

Sygn akt XXV C 647/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lipca 2012r

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Błażejczyk

Protokolant: sekretarz sądowy Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2012r w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Skarbowi Państwa –Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

1. Powództwo oddała.

2. Nakazuje Skarbowi Państwa-kasie Sądu Okręgowego w Warszawie wypłacenie na rzecz (...) S.A.w W.kwoty 1160,08zł (jeden tysiąc sto sześćdziesiąt złotych osiem groszy) tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki zaksięgowanej pod poz WB (...).

3. Zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Skarbu Państwa-Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7200zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt **XXV C 647/11**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 14 czerwca 2011 roku (...) S.A. z siedzibą w W. zażądała zasądzenia od Skarbu Państwa reprezentowanego przez Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, kwoty 2 305 235,30 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 17 września 2009 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenia na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 2-8).

W uzasadnieniu pozwu powódka podniosła, iż była liderem konsorcjum składającego się ze następujących spółek: (...) S.A.(następcy prawnego (...) S.A.) i Przedsiębiorstwa (...) S.A.Konsorcjum to zostało zawiązane celem realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Drogi Ekspresowej S-8R.-W., odcinek ObwodnicaW(...)Lider Konsorcjum miał za zadanie wykonanie robót drogowych, mostowych i innych wymaganych. Partner Konsorcjum miał za zadanie wykonanie robót mostowych i innych w związku z nimi wymaganych. Powód wyjaśnił, iż roszczenia objęte niniejszym pozwem dotyczą jedynie robót wykonywanych przez spółkę (...) S.A., która to spółka została przejęta przez spółkę (...) S.A.w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., a zatem jest ona legitymowana na mocy art. 494 k.s.h. i domaga się zapłaty określonych kwot wyłącznie na swoją rzecz. Powód dodał, iż dochodzone roszczenie w nomenklaturze Kontraktowej było określane mianem „roszczenie nr (...)”.

Powód podniósł, iż decyzją pozwanego plac budowy, podzielony został na dwa odcinki, odcinek I: (...)i odcinek II: (...). Plac budowy odcinka I pozwany zobowiązał się przekazać powodowi najpóźniej w osiem miesięcy, zaś plac budowy odcinka II najpóźniej w ciągu trzydziestu dni od daty podpisania umowy, tj. od dnia 27 lutego 2006 roku. Powódka

przyznała, iż plac budowy odcinka II został jej przekazany zgodnie z założeniami, zaś na odcinku I, a konkretnie w pasie od km(...)do km (...)a także na działkach o nr (...) (rejon projektowanego węzła drogowego (...)), pojawiły się problemy w przekazaniu placu budowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanego. Ostatecznie w dniu 25 czerwca 2008 roku strony podpisały aneks nr (...), w którym przedłużono termin realizacji umowy o pięć miesięcy tj. do 31 miesięcy z pierwotnych 26 miesięcy z uwagi na opóźnienia w przekazaniu odcinka placu budowy.

W dniu 19 sierpnia 2008 roku powódka powiadomił inżyniera kontraktu o stwierdzonych błędach projektowych i konieczności dobudowy ścieków krawędziowych w stosunku do ilości przewidzianych w dostarczonej przez pozwaną dokumentacji projektowej. Powyższe wiązało się z uszkodzeniami nasypów, które były wynikiem ulewnych deszczy, które nawiedziły rejon realizowanej inwestycji w miesiącach letnich w 2008 roku. W okresie tym kontrakt znajdował się w fazie realizacji robót budowlanych. Szkody powstałe w wyniku nawałnych opadów deszczu pokryte zostały z polisy ubezpieczeniowej powoda, w której ubezpieczyciel wyłączył ze swojej odpowiedzialności:

1. wady projektowe, punkt (...) wyłączenia szczególne do działu I (za konsekwencje których, odpowiedzialność ponosi według warunków kontraktowych, klauzula 17.3 (g) zamawiający);

2. wadliwe wykonanie, punkt (...) odpowiedzialność wykonawcy według warunków kontraktowych.

Polisa ta została zaakceptowana przez zamawiającego według klauzuli 18 warunków kontraktowych. Zdaniem powódki pokrycie przez ubezpieczyciela kosztów naprawy uszkodzonych z powodu ulewnych opadów deszczu skarp wskazuje, że nie nastąpiła żadna z okoliczności wyłączających odpowiedzialność ubezpieczyciela.

Zdaniem powódki w tamtym czasie były jeszcze możliwości bezpiecznego, i szybkiego wykonania takich prac dodatkowych, które w przyszłości pozwoliłyby uniknąć podobnych sytuacji i ponownego powstania strat w robotach. W piśmie z dnia 21 sierpnia 2008 roku przedstawiła zakres prac, jaki jej zdaniem był niezbędny do wykonania w celu zapobieżenia szkodom w przyszłości. W piśmie z dnia 2 września 2008 roku powódka, na wniosek inwestora, przedstawiła wycenę proponowanych prac dodatkowych. Pismo to pozostało bez pisemnej odpowiedzi zarówno ze strony inżyniera kontraktu jak i zamawiającego, co zgodnie z warunkami zobowiązywało powódkę do wykonania prac zgodnie z dostarczoną przez pozwanego dokumentacją projektową i zgodnie z rozwiązaniami w niej zawartymi. Zdaniem powódki takie też dyspozycje ustne zostały wydane przez przedstawicieli zarówno inżyniera jak i pozwanego.

Powódka wskazując na podstawę faktyczną dochodzonego roszczenia podała, że na przełomie czerwca i lipca 2009 roku miały miejsce kolejne ulewy, tym razem znacznie powyżej średnich opadów na tym terenie, które spowodowały szkody prawie dwukrotnie większej niż w 2008 roku. Zaznaczyła, iż w roku 2009 umowa znajdował się już w okresie udzielonej pozwanemu dwuletniej gwarancji i w związku z tym zgodnie z warunkami kontraktowymi i na prośbę pozwanego przystąpiła do naprawy wspomnianych szkód składając jednocześnie, zgodnie z postanowieniami umowy (klauzula 20.1, 17.4b, 17.3g i h warunków kontraktu), roszczenie nr (...) o zapłatę za wykonane prace. Jej zdaniem wykonane przez nią prace nie miały związku z wcześniejszym wykonawstwem a były to prace dodatkowe. Podniosła, iż zgodnie z zapisami kontraktu odpowiedzialność za szkody spowodowane błędami projektowymi czy przez siły natury ponosi inwestor czyli pozwany. W okresie zgłaszania wad, odpowiedzialność za roboty przechodzi na zamawiającego (za wyjątkiem przypadków związanych z wykonywaniem robót zaległych i usuwaniem usterek). Ustaje więc jakakolwiek odpowiedzialność wykonawcy za szkody, których przyczyna nie jest objęta polisą dla okresu zgłaszania wad, a która powinna być objęta odpowiedzialnością ubezpieczeniową zamawiającego. Skoro więc ubezpieczyciel uznał, że opady deszczu w 2008 roku dają podstawę do wypłaty odszkodowania, to tym bardziej przekraczające je o 42% opady w 2009 roku, dawałyby taką podstawę.

Powódka ponownie w 2009 roku zasugerowała pozwanemu dobudowę ścieków krawędziowych i skarpowych w celu uniknięcia podobnych zdarzeń w przyszłości. W związku z powyższym pozwany wydał powódce polecenie dobudowy ścieków korytkowych i skarpowych mających uchronić roboty przed podobnymi skutkami opadów w przyszłości i tym samym zdaniem powódki uznał ostatecznie wadliwość dostarczonej przez siebie dokumentacji projektowej. Za te roboty dodatkowe powódka należne wynagrodzenie otrzymała.

Dokonana przez powoda wycena prac usuwających szkody opiewała na kwotę 2 087 323,44 zł netto. Nie spotkała się ona z odzewem ani ze strony inżyniera ani też pozwanego. Nie podjęto też czynności zmierzających do komisyjnego potwierdzenia zakresu prac niezbędnych do wykonania i oszacowania rozmiaru szkód. Powódka zwróciła się z roszczeniem do ubezpieczyciela w ramach posiadanego ubezpieczenia robót. Jednakże w 2009 roku kontrakt znajdował się w okresie gwarancji, w którym odpowiedzialność ubezpieczyciela wobec powoda była znacznie zredukowana. Dlatego też ubezpieczyciel określił swoją odpowiedzialność wobec powoda jedynie w wysokości 197 786,31 zł.

Z uwagi na powyższe powódka pomniejsza dochodzone roszczenie o kwotę wypłaconego odszkodowania i określa ją jako 2 305 235,30 zł na co składa się kwota 1 889 537,13 zł netto oraz kwota 415 698,17 zł należnego podatku VAT.

Pozwany Skarb państwa-Generalny Dyrektor Dróg Karajowych i Autostrad w odpowiedzi na pozew z dnia 5 września 2011 roku wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki kosztów postępowania według norm przepisanych (k. 194-198). Jego zdaniem wykonawca wadliwie wykonał roboty, co więcej nie zostały one prawidłowo zabezpieczone przez wykonawcę przed działaniem warunków atmosferycznych; wykonawca na bieżąco był informowany o zastrzeżeniach odnośnie sposobu i metod w zabezpieczaniu robót, w tym odnośnie niewłaściwego wykonywania robót wykończeniowych. Wadliwość prac i brak zabezpieczenia były jego zdaniem przyczyną szkód w robotach powstałych po deszczach na przełomie czerwca i lipca 2009r. Pozwany wskazał, iż w protokołach odbioru technicznego z dnia 5 stycznia 2009 roku, w załączniku nr (...) do protokołu stwierdzono wady w realizacji robót i nakazano powodowi ich usunięcie przez m.in. naprawienie lokalnie występujących uszkodzeń umocnień (hydrosiew) oraz uzupełnienie humusowania i obsiew wysokich skarp z uwagi na stwierdzoną za małą ilość humusu na geotkaninie oraz nieskuteczność zabezpieczenia skarp przez obsiew z uwagi na wykonanie robót w okresie zimowym. Pozwany podniósł, iż pismem z dnia 5 czerwca 2009 roku wezwał powódkę do natychmiastowego podjęcia działań mających na celu usunięcie stwierdzonych usterek i wad związanych z rozmyciem skarp i poboczy, na co wyznaczono termin do dnia 10 czerwca 2009 roku. Również inżynier pismem z dnia 5 czerwca 2009 roku polecił usunąć stwierdzone usterek i wady związane z rozmyciem skarp i poboczy. Jednakże pozwany podniósł, iż powódka nie podjęła żadnej próby usunięcia w/w usterek i nie dokonała prawidłowego wzmocnienia skarp, lecz zwlekała z tym do momentu ponownego rozmycia skarp wskutek wystąpienia deszczy na przełomie czerwca i lipca 2009 roku. Powódka dopiero we wrześniu 2009 roku dokonała ponownego hydroobsiewu skarp rozmytych wskutek dreszczów w lipcu i sierpniu 2008 roku, co oznacza, że skarpy nasypów nie były należycie zabezpieczone przed rozmyciem. Zdaniem pozwanego powódka obowiązana była do dokonania na swój koszt napraw na przełomie czerwca i lipca 2009 roku. Pozwany powołał się na Subklauzulę 11.8 Warunków Kontraktu FIDIC [obowiązek poszukiwania przez wykonawcę], zmienioną szczególnymi warunkami kontraktu, czym strony rozszerzyły odpowiedzialność kontraktową wykonawcy, wskazując, iż każda wada ujawniona w okresie zgłaszania wad ma być usunięta na koszt wykonawcy wg warunku 11.2.

Ponadto pozwany zaprzeczył wprost jakoby uszkodzenia powstałe na przełomie czerwca i lipca 2009 roku nastąpiły na skutek błędów projektowych, jego zdaniem uszkodzenia te były następstwem niewłaściwego wykonania i zabezpieczenia robót przez powódkę, co spowodowało konieczność dobudowy ścieków krawędziowych i skarpowych.

Pozwany wskazał, iż powódka nie określiła dokładnej daty wystąpienia okoliczności, z których wywodzi swoje roszczenia, a ponadto nie wypełniła procedury kontraktowej dotyczącej zgłaszania roszczeń, co spowodowało odrzucenie roszczenia powódki przez Inżyniera.

W piśmie procesowym z dnia 29 listopada 2011 roku (k. 253-265) powódka odniosła się do zarzutów podniesionych przez pozwanego w odpowiedzi na pozew. Powódka podkreśliła, iż wyłącznie z winy pozwanego kontrakt został przedłużony o pięć miesięcy w skutek czego, wyłącznie z winy pozwanego, przesunięte zostały z okresu wiosenno/letniego 2008 roku na okres jesienno/zimowy roboty związane z umocnieniem skarp poprzez humusowanie z obsianiem. Z uwagi na późny wysiew traw i ich częściowy wzrost do momentu dokonania oceny technicznej nie dało się stwierdzić, czy trawy przyjęły się w 100%. Powódka dodała, iż pomiędzy dniem 14 listopada 2008 roku a 5 stycznia 2009 roku trwała zima i nie można było spodziewać się bujnego wzrostu traw. Odnosząc się do „rzekomych usterek” powódka podniosła, iż nie miała wpływu na powstanie rozmyć skarp jak również na powstanie pozostałych

szkód. Powódka podała, iż powstałe rozmycia wystąpiły w miejscach, w których brakowało ścieków krawędziowych i skarpowych, a w których wykonano je, jako dodatkowe po w październiku 2009 roku oraz w miejscach, w których brakowało ścieków krawędziowych i skarpowych, i w których ich nie wykonano ich, jako dodatkowych, pomimo jej wniosku. Co więcej w przeważającej większości miejsca wskazywane przez pozwanego, jako miejsca usterek nie uległy rozmyciu, co świadczy o braku wpływu ewentualnych błędów wykonawczych na powstałe rozmycia w miejscach, gdzie w sposób prawidłowy zaprojektowano odwodnienie powierzchniowe jezdni. Zdaniem powódki rozmycia są efektami braku prawidłowych rozwiązań projektowych systemu odwodnienia powierzchniowego, zaś w odniesieniu do robót wykonanych przez powódkę stanowią one jej szkodę, bo te prace nie wynikają z postanowień łączącego strony kontraktu. Odnosząc się do miejsc, w których powódka dokonała napraw wskazała, iż wykonała je mając na uwadze wątpliwość jednoznacznego rozstrzygnięcia w takich przypadkach przyczyn powstania szkody lub przeważania którejś z nich, zaś koszty tych robót zostały pokryte z ubezpieczenia. Ponadto powódka podniosła, iż w okresie wiosenno/letnim 2010 roku doszło do kolejnych rozmyć, szczególnie w miejscach, w których brak było i brak jest ścieków krawędziowych lub skarpowych. Powyższe wystąpiło mimo, iż w 2010 roku zdaniem pozwanej spełnione zostały wszelkie wymagania w odniesieniu do koniecznych prac, zgodnie z umową, była odpowiedzialna za prawidłowe wykonanie poszczególnych robót zgodnie z projektem, jednakże nie była odpowiedzialna za wady projektu. Powódka wyjaśniła, iż w 2009 roku odmówiła podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do naprawy rozmyć, bowiem miała na uwadze odmowę uznania roszczenia i przyjęcia odpowiedzialności przez pozwanego za powstałe wskutek błędów projektowych szkody. Powódka dodała, iż poza nią wadliwość, co projektów odwodniania zrealizowanych w ramach przedmiotowej inwestycji w 2010 roku zgłosił również Urząd (...)w W., który w pismach skierowanych do pozwanego wskazywał na inne liczne błędy, które zdaniem urzędu wymagały podjęcia przez pozwanego działań naprawczych.

Powódka podniosła, nieprawdziwość twierdzeń pozwanego co do tego, iż nie podjęła żadnej próby usunięcia usterek i nie dokonał prawidłowego wzmocnienia skarp, lecz zwlekała z tym do momentu ponownego rozmycia skarp w skutek deszczy na przełomie czerwca i lipca 2009 roku. Wskazywała, że w piśmie z dnia 5 czerwca 2009 roku pozwany przyznał, iż powódka dokonała napraw, twierdząc „Ponadto stwierdzono ponowne wystąpienie rozmyć poboczy i skarp w miejscach już naprawianych po wiosennym przesiądzie obwodnicy”.

Powódka podniosła, iż mając na względzie skalę rozmyć i powstałe zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu, co przekładało się na zagrożeniu zdrowia i życia użytkowników drogi, przystąpiła do usuwania szkód. Zdaniem powódki podkreślane przez pozwanego usunięcie „każdej wady” ujawnionej w okresie zgłaszania wad na koszt powódki ma za zadanie stworzyć wrażenie, że nie istotne jest czy dana wada spowodowana została wadliwym wykonawstwem czy też wynika z okoliczności, które mogą zostać przypisane pozwanemu. Sub -klauzula 11.8 w ocenie powódki ma nierozzerwalny związek z Sub -klauzulą 11.2, która odnosi się wyłącznie do wad, jakie mogą być zawinione wyłącznie przez wykonawcę. Powódka jednoznacznie wskazała wartość robót naprawczych, które zdecydowała się uznać jako te, które zgodnie z Subklauzulą 11.2 „mogą ewentualnie być przypisane” powódce, jednoznacznym jest, że za powstanie pozostałych szkód w robotach odpowiedzialność ponosi pozwany, bądź też zapłata za wykonanie robót naprawczych stanowi jego ryzyko.

Powódka zwróciła uwagę, iż projektant wprost stwierdzał niedoskonałości projektu pierwotnego wykonanego w 2001 roku, które wymagały skorygowania poprzez wykonanie dodatkowego odwodnienia powierzchniowego mające bezpośredni wpływ na powstawanie uszkodzeń skarp. Powódka podniosła, iż po zmianie wytycznych i komentarzy do nich w 2002 roku pozwany miał możliwość dostosowania projektu w taki sposób, aby odpowiadał on nowym wymogom opracowań. Taka możliwość pojawiła się również w 2008 roku, kiedy to powódka w pismach z dnia 19 sierpnia 2008 roku oraz z dnia 21 sierpnia 2008 roku zwracała uwagę na potrzebę wykonania dodatkowych prac.

Powódka zauważyła, iż uszkodzenia skarp wynikały wyłącznie z wadliwego projektu za co nie odpowiada wykonawca czyli powódka, a fakt ten został przez inwestora - pozwanego potwierdzony, gdyż inżynier działający na zlecenie pozwanego wydał polecenie wykonania dodatkowych ścieków krawędziowych i skarpowych dokładnie w miejscach wskazanych w piśmie biura projektów.

Odnosząc się do daty i terminów zgłoszenia roszczenia FIDIC powódka stwierdziła, że odrzucenie zgłoszonego przez nią roszczenia zostało dokonane z naruszeniem warunków kontraktowych. Podstawa zgłoszenia roszczenia została wskazana w piśmie z dnia 9 lipca 2009 roku, jako błędy projektowe w dokumentacji dostarczonej przez pozwanego, zaś ich skutkiem są szkody w robotach wykonanych przez powódkę. W ocenie powódki znamionem jest fakt, że inżynier w ogóle nie odniósł się do w/w podstaw roszczenia, do czego był zobowiązany na mocy postanowienia Sub -klauzuli 20.1 warunków kontraktu, która przewiduje 42 dniowy termin na udzielenie odpowiedzi zatwierdzającej lub odrzucającej roszczenie.

Powódka zaznaczyła, iż od momentu pojawienia się pierwszych rozmyć w czerwcu 2009 roku do dnia pisma pozwanego z dnia 31 sierpnia 2009 roku, pozwany podejmował decyzje w zakresie wykonania dodatkowych ścieków krawędziowych i skarpowych co spowodowało, iż powódka miała znacznie utrudnione zadanie co do przedstawiania szczegółowych kalkulacji w roszczeniach częściowych, aż do momentu ustania opadów i związanym z nimi zwiększaniem się rozmiaru szkód.

Powódka dodała, iż przedstawienie decyzji ubezpieczyciela miało na celu wskazanie zakresu szkód, w odniesieniu, do którego roszczenia powoda zostały zaspokojone. W korespondencji z zakładem ubezpieczeń funkcjonuje pierwsza data zgłoszenia przez powoda do (...)szkody, tj. dzień 15 czerwca 2009 roku. Dalsze szkody z tego samego tytułu ujawnione były sukcesywnie w ciągu kolejnych dni czerwca i lipca nie zostały przez (...)uznane, jako nie objęte polisą powódki.

Wskazywała, że mimo wezwania powódki do zapewnienia udziału kompetentnego personelu w pomiarach zakresu powstałych szkód i związanych z nimi napraw, pozwany nie odpowiedział na wezwanie powódki oraz nie zapewnił udziału w/w personelu w pomiarach. W takiej sytuacji powódka dokonała pomiarów i przedstawiła je pozwanemu w piśmie z dnia 17 września 2009 roku. Ponadto powódka stwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania przez pozwanego przedstawionej metodologii kalkulacji wartości wykonanych na rzecz pozwanego robót budowlanych będących przedmiotem niniejszego powództwa, bowiem jest ona zgodna z ustaleniami stron a w szczególności z Sub -klauzulą 12.3. Przedstawiona przez powódkę kalkulacja dopowiada dokładnie w/w opisowi i spełnia warunki sporządzenia takiej kalkulacji.

W piśmie procesowym z dnia 17 lutego 2012 roku (k. 354-357) pozwany ustosunkowując się do twierdzeń powódki podniósł, iż pismo inżyniera kontraktu z dnia 6 sierpnia 2010 roku dotyczy rozmyć nasypów skarp na przedmiotowej inwestycji powstałych po dacie wydania przez inżyniera kontraktu świadectwa wykonania w dniu 22 lipca 2010 roku. Zdaniem pozwanego inżynier kontraktu wezwał powódkę do usunięcia rozmyć skarp w ramach odpowiedzialności konsorcjum wykonawcy w okresie gwarancyjnym. Odmowa spowodowała konieczność dokonania napraw na koszt inwestora – pozwanego w celu uniknięcia postępu niszczenia drogi. Pozwany podtrzymał swoje stanowisko co do tego, iż rozmycia skarp nasypów zarówno w 2009 roku jak i w okresie późniejszym wynikały z braku umocnienia skarp humusowaniem i obsianiem trawą, a przede wszystkim z braku ukorzenia trawy w okresie deszczów. Pozwany podniósł, iż w dniu 30 września 2009 roku inżynier dokonał przeglądu robót stwierdzając zły stan odbudowy roślinnej skarp w 60% ogólnej powierzchni skarp drogi ekspresowej i 50% ogólnej powierzchni pozostałych dróg. Zdaniem pozwanego powyższe oznacza że wykonawca w 2009 roku usunął wady tylko częściowo. Zgodnie z powyższym inżynier kontraktu wydając świadectwo wykonania w dniu 22 lipca 2010 roku, jedynie wizualnie mógł stwierdzić, że trawa została wysiana, natomiast z uwagi na okres ukorzenia trawy nie miał możliwości oceny skuteczności wykonanych prac. Stopień rozmycia robót wskazuje, iż stopień ukorzenia trawy nie był wystarczający dla zabezpieczenia skarp.

W ocenie pozwanego pisma Urzędu (...) w W., wbrew twierdzeniom powódki, nie potwierdzają wad projektowych. Pozwany podał, iż twierdzenia powódki o rzekomych wadach projektowych są gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami w sprawie, zaś decyzja o wykonaniu ponadnormatywnych ścieków krawędziowych i skarpowych została podjęta właśnie przy uwzględnieniu m.in. okoliczności, że wykonawca tylko częściowo zabezpieczył skarpy poprzez skuteczny obsiew. Pozwany po raz kolejny podniósł, że rozmycia skarp powstałe na przełomie czerwca i lipca 2009 roku wynikały z braku umocnienia skarp przez powoda.

Zdaniem pozwanego powódka mogła dokonać ponownego obsiewu na fragmentach skarp zakwestionowanych przez inżyniera, co więcej w 2008 roku częściowo naprawiła rozmyte skarpy, jednakże ich nie obsiała. Pozwany stwierdził, iż termin usunięcia usterek ustalony był do dnia 30 kwietnia 2009 roku, zaś inżynier jeszcze w dniu 29 maja 2009 roku stwierdzał, iż prace polegające na obsiewaniu skarp są w toku. Wobec powyższego pozwany stwierdził, iż deszcze z przełomu czerwca i lipca 2009 roku zniszczyły skarpy i obsiew, bowiem było za mało czasu, by trawa mogła się ukorzenieć, a odpowiedzialność za powyższe ponosi powódka.

Pozwany wskazał, iż zastrzeżenia ze strony nadzoru dotyczyły również, jakości robót mających na celu usuwanie usterek, bowiem inżynier w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 roku poinformował powódkę o zastrzeżeniach co do jakości wykonywanych napraw, które w jego ocenie były „wykonywane bez użycia jakiegokolwiek sprzętu do zagęszczania (gruntu)” i z pogwałceniem zapisów programu zapewnienia jakości (dla robót ziemnych) i specyfikacji.

Pozwany podkreślił, iż powódka przyczyniła się do zwiększenia zakresu prac niezbędnych do dokonania napraw rozmyć skarp, bowiem popadła w zwłokę w dokonaniu napraw umocnień skarp w 2009 roku, co spowodowało postęp uszkodzeń.

Pozwany przypomniał, iż w piśmie z dnia 7 października 2009 roku inżynier kontraktu informował powódkę, iż postęp usuwania wad i usterek, związanych głównie z naprawą rozmytych skarp nie gwarantuje ukończenia ich do końca kontraktowego okresu zgłaszania wad, tj. do dnia 26 grudnia 2009 roku. Co więcej inżynier nie otrzymał od powódki harmonogramu robót naprawczych, o co wielokrotnie występował.

W piśmie procesowym z dnia 28 maja 2012 roku (k. 407-412) pozwany podniósł zarzut braku legitymacji czynnej powódki do dochodzenia całości roszczenia, bowiem powódka jest jedynie członkiem konsorcjum, które zawarło umowę na budowę przedmiotowej nieruchomości. Zdaniem pozwanego bez znaczenia jest fakt, iż powódka jest liderem konsorcjum, bowiem upoważnienie lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego w zakresie dokonywania rozliczeń dotyczy jedynie czynności technicznych polegających na wystawianiu faktur.

W piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2012 roku powódka (k. 414-415) podniosła, iż jednoznacznie udowodniła błędy projektowe, co więcej w piśmie z dnia 16 października 2009 roku projektant stwierdza, że pozwany sam zlecił wykonanie dodatkowych, czyli brakujących z punktu widzenia projektu, prac tj. budowy ścieków i za te dodatkowe prace powódce zapłacił. Co więcej powódka podniosła, iż rozmycie nastąpiło po wydaniu świadectwa wykonania, czyli po uznaniu przez pozwanego właściwego wykonania m.in. umocowania skarp. Podkreśliła, iż rozmycie nie wystąpiło ze względu na niewłaściwe umocowanie skarp, lecz z powodu braku dostatecznej ilości ścieków, co stanowi błąd projektowy, za który nie ponosi odpowiedzialności. Odnosząc się do zarzutu braku legitymacji czynnej powódka podniosła, iż w niniejszej sprawie wbrew twierdzeniom pozwanego nie występuje współuczestnictwo konieczne.

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:***

W dniu 18 października 2005 roku (...) S.A. z siedzibą w W. i Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w Ł. zawarły umowę konsorcjum (k. 16-19), której celem było przygotowanie i wspólne złożenie dokumentacji ofertowej na przetarg ogłoszony w B. Z. P. nr (...) z dnia 19 sierpnia 2005 roku, przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, której przedmiotem była inwestycja o nazwie „Budowa (...)S-8R.-W., odcinek Obwodnica W.(...)” Liderem konsorcjum strony ustanowiły (...) S.A. z siedzibą w W., powierzając jej uprawnienie do reprezentowania partnerów wobec zamawiającego oraz osób trzecich. Lider konsorcjum działać miał w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz partnera konsorcjum (§ (...) umowy). Ponadto strony konsorcjum dokonały podziału zadań i obowiązków. Zgodnie z tym podziałem lider wykona roboty drogowe, mostowe i inne wymagane, co stanowi 70% wartości robót, zaś partner wykona roboty mostowe, co stanowi 30% wartości robót.

Postanowienia umowy konsorcjum zostały uzupełnione ustaleniami zawartymi w porozumieniu wykonawczym zawartym w dniu 22 lutego 2006 roku (k. 20-23). Na mocy § (...) porozumienia wykonawczego do umowy konsorcjum

lider konsorcjum działa w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz partnera - łącznie jak i obu partnerów z osobna i jest upoważniony do wykonywania czynności faktycznych i prawnych wobec zamawiającego i osób trzecich poprzez zaciąganie zobowiązań wcześniej uzgodnionych, składanie wszelkich oświadczeń dotyczących wykonywania postanowień kontraktu oraz jego ewentualnego rozwiązania, w tym w zakresie praw i obowiązków majątkowych partnerów w czasie jego realizacji jak i po jego zakończeniu w ramach zobowiązań partnerów z tytułu rękojmi i gwarancji.

Porozumienie określa zasady, według których wykonywane są wspólnie roboty objęte przedmiotem umowy oraz reguluje wszelkie zobowiązania i rozliczenia konsorcjantów w związku z przedsięwzięciem. W § (...) porozumienia w ramach przyjętego na gruncie tej umowy systemu wspólnej realizacji robót, postanowiły dokonać podziału robót w ten sposób, że lider konsorcjum miał za zadanie wykonanie robót drogowych, mostowych i innych wymaganych, zaś partner konsorcjum miał za zadanie wykonanie robót mostowych i innych w związku z nimi wymaganych.

W dniu 27 lutego 2006 roku strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem była „Budowa (...)R.-W., odcinek ObwodnicaW.km(...)”. W umowie strony postanowiły, iż kontrakt składać się będzie z następujących dokumentów:

- 1) Umowy;
- 2) Oferty wykonawcy z dnia 27 października 2006 roku wraz z załącznikami;
- 3) Szczególne warunki kontraktu;
- 4) Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego – FIDIC 1999;
- 5) Instrukcje dla wykonawców – tom (...) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 6) Dokumentacja projektowa – specyfikacje techniczne;
- 7) Dokumentacja projektowa – rysunki;
- 8) Umowa konsorcjum.

W/w umowa została zmieniona aneksem nr (...)z dnia 3 kwietnia 2006 roku (k. 26), aneksem nr (...)z dnia 13 listopada 2007 roku (k. 27-30) oraz aneksem nr (...) z dnia 25 czerwca 2008 roku (k. 31-34).

W okresie od dnia 16 lipca 2008 roku do dnia 15 sierpnia 2008 roku oraz od dnia 21 czerwca 2009 roku do dnia 10 lipca 2009 roku w W. nastąpiły obfite opady atmosferyczne (k. 123-124), których następstwem było znaczne rozmycie robót wykonanych w związku z realizacją budowy obwodnicy W..

W związku z opadami z 2008 roku powódka pismem z dnia 19 sierpnia 2008 roku (k. 125) wystąpiła do inżyniera kontraktu z prośbą o rozważenie zasadności zwiększenia ilości ścieków krawędziowych w miejscach największych rozmyć, celem eliminacji podobnych sytuacji w przyszłości. Powódka podniosła, iż nawet wykonane 100% prace nie są w stanie przeciwdziałać sile spływu wód w tym miejscu. Powódka poprosiła o konsultacje co do miejsc dobudowania ścieków i podniosła, iż do czasu zakończenia wszelkich robót planuje ułożenie na krawędzi warstwy ścierniczej (...), wałka z betonu, który będzie zmniejszał destrukcyjne działanie wody deszczowej.

Nawiązując do powyższego pisma w piśmie z dnia 21 sierpnia 2008 roku (k. 126) powódka przesłała inżynierowi kontraktu propozycję lokalizacji dodatkowych ścieków krawędziowych (k. 127).

W odpowiedzi na powyższe inżynier kontraktu poprosił o przedstawienie wyceny dodatkowych prac, polegających na budowie dodatkowych ścieków (k. 128).

W dniu 2 września 2008 roku powódka przesłała inżynierowi kontraktu sporządzona przez siebie wycenę dodatkowych prac (k. 129-130).

W dniu 14 listopada 2008 roku nastąpiło przejście przez inżyniera większości prac (k. 203-211). Powódka otrzymała świadectwo przejścia robót nr(...), które uzupełnione zostało świadectwem przejścia nr (...). W drugim z w/w dokumentów stwierdzono, iż przejście pozostałych robót nastąpiło w dniu 26 grudnia 2008 roku. Prace zostały przejęte, jako wykonane zgodnie z dokumentacją projektową, bowiem zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń do wykonanych prac w tym do zagęszczenia nasypów.

W załączniku nr (...)dotyczącym usterek do usunięcia w okresie gwarancji stwierdzono, iż do dnia 30 kwietnia 2008 zakończono nasadzenie, oraz iż do tego samego dnia naprawiono lokalnie występujące uszkodzenia umocnień i uzupełniono humusowanie oraz obsiew wysokich skarp na odcinkach od km (...)str. (...), (...)str. (...), (...)str. (...), (...)i na (...),(...), (...)i (...)str. (...)i (...), (...)str. (...), (...)str. (...)oraz od km (...)str. (...)i (...)str. (...)i (...) gdzie umocnienie skarp przez obsiew nie było skuteczne ze względu na okres zimowy.

W załączniku nr (...) do protokołu odbioru technicznego z dnia 5 stycznia 2009 roku (k. 212-220) wskazano, iż do dnia 30 kwietnia 2008 roku wykonano następujące prace: zakończono nasadzanie i uzupełniono ubytki, naprawiono lokalnie występujące uszkodzenia umocowań (hydrosiew) oraz uzupełniono humusowanie i obsiew wysokich skarp, gdzie umocowanie skarp przez obsiew nie jest skuteczne z powodu wykonania robót w okresie zimowym, uzupełniono powierzchnie objęte rekultywacją o humusowanie i obsiew z uwagi na wykonywanie robót w okresie późnej jesieni.

W załączniku nr (...)do protokołu odbioru technicznego z tego samego dnia (k. 221-228) stwierdzono, iż do dnia 30 kwietnia 2008 roku wykonano umocnienie skarp poprzez obsiew.

W piśmie z dnia 2 czerwca 2009 roku inżynier kontraktu (k. 309-310) poinformował powódkę, iż intensywne opady deszczu jakie miały miejsce w maju, a w szczególności opady z dni 1 i 2 czerwca 2009 roku spowodowały rozmycie skarp i nasypów wybudowanej przez powódkę obwodnicy W.. Inżynier poprosił o pilne usunięcie powstałych uszkodzeń.

W piśmie z dnia 5 czerwca 2009 roku (k. 229) pozwany wezwał powódkę do natychmiastowego podjęcia działań mających na celu usunięcie stwierdzonych usterek i wad związanych z rozmyciem skarp i poboczy. Ponadto stwierdzono, iż rozmycia wystąpiły także w miejscach, w których doszło do napraw po rozmyciach, które miały miejsce na wiosnę 2009 roku. Na wykonanie napraw pozwany wyznaczył powódce termin do dnia 10 czerwca 2009 roku, a w przeciwnym razie zagroził, iż prace te zostaną zlecone innej firmie na koszt powódki.

Tego samego dnia również inżynier kontraktu wezwał powódkę do usunięcia wad i usterek (k. 234).

W piśmie z dnia 5 czerwca 2009 roku (k. 308) Komenda (...)w W.zwróciła się do pozwanego o pilne podjęcie interwencji w sprawie usunięcia uszkodzeń w postaci rozmyć poboczy i skarp nasypów na obwodnicy W., bowiem powyższe powodują zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu drogowym.

W piśmie z dnia 10 czerwca 2009 roku (k. 328) inżynier kontraktu poinformował powódkę, iż sposób wykonywania przez nią napraw w związku z rozmyciem skarp i nasypów budzi jego wątpliwości, bowiem prace wykonywane są bez sprzętu zagęszczającego a w związku z tym nie dają gwarancji odpowiedniej jakości wykonanych prac.

W dniu 9 lipca 2009 roku powódka wniosła roszczenie nr (...)żądając zwrotu kosztów napraw szkód w robotach powstających od przełomu miesiąca czerwca i lipca 2009 roku (k. 131). Wnosząc roszczenie nr (...) powódka podniosła, iż w związku z ulewnymi deszczami, które wystąpiły na przełomie czerwca i lipca 2009 roku w robotach przez nią wykonanych wystąpiły następujące szkody:

- rozmycie skarp;
- częściowe wymycie warstw konstrukcyjnych jezdni;



- zamulenie rowów i przepustów;
- podmycie i uszkodzenie oznakowań pionowych;
- podmycie urządzeń bezpieczeństwa ruchu – barier energochłonnych;
- podmycia ogrodzeń.

Ponadto powódka podkreśliła, iż cały czas postępują procesy niszczące wykonane przez nią roboty. Roszczenie powódka oparła na sub-klauzuli 20.1 warunków kontraktu w oparciu o sub-klauzulę 17.4 (...)odniesioną do sub-klauzuli 17.3 (...)i (...)

Powódka wskazała, iż przyczyny powstałych szkód mogą być dwojakie:

- 1) Rozwiązania przyjęte w dokumentacji projektowej były niestosowne do warunków atmosferycznych panujących w rejonie realizacji projektu, nawet mimo sugestii powódki;
- 2) Nieprzewidywalna siła natury.

W ocenie powódki bez względu na większą wagę którejkolwiek z w/w przyczyn zamawiający ponosi ryzyko ich wystąpienia. Zgodnie z postanowieniami kontraktu powódka zobowiązana była do usunięcia szkód. Jednakże koszty tych napraw winny zostać pokryte przez zamawiającego. Również w tym piśmie powódka poddała pod rozwagę zamawiającego wykonanie dodatkowych ścieków krawędziowych i skarpowych, które miałyby za zadanie uchronić wykonane roboty przed rozmyciem.

W piśmie z dnia 27 lipca 2009 roku (k. 134) powódka poinformowała inżyniera, iż w związku z nawracającymi ulewami ostateczne oszacowanie rozmiaru szkód nastąpi po ustabilizowaniu się warunków atmosferycznych. Ponadto powódka dodała, iż w związku z nawracającymi zjawiskami atmosferycznymi jej roszczenie ma charakter roszczenia ciągłego.

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2009 roku (k. 335-336) pozwana poinformowała powódkę, iż postęp prac naprawczych jest niezadawalający, zaś do większości prac w ogóle nie przystąpiono. Zdaniem pozwanego degradacja skarp i nasypów nadal postępuje. Pozwana poinformowała powódkę, iż jako wykonawca jest ona zobowiązana do wykonania prac naprawczych.

W piśmie z dnia 31 sierpnia 2009 roku (k. 247-248) inżynier kontraktu poinformował powódkę, iż w całości odrzucił zgłoszone przez nią roszczenie nr (...). W uzasadnieniu inżynier podniósł, iż ponieważ powódka nie wskazała daty, w której powstało uprawnienie powódki do zgłaszania roszczenia, pozwany stwierdził iż musiał domyślać się tej daty i określił ją na 30 czerwca 2009 roku a co za tym idzie do dnia 11 sierpnia 2009 roku powódka miała czas (wynoszący 42 dni zgodnie z sub-klauzulą 20.1) na zgłoszenie roszczenia. Do w/w daty powódka nie zawiadomiła pozwanego o roszczeniu a co za tym idzie inżynier odrzucił roszczenie.

W piśmie z dnia 17 września 2009 roku (k. 135) powódka przekazała inżynierowi kalkulację cen jednostkowych dla robót związanych z naprawami uszkodzeń w robotach w wyniku nawałnych deszczy w miesiącach letnich 2009 roku (k. 136-), za łączną cenę 2 087 323,44 zł netto.

W protokole z przeglądu technicznego budowy drogi ekspresowej (...) R. W. na obcinku obwodnicy W., zastrzeżono, iż komisja stwierdziła konieczność wykonania ścieków krawędziowych i skarpowych. Łącznie postanowiono wykonać 2 661,8 mb ścieków krawędziowych i 358,7 mb ścieków skarpowych zgodnie z załączoną do protokołu tabelą (k. 174-175).

W piśmie z dnia 7 października 2009 roku (k. 337) inżynier kontraktu poinformował powódkę, iż postęp prac naprawczych nie gwarantuje wykonania ich do końca okresu zgłaszania wad, tj. przed dniem 26 grudnia 2009 roku. Inżynier stwierdził, iż wykonanie zabiegów gwarantujących prawidłowe ukorzenienie się i wzrost traw jest niemożliwe

przez wzgląd na okres zimowy. Ponadto inżynier poinformował powódkę, iż w razie nietrzymania w/w terminu zgodnie z warunkiem kontraktu 11.9 nie będzie możliwe wydaniu jej świadectwa wykonania.

W piśmie z dnia 9 października 2009 roku inżynier kontraktu poinformował powódkę o niewykonanych pracach, które winny zostać zrealizowane w ramach zadania III, do dnia 30 września 2009 roku (k. 236-245).

W dniu 22 października 2009 roku (k. 322-323) komisja wydała protokół z przeglądu technicznego budowy drogi ekspresowej (...) R. W. na odcinku obwodnica W. stwierdzając konieczność wykonania ścieków krawędziowych i skarpowych, w szczególności 2 661,8 mb ścieków krawędziowych i 358,7 mb ścieków skarpowych.

W piśmie z dnia 23 października 2009 roku (k. 173) pozwany poinformował inżyniera kontraktu iż na podstawie protokołu z dnia 22 października 2009 roku z przeglądu technicznego budowy drogi ekspresowej (...) na odcinku Obwodnicy W., poleca wykonanie ścieków krawędziowych i ścieków skarpowych zgodnie z zakresem podanym w załączniku do protokołu.

W piśmie z dnia 26 października 2009 roku (k. 172) pozwana poleciła powódce wykonanie ścieków krawędziowych i ścieków skarpowych zgodnie z zakresem podanym w załączniku do protokołu.

Do dnia 26 grudnia 2009 roku powódka wykonała szereg prac polegających na usuwaniu wad (k. 230-233).

W dniu 19 stycznia 2010 roku (...) S.A. z siedzibą w K.zawiadomiło powódkę o przyznaniu odszkodowania z dobrowolnego ubezpieczenia (k. 176). Ubezpieczenie w łącznej kwocie 187 786,31 zł zostało przyznane w związku ze zgłoszeniem z tytułu ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowy i montażu za szkodę powstałą w dniu 15 czerwca 2009 roku.

W dniu 22 lipca 2010 roku inżynier kontraktu wystawił świadectwo wykonania dla robot niekwestionowanych przez zamawiającego zgodnie z aneksem – porozumieniem ustalającym z dnia 1 lipca 2010 roku (k. 358-359). W świadectwie tym wskazano, iż wady i usterki zgłoszone w okresie zgłaszania wad zostały przez powódkę prawidłowo usunięte. Jako datę usunięcia wad wyznaczono dzień 16 lipca 2010 roku.

W dniu 26 lipca 2010 roku (k. 270) Urząd (...) w W.wezwał pozwanego do usunięcia w ramach napraw gwarancyjnych nieprawidłowości, jakie wystąpiły w związku z budową obwodnicy W.w miejscowości T.i L.. Urząd podniósł, iż rowy odwodnieniowe połączone w system z rowami melioracyjnymi zostały zasypane podczas nawalnych opadów deszczu przez materiał użyty do umocnienia skarp jezdni głównej i jezdni serwisowych w wyniku, czego doszło do znacznego zmniejszenia ich przepustowości, zaś w skrajnych przypadkach doszło nawet do niemalże całkowitego ich zasypania, co przyczyniło się do zmiany stosunków wodnych na gruntach sąsiednich.

W kolejnym piśmie datowanym na ten sam dzień (k. 271) Urząd (...) w W.wezwał pozwanego do wykonania urządzeń zapobiegających szkodom w związku ze zmianą stosunków wodnych powstałych w skutek budowy obwodnicy W.. Z powodu braku połączeń między poszczególnymi rowami melioracyjnymi doszło do zalania licznych obszarów wykorzystywanych rolniczo. W celu okazania terenów stanowiących przedmiot zalań zaproponowano spotkanie na dzień 25 sierpnia 2010 roku o godz. 10.00.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2010 roku (k. 266) inżynier skierował do pozwanej prośbę o podjęcie stosownych działań w ramach gwarancji, w związku z rozmyciem skarp i poboczy.

W piśmie z dnia 16 sierpnia 2010 roku (k. 268) powódka odnośnie rozmyć skarp z sierpnia 2010 roku poinformowała inżyniera, iż powstałe uszkodzenia wywołane zostały nawalnymi deszczami mającymi miejsce na przełomie lipca i sierpnia 2010 roku, i nie mieszczą się one w zakresie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy, która odnosi się do wad i szkód powstałych w robotach spowodowanych wadliwym wykonaniem prac przez wykonawcę.

W piśmie z dnia 16 sierpnia 2010 roku (k. 272) powódka odnośnie wniosku Urzędu (...) w W.poinformowała, iż powstałe rozmycia wywołane zostały nawalnymi deszczami nie mieszczą się w zakresie odpowiedzialności

wykonawcy i z tego powodu wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania jakichkolwiek prac. Ponadto powódka podniosła, iż nie jest stroną w relacjach z Urzędem (...)w W.w zakresie przedmiotowych prac a tym samym nie jest ona uprawniona ani zobowiązana do zajmowania jakiegokolwiek stanowiska w relacjach z urzędem.

Zgodnie z Zarządzeniem Nr (...)Dyrektora Oddziału GDDKiA w W.z dnia 25 stycznia 2012 roku komisja po przeanalizowaniu archiwum dokumentów budowy wydała protokół z prac dotyczących rozmycia skarp nasypów obwodnicy W.z 2009 roku (k. 286-291).

W opinii komisji usterki zgłoszone przez inżyniera w 2008 roku były usuwane przez wykonawcę w sposób nieprofesjonalny oraz w sprzeczny z deklaracjami złożonymi inwestorowi, czego dowodem jest pismo inżyniera z dnia 10 czerwca 2009 roku, w którym stwierdził on, iż sposób dokonywania napraw wzbudza zastrzeżenia nadzoru gdyż nie gwarantuje on odpowiedniej jakości wykonanych prac bowiem są one wykonywane bez sprzętu do zagęszczania. Komisja wskazała, iż specyfikacja techniczna nr (...) przewiduje szczegółowe warunki dotyczące obsiewania skarp. Ponadto komisja stwierdziła, iż wykonawca obowiązany był do wykonywania prac pielęgnacyjnych, tj. koszenia, podlewania, nawożenia i odchwaszczania w terminie nie później niż do dnia 25 grudnia 2008 roku, czego nie wykonał. Co więcej zdaniem komisji wykonawca mimo wielokrotnych monitów nie przedstawił sposobu i harmonogramu napraw rozmyć.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o w/w dowody dokumentarne zgromadzone w aktach niniejszej sprawy. Prawdziwość tych dowodów nie była kwestionowana przez strony, a co więcej również Sąd nie znalazł podstaw do nieprzyznania im wiary jak również do pozbawienia ich waloru dowodów dokumentarnych.

W procesie rekonstrukcji stanu faktycznego Sąd częściowo oparł się również na treści zeznań złożonych przez następujących świadków: A. A.(k. 341-343), W. W.(k. 343-345), W. D.(k. 345-346), którym Sąd co do zasady dał wiarę. Zeznania tych świadków są między sobą sprzeczne co do charakteru prac naprawczych, bowiem osoby związane z powódką, tj. A. A.i W. W.podnoszą, iż prace te były pracami dodatkowymi, zaś prace przewidziane projektem zostały przez wykonawcę wykonane prawidłowo. W. D.zeznawał zaś na korzyść pozwanego podnosząc, iż powódka była zobowiązana do prac naprawczych bowiem z powodu niewłaściwego wykonania robót budowlanych nastąpiło rozmycie skarp i nasypów.

Sąd nie odmówił wiary zeznaniom świadków w całości bowiem w w/w kwestiach spornych wypowiedali się oni na temat kwestii wymagającej wiedzy specjalistycznej. Świadcowie ci jedynie oceniali charakter i prawidłowość wykonanych robót, co nie miało z punktu widzenia ustaleń poczynionych przez Sąd przeważającego znaczenia.

Postanowieniem z dnia 8 lutego 2012 roku (k. 347) Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność ustalenia czy przyjęty przez powódkę sposób wyliczenia kosztów naprawy szkód w robotach powstałych w 2009 roku jest metodą powszechnie stosowaną i akceptowaną na rynku robót budowlanych, jest zgodny z warunkami zawartego przez strony kontraktu. Ponadto Sąd zlecił biegłemu oszacowanie tych kosztów zgodnie z warunkami kontraktowymi łączącymi strony.

W opinii z dnia 6 marca 2012 roku biegły z zakresu kosztorysowania robót budowlanych stwierdził, iż tryb postępowania oraz przyjęte procedury nie odbiegały od norm przyjętych w relacjach między stronami. Biegły jednoznacznie stwierdził, iż wyliczenia i metody obliczeń kosztów napraw są poprawne i właściwe. Biegły nie wniósł również uwag do wysokości żądanej przez powódkę kwoty. Biegły stwierdził również, iż zachowanie inżyniera kontraktu, który nie zapewnił udziału personelu w pomiarach, jak również nie zaaprobował ani nie zakwestionował przedstawionej mu wyceny ocenić należy jako akceptację wyceny sporządzonej przez powódkę.

Powyższa opinia została zakwestionowana przez pozwanego, który pismem z dnia 12 kwietnia 2012 roku (k. 371-376) zakwestionował opinię w całości i podniósł, iż biegły wyprowadził w sprawie nieprawdziwe wnioski. Pozwany stwierdził, iż na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego biegły nie mógł oszacować kosztów napraw, co więcej w aktach brak jest dowodów mówiących o ilości faktycznie wykonanych prac. Co więcej biegły zupełnie pominął fakt, iż roszczenie zgłoszone przez powódkę zostało przez inżyniera kontraktu odrzucone. Zdaniem pozwanego biegły

nie zweryfikował zakresu prac wykonanych przez powódkę. Ponadto pozwany podniósł również, iż mylnie biegły stwierdził iż sposób wyliczeń i jego metoda została przez powódkę przyjęta właściwie.

Na rozprawie w dniu 10 maja 2012 roku Sąd dopuścił dowód z ustnej uzupełniającej opinii biegłego (k. 402-404), który podtrzymał złożoną przez siebie opinię. Biegły przyznał rację pozwanemu, iż nie ustalał rzeczywistej ilości wykonanych prac, dodając iż właściwie nie stwierdza prawidłowości dokonanych wyliczeń lecz jedynie uznaje iż nie są one sprzeczne z kosztorysem. Biegły dodał, iż nie badał metodologii wyliczeń w odniesieniu do klauzuli 17, której nie zna w całości. Biegły przyznał również iż nie wyliczał stawek, przyjmując stawki z roszczenia. Biegły nie był w stanie powiedzieć na jakiej klauzuli się oparł, wielu szczegółów nie pamiętał albo nie był pewny.

Sąd odmówił opinii biegłego mocy dowodowej i pominął ją w procesie rekonstrukcji stanu faktycznego. Niepewności biegłego oraz jego niedokładność i nieznanostwo szczegółów sprawy sprawiła, iż Sąd obowiązany był pominąć opinię biegłego jako nic nie wnoszącą do niniejszej sprawy. W ocenie Sądu opinia biegłego (całościowo pisemna i ustna uzupełniająca) jest wewnętrznie sprzeczna, pozbawiona sensu i nielogiczna, nie w pełni odpowiada na pytania postawione przez Sąd, biegły nie uzasadnił jej w wystarczający sposób.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Strony współpracowały przy realizacji zamówienia publicznego nazwanego „Budowa Drogi Ekspresowej (...)R.-W., odcinek Obwodnica W.km (...)”.

W pierwszym rzędzie należało odnieść się do najdalej idącego zarzutu przedstawionego przez pozwanego, a mianowicie do zarzutu braku legitymacji czynnej po stronie powodowej. W ocenie Sądu zarzut ten jest chybiony. Zgodnie z umową konsorcjum, powódka jest jego liderem. Bycie liderem rozumieć należy jako uprawnienie do reprezentowania i prowadzenia spraw, na równie z posiadaniem umocowania do reprezentowania stron konsorcjum. Strony w umowie konsorcjum ustaliły, iż ustalą szczegółowy zakres podziału prac i zadań między członków konsorcjum. Zgodnie z powyższym strony i szczegółowo określały podział prac, o czym mowa była w stanie faktycznym. Powódka zobowiązana była do wykonania prac, z których wykonaniem wiąże się przedmiotowe powództwo. Wobec powyższego, zdaniem Sądu powódka uprawniona jest do dochodzenia roszczeń z tytułu przedmiotowego kontraktu w pełnym zakresie, bowiem zarówno z analizy umowy konsorcjum i umowy zawartej przez strony wynika, iż powódka jest co do zasady uprawniona do dochodzenia ewentualnych wierzytelności wynikających za wykonaną przez nią pracę.

Potrzeba sądowego rozpoznania sporu powstała na tle różnego, przez każdą ze stron rozumienia charakteru robót naprawczych, tj. zakwalifikowanie ich, jako robót dodatkowych, za które powódce należy się żądane przez nią wynagrodzenie czy też, jako robót wykonanych w ramach gwarancji. Zdaniem powódki wady projektu, tj. zaprojektowanie zbyt małej ilości ścieków, były powodem powstania rozmyć skarp i nasypów przy ulewnych deszczach na przełomie czerwca i lipca 2009r., zdaniem pozwanego rozmycia powstały na skutek niewłaściwego wykonania przez powódkę.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd musiał oprzeć się na szeregu dokumentów, które wchodziły w skład łączącego strony kontraktu. Jednym z tych elementów jest FIDIC. Warunki Kontraktowe FIDIC są wykorzystywane przy zawieraniu wszelkiego rodzaju kontraktów budowlanych oraz umów o specjalistyczne usługi inżynierów - zarówno w kontraktach międzynarodowych, jak i krajowych. Stronami kontraktu w ramach FIDIC są: zamawiający i wykonawca. Ponadto, kluczową rolę odgrywa osoba pełniąca funkcje inżyniera. Wszelkie kontakty między stronami kontraktu powinny odbywać się wyłącznie za pośrednictwem inżyniera, który nie stanowi strony kontraktu. Inżynier zostaje powołany w celu zapewnienia przestrzegania procedur, powinien działać bezstronnie, bez względu na status zatrudnienia, zgodnie z zawartym między stronami kontraktem. Inżynier jest osobą zatrudnioną do pracy w warunkach danego kontraktu

i musi go interpretować tylko tak, jak ten jest napisany. Podstawą realizacji kontraktu jest współpraca i zespołowe działanie zamawiającego, wykonawcy i inżyniera.

Kontrakt to zbiór dokumentów, w skład których wchodzi najczęściej specyfikacje, rysunki, przedmiar robót określający cenę kontraktową, oferta, list zatwierdzający, porozumienie kontraktowe oraz takie dokumenty jak ubezpieczenia, gwarancje, poręczenia itd. Istotę kontraktu stanowi utrzymanie równowagi między wymaganiami i interesami zainteresowanych stron oraz sprawiedliwy podział ryzyka, zagrożeń i odpowiedzialności.

Skład dokumentów kontraktu był niejednokrotnie zmieniany przez strony, Sąd pominął szersze rozważania w tym zakresie bowiem nie dotyczą one bezpośrednio spornej kwestii. Na marginesie dodać można, iż niezwykle istotna jest kolejność dokumentów albowiem odzwierciedla ona hierarchiczne usystematyzowanie dokumentów według ich ważności, co jest niezwykle istotne w razie rozbieżności między postanowieniami tych dokumentów.

Przechodząc do rozważań prawnych, wskazać należy, iż w sytuacji gdy pozwany zakwestionował roszczenia powódki w tak szerokim, jak w niniejszej sprawie zakresie powódka stosownie do treści art. 6 k.c. jako podmiot wywodzący skutki prawne z przedstawionych twierdzeń zobowiązana była do wykazania i udowodnienia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę tych twierdzeń, a istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Wskazać ponadto należy, iż celem wypełnienia normy zawartej w art. 6 k.c. wprowadzono regulację zawartą w art. 232 k.p.c., zgodnie z tym przepisem strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Sądu powódka nie wykazała i nie udowodniła, że wykonała kontrakt zgodnie z projektem, usunęła wady i usterki wskazywane w przeglądach technicznych, a prace były w sposób prawidłowy zabezpieczone przed ich rozmyciem na wypadek deszczy przed pełnym ukorzeniem trawy i wyłączną przyczyną rozmyć były ulewne deszcze na przełomie czerwca i lipca 2009r i wady projektu, którym nie przewidziano dostatecznej ilości ścieków krawędziowych.

Zdaniem Sądu wykazanie tych okoliczności wymagało wiedzy specjalistycznej, czego powódka była świadoma, bowiem od początku procesu była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, jest przedsiębiorcą z długoletnim doświadczeniem w branży budowlanej jak również z doświadczeniem w zakresie sporów sądowych, wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. wyceny wykonanych przez nią robót, choć jak słusznie wskazał pozwany nie wykazała ich zakresu. Podkreślić należy, iż ze względu na charakter przedmiotu niniejszej sprawy oczywistym jest, iż sąd nie dysponował specjalistyczną wiedzą pozwalającą w sposób kategoryczny uznać za wykazane twierdzenia powódki, że wykonała kontrakt zgodnie z projektem, usunęła wady i usterki wskazywane w przeglądach technicznych, a prace były w sposób prawidłowy zabezpieczone przed ich rozmyciem na wypadek deszczy przed pełnym ukorzeniem trawy i wyłączną przyczyną rozmyć były ulewne deszcze na przełomie czerwca i lipca 2009r i wady projektu, którym nie przewidziano dostatecznej ilości ścieków krawędziowych; zatem jedynym skutecznym sposobem na wykazanie i udowodnienie przez powódkę zasadności swoich twierdzeń było zgłoszenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. budownictwa drogowego i projektowania. Powódka nie zgłosiła wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, przy czym ciężar udowodnienia dochodzonych twierdzeń obciążał powódkę. Nie wykazując swoich twierdzeń powódka nie wykazała, że wykonane przez nią roboty budowlane w ramach napraw rozmyć obwodnicy W. po ulewnych deszczach na przełomie czerwca i lipca 2009r miały charakter robót dodatkowych. Sama powódka z jednej strony wskazuje, że te prace miały charakter robót dodatkowych nie objętych kontraktem, co wskazywałoby na bezpodstawne wzbogacenie jako podstawę prawną dochodzonej kwoty, z drugiej strony powołuje się na klauzule kontraktowe, co wskazywałoby na odpowiedzialność kontraktową jako podstawę prawną dochodzonej kwoty.

Podkreślić należy, iż zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności procesu cywilnego (niniejsza sprawa jest na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji rozpoznawana na gruncie zasady kontrydiktoryjności procesu) ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania cywilnego, które są wyłącznym dysponentem toczącego się postępowania i one ponoszą odpowiedzialność za jego wynik (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1996 roku, I CKU 45/96, OSNC 1997, nr 6–7, poz. 76, z glosą A. Zielińskiego, Palestra 1998, nr 1–2, s. 204; wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku, II UKN 244/98, OSNAPiUS 1999, nr 20, poz. 662; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 roku, II UKN 33/00, OSNP 2002, nr 10, poz. 251).

Od powyższego przewidziano wyjątek, przewidując, że w sytuacjach szczególnych sąd posiada uprawnienie w zakresie dopuszczenia dowodu niewskazanego przez strony w zakresie podniesionych przez strony istotnych i spornych okoliczności faktycznych, gdyby według jego obiektywnej i weryfikowalnej w toku instancji oceny zebrany w toku sprawy materiał dowodowy nie wystarczał do jej rozstrzygnięcia (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 października 1996 roku, III CKN 6/96, OSNC 1997, nr 3, poz. 29; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1997 roku, II UKN 271/97, OSNP 1998, nr 14, poz. 430; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1997 roku, II UKN 394/97, OSNAPiUS 1998, nr 20, poz. 614; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2001 roku, V CKN 406/00, Prok. i Pr. 2002, nr 4, poz. 45). Podkreślić w tym miejscu należy, iż omawiana instytucja ma charakter wyjątkowy, zaś sąd powinien korzystać z przewidzianego w art. 232 zdanie drugie k.p.c. uprawnienia powściągliwie i z umiarem, pamiętając, że taka inicjatywa należy przede wszystkim do samych stron i że cały rozpoznawany spór jest ich sprawą, a nie sądu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1997 roku, III CKN 244/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 52; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1998 roku, I CKN 701/97, LEX nr 78418; uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2000 roku, III CZP 4/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 195; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 2000 roku, III CKN 1034/00, LEX nr 51873; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2000 roku, V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7–8, poz. 116), nieprzeprowadzenie przez sąd dowodu z urzędu z reguły nie stanowi uchybienia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 roku, II CKN 656/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 208; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1998 roku, II UKN 88/98, OSNP 1999, nr 11, poz. 373; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1998 r., I PKN 194/98, OSNP 1999, nr 13, poz. 425; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1998 roku, III CKN 384/98, Biul. SN 1998, nr 11, s. 14; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 1998 roku, II CKN 657/97, LEX nr 50630; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1998 roku, II UKN 126/98, OSNAPiUS 1999, nr 13, poz. 436; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 września 1998 r., II UKN 182/98, OSNAPiUS 1999, nr 17, poz. 556; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku, II UKN 248/98, OSNP 1999, nr 20, poz. 666; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1998 roku, II CKN 104/98, LEX nr 50663; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2000 roku, III CKN 567/98, LEX nr 52772; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2000 roku, II CKN 1322/00, LEX nr 51967; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2000 r., I CKN 661/00, LEX nr 52781. Zdaniem sądu w niniejszej sprawie brak było podstaw do podjęcia działań przez sąd z urzędu, gdyż obie strony od początku procesu były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, niniejszy spór należy do sporów typowych w branży budowlanej, sąd jako bezstronny gospodarz procesu nie może działać na rzecz żadnej ze stron, a dopuszczenie przez sąd z urzędu dowodu z opinii biegłego ds. budowy dróg i projektowych byłoby działaniem na korzyść powódki. W ocenie Sądu niewłaściwym byłoby dopuszczenie z urzędu dowodu z opinii biegłego celem ustalenia zasadności twierdzeń powódki, byłby to kluczowy dla sprawy dowód, którego przeprowadzenia żądać winna strona powodowa, dowód ten przesądziłby o wyniku niniejszego postępowania. Podkreślić należy, iż powódka reprezentowana była przez fachowego pełnomocnika, który winien poprowadzić proces, w szczególności poprzez zgłaszanie odpowiednich wniosków dowodowych, w sposób jednoznacznie przesądzający o prawdziwości twierdzeń powódki co do przysługiwania jej roszczenia, a dopiero w następnym etapie winien udowodniać zakres przeprowadzonych prac, czego w ogóle nie wykazał, oraz wysokość roszczenia. Pełnomocnik powódki zamiast skupić się na udowodnieniu słuszności zgłoszonego roszczenia, tj. wykazania iż prace wykonane przez powódkę miały charakter prac dodatkowych bowiem odpowiedzialność za rozmycia spoczywa na pozwanej, skupił się na udowodnieniu poprawnej wysokości dochodzonej kwoty. Przez cały czas trwania postępowania pełnomocnicy stron wiedzieli, iż zaistniały między stronami spór dotyczy głównie odpowiedzialności za szkodę powstałą na skutek rozmycia nasypów. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 roku (sygn. akt II CSK 327/06) jeśli wykonawca wykonał konieczne roboty nieprzewidziane wprost w umowie, to należy mu się zapłata, choćby nie została zawarta dodatkowa umowa. W niniejszej sprawie nie wykazano, że wykonane prace nie były objęte odpowiedzialnością

gwarancyjną, powódka nie wykazała charakteru wykonanych prac, tzn. nie udowodniła iż miały one charakter prac dodatkowych.

Reasumując wobec nie wykazania słuszności ani podstawy dochodzonego roszczenia powództwo zostało oddalone, jako nieudowodnione.

Jak wskazano powyżej, częścią kontraktu łączącego strony były warunki FIDIC. W toku rozmów na temat dochodzonego roszczenia strony powoływały się na postanowienia klauzuli 20.1 FIDIC. W ocenie Sądu klauzulę 20.1 ust. 2 FIDIC rozumieć należy, jako łączną regulację wprowadzającą umowy termin prekluzyjny powodujący wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego, obejmujące swym zakresem także ograniczenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej. Zdaniem Sądu obie części w/w regulacji klauzuli 20.1 ust. 2 FIDIC winny być rozpatrywane łącznie, nie stanowią one odrębnych regulacji, lecz służą temu samemu celowi: przesądzeniu, że powód po upływie terminu traci określone roszczenia.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Sądu na gruncie prawa polskiego żadna z tych umownych konstrukcji rozpatrywanych również odrębnie nie jest dopuszczalna, a w konsekwencji takie umowne postanowienie jest nieważne. Brak również podstaw do takiej interpretacji postanowień klauzuli 20.1 FIDIC, zgodnie z którą regulacja ta stanowiłaby swoiste zwolnienie z długu, gdyż brak tu oświadczeń woli stron wymaganych w art. 508 k.c. Powstaje zatem pytanie jaki jest charakter terminu z klauzuli 20.1 ust. 2 FIDIC. Na wstępie należy wskazać, że warunki umowy o roboty budowlane poddane ogólnym warunkom FIDIC wywodzą się w swej genezie z systemu common law, zaś same warunki FIDIC tworzone były z myślą o ich stosowaniu „narodowo”, niezależnie od prawa właściwego dla kontraktu. Z tego też względu przy poddawaniu umowy zawartej w oparciu o FIDIC danemu systemowi prawnemu, a w szczególności prawu państwa należącego do kontynentalnej kultury prawnej, niedopuszczalne jest bezrefleksyjne, automatyczne inkorporowanie poszczególnych instytucji FIDIC bez uwzględnienia norm ius cogens prawa krajowego. Przy rozpatrywaniu dopuszczalności w/w umownej regulacji FIDIC na gruncie prawa polskiego należy dokonać analizy charakteru roszczeń, które w przypadku dopuszczenia ustanawiania umownych terminów zawitych ulegałyby sprekludowaniu. Na gruncie FIDIC zastosowanie regulacji 20.1 FIDIC musiałoby prima facie prowadzić do wygaśnięcia wszelkiego rodzaju roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane, czy też pozostających w związku z nią. Jeżeli przyjąć, że przez „dodatkową płatność” rozumiane są również np. roszczenia o odsetki ustawowe w związku z opóźnieniem w płatności, to prowadziłoby to w ocenie Sądu do niedopuszczalnych na gruncie polskiego prawa konsekwencji. Po pierwsze, wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisu art. 119 k.c. W związku z tym, w ocenie Sądu postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd. 1 k.c. Ustanowienie warunków, których nastąpienie pociąga za sobą przedawnienie roszczenia lub pozbawienie prawa do jego sądowego dochodzenia, a więc tym bardziej również takich warunków, których zaistnienie powoduje jego wygaśnięcie, może być dokonane tylko w drodze przepisu prawnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 1958 roku, I CR 683/57, OSPiKA 1960, nr 7-8, poz. 187).

W tym kontekście należy także zważyć, że ustawowe terminy zawite przewidujące wygaśnięcie roszczeń mają, z uwagi na kategoryczność skutków dawności, charakter wyjątkowy w stosunku do instytucji przedawnienia. Skoro zatem zgodnie z art. 119 k.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną, to tym bardziej nie sposób przyjąć, by w braku ustawowej podstawy prawnej dopuszczalnym było tworzenie umownych terminów zawitych, które powodowałyby wygaśnięcie roszczenia. Z powyższego wynika, że postanowienia klauzuli 20.1 FIDIC, w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłoszenia, są nieważne ponieważ mają one na celu obejście ustawy. Należy wskazać na naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 k.c.

Należy zauważyć, że w odróżnieniu od wskazywanych w doktrynie terminów zawitych podlegających modyfikacji wolą stron (np. art. 66 § 2 k.c.), postanowienia klauzuli 20.1 FIDIC mogłyby znajdować swą podstawę prawną jedynie w kodeksowej zasadzie swobody umów, tj. postanowienie to wprowadzałoby umowny termin zawity sensu stricto.

W ocenie Sądu brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres swobody umów sięga tak daleko, aby można było uznać za dopuszczalne swobodne kreowanie terminów powodujących wygaśnięcie roszczeń o charakterze majątkowym, w szczególności tam, gdzie roszczenie majątkowe podlega ustawowej regulacji instytucji przedawnienia. Stanowisko to znajduje oparcie zarówno w wypowiedziach judykatury, jak i w doktrynie przedmiotu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 1958 roku, I CR 683/57, OSPiKA 1960, nr 7-8, poz. 187). Stanowisko to jest również aprobowane w doktrynie, gdzie podnosi się, że kreowanie umownych terminów zawitych do dochodzenia roszczeń jest wyłączone spod dyspozycji stron (zob. J. Ignatowicz, w: S. Grzybowski, (red.), System prawa cywilnego, Część ogólna., Wrocław - Warszawa - Kraków - Gdańsk - Łódź, T. I, s. 846 i n.; B. Kordasiewicz, [w:] Z. Radwański, (red.) System prawa prywatnego, Prawo cywilne - część ogólna, Warszawa 2008, s. 678, nb. 179).

Z uwagi na powyższe, wprowadzenie umownego terminu zawitego, w szczególności w odniesieniu do roszczeń majątkowych podlegających ustawowej regulacji instytucji przedawnienia, stanowi naruszenie art. 117 § 1 k.c., art. 119 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. z uwagi na to, że godzi ono w instytucję przedawnienia. Nie można również tracić z pola widzenia tego, iż tam gdzie wolą ustawodawcy jest dopuszczenie możliwości umownej modyfikacji terminu przedawnienia określonego roszczenia majątkowego, ustawodawca przewidział taką możliwość modyfikacji biegu terminów przedawnienia tak np. art. 103 § 2 zd. 2 dawnego Kodeksu Morskiego (Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 roku, Kodeks Morski, Dz.U. z 1961 r. nr 58 póź. 318, tekst jednolity: Dz.U. z 1998 r. nr 10, póź. 36), czy też art. 8 § 1 aktualnie obowiązującego Kodeksu Morskiego (Ustawa z dnia 18 września 2001 roku, Kodeks Morski, Dz.U. 2001 r. Nr 138 póź. 1545; tekst jednolity: Dz.U. 2009 r. Nr 217 póź. 1689). Skoro co do zasady nie jest nawet dopuszczalna umowna regulacja terminu przedawnienia, to tym bardziej nie jest dopuszczalne swobodne kreowanie w umowach terminów zawitych dla roszczeń podlegających przedawnieniu. Ponadto wniosek ten znajduje oparcie również w różnicach pomiędzy skutkami prawnymi upływu terminu przedawnienia oraz terminu zawitego. Skoro pierwsze powoduje jedynie przekształcenie się roszczenia w zobowiązanie naturalne, drugie zaś wygaśnięcie roszczenia, jednoznaczna jest większa dolegliwość tego ostatniego.

Wobec przedstawionej uprzednio przez Sąd oceny roszczenia powoda, zaprezentowane stanowisko odnośnie klauzuli 20.1 FIDIC nie miało jednak znaczenia dla ostatecznego rozstrzygnięcia.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądań pozwu było rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu. Sąd mając na uwadze wynik procesu zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. obciążył powódkę jako stronę przygrywającą kosztami procesu obejmującymi koszty zastępstwa procesowego pozwanego. Na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa sąd zasądził na rzecz wykonującej zastępstwo procesowe pozwanego Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Kwota ta została wyliczona zgodnie z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji.