na konto Wykonawcy (także podatku VAT) jest złoty polski. Treść Subklauzuli 13.7 Kontraktu przewidywała jedynie, że w przypadku zmiany stawki podatku VAT kwota brutto zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zostanie aneksem odpowiednio dostosowana.

Subklauzula 14.11 przewiduje, iż w ciągu 56 dni po otrzymaniu Świadczenia Wykonania, Wykonawca przedłoży Inżynierowi 6 egzemplarzy wstępnej wersji rozliczenia ostatecznego wraz z dokumentami stanowiącymi jego podstawę, wykazującego szczegółowo w postaci zatwierdzonej przez Inżyniera: wartość całej pracy wykonanej zgodnie z Kontraktem oraz wszelkie dalsze sumy, które Wykonawca uważa za sobie należne według Kontraktu lub innego tytułu oraz przedłoży wszelką dodatkową dokumentację, do przedłożenia której wezwie go Inżynier. Wykonawca sporządzi następnie i przedłoży Inżynierowi Rozliczenie Ostateczne, tak jak je uzgodniono. Jeśli natomiast stanie się oczywiste, że istnieje spór, to Inżynier dostarczy Zamawiającemu (z kopią dla Wykonawcy) Przejściowe Świadczenie Płatności na uzgodnione części wstępnej wersji rozliczenia ostatecznego, a jeżeli spór zostanie ostatecznie rozwiązany, Wykonawca sporządzi i przedłoży Zamawiającemu Rozliczenie Ostateczne.

Zgodnie z Subklauzulą 8.1 (Rozpoczęcie Robót), rozpoczęcie robót miało nastąpić nie później niż 28 dni od podpisania umowy. Wykonawca przejął teren budowy w marcu 2006 r. (zeznania świadka W. I., k. 481-485).

Inżynierem Kontraktu był W. I., a przedstawicielem Zamawiającego na Kontrakcie był Kierownik projektu J. K..

Z dostarczonej przez pozwanego dokumentacji projektowej na etapie przetargu wynikało, iż dla zrealizowania montażu dźwigara łukowego przęsła łukowego (nurtowego) budowanego mostu, **niezbędne było zastosowanie dwóch podpór technologicznych (montażowych)** przy założeniu montażu konstrukcji stalowej pomostu i łuku przy pomocy żurawi umieszczonych na barkach płaskodennych (rysunek G 25-00, k. 260 oraz k. 407).

Wykonawca w ramach Ceny Kontraktowej był zobowiązany do opracowania projektu montażu konstrukcji stalowej co wynikało z warunku 4.1 Szczególnych Warunków Kontraktu (Szczególne Warunki Kontraktu, k. 23).

Podczas opracowywania przez powodów jako Wykonawców robót projektu montażu przęsła łukowego, projektant technologii montażu konstrukcji stalowej dokonał szczegółowej analizy pracy konstrukcji w poszczególnych fazach montażu dźwigara łukowego. **W wyniku tej analizy stwierdził konieczność zastosowania czterech (a nie dwóch – jak przewidywała dokumentacja projektowa) wieżowych podpór technologicznych przy montażu łuku w części powyżej linii ściągu.**

Wykonawca, w zakresie montażu konstrukcji stalowej łuku, przyjął założenie (widoczne na rysunku G-25-00), iż montaż będzie odbywał się z poziomu górnych powierzchni belek podłużnych, które stanowią tzw. ściąg łuku. Taki projekt montażu, z czterema kolumnami (podporami) technologicznymi, został zaakceptowany przez konsultanta, jako odpowiadający warunkom Kontraktu, a w szczególności zapewniający stateczność i nieodkształcalność konstrukcji w każdej fazie prac montażowych.

Technologia montażu konstrukcji stalowej łuku przyjęta przez Wykonawcę różniła się zasadniczo od założeń technologii montażu mostu przedstawionych na rys. nr G-25-00 w Dokumentacji Projektowej przewidujących montaż konstrukcji stalowej pomostu i łuku przy pomocy dźwigów ustawionych na sprzęcie pływającym- na barkach). Jej przyjęcie Wykonawca uzasadnił względami technicznymi oraz ekonomicznymi, bowiem powodowie uniknęli poniesienia znacznych kosztów związanych z organizacją placu budowy w korycie rzeki, zatrudnieniem sprzętu specjalistycznego o wysokich parametrach eksploatacyjnych (żurawie o bardzo dużych udźwigach z możliwością podnoszenia elementów na znaczne wysokości powyżej 40 m, związanych z wykonaniem stężeń montażowych w obrębie łuku). Wykonawca założył tym samym, że przyjęta przez niego technologia nie będzie droższa aniżeli wynikałoby to z rysunku G-25-00 (projekt montażu sporządzony przez Wykonawcę, k. 260 i k. 547, dokumentacja fotograficzna, k. 539-546).

Zmiana techniki montażowej została zaakceptowana przez Zamawiającego jako spełniająca wymagania Projektu Budowlanego, jednakże z zastrzeżeniem, iż nie będzie ona miała wpływu na wysokość ceny Kontraktowej, czyli odbędzie się w kosztach przewidzianych w Kontrakcie (zeznania świadka W. I., k. 481-485, zeznania świadka J. H., k. 498-502).

Koszt bezpośredni dodatkowych podpór technologicznych (WP-1 i WP-4) łuku, zgodnie z twierdzeniami powodów, wyniósł 3.057.107,62 zł. (pozew, k. 7).

Pismem z dnia 23 maja 2007 r. powodowie powiadomili Zamawiającego o roszczeniu, tj. w okresie 13 dni od wystąpienia zdarzenia. Inżynier Kontraktu reprezentujący na budowie interesy Zamawiającego zaopiniował pozytywnie roszczenie powodów do kwoty 128.450,50 zł. netto. Zamawiający roszczenie to w całości odrzucił pismem z dnia 23 lutego 2009 r. (pozew, k. 7, pismo inżyniera k. 261-262, pismo Wykonawcy k. 263-273).

Niezależnie od powyższej kwestii, Zamawiający dokonał weryfikacji wynikającej z uznania błędnie określonej masy konstrukcji stalowej przęsła łukowego oraz przęsła zalewowych. Jako że przęsło łukowe obejmuje zarówno łuk jak i zastrzały, korekty wymagał fakt, iż projektant określając masę przęsła łukowego wziął pod uwagę tylko masę łuku. Dlatego też zwiększono masę „Konstrukcji stalowej przęsła łukowego o ok. 2.106 Mg, natomiast masa „Konstrukcji stalowej przęsła zalewowych uległa odpowiedniemu zmniejszeniu. W związku z powyższym, **Wykonawca, zgodnie z warunkami Kontraktu, otrzymał wynagrodzenie za dodatkową masę wbudowanych konstrukcji pomocniczych** (Instrukcja Zmiany nr 11/M/2007, k. 274-275).

Wykonawca otrzymał zapłatę za wszystkie elementy robót z zakresu poz. 21 kosztorysu na budowę mostu przez rzekę (...), tj. za: wytworzenie, dostarczenie i zmontowanie konstrukcji stalowej mostu przez rzekę (...)w P., w tym także za podpory technologiczne wynikające z technologii montażu zgodnie z warunkami Kontraktowymi (zeznania świadka J. K., k. 523-528 zeznania świadka W. S., k. 510-513 oraz zeznania świadka K. G., k. 513-516).

Zgodnie z postanowieniami Kontraktu powodowie byli odpowiedzialni za zorganizowanie wszystkich procesów budowy obwodnicy w celu doprowadzenia do powstania obiektu zgodnie z Projektem Budowlanym i uwzględniających jednocześnie warunki Kontraktowe.

W podstawie płatności dla Konstrukcji stalowych SST M- 14.00.00 pkt 9.1 cena jednostkowa wykonania konstrukcji stalowych w zakresie transportu na budowę uwzględnia przygotowanie elementów do transportu.

Z opisu technicznego do Projektu Wykonawczego (część III – Konstrukcje stalowe) wynikało, że każdy element montażowy konstrukcji stalowej mógł być wykonany w wytwórni i przetransportowany na miejsce montażu.

Jednocześnie na rysunku KS24.00 określono wymiary blach, z których wynikało rozmieszczenie styków montażowych. Wymiary największych elementów (...), (...),(...)i (...)w pozycji „do transportu” wynosiły: szerokość 6,30 m., wysokość 5,50 m., długość 19,00 m. Na przewóz elementów (...)i (...)Wykonawca uzyskał bezproblemowo

wymagane prawem zezwolenia i przetransportował je na budowę w P.w lutym 2007 r. (zezwolenie nr (...)na jednokrotny przejazd ładunku nienormatywnego, k. 414-415, k. 417-418).

Wniosek na przewóz pozostałych elementów, tj. (...)i (...)Wykonawca złożył oddzielnie w dniu 26 lutego 2007 r., z wyznaczonym termin montażu na koniec marca 2007 r. Działania Przewoźnika opóźniły wydanie zezwolenia na przejazd elementów nienormatywnych – wielokrotnie zmieniał on swój wniosek oraz parametry elementów niestandardowych. Doprowadziło to do sytuacji, że ostatecznie urzędnicy rozpatrywali wniosek z połowy kwietnia 2007 r. (wnioski, k. 426, k. 428, korespondencja przewoźnika, k. 430-336, wniosek przewoźnika z 18 kwietnia 2007 r., k. 440-442, zeznania świadka A. P., k. 529-532).

Ostatecznie okazało się, iż uzyskanie zezwolenia wymagającego opinii wszystkich zarządów dróg na odcinku K. – P. (wytwórnia – plac montażowy) w tzw. rozsądnym czasie nie było możliwe z uwagi na przeprowadzane w tym czasie remonty dróg krajowych (zeznania świadka A. P., k. 529-532).

Wobec powyższego, Wykonawca w dniu 5 czerwca 2007 r. wycofał swój wniosek i samodzielnie zdecydował o pocięciu i doprowadzeniu powyższych elementów do wymiarów umożliwiających ich normatywny transport. W uzgodnieniu z projektantem i inżynierem dokonał ich przecięcia, a następnie przetransportował je na budowę, gdzie zostały powtórnie scalone.

Zarazem powodowie nie przedłożyli Zamawiającemu projektu cięcia (linie cięcia należało wyznaczyć przy założeniu wprowadzenia jak najmniejszych sił wewnętrznych w elemencie po jego powtórny scaleniu). Podobnie, aby dokonać scalenia przeciętej konstrukcji stalowej, potrzebny był projekt scalania. Powodowie nie przedłożyli też żadnych faktur, z których wynikałoby jakie rzeczywiście koszty ponieśli.

Przecięcie elementów wymagało wykonania dodatkowych, nieprzewidzianych prac: wykonania projektu cięcia elementów, przecięcia elementów wraz z przygotowaniem osprzętu i stanowisk, spawanie (scalanie) elementu. Scalanie przedmiotowych elementów z dźwigarami głównymi było warunkiem zakończenia montażu konstrukcji stalowej pomiędzy podporą nr 13 i 14. Zakończenie montażu dźwigarów na odcinku podpór 13-15 warunkowało z kolei rozpoczęcie montażu ścian ściegu łuku przęsła nurtowego 12-13. W rezultacie montaż powyższych elementów wyznaczał ścieżkę krytyczną harmonogramu budowy mostu i tym samym całej obwodnicy (pozew, k. 8).

Pomimo propozycji wykorzystania przed wykonawcę innych aniżeli drogowe rodzaje transportu formułowanych zarówno przez pozwanego jak i przez urzędników, powodowie nie byli nimi zainteresowani (zeznania świadka A. P., k. 529-532).

W dokumentacji projektowej - na etapie przetargowym - pozwany zawarł wystarczającą ilość informacji pozwalających na wybór przez Wykonawcę wytwórni, z której element o gabarytach przedstawionych w dokumentacji, zostanie dostarczony na plac budowy. Jedną z takich wytwórni znajdowała się w P..

Pismem z dnia 15 września 2008 r. powodowie wystąpili wobec pozwanego z roszczeniem dotyczącym zmiany kosztów m.in. w wyniku zmian cen cynku na rynku. Pozwany roszczenie to odrzucił uzasadniając to brakiem w podpisanym kontrakcie warunku waloryzacji cen (pismo powodów, k. 290-292, pismo pozwanego, k. 263-273).

W punkcie 11.8 Instrukcji dla Wykonawców zawarta była informacja, że ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji (pkt 11.8 Instrukcji dla wykonawców, k. 142).

Powód w ofercie w pkt 12 złożył oświadczenie, że zapoznał się z postanowieniami Umowy określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy zgodnej z jego ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zatrudnienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (pkt 12 Oferty, k. 157).

Strony w treści Umowy zgodnie wyłączyły waloryzację poprzez wykreślenie Subklauzuli 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu ze wzorców umownych – Warunków Ogólnych Kontraktu (FIDIC), które mają zastosowanie do tego Kontraktu. (szczegółowe warunki Kontraktu, k. 20-33)

Ponadto, strony podpisując aneks nr 1 z dnia 4 kwietnia 2008 r. do umowy nr (...)poza wydłużeniem Czasu na Ukończenie do dnia 13 czerwca 2008 r. nie dokonały innych zmian Kontraktu i wyraźnie zaznaczyły, że wszystkie postanowienia i warunki Kontraktu pozostają niezmienione (aneks, k. 19).

Zużycie faktyczne na konstrukcji stalowej użytej do budowy mostu przez rzekę (...)w P.wyniosło ok. 3,0 kg/m².
Wzrost ceny wyniósł 25,38 zł. na 1 m², a więc 113 %, co przy zakresie 67.200 m² (powierzchnia metalizacji dla obiektów konstrukcji stalowej wykonywanych na mocy Kontraktu) daje wzrost kosztów spowodowanych tylko i wyłącznie ceną cynku o 1.530.075,26 zł.

Do tej kwoty należy doliczyć narzut (20 %) tytułem zwrotu kosztu zakupu materiałów, zysk (12%) oraz VAT (23%) od całości, co daje łączną kwotę 2.530.075,25 zł. (pozew, k. 9).

Na skutek wskazanych wyżej okoliczności, partner Konsorcjum – (...) S.A. wykazał stratę na tym kontrakcie wynoszącą 7.017.190,75 (pozew, k. 10, zestawienie, k. 306).

Zdaniem powodów natura, bezprecedensowy rozmiar i tempo oraz zakres omawianych wzrostów cen i kosztów - znajdujące jednoznaczne potwierdzenie w danych statystycznych - noszą znamiona nadzwyczajnej zmiany stosunków, uzasadniającej zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus, zgodnie z art. 357¹k.c. (względnie art. 632 § 2 k.c.).

Roboty objęte Kontraktem zostały ukończone w dniu 12 czerwca 2009 r. W związku z tym, na podstawie wniosku Wykonawcy, w dniu 27 czerwca 2008 r. zostało wystawione Świadcstwo Przejęcia Robót zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Ogólnych Kontraktu. Roboty zatem uznano za przejęte w dniu 13 czerwca 2008 r. oraz ukończone w dniu 12 czerwca 2009 r. (świadcstwo przejęcia robót, k. 461, świadectwo wykonania robót, k. 463).

Budowa była realizowana od marca 2006 r. do kwietnia 2008 r. Oddano ją do użytkowania w 2008 r. (zeznania świadka W. I., k. 481-485).

W trakcie wykonywania robót współpraca stron była bardzo dobra. Wszelkie problemy i niedoskonałości wynikłe z fazy przygotowaniu budowy były rozwiązywane na bieżąco. Powodowie podjęli się wykonania Kontraktu, którego zakres i uwarunkowania techniczne nie miały dotychczas miejsca w Polsce. Mimo innowacyjności przedsięwzięcia budowa została oddana w terminie umownym.

Zgodnie z zeznaniami **świadka W. I.**, inżyniera Kontraktu na budowie, obiekt wybudowany przez powodów funkcjonuje prawidłowo. Koncepcja wykonawstwa zaproponowana przez wykonawców była korzystna i świadek ocenił ją pozytywnie. Podkreślił jednak, iż warunki Kontraktowe nie pozwalają na zmianę ceny i Wykonawca został o tym poinformowany (standardowym wymogiem jest, iż zmiana technologii wykonania nie może mieć wpływu na wysokość ceny Kontraktowej). Wskazał ponadto, że jego zdaniem zmiana wykonawstwa powinna nastąpić na etapie składania oferty, a nie na etapie realizacji inwestycji. Podkreślił także, że Wykonawca mógł znaleźć inne formy transportu lub źródło wykonawstwa znacznie bliżej P., co oraz że Kontrakt nie przewidywał waloryzacji cen Kontraktowych. Świadek podniósł także, że współpraca oddziałów pozwanego nie była najlepsza i że istniało duże ryzyko nieukończenia budowy w terminie. Dodał także, iż opiniował roszczenia powodów pozytywnie, ale jego decyzja nie była wiążąca dla Zamawiającego. Zdaniem świadka roszczenie powodów z tytułu zwrotu kosztów cięcia i scalania konstrukcji stalowej C-15 DI nie jest związane ze zmianą technologiczną budowy mostu, ale raczej z trudnościami transportu. Wskazał on także, że sporne elementy stalowe Wykonawca mógł zamówić w C.lub R., a wtedy trasa przejazdu byłaby krótsza. Co więcej, mogli oni znaleźć również inne formy transportu. Świadek wskazał ponadto, iż był inżynierem Kontraktu przez cały czas trwania Kontraktu tj. od marca 2006 r. do kwietnia 2008 r. Był zatrudniany przez firmę (...)reprezentującą interesy Skarbu Państwa (zeznania świadka W. I., k. 481-485).

Z zeznań **świadka P. H.**, inżyniera rezydenta ds. mostowych na budowie w P. wynikało, że **zatwierdził on projekt montażu** i nie miał do niego żadnych zastrzeżeń. Jak podkreślił, projekt ten był nowatorski w Polsce, w związku z czym pojawiło się szereg problemów technicznych. Wymagało to stałej aktywności projektanta, który sprawdzał stany montażowe i wyważenia konstrukcji. Obiekt był trudny technicznie i ta technologia musiała być zrobiona perfekcyjnie. W trakcie budowy nie było wypadków, a realizacja była wykonana bezpiecznie pomimo zagrożeń i różnych warunków pogodowych. Podkreślił także, iż w jego opinii montaż mostu dźwigami z barek był niewykonalny z uwagi na to, że nie ma odpowiednich do tego typu pracy dźwigów i takich wytrzymałych barek. Były to tylko założenia wstępne technologii montażu, które nie wiązały stanowczo samego Wykonawcy. Obowiązkiem Wykonawcy było opracować projekt technologii montażu, a w specyfikacji M14.00 „Konstrukcje stalowe” jest napisane w pkt 5 i 5.1 „program montażu i scalania na miejscu konstrukcji” i jest tu odniesienie do dokumentacji projektowej, która przewidywała inny sposób montażu. Te zapisy wiązały wykonawcę, miał on opracować projekt montażu i sprawdzić możliwość jego zastosowania. Te prace były przewidziane w cenie ofertowej przedstawionej przez wykonawcę. Zdaniem świadka projektowe założenia technologii montażu były nie do spełnienia w rzeczywistości, co nie zmienia jednak faktu, iż Wykonawca podjął się tego zadania po zmianie technologii. Świadek zatwierdził projekt zaproponowany przez wykonawcę w ramach ceny Kontraktowej. Wskazał także iż jego zdaniem płatności za wykonanie i montaż konstrukcji mostu to dwie osobne sprawy, bowiem technologia nie wpływa na wysokość ceny Kontraktowej. W jego przekonaniu montaż mostu to nie była robota dodatkowa (zeznania świadka P. H., k. 498-502).

Świadek W. S., projektant technologii montażu, stwierdził, że w trakcie realizacji Kontraktu istniały trzy zasadnicze etapy: przygotowywanie projektu budowlanego na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (zleceniodawcy), przygotowanie projektu wykonawczego stanowiącego uszczegółowienie projektu budowlanego także na rzecz Zamawiającego oraz przygotowywanie dokumentacji technologicznej montażu mostu na zamówienie Wykonawcy czyli powodów. Świadek podał, iż był w obydwu grupach projektowych i że początkowo była rozpatrywana wersja z zastosowaniem dwóch podpór montażowych, jednakże w późniejszym projekcie zastosowano cztery wieże montażowe, bowiem przeprowadzono dokładną analizę zachowania się konstrukcji przy zastosowaniu dwóch wież oraz przy zastosowaniu większej liczby wież i z tej analizy wynikało, że korzystniejsze jest zastosowanie czterech wież zarówno ze względów bezpieczeństwa jak i ze względów technicznych. Jeśli chodzi o względy bezpieczeństwa to była to konstrukcja prototypowa, niespotykana w skali kraju do tej pory i projektant nie miał żadnych danych, żeby wiedzieć jak konstrukcja może się zachować, a ze względów technicznych przeprowadzone obliczenia wykazały, że w konstrukcji mogą wystąpić nadmierne odkształcenia przy podparciu na dwóch łukach bez użycia dodatkowych elementów. Te odkształcenia mogły mieć negatywny wpływ na dalsze zmontowanie konstrukcji, jak również na walory eksploatacyjne po oddaniu jej do użytkowania. Na etapie projektu budowlanego czyli pierwszego projektu, projektant nie miał obowiązku opracowania szczegółowej technologii montażu tych łuków mostowych, dlatego też zgodnie z Kontraktem projekt technologiczny montażu wykonuje Wykonawca. Realizacja montażu konstrukcji przy użyciu wyłącznie dwóch wież nie była niemożliwa, ale byłaby na pewno bardzo trudna i ryzykowna. Decyzja o wyborze ostatecznej technologii zapadła na spotkaniach Wykonawcy i projektantów jako zespołu roboczego, który przeanalizował wszystkie możliwości i stwierdził, że ta technologia była najlepsza, przy czym to Wykonawca miał decydujący głos w tym, co chce otrzymać, bowiem wie jakim dysponuje sprzętem i możliwościami. Zaznaczył także, że jako projektant nie zajmował się finansową stroną realizacji projektu technologii montażu (zeznania świadka W. S., k. 510-513).

Zgodnie z zeznaniami **świadka K. G.**, głównego projektanta wszystkich obiektów na trasie inwestycji, przy przygotowywaniu pierwszego projektu wykonanego na zlecenie pozwanego celem było przedstawienie jedynie wstępnych wytycznych dotyczących montażu mostu. Miały one charakter „wizji” i nie były oparte na konkretnych obliczeniach, bowiem wtedy nie było takiej konieczności. Stwierdził także, że realizowany projekt był nietypowy. Podniósł także, że Wykonawca mógł i musiał założyć, że wystarczy mu pieniędzy i materiałów na wykonanie montażu zgodnie z rysunkiem. Kosztorys sporządzony przez projektanta nie uwzględniał zastosowania dwóch wież ani dźwigów. To Wykonawca musi wycenić zastosowanie dwóch wież przy montażu w swojej ofercie cenowej, co jest zresztą standardową procedurą. Nie kosztorysuje się bowiem elementów, które nie są trwałe. Ponadto, wskazał iż w momencie gdy znany był już Wykonawca, projektanci zajmujący się projektem technologii montażu przez pół roku

robili obliczenia i stwierdzili że nie da się bezpiecznie wykonać mostu przy użyciu tylko dwóch wież. Panujący wówczas stan wody na (...) uniemożliwiał montaż konstrukcji przy pomocy dźwigów i barek. Wykonawca i projektanci długo czekali na odpowiedni poziom wody, jednakże zastosowanie pierwotnie projektowanej technologii nie było możliwe. Podkreślił, że projektant nigdy nie robi wyceny projektów technologicznych – robi to Wykonawca w zależności od kosztów, jakie ma w firmie i jedynie wycenia koszt elementów ostatecznie wybudowanych, stałych. Kosztorys na potrzeby Zamawiającego znalazł się w projekcie wykonawczym. Projekt budowlany był wykonany w 2004 r., a zrealizowany został dopiero w latach 2006-2008, więc koszty w kosztorysie były już nieaktualne dla Wykonawcy. Świadek wskazał także, iż jako projektant przygotował w jednym egzemplarzu na potrzeby Zamawiającego kosztorys i Wykonawca nie miał możliwości zapoznania się z nim, bowiem obowiązany był dokonać własnej wyceny z uwzględnieniem kosztów montażu i to jego obciążało ryzyko wzrostu cen materiałów czy transportu. Kosztorys sporządzony przez projektanta miał na celu zapoznanie Zamawiającego z orientacyjnymi kosztami inwestycji i był sporządzany wyłącznie na jego użytek (zeznania świadka K. G., k. 513-516).

Zgodnie z zeznaniami kierownika projektu na budowie w P. z ramienia pozwanego - **świadka J. K.**, Wykonawca miał możliwość uzyskania odpowiedzi na konkretne pytania w ramach postępowania przetargowego, jeśli miał jakieś wątpliwości związane z montażem mostu. Podkreślił także, iż znany mu jest problem cięcia elementów stalowych łuków mostu i następnie spawania tych elementów. Wykonawca wystąpił o pozwolenie na cięcie i nie było zgody pozwanego. W tym okresie nie było jednak możliwości przewozu, bowiem Wykonawca wystąpił o uzyskanie trasy wskazania trasy przewozu w momencie kiedy rozpoczęły się remonty na drogach, które wchodziły w zakres trasy przejazdu. W związku z tym że roboty nabierały w marcu tempa, Wykonawca nie mógł uzyskać jednocześnie zgody na określony wariant dojazdu ładunków ponadnormatywnych, ponieważ różni zarządcy w różnych okresach czasu do tych remontów przystępowali. Transport tychże elementów znajdował się na ścieżce krytycznej. Gdyby nie podjęto decyzji o cięciu elementów stalowych, mogłoby nastąpić opóźnienie w terminowej realizacji Kontraktu. Świadek kierował do Zamawiającego dokumentację dotyczącą montażu mostu, ponieważ był do tego zobowiązany. Jako inżynier Kontraktu nie mógł uznawać roszczeń wykonawców, ale mógł przekazywać decyzje związane z roszczeniami, które zostały podjęte przez kierownika projektu lub centralę i mógł też przedstawiać swoje opinie. Kontrakt nie przewidywał możliwości zmiany cen Kontraktowych w wyniku zmian cen rynkowych. Roszczenia Wykonawcy dotyczące cen cynku były przez nadzór odrzucane i świadek był o tym informowany. W cenie Kontraktu zawierał się: montaż, transport, cena materiału, wszystkie roboty towarzyszące, pomocnicze, odpady i ubytki materiałowe. Wykonawca otrzymał zapłatę zgodnie z warunkami Kontraktowymi. Ostatecznie Wykonawcy wypłacono kwotę 342.000.000,00 zł., z czego za most wypłacono kwotę 180.000.000,00 zł. Kwota ta obejmowała budowę całego mostu, transport, podpory i inne elementy. Ostateczne stanowisko Zamawiającego co do roszczeń za podpory technologiczne, za cięcie i przewóz niestandardowych elementów było negatywne, nie zostały one uznane. Świadek wskazał, że Zamawiający zamawiał konkretny wytwór, a sposób dojścia do umówionego rezultatu leżał po stronie Wykonawcy. Obejmowało to także technologię wykonania mostu. W projekcie budowlanym projektant założył pewien wariant montażu, który był konieczny do wyceny całego zadania, jednakże Wykonawca nie był nim związany i to wykonawcę obciążało ryzyko wyboru metody montażu. Zamawiający zapłacił całość wynagrodzenia związanego z montażem i nie weryfikował kwestii która z metod montażu jest droższa. Świadek podał również, iż Wykonawcy sugerowano skorzystanie z transportu wodnego (na barkach), jednakże nie skorzystał on z niego. Świadek wskazał również, iż pomimo że Wykonawca nie mógł zmienić projektu budowlanego, ale mógł zawnieść o zmianę projektu wykonawczego, czego zresztą nie uczynił (zeznania świadka J. K., k. 523-528).

Świadek **A. P.**, urzędnik, który wydawał pozwolenia na przejazdy dla Wykonawcy ze strony Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i autostrad, zeznał, że miał on kontakt jedynie z firmą (...), która świadczyła usługi przewozowe na rzecz powodów. Świadek zeznał, iż przewóz ładunków nienormatywnych był problematyczny i wiązał się z koniecznością uzyskania szeregu zezwoleń. Przewóz obejmował granice 4 województw. Uzgodnienia w przypadku pierwszego ładunku trwały 2 miesiące. Przy kolejnym ładunku pojawiła się konieczność uzgodnienia z jeszcze dwoma województwami, co dodatkowo wydłużyło procedury. Pierwsze transporty jechały zimą i nie było robót drogowych, wobec czego przeprowadzenie transportu było możliwe. Przy drugim transporcie była wiosna i zaczęły się roboty. Ponadto, wnioski sporządzone przez wykonawcę (z marca i kwietnia) zawierały różne parametry, co

rodziło wątpliwości odnośnie możliwości przeprowadzenia transportu drogowego. Zasugerowano wtedy transport wodny. Wykonawca jednak nie skorzystał z tej opcji. Wykonawcy zaproponowano 7 lub 8 alternatywnych tras. Termin do wydania decyzji został przedłużony do maja. **Ostatecznie obydwa wnioski zostały anulowane przez przewoźnika w połowie kwietnia. Następnie zostały złożone kolejne wnioski, ale ostatecznie 5 czerwca przewoźnik złożył informację o rezygnacji z przewiezienia tych elementów.** Okres oczekiwania zależy od gabarytów i przez ile województw ma jechać transport. Wniosek przewoźnika był wnioskiem niestandardowym. Na sporny przejazd nie została wydana żadna decyzja, wobec bezprzedmiotowości dalszego prowadzenia sprawy (zeznania świadka A. P., k. 529-532).

Zeznający **w imieniu powódki ad. 1** Prezes Zarządu (...) S.A.z siedzibą w **G.R. M.** zeznał, iż funkcję tę sprawował w powodowej spółce także w czasie realizacji Kontraktu. Wskazał, że powodowa Spółka jest spółką specjalistyczną w zakresie stalowych konstrukcji mostowych. Podał także, iż brał udział w opracowywaniu oferty do tego Kontraktu i raz w tygodniu pojawiał się na budowie (choć jej nie nadzorował), bowiem Kontrakt ten miał dla spółki szczególne znaczenie. Wskazał też, że problem z realizacją Kontraktu pojawił się na etapie opracowywania projektu montażu, co dodatkowo skomplikował fakt, iż most był konstrukcją prototypową w Polsce. Ponadto, Wykonawca kierował się zaufaniem do projektanta pracującego na rzecz Zamawiającego i przyjął założenie, że projekt został sporządzony profesjonalnie. W związku z wyliczeniami tegoż projektanta, Wykonawca przyjął założenie, iż do pomyślnej finalizacji robót wystarczające będzie wybudowanie tylko dwóch podpór mostowych i taką ich ilość uwzględnił w kosztorysie. W toku robót budowlanych koniecznym było jednak użycie dwóch dodatkowych podpór, co w przekonaniu powodowej Spółki świadczyło o błędnym sporządzeniu projektu budowlanego i wykonawczego przez projektantów Zamawiającego. Wykonawca poświęcił pół roku na analizę bezpieczeństwa budowy i ostatecznie poinformował Zamawiającego o konieczności nasunięcia czterech wież po samej konstrukcji mostu z brzegu rzeki a nie z barek na (...)jak sugerował rysunek G2500. Kluczowym zatem był sposób podparcia łuku a nie sama technologia montażu. Użycie barek było niemożliwe z uwagi na zmienność warunków na rzece (...)i czasową niemożność zastosowania tejże technologii w momencie realizacji Kontraktu. Zamawiający wyraził zgodę na zastosowanie technologii zaproponowanej przez wykonawcę. Ostatecznie, po zakończeniu budowy, wszystkie cztery wieże zostały zdemontowane. Wykonawca wypożyczył je od firm zewnętrznych i de facto ponosił koszty montażu i dzierżawy tychże wież. Kolejnym problemem była kwestia przewozu elementów ponadgabarytowych konstrukcji mostu – co do pierwszego brzegu udało się je przewieźć bez komplikacji, natomiast co do drugiego o pozwolenie wystąpiono w marcu 2007 r. i nie uzyskano stosownego zezwolenia. Z uwagi na naglące terminy, Wykonawca podjął decyzję o konieczności pocięcia tych elementów, na co otrzymał zgodę inżyniera Kontraktu, co jednak spotkało się ze sprzeciwem Zamawiającego. Zdaniem powoda nie było możliwości znalezienia Wykonawcy bliżej Kontraktu, bowiem sporządzenie elementów budowy mostu wymagało odpowiednich urządzeń, a takie znajdowały się w K.. Odnośnie cen cynku Wykonawca podniósł, iż wzrosły one o 110% co w jego przekonaniu jest sytuacja nadzwyczajną. Ponadto, Prezes Zarządu (...) S.A.wskazał, iż sytuacja Spółki jest dobra, bowiem uzyskała ona dodatkowe Kontrakty (zeznania R. M., k.618-622).

Zeznający w imieniu pozwanego **J. W.**, koordynator (...)oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w czasie realizacji Kontraktu kierujący oddziałem pozwanego w L.zeznał, że Wykonawca nie domagał się zmian w projekcie mostu, złożył natomiast swój własny pomysł i projekt technologiczny i montażowy. Zmiana nr 11 do Kontraktu dotyczyła zmiany wartości konstrukcji na przejściu łukowym – Wykonawca zauważył na etapie budowy, że całkowity ciężar konstrukcji łukowej powinien również zawierać elementy ciągu tych belek i wystąpił do Zamawiającego ze stosownym roszczeniem dotyczącym prac robotniczych i pomocniczych i pozwany roszczenie to uznał w zakresie kwoty 13.000.000,00 zł. z VAT. Pierwotnie wartość przęśla miała wynosić 34.500.000,00 zł. a wzrosła do ponad 55.000.000,00 zł. W trakcie ustalania wartości z wykonawcą wyliczono procentowy udział do całego Kontraktu. Ustalono, że 24% kosztów stanowiły same konstrukcje pomocnicze. Pozwany wskazał ponadto, że generalny Wykonawca – (...) S.A.nie zadawał żadnych pytań na etapie przetargowym i obowiązany był wykonać projekt technologiczny, w tym montażowy. Rysunek G 25-00 miał charakter koncepcyjny, a przęśło było prototypowe. Projektant zaś wskazał możliwy sposób montażu, a Wykonawca nie zakwestionował możliwości montowania barek na (...)i praktycznie od razu nie brał pod uwagę sposobu montażu barek na (...). Rysunek G 25 nie był wiążący

dla Wykonawcy i miał jedynie charakter sugestii. Wykonawca wybrał właściwy i bezpieczny sposób montażu, ale także korzystny dla niego ekonomicznie, bowiem z uwagi na nieuregulowanie (...)w P.warunki były trudne i naprzemiennie występowały wysokie i niskie stany wody, a roboty regulacyjne pochłonęłyby u Wykonawcy dodatkowe środki pieniężne. Montaż z dwóch wież wymagałby dodatkowych stężeń montażowych, czego uniknięto. Wykonawca powinien jednak przeanalizować dodatkowe ryzyko i uwzględnić je w cenie Kontraktowej. Koszt budowy mostu wyniósł ponad 180.000.000,00 zł, tj. ok. połowy ceny Kontraktu, który obejmował budowę obwodnicy P.i mostu. Cena Kontraktu wzrosła ostatecznie o 40.000.000,00 zł. na skutek roszczeń i na skutek zwiększenia obmiaru. Roszczenia objęte pozwem były zgłaszane w roszczeniach Kontraktowych. Pozwany podkreślał jednak, że powodowa Spółka nie zgłaszała roszczeń związanych z błędami projektowymi. Ponadto, Wykonawca obowiązany był dowieźć na budowę elementy konstrukcyjne przęsła a wybór drogi i trasy przejazdu odbywał się na jego ryzyko. Pozwany przyznał, iż zarządza drogami i wydaje pozwolenia na przewóz, o ile taki wniosek do niego wpłynie, tymczasem Zakłady (...)późno złożyły wniosek na przejazd z K.do P.(pod koniec lutego, następnie go wycofały i kolejny projekt przedłożyły w kwietniu), podczas gdy przejazd obejmował cztery województwa, a ładunek zabierał całą szerokość jezdni. Nie wszystkie drogi administrował pozwany i szczególnie problematyczny był przewóz przez miasta prezydenckie. Pozwany przygotował takie pozwolenie, ale w tym momencie rozpoczął się remont na drodze (...)lub (...), co uniemożliwiło przewóz, bowiem rozebrano jedną połowę jezdni. Przewóz był jednak możliwy jeszcze w okresie późnozimowym lub wczesnowiosennym. Wykonawca dokonał przewozu elementów konstrukcyjnych dopiero w czerwcu, po ich uprzednim przecięciu. W przekonaniu pozwanego można było wykonać prefabrykanty po prawej stronie (...), co najmniej w czterech wytwórniach, wtedy nie byłoby problemów transportowych. Elementy konstrukcyjne mogły zaś zostać złożone w okolicznych halach. Okoliczność, że część dróg znajduje się w przebudowie była znana Wykonawcy i dlatego też powinien on być wystąpić ze stosownymi wnioskami o przewóz materiałów nienormatywnych. Pozwany wskazał również, iż w cenie jednostkowej zawarta była cena transportu i montażu. Cena była zatem zagregowana. Zatem koszty cięcia oraz spawania stanowiły element ryzyka Wykonawcy, bowiem sam wybierał on środek transportu. Kontrakt nie przewidywał też waloryzacji cen materiałów, zatem i podwyżka cen cynku stanowiła element ryzyka Wykonawcy. Pozwany wskazał, iż Wykonawca nie mógł zamówić cynku „na zapas”, bowiem jego termin ważności wynosi 60 dni. Pozwany wskazał także, iż dla powodowej Spółki kary umowne byłyby bardziej dolegliwe od faktycznie poniesionych kosztów transportu. Nadto, pozwany wskazał, iż z podobnymi roszczeniami względem niego wystąpili pozostali konsorcjanci (zeznania J. W., k. 624-632).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów załączonych do akt niniejszej sprawy oraz zeznań powołanych w niniejszej sprawie świadków w osobach W. I., J. K., P. H., W. S., K. G. i A. P. oraz przesłuchania przedstawicieli stron w osobach R. M. i J. W..

Sąd odstąpił od przesłuchiwania w charakterze świadków Z. W. i P. D., jako że powód skutecznie cofnął swoje wnioski dowodowe w tym zakresie na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2012 r. (protokół rozprawy, k. 516).

Sąd w całości oparł się na powyższym materiale dowodowym, uznając go za pełnowartościowy, kompletny i wyczerpujący oraz nie znalazł podstaw do jego podważenia.

Sąd zważył co następuje:

Powództwo jest bezzasadne i podlegało oddaleniu w całości.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że zgodnie z punktem 3 Kontraktu Wykonawca zobowiązał się wykonać i zakończyć roboty oraz usunąć wady w całkowitej zgodności z postanowieniami Kontraktu, a Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy za wykonanie robót i usunięcie wad cenę Kontraktową, która zgodnie z ofertą Wykonawcy wynosiła brutto 311.097.678 złotych.

W swoich dwóch pierwszych roszczeniach, tj. o zasądzenie od pozwanego kwoty 6.579.611,48 zł. brutto tytułem zwiększenia liczby podpór montażowych oraz o zasądzenie kwoty 411.756,74 zł. brutto tytułem cięcia i scalania konstrukcji, powodowie wniesli o zasądzenie odszkodowania za zaistniałe ich zdaniem wady projektu budowlanego

mostu i opieszałość pozwanego przy wydawaniu zezwoleń na przewóz ładunków nienormatywnych, skutkującą koniecznością dokonania cięcia a następnie scalania elementów konstrukcji mostu.

Ocena roszczeń powodów nie jest możliwa bez odwołania się do zawartej pomiędzy stronami umowy, w szczególności bez prawidłowej interpretacji postanowień ogólnych (FIDIC z roku 1999) oraz warunków szczególnych Kontraktu.

Strony Kontraktu wyłączyły możliwość waloryzacji wynagrodzenia Kontraktowego. W warunkach szczególnych strony postanowiły, że Subklauzula 13.8 Warunków Ogólnych FIDIC dopuszczająca możliwość korygowania wynagrodzenia Wykonawcy o czynniki wynikające ze wzrostów lub spadków kosztów robocizny, Dóbr (tj. Sprzęt Wykonawcy, Materiały, Urządzenia i Roboty Tymczasowe - pkt 1.1.5.2 Warunków Ogólnych FIDIC) i innych nakładów na roboty nie będzie miała zastosowania.

Jak wynika z tych zapisów umownych wolą stron *expressis verbis* wyłączono uprawnienie Wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów, pozostawiając Wykonawcy uprawnienie do żądania przedłużenia czasu na ukończenie Kontraktu i do dostosowania kwoty brutto zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w przypadku zmiany stawki podatku VAT. Tak więc ryzyko czasowe wziął na siebie pozwany natomiast ryzyko finansowe w tym zakresie leżało po stronie powoda.

Należy również podkreślić, że strony zawierając Aneks nr 1 do Umowy, w którym przedłużono Czas na Zakończenie strony wyraźnie potwierdziły, że wszystkie pozostałe postanowienia i warunki Kontaktu pozostają niezmienione. W Aneksie tym strony nie wprowadziły żadnych zmian do treści Kontraktu, wręcz przeciwnie potwierdziły, że te postanowienia pozostają bez zmian.

W ocenie Sądu poprzez zmianę regulacji stosunków stron Kontraktu nie została naruszona dyspozycja przepisu art. 473 § 2 k.c. stanowiąca, że zapis umowy pomiędzy profesjonalnymi podmiotami ograniczający odpowiedzialność dłużnika jest dopuszczalny, o ile nie dotyczy szkód, które dłużnik może wyrządzić wierzycielowi umyślnie oraz norma art. 353¹ k.c., z której wynika, że strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współzycia społecznego, z zastrzeżeniem, że dłużnik jest obowiązany do staranności ogólnej wymaganej w stosunkach danego rodzaju, czy tzw. należytej staranności, którą dodatkowo w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tejże działalności.

W ocenie Sądu powodowie nie wykazali w ramach tego postępowania, aby szkoda została im przez pozwanego wyrządzona umyślnie. Zgodnie z przepisem art. 6 k.c. na powodach ciążył obowiązek procesowy udowodnienia winy umyślnej w działaniu pozwanego. Aby przypisać pozwanemu winę umyślną w postaci zamiaru ewentualnego należałoby wykazać, że pozwany już w momencie zawarcia umowy stron wiedział o wadach projektu budowlanego i godził się na ich wystąpienie oraz na następstwa z tym związane. Tymczasem strony współdziałały przy realizacji Kontraktu, dobrowolnie podpisały Aneks przedłużający Czas na Ukończenie, Kontrakt został rozliczony zgodnie z jego postanowieniami i zasadami wyliczenia kosztów według obmiaru robót i cen jednostkowych z Kontraktu, a pozwany podejmował wszelkie działania mające na celu umożliwienie powodom możliwie sprawnego przewiezienia elementów nienormatywnych konstrukcji mostu, a w sytuacji obiektywnej niemożności skorzystania z transportu drogowego (uprzednio zaplanowane remonty drogowe – okoliczność znana wcześniej powodom) zaproponował transport wodny. Przedstawił im również wykaz okolicznych wytwórni znajdujących się na prawym brzegu (...), w których mogli wykonać prefabrykaty i dokonać ich scalenia, co eliminowałoby problemy transportowe.

Pozwany wyraził też zgodę na przyjęta przez wykonawcę technologię montażu mostu jako, że uznał, iż jest to zmiana korzystna, jednakże w sposób wyraźny zaznaczył, iż nie może ona mieć wpływu na wysokość ceny Kontraktowej. (vide zeznania świadka W. I., k. 482, zeznania świadka P. H., k.499 zeznania J. W. jako przedstawiciela pozwanego, k. 628).

Powodowie otrzymali wynagrodzenie skalkulowane zgodnie z Umową, na bazie ceny jednostkowej ustalonej przez nich w kosztorysie za jednostkę obmiarową.

Wskazany sposób rozumowania wymaga również bliższego wyjaśnienia pojęcia szkody w rozumieniu przepisu art. 361 § 2 k.c., który stanowi, że naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*) oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*).

Oczywistym pozostaje, że tak rozumiana szkoda oznacza między innymi rodzaj kosztów wskazanych w treści pozwu, jednakże treść zapisu umownego wyłączająca płatności na rzecz powoda na wypadek wadliwości dokumentacji projektowej i instrukcji czy nie przekazania w terminie placu budowy oraz innych zdarzeń opóźniających Kontrakt oznacza, że powód zgodził się na umowną regulację wyłączenia odpowiedzialności pozwanego na tych okoliczności, zwłaszcza, że nie wolno przy tym pomijać całej treści art. 361 k.c.

Przepis ten w § 2 stanowi, że odpowiedzialność odszkodowawcza zobowiązanego następuje według zasad określonych w tym przepisie na wypadek braku odmiennego przepisu ustawy **lub postanowienia umowy**.

Jak widać z powyższego ustawodawca nie wykluczył odmiennych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej ustanowionych przez same strony w treści zawartej umowy. Ustawodawca nie wykluczył więc, że może dojść do odstępstw od normy z art. 361 § 1 k.c. z woli samych stron. Te odstępstwa mogą dotyczyć zarówno poszerzenia, jak i ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej. Ta ostatnia możliwość dotyczy zwłaszcza zapisów umownych pomiędzy profesjonalnymi podmiotami.

Przepis art. 471 k.c. wprowadza domniemanie winy dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, jednak domniemanie to ogranicza się do winy nieumyślnej polegającej na niedochowaniu należytej staranności.

W zakresie swoich roszczeń powodowie powinni byli jednak udowodnić, że zachowanie pozwanego nosiło znamiona winy umyślnej, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c., co dawałoby im prawo do domagania się odszkodowania.

Powodowie twierdząc, że to pozwany zawinił sporządzając niewykonalny w warunkach realizacji Kontraktu projekt montażu mostu w dokumentacji projektowej oraz nie udostępniając im drogi przejazdu dla ładunków ponadnormatywnych, skutkującej koniecznością najpierw cięcia, a potem scalania elementów konstrukcji mostu, co generowało po stronie Wykonawcy koszty stanowiące szkodę powodów, przypisywali mu w ten sposób winę umyślną z zamiarem ewentualnym.

W ocenie Sądu, analiza ogółu materiału dowodowego w niniejszej sprawie nie daje podstaw do przyjęcia, że Zamawiający mógł z góry przewidzieć, iż terminowa realizacja Kontraktu nie będzie możliwa w oparciu o przedstawiony przez Zamawiającego wstępny projekt techniki montażu mostu oraz że przewiezienie ładunków ponadnormatywnych drogami publicznymi będzie niemożliwe z uwagi na trwające ich remonty.

Sąd podzielił w tym względzie stanowisko pozwanego, iż to powodów obciążało ryzyko przyjęcia zmienionej technologii montażu, jako że zgodnie z postanowieniami z warunku 4.1 Szczególnych Warunków Kontraktu (k. 23) Wykonawca w ramach Ceny Kontraktowej był zobowiązany do opracowania projektu montażu konstrukcji stalowej. Tym samym, projekt montażu mostu G-25-00, sporządzony na zlecenie Zamawiającego, miał w istocie charakter jedynie sugestii wykonania montażu obiektu mostowego i nie miał charakteru wiążącego dla Wykonawcy. Także na Wykonawcy spoczywał obowiązek wyceny projektu technologicznego (vide zeznania świadka K. G., k. 513), a zatem także i ryzyko finansowe związane z tym projektem.

W rozstrzyganej sprawie Sąd ustalił, że Wykonawcy zaoferowali wykonanie Kontraktu za cenę Kontraktową - 311.176.673 zł. (k. 156), zgodnie z kwotą wynikającą z kosztorysu ofertowego. Było to wynagrodzenie wypłacane Wykonawcy sukcesywnie na podstawie obmiarów faktycznie wykonanych robót. Można przyjąć, że jest to wynagrodzenie ryczałtowe, które jest wynagrodzeniem za całość dzieła, wypłacanym w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej bez szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to wypłacano Wykonawcy etapami po obmiarze i zaakceptowaniu wykonanych robót przez nadzór Zamawiającego oraz po przeliczeniu ilości robót przez cenę jednostkową wynikającą z kosztorysu ofertowego i na podstawie faktury wystawianej przez

wykonawcę. Niektóre prace Kontraktowe były wyceniane według kwot ryczałtowych ujętych w kosztorysie, pozostałe w większości miały ustalone ceny jednostkowe przez które mnożono ilość wykonanych robót. Wszystkie wypłaty miały się jednak mieścić w ramach jednej ustalonej w umowie kwoty Kontraktowej.

Dołączenie do dokumentów umownych kosztorysu ofertowego oznacza, że dokument ten należy traktować jako uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę kwotę kontraktowego wynagrodzenia ryczałtowego (patrz: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. I ACa 1147/00).

W pełni uzasadnionym jest zatem przyjęcie, że Zamawiający zapłacił powodom za osiągnięty rezultat w postaci wybudowanego mostu, a nie za technologię jego montażu, która pozostawała w gestii Wykonawcy i która stanowiła jego ryzyko handlowe.

Rodzaj przypisywanych pozwanemu uchybień z tytułu sporządzenia niewykonanego w warunkach realizacji Kontraktu projektu montażu mostu w dokumentacji projektowej może wskazywać najwyżej na niedochowanie przez Zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu inwestycji czy nawet na lekkomyślność, że prototypową budowę mostu da się zrealizować przy pomocy projektów mającego zastosowanie w innych warunkach środowiskowych (głębokość (...)w miejscu realizacji inwestycji jest zbyt mała, aby możliwe było zastosowanie techniki montażu przy pomocy żurawi umieszczonych na barkach). Pozwany uwzględnił potrzebę wykonania podpór technologicznych i wypłacił powodom wynagrodzenie za prace związane z ich wykonaniem, lecz po cenie jednostkowej Kontraktu a nie po cenie ustalonej i wydatkowanej przez powoda. Nie można mu jednak przypisać winy umyślnej za ujawnienie się okoliczności niezależnych od niego, szczególnie mając na uwadze, że budowa objęta Kontraktem miała charakter prototypowy w polskich warunkach.

Odnosząc się natomiast do kwestii cięcia i scalania konstrukcji przęsła mostowego, uwadze Sądu nie uszła okoliczność, iż fakt konieczności przeprowadzenia remontu na drodze publicznej, po której miał być przewożony ładunek ponadnormatywny do konstrukcji mostu był okolicznością powszechnie znaną, a zatem wiadomą również powodom. Zdaniem Sądu okoliczność ta nie może obciążać pozwanego, jako że taki a nie inny termin przewozu ładunków wynikał z zaniechań przewoźnika działającego na rzecz powodów. Zgromadzony w aktach niniejszej sprawy materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż stosowny wniosek o wydanie zezwolenia na przewóz ładunków ponadnormatywnych został złożony zbyt późno, a nadto był on wielokrotnie doprecyzowywany. Pierwotnie przewoźnik złożył wniosek 26 lutego 2007 r., by następnie go wycofać i złożyć kolejny wniosek w dniu 18 kwietnia 2007 r., podczas gdy jeszcze w okresie późnozimowym i wczesnowiosennym przewóz ten byłby możliwy (vide zeznania J. W., k. 628).

Także kwestia wyboru wytwórcy elementów konstrukcji mostu oraz drogi ich przewiezienia bez wątpienia pozostawała w gestii Wykonawcy. W toku ujawnionych w toku postępowania dowodowego okoliczności, stwierdzić należy, iż po stronie pozwanego nie można się tej kwestii dopatrzeć żadnych uchybień, a tym bardziej winy umyślnej – przedstawił on Wykonawcy listę wytwórni znajdujących się w pobliżu realizowanej inwestycji i sugerował wybór innej metody przewozu w postaci transportu wodnego. Wykazał zatem wolę współpracy i pomocy w przezwyciężeniu trudności jakie napotkało wykonanie Kontraktu. Wobec powyższego, taki a nie inny wybór wytwórcy elementów przęsła mostowego (mającego siedzibę w K.), jak również konkretny wybór zarówno drogi, jaki i metody przewozu elementów konstrukcji mostu w pełni obciążał pozwanego i wchodził w zakres podjętego przez niego ryzyka handlowego.

Wobec powyższego, w przekonaniu Sądu pomiędzy działaniami pozwanego a powstałą po stronie Wykonawcy szkodą w postaci konieczności najpierw cięcia, a następnie scalania elementów konstrukcji przęsła mostowego, Sąd nie dopatrył się żadnego zawinienia po stronie Zamawiającego, chociażby w postaci winy nieumyślnej czy też lekkomyślności. Zdaniem Sądu to Wykonawca wykazał się zaniedbaniem wybierając wytwórnię znacznie oddaloną od miejsca realizacji Kontraktu oraz składając w tak późnym terminie wniosek o wydanie zezwolenia na przewóz ładunku ponadnormatywnego.

Skuteczność wyłączenia odpowiedzialności dłużnika jest uzależniona wyłącznie od jednoznacznego wyraźnego zastrzeżenia tej kwestii w umowie jak zdarzyło się to w rozstrzyganym stanie faktycznym. W tym zakresie zastosowanie mają również zastosowanie reguły interpretacyjne z art. 65 §. 2 k.c.

Zapisy umowy o wyłączeniu zastosowania w jednoznaczny sposób wyłączyły odpowiedzialność pozwanego. Zrezygnowanie przez strony z zapisów postanowień w 13.8 nie oznaczało tylko, że strony zawarły umowę w brzmieniu bez tych zapisów, lecz oznaczało także zmodyfikowanie treści tych postanowień, co pociągało za sobą zmianę zasad odpowiedzialności pozwanego przez ich wyłączenie lub ograniczenie.

Konkludując należy podkreślić, że umowne wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego oraz niewykazanie, że szkoda powoda objęta pozwem została wyrządzona z winy umyślnej inwestora przesądziły o oddaleniu powództwa w zakresie roszczeń powodów o zasądzenie od pozwanego kwoty 6.570.611,48 zł brutto wraz z odsetkami od dnia 5 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty z tytułu zwiększonej liczby podpór technologicznych oraz o zasądzenie kwoty 411.756,74 zł. brutto z odsetkami od dnia 31 lipca 2008 r. do dnia zapłaty z tytułu cięcia i scalania konstrukcji podlegały oddaleniu w całości jako bezzasadnego.

Odnosząc się natomiast do roszczenia powódki w zakresie zasądzenia kwoty 2.530.075,26 zł. wraz z odsetkami od dnia 31 października 2008 r. do dnia zapłaty z tytułu wzrostu cen cynku należało podnieść co następuje.

Strony stosunku zobowiązaniowego przyjmują na siebie obowiązek wykonania umówionych świadczeń zgodnie z treścią umowy. Oznacza to, stosownie do zasady pacta sunt servanda, że zmiana stosunków w okresie pomiędzy powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem nie ma wpływu na wykonanie zobowiązania, jeśli nie przewidują tego szczególne przepisy Kodeksu cywilnego, regulujące konkretny stosunek prawny.

Związanie stron postanowieniami umowy dotyczy stanów zwyczajnych i przewidywalnych, dlatego nakaz dotrzymywania ich uzupełniony został od dnia 1.10.1990 r. przepisem ogólnym art. 357¹k.c., przewidującym możliwość zmiany warunków umownych w razie istnienia nadzwyczajnych, szczególnych i nieprzewidywalnych okoliczności. Odpowiednio do jego treści w wypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków można dochodzić dostosowania zobowiązania do nowych, zmienionych warunków, a gdyby to nie było możliwe – rozwiązania umowy.

Ingerencja w treść wiążącego strony stosunku umownego dopuszczalna jest po łącznym spełnieniu objętych art. 357¹k.c. przesłanek: wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków, spełnienie świadczenia zgodnie z treścią umowy byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, istnienie związku przyczynowego między tymi przesłankami oraz faktu, że przy zawieraniu umowy strony nie przewidziały ryzyka związanego ze zmianą stosunków (Komentarz do art. 357¹ k.c. A. Olejniczaka).

Możliwość żądania przez stronę stosunku zobowiązaniowego określonego ukształtowania tego stosunku przez sąd, stanowi element struktury stosunku zobowiązaniowego. Do przepisów stanowiących podstawę wydania przez sąd orzeczeń wpływających na istnienie lub kształt stosunku zobowiązaniowego zaliczyć należy niewątpliwie art. 357¹k.c. oraz art. 632 §2 k.c., w myśl którego jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Kumulatywne stosowanie obu przepisów nie jest jednak możliwe.

Zostało to jasno wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 r. (I CSK 333/11), gdzie wyjaśniona została wzajemna zależność tych obu przepisów. Wzajemny stosunek norm wynikających z uregulowań zawartych w art. 357¹k.c. i art. 632 § 2 k.c. wskazuje, że pozostają one w stosunku zawierania się. Zakres zastosowania normy ujętej w art.632 § 2 k.c. jest węższy, zawiera się w zakresie stosowania normy art. 357¹k.c. Niewątpliwie węższy jest krąg adresatów normy pierwszej, obejmuje wyłącznie wykonawców, natomiast zakres warunków jej zastosowania przedstawia się albo jako węższy (tylko wynagrodzenie), albo jako równoważny (zmiana stosunków) warunkom zastosowania art. 357¹k.c.

Co do przesłanki pierwszej tj. zmiany stosunków przepis art. 632 § 2 k.c., dopuszcza zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć. Odwołanie się przez ustawodawcę do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje, że chodzi tu o przypadki wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka Kontraktowego, a zatem o przypadki analogiczne jak objęte działaniem normy art. 357¹k.c.

Powyższe wskazuje na podrzędny charakter normy wynikającej z art.632 § 2 k.c., co uzasadnia posłużenie się regułą *lex specialis derogat legi generali* (patrz pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 29 września 2009 r. III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33 LEX nr 518164 oraz w wyroku z 29.03.2012 r. I CSK 333/11 LEX nr 1214634 i wyroku SN z 20.11.2008 r. III CSK 184/08 LEX nr 479317).

Przenosząc te rozważania na grunt rozstrzyganej sprawy na wstępie należy podnieść, że zmiana wysokości istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.) jakim jest w wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść art. 357¹ k.c. czy ewentualnie art. 632 §2 k.c., które mają zastosowanie z mocy art. 144 p.z.p. - w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych i umożliwiają modyfikowanie zobowiązania stron z uwagi na nieprzewidywalne (nieoczekiwane) zdarzenie po jego powstaniu lub gdy zmiany takie są korzystne dla Zamawiającego.

Kwestią relacji przepisu art. 632 k.c. do art. 144 p.z.p. zajął się Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r. (III CZP 41/09) i w wyroku z 4 lutego 2011 r. (II CSK 143/10 lex nr 785535), gdzie wyraził pogląd, iż przepisy art. 629 i 632 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia Wykonawcy robót wykonywanych w trybie zamówienia publicznego, ale tylko w takim zakresie, w jakim zmiana wynagrodzenia będzie korzystna dla Zamawiającego albo zmiana wynika z okoliczności, których nie udało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy oraz gdy zaistnieją przesłanki materialno-prawne określone w art. 629 lub 632 k.c.

Tylko wystąpienie przesłanki zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć (tożsamej z przesłanką okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy) oraz wystąpienie przesłanki rażącej straty w razie wykonania umowy (dzieła) w tych zmienionych warunkach, uprawniałyby Wykonawcę do wystąpienia z powództwem na podstawie art. 357¹ k.c. (lub ewentualnie na podstawie art. 632 § 2 k.c.).

Sąd Najwyższy w wyroku z 21 września 2011 r. (I CSK 727/10 stwierdził, że przez nadzwyczajną zmianę stosunków należy rozumieć stan rzeczy, na który składają się okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym, mające charakter obiektywny (a nie dotyczący indywidualnej sytuacji strony zobowiązania), a zatem niezależny od stron, czego one same nie przewidywały przy zawieraniu umowy i nie miały podstaw do przewidzenia.

Dwie konieczne przesłanki wymienione w przepisach art.357¹ k.c. i 632 k.c. tj. nieprzewidywalna (lub nadzwyczajna) zmiana stosunków i rażąca strata wymagają przedstawienia poglądów prawnych na ich temat w celu ich prawidłowego zastosowania w rozstrzyganej sprawie.

Przepis art. 357¹ k.c. przewiduje, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Przepis art. 632 §2 k.c. przewiduje, że jeżeli na skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Jak już wspomniano przepis ten dotyczy umów o dzieło, ale może mieć zastosowanie w drodze analogii również do umów o roboty budowlane (uchwała 7 sędziów SN z 29 września 2009 r. III CZP 41/09).

Nadzwyczajność (i zawarta w tym pojęciu nieprzewidywalność) zmiany stosunków w rozumieniu obu przepisów ma cechować samą zmianę stosunków umownych, niekoniecznie natomiast zdarzenie, które ją powoduje. Zmiana

stosunków nie musi więc być spowodowana nadzwyczajną przyczyną (np. zmiany ustrojowe powodujące denominację pieniądza, akt terrorystyczny, klęska żywiołowa). Wymóg nadzwyczajnego charakteru zmiany stosunków wiąże się z założeniem istnienia tzw. normalnego ryzyka Kontraktowego, czyli stałych, normalnych zmian gospodarczych będących zjawiskami zwyczajnymi, z którymi strony zawierające zobowiązanie muszą się liczyć.

Przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć zatem należy taki stan rzeczy, na który składają się okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym i mające charakter obiektywny, a zatem niezależny od stron, czego one nie przewidywały przy zawieraniu umowy lub nie miały podstaw do przewidzenia oraz który nie zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy i normalnie niespotykany.

Najlepszym przykładem takiego zjawiska jest np. hiperinflacja, kryzys gospodarczy, długotrwały paraliż łączności czy środków transportu, wprowadzenie ustawowej (odgórnej) regulacji celnej czy podatku VAT, która może być uznana w okolicznościach konkretnej sprawy za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu 357¹k.c. (patrz: wyrok SN z 21.09.2011 r. I CSK 727/10, wyrok S.A. w Białymstoku z 25.10.2011 r. VII GC 127/11, wyrok SN z 17.01.2008 r. III CSK 202/07).

Zakresem regulacji w obu przepisach nie są objęte okoliczności wchodzące w zakres typowego, zwykłego ryzyka Kontraktowego czy zwyczajne towarzyszące wolnemu rynkowi przeobrażenia gospodarcze w kraju rozwijającym się jakim jest Polska, nie tylko od chwili wejścia do Unii Europejskiej 1 maja 2004 r.

Umowa stron podlegała reżimowi ustawy o Zamówieniach Publicznych z 29 stycznia 2004 r.(p.z.p.). Przystępując do przetargu powodowie winni zakładać wszelkie okoliczności, które mogą zajść przy wykonaniu umowy pamiętając, że zgodnie z art. 144 p.z.p. istnieje zakaz zmiany umowy w stosunku do treści ofert, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność zmian wynika z takich okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego.

Przy ocenie ryzyka Kontraktowego warunkiem jest zachowanie przez profesjonalnego wykonawcę wymaganej w obrocie szczególnej staranności przy zawieraniu umowy (art. 355 § 2 k.c.). Konieczność wykazania tej staranności stanowi gwarancję wyjątkowego stosowania tego przepisu, obok konieczności spełnienia innych w/w przesłanek.

W rozstrzyganej sprawie świadkowie strony powodowej wskazywali, że wysoki wzrost cen cynku dotyczył pierwszej połowy 2006 r., a apogeum wzrostu nastąpiło w 2007 r. Według twierdzeń powódek w spornym okresie zużycie faktyczne cynku na konstrukcji stalowej użytej do budowy mostu przez rzekę (...)w P.wyniosło ok. 3,0 kg/m². Wzrost ceny wyniósł 25,38 zł. na 1 m², a więc 113 %, co przy zakresie 67.200 m² (powierzchnia metalizacji dla obiektów konstrukcji stalowej wykonywanych na mocy Kontraktu) daje wzrost kosztów spowodowanych tylko i wyłącznie ceną cynku o 1.530.075,26 zł. Do tej kwoty należy doliczyć narzut (20 %) tytułem zwrotu kosztu zakupu materiałów, zysk (12%) oraz VAT (23%) od całości, co daje łączną kwotę 2.530.075,25 zł. Zmiany te w ocenie powodów były duże, nieprzewidywalne oraz gwałtowne i następowały w krótkim czasie.

Powodowie nie przedstawili jednak żadnych dowodów wskazujących na faktyczne poniesienie przez nich kosztów w tej wysokości i nie udowodnili rzeczywistego wzrostu tych cen na całym rynku budowlanym (k. 9).

W ocenie Sądu nawet takiego wzrostu cen, jak głośłownie wskazali powodowie, nie można zakwalifikować - jak to wskazano w bogatym dorobku orzecznictwym Sądu Najwyższego przytoczonym na wstępie - jako nadzwyczajnej, niespotykanej, jednocześnie niezwyklej (niebywałej), wyjątkowej i normalnie niespotykanej.

Zmiany cen w budownictwie wynikają z istoty wolnego rynku oraz stanowią konsekwencję zmian między poziomem popytu i podaży (np. duże zapotrzebowanie na materiały budowlane gospodarki chińskiej w 2007 r., konkurencja na rynku materiałów budowlanych w Polsce z uwagi na szereg równoległe prowadzonych inwestycji drogowych, boom w budownictwie mieszkaniowym itp.). W rozstrzyganej sprawie zaistniałe na rynku materiałów budowlanych duże wahania cen stały się zjawiskiem powszechnym nie tylko od daty wejścia Polski do Unii Europejskiej (1 maja 2004

r.), ale wiązały się ze zjawiskiem pozyskiwania środków na realizację wielu nowych inwestycji w infrastrukturę już od lat 90-tych.

Konsekwentnie zatem Sąd nie może uznać zmiany cen w sektorze budowlanym w latach 2006-2008 za zjawisko nieprzewidywalne i wyjątkowe (czy nadzwyczajne), a co za tym idzie dokonać zmiany warunków cenowych w umowie stron z korzyścią dla powoda.

Nadmierną trudność z kolei wywołuje spełnienie świadczenia, gdy dłużnik musi podjąć działania prawne lub faktyczne, które wiążą się z ryzykiem osobistym, szczególnymi niedogodnościami lub koniecznością poniesienia nakładów niewspółmiernych do osiąganego rezultatu.

Pojęcie rażącej straty nie odnosi się absolutnie do wartości bezwzględnej konkretnej straty, lecz oznacza stratę ponadprzeciętną tj. w bardzo znaczącym rozmiarze, nieobjętą zwykłym ryzykiem gospodarczym.

Chodzi tutaj o stosunek wartości takiej straty do wartości samej umowy po analizie innych konkretnych okoliczności jakie wystąpiły przy realizacji danego stosunku umownego (np. sposobu realizacji Kontraktu, zwłoki w wykonaniu, rozmiaru i wyniku prowadzonej przez powódki działalności gospodarczej).

Ocena charakteru zaistniałej po zawarciu umowy zmiany stosunków i ocena przewidywalności skutków tych zmian musi być także dokonana z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności powodów oraz biorąc pod uwagę sposób realizacji Kontraktu od samego jego początku tj. staranności w stosunkach danego rodzaju (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8.11.2007 r., I ACa 461/07 OSAB 2007/3-4/3).

Powodowie nie przedstawili żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że koszty z tytułu wzrostu cen cynku zostały przez nich faktycznie poniesione. Załączone do pozwu faktury zostały wystawione na Firmę (...) S.A. (k. 293-300), a nie na Wykonawcę, co nie jest tożsame z poniesieniem tych kosztów przez Wykonawcę. Nie udowodnili także choćby podjęcia próby przygotowania i negocjowania umów z dostawcami i podwykonawcami, dlatego też Sąd nie był w stanie zweryfikować czy w tym względzie dochowali oni należytej staranności.

W ocenie Sądu tylko rzetelne zestawienie rachunku strat i zysków dla konkretnej umowy i porównanie ich z rachunkiem strat i zysków całej działalności powodów pozwoliłoby na obiektywne stwierdzenie i dokładną analizę wystąpienia faktycznej straty i jej rozmiarów. Słowem, powodowie powinni wykazać grożącą im rażąca stratę w związku z realizacją konkretnej umowy i niezwiązaną z normalnym ryzykiem Kontraktowym. Powodowie nie odnieśli w żaden sposób wyliczonej tak straty do rozmiarów prowadzonej działalności gospodarczej.

Zdaniem Sądu ustalając rozmiary poniesionej rażącej straty nie można czynić tego w również oderwaniu od sytuacji obiektywnej i rozmiarów prowadzonej przez powodów działalności gospodarczej. Ogólny stan prowadzonego przez Wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że ustalając rozmiary poniesionej straty nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego zaś może być stratą rażącą (wyrok SN z 15.11.2006 r. V CSK 251/06 LEX nr 278677).

Ze złożonych przez Prezesa Zarządu (...) S.A. zeznań wynika, iż sytuacja Spółki jest dobra, bowiem uzyskała ona dodatkowe Kontrakty, co pozwoliło jej zamknąć rozliczenia wynikiem dodatnim (vide zeznania R. M., k. 622).

Jedynie na marginesie czynionych rozważań wymaga wskazania fakt, że zjawisko zmiany cen materiałów i surowców budowlanych nie jest w pracach budowlanych zjawiskiem wyjątkowym lub nadzwyczajnym. Zważyć należy, że powódka należy do grupy przedsiębiorców wyspecjalizowanych w budownictwie drogowym i powinna przygotować się do realizacji Kontraktu w sposób profesjonalny.

Analiza stanu faktycznego w odniesieniu do przesłanek z art. 357¹ k.c. czy art. 632 § 2 k.c. stała się podstawą oddalenia powództwo w zakresie roszczenia powodów o zapłatę z tytułu wzrostu cen cynku jako niezasadnego i nieudowodnionego zgodnie z regułą z art. 6 k.c.

Roszczenie to również jest bezzasadne w świetle wykreślonej klauzuli 13.8 kontraktu.

Odnosząc się natomiast do zgłoszonego przez pozwanego **zarzutu przedawnienia** roszczeń powodów należało go uznać za niezasadny (k. 372 a.s). Termin wymagalności roszczenia liczony jest od chwili zakończenia Kontraktu i wydania Świadectwa Wykonania, co nastąpiło w dniu 12 czerwca 2009 r.

Pozew w niniejszej sprawie wpłynął do Sądu w dniu 3 czerwca 2011 r. (data prezentaty, k. 3).

Roszczenia powoda przedawniają się po upływie dwóch lat od dnia oddania robót w myśl art. 646 k.c. w zw. z art. 656 k.c.

Należy stwierdzić, że Kontrakt stanowił jedną całość budowlaną, na jego realizację składał się określony w umowie zakres prac wykonywanych na różnych etapach czasowych realizacji Kontraktu. Termin wymagalności roszczenia powoda rozpoczyna się więc po zakończeniu wszystkich robót zasadniczych i po wydaniu świadectwa wykonania. Dopiero wówczas można mówić o powstaniu wymagalnego roszczenia powoda o naprawienie szkody.

Przepis art. 120 § 1 k.c. stanowi, że bieg terminów przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynności w najwcześniejszym możliwym terminie. Niezasadny jest pogląd pozwanego, że bieg terminów przedawnienia poszczególnych roszczeń należy liczyć od poszczególnych zdarzeń, które miały miejsce w czasie realizacji Kontraktu a z którymi wiążą się poszczególne roszczenia finansowe.

Zgłoszone roszczenia finansowe i czasowe Wykonawcy rozpoznawane w trakcie trwania Kontraktu przez Zamawiającego były poddane reżimowi Kontraktowemu co do formy i terminów ich zgłaszania (klauzula 20.1. Kontraktu - termin Kontraktowy do powiadomienia o roszczeniu - termin zawity 28 dni do powiadomienia inżyniera o zdarzeniu powodującym roszczenie i termin 42 dni do przesłania inżynierowi pełnego szczegółowego roszczenia powodowało odrzucenie takiego roszczenia przez Zamawiającego. Roszczenia finansowe powoda nie zostały uwzględnione w trybie Kontraktowym, ponieważ pozwany uznał je za niezasadne.

O kosztach procesu Sąd postanowił w pkt. 2 wyroku na mocy art. 98 k.p.c. i na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. nr 169 z 2005 r., poz. 1417 ze zm.) oraz § 6.pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz.1349 ze zm.).

Z tej przyczyny Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.