

Sygn. akt XXV C 782/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 czerwca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Paweł Duda

Protokolant: sekretarz sądowy Maja Stankiewicz

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w B., (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w P. (C.)**

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

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w B., (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w P., tworzących konsorcjum, kwotę 2.337.000 zł (dwa miliony trzysta trzydzieści siedem tysięcy złotych) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałej części;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w B., (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w P. kwoty po 40.738,17 zł (czterdzieści tysięcy siedemset trzydzieści osiem złotych siedemnaście groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

IV. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 6.049,16 zł (sześć tysięcy czterdzieści dziewięć złotych szesnaście groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 782/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r.

Pozwem z dnia 1 kwietnia 2015 r. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w B., (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w P. (C.) wnieśli o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 2.509.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu powodowie wskazali, że jako członkowie konsorcjum byli wykonawcą zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi ekspresowej (...) na odcinku (...) – (...) wraz z powiązaniem z drogą krajową nr (...). Etap I: Budowa drogi ekspresowej (...) węzeł P. (z węzłem) – węzeł O. (bez węzła) – węzeł (...) (bez węzła). Część 2: odcinek

zlokalizowany w granicach (...) W.” realizowanego na podstawie umowy zawartej w dniu 30 grudnia 2010 r. ze Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad. Istotną częścią robót budowlanych, które mieli wykonać powodowie, była galeria wodociągowa, czyli umieszczona pod ziemią betonowa komora, w której przebiega odcinek rur wodociągowych. Budowa galerii wodociągowej wymagała wykonania wykopu na głębokość ponad 6 metrów. Zgodnie z dokumentacją projektową dostarczoną przez pozwanego, na obszarze budowy galerii wodociągowej woda gruntowa miała się znajdować na głębokości 2,5-3,0 m. Przygotowując swoją ofertę przetargową powodowie przyjęli, że ściany wykopu umocnią ściankami szczelnymi, a wodę gruntową napływającą do wykopu będą wypompowywać oraz usuwać poza teren budowy za pomocą wykonanej przez siebie kanalizacji deszczowej. W trakcie prac okazało się, że woda gruntowa w tym miejscu znajduje się na poziomie 0,9-1,0 m. Zgodnie z pkt. 1.11.4 projektu przebudowy wodociągów woda z wykopów miała być odprowadzana do wykonanego uprzednio przez wykonawcę sąsiedniego odcinka drogi kolektora deszczowego. Kolektor ten nie został wykonany w 2011 r., lecz dopiero w 2013 r. Powodowie zgodnie ze wskazaniem pozwanego od września 2011r. rozpoczęli pompowanie wody z wykopu pod galerię wodociągową do rowu (...). Okazało się jednak, że odbiornik ten nie posiada odpowiedniej przepustowości do skutecznego odprowadzenia wody z wykopu. Powodowie zaproponowali więc pozwanemu zastosowanie w wykonaniu przedmiotowych robót innej technologii, niż przewidziana w dokumentacji projektowej, tj. wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej w technologii jet grouting, niewymagającej obniżenia poziomu wody gruntowej. Pozwany zaakceptował ten projekt technologiczny. Zmiana technologii wykonania robót wywołała po stronie powodów dodatkowe koszty w wysokości 2.509.000 zł, na którą składają się koszty wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej w technologii jet grouting przez podwykonawcę powodów w kwocie 2.337.000 zł oraz koszty robót wykonanych przez powodów siłami własnymi, takich jak zasypanie wykopu galerii wodociągowej przed wykonaniem przesłony czy przygotowanie platformy roboczej dla sprzętu (...) Sp. z o.o. w kwocie 172.000 zł. Pozwany odpowiada za zapłatę dochodzonej pozewem sumy na podstawie art. 471 k.c. tytułem naprawienia szkody wyrządzonej pozwanemu nienależytym wykonaniem umowy z dnia 30 grudnia 2010 r.

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości.

Pozwany zakwestionował powództwo co do zasady, jak i co do wysokości i zaprzeczył, żeby warunki przewidziane w dokumentacji projektowej uprawniały wykonawcę do przyjęcia przedstawionych w pozwie założeń co do odwodnienia placu budowy podczas wykonywania galerii wodociągowej. Pozwany wskazał, że pkt. 1.11.4 projektu przebudowy wodociągów odnosił się jedynie do możliwości odprowadzenia wody z wykopów do wcześniej wybudowanej przez wykonawcę kanalizacji deszczowej i nie wskazuje żadnego odbiornika dla wody usuwanej z placu budowy. Wykonawca nie wybudował kanalizacji deszczowej, mimo że był do tego wzywany przez Inżyniera Kontraktu. To na wykonawcy spoczywał obowiązek przedstawienia projektu odwodnienia wykopu. Dokumentacja projektowa przewidywała sezonowe wahania poziomu wód gruntowych o około 0,5 m.

W rejonie lokalizacji galerii wodociągowej różnica poziomu wód gruntowych w stosunku do założonego wyniosła od 12 do 20 cm. Pozwany zarzucił również, że wykonawca nie wykazał poniesienia kosztów w kwocie 172.000 zł, że niezasadne jest żądanie odsetek od 22 czerwca 2012 r., bowiem wezwanie do zapłaty zostało doręczone Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w dniu 24 grudnia 2012 r. i zakreślono w nim termin 14 dni do zapłaty i że wykonawca nie dochował terminu dochodzenia roszczeń z klauzuli 20.1 Warunków Kontraktu. Zdaniem pozwanego, powodowie nie wykazali spełnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego z art. 471 k.c., zaś cena wykonania galerii była określona ryczałtowo i powodom nie należy się dodatkowe wynagrodzenie.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 12 maja 2010 r. (...) S.A. z siedzibą w B., (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w P. (C.) zawarli umowę konsorcjum, w której zobowiązali się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego polegającego na przygotowaniu wspólnie i złożeniu oferty

w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych

i Autostrad na realizację zadania pod nazwą „Budowa drogi ekspresowej (...) na odcinku (...) – (...) wraz z powiązaniem z drogą krajową nr (...). Etap I: Budowa drogi ekspresowej (...) węzeł P. (z węzłem) – węzeł O. (bez węzła) – węzeł (...) (bez węzła). Część 2: odcinek zlokalizowany w granicach (...) W.”, a w przypadku wygrania przetargu i przyznania kontraktu – na realizacji robót zgodnie z warunkami kontraktu. Liderem konsorcjum ustanowiona została spółka (...) S.A. Lider konsorcjum uprawniony był do podpisania kontraktu z Zamawiającym i do występowania w imieniu konsorcjum względem Zamawiającego (umowa konsorcjum z 12.05.2010 r. – k. 50-57).

W dniu 30 grudnia 2010 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako Zamawiający, oraz konsorcjum firm w składzie (...) S.A. (lider konsorcjum), (...) S.A. i (...), jako Wykonawca, na podstawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zawarli umowę, na podstawie której Zamawiający powierzył a Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Budowie drogi ekspresowej (...) na odcinku (...) – (...) wraz z powiązaniem z drogą krajową nr (...). Etap I: Budowa drogi ekspresowej (...) węzeł P. (z węzłem) – węzeł O. (bez węzła) – węzeł (...) (bez węzła). Część 2: odcinek zlokalizowany w granicach (...) W.” (zwaną dalej również „Umową” lub „kontraktem”. Integralną część kontraktu stanowiły: Umowa, Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” tłumaczenie wydania FIDIC 1999, Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacja Projektowa, Oferta Wykonawcy z dnia 01.06.2010 r. wraz z załącznikami. Zaakceptowana kwota kontraktowa, zgodnie z ofertą Wykonawcy, ustalona została na 154.028.117,14 zł netto plus podatek VAT 33.886.185,77 zł, co stanowi 187.914.302,91 zł brutto. Maksymalna wartość zobowiązania wynosiła 115% kwoty brutto, co stanowi 216.101.448,35 zł (Umowa nr (...) z 30.12.2010 r. – k. 58-59 i 343-344, oferta Wykonawcy z 01.06.2010 r. – k. 61-68).

Kontrakt był kontraktem obmiarowym, co oznaczało, że Wykonawca otrzymywał wynagrodzenia za faktycznie wykonane ilości robót, według stawek określonych w przedmiarze robót. Obmiary i wycena robót następowały zgodnie z klauzulą 12 Warunków Kontraktu (tj. Ogólnych Warunków Kontraktu ze zmianami wprowadzonymi Szczególnymi Warunkami Kontraktu).

Subklauzula 17.4 [Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego] i 17.3 pkt g [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] stanowiły:

„Zagrożenia, do których odnosi się Subklauzula 17.4 są następujące: (...) projektowanie jakiegokolwiek części Robót przez Personel Zamawiającego lub inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny”;

„Jeżeli, i w takim zakresie, w jakim jakiegokolwiek z zagrożeń wyliczonych w Subklauzuli 17.3 spowoduje stratę lub szkodę w Robotach, Dobrach lub Dokumentach Wykonawcy, Wykonawca bezzwłocznie da inżynierowi powiadomienie i naprawi tę stratę lub szkodę w stopniu wymaganym przez inżyniera.

Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z tytułu naprawy tej straty lub szkody, to Wykonawca da dalsze powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1, do: (a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4, jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz (b) płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej.

Po otrzymaniu tego dalszego powiadomienia, Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3-5, aby uzgodnić lub określić te sprawy.

Zgodnie z subklauzulą 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Kontraktu:

„Jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu

w związku z Kontraktem, to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności.

Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni, to Czas na Wykonanie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. W przeciwnym razie będą miały zastosowanie poniższe postanowienia niniejszej Subklauzuli.

Wykonawca przedłoży także wszelkie inne powiadomienia wymagane Kontraktem oraz szczegółowe informacje uzasadniające roszczenie, a wszystko to w odniesieniu do takiego wydarzenia lub okoliczności.

Wykonawca będzie prowadził, albo na Placu Budowy albo w innym miejscu możliwym do zaakceptowania dla inżyniera, takie bieżące zapisy, jakie mogą być potrzebne do uzasadnienia każdego roszczenia. Bez uznania odpowiedzialności Zamawiającego, Inżynier będzie mógł, po otrzymaniu jakiegokolwiek powiadomienia według niniejszej Subklauzuli, śledzić prowadzenie takich zapisów i/lub polecić Wykonawcy prowadzenie dalszych bieżących zapisów. Wykonawca pozwoli Inżynierowi obejrzeć wszystkie te zapisy i przedłoży Inżynierowi (jeśli zostanie mu polecone) ich kopie.

W ciągu 42 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się (lub powinien był dowiedzieć się) o wydarzeniu lub okoliczności, która data powód do roszczenia, Wykonawca prześle Inżynierowi pełne szczegółowe roszczenie, które będzie także zawierało pełne szczegółowe informacje uzasadniające podstawę wysunięcia takiego roszczenia oraz zadanego przedłużenia czasu i/lub dodatkowej płatności. Jeżeli wydarzenie lub okoliczność, powodująca to roszczenie, ma skutek ciągły, to: (a) to pełne szczegółowe roszczenie będzie uważane za przejściowe; (b) Wykonawca będzie w miesięcznych przedziałach czasowych przysyłał dalsze roszczenia przejściowe podające skumulowane opóźnienie i/lub kwotę roszczenia, oraz takie dalsze dodatkowe szczegółowe informacje, jakich Inżynier może rozsądnie wymagać; oraz (c) Wykonawca prześle ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków wynikających z takiego wydarzenia lub okoliczności, lub w ciągu takiego innego okresu, jaki może być zaproponowany przez Wykonawcę i zatwierdzony przez Inżyniera.

W ciągu 42 dni od otrzymania roszczenia lub jakichkolwiek dalszych szczegółowych informacji uzasadniających poprzednie roszczenie, Inżynier odpowie zatwierdzeniem lub odrzuceniem wraz ze szczegółowymi komentarzami. Może on także zażyczyć sobie dalszych szczegółowych informacji, ale pomimo to ustosunkuje się do podstaw tego roszczenia w takim czasie.

Każde Świadcstwo Płatności będzie zawierało takie kwoty za jakiegokolwiek roszczenie, jakie zostały rozsądnie udowodnione jako należne według odnośnego postanowienia Kontraktu. Jeżeli i dopóki dostarczone szczegółowe informacje nie są wystarczające do udowodnienia całego roszczenia, Wykonawca będzie uprawniony tylko do płatności za taką część tego roszczenia, jaką jest on w stanie udowodnić.

Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić (i) przedłużenie (jeśli jest) Czasu na Ukończenie (przed lub po jego upływie) zgodnie z Subklauzulą 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie], i/lub (ii) dodatkową płatność (jeśli jest), do której Wykonawca jest uprawniony według Kontraktu.

Niezależnie od innych postanowień niniejszych Warunków roszczenie o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub roszczenie dotyczące zmiany zakresu Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania muszą być przesłane Inżynierowi (w pełnej i szczegółowej formie) wcześniej niż 30 dni przed upływem terminów określonych odpowiednio zgodnie z Subklauzulami 8.2, 8.4

i 8.13, z wyjątkiem sytuacji, gdy okoliczności uzasadniające zdaniem Wykonawcy jego prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany Wymaganej Ilości Wykonania wystąpią w ciągu tego 30-dniowego okresu. W tym drugim

wypadku nieprzekraczalnym terminem złożenia roszczenia są terminy określone zgodnie z Subklauzulami 8.2, 8.4 i 8.13. W przypadku złożenia roszczenia niezgodnego z zapisami tego akapitu, Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany Wymaganej Ilości Wykonania.

Wymagania niniejszej Subklauzuli są dodatkowe w stosunku do postanowień jakiejkolwiek innej Subklauzuli, która może mieć zastosowanie do danego roszczenia. Jeżeli Wykonawca nie zastosuje się do niniejszej lub innej Subklauzuli w odniesieniu do jakiegokolwiek roszczenia, to jakiegokolwiek przedłużenie czasu i/lub dodatkowa płatność, uwzględni zakres (jeśli jest), w jakim to niezastosowanie się uniemożliwiło lub przyniosło szkodę właściwemu zbadaniu roszczenia, chyba że roszczenie to jest wyłączone według drugiego akapitu niniejszej Subklauzuli”.

(Szczególne Warunki Kontraktu – k. 399-411, Ogólne Warunki Kontraktu – k. 363-398).

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia – Tom I, Instrukcja dla Wykonawców, (10.1) cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru odrębnie na formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w tomie V SIWZ (SIWZ – Tom I, Instrukcja dla Wykonawców – k. 345-354).

Według Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) „Wymagania Ogólne” podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji Kosztorysu. Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej Roboty w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej

i w Dokumentacji Projektowej. Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować wszystkie kwoty: robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami, zakupy i koszty zakupu potrzebnych materiałów, dostarczenie i koszty dostarczenia potrzebnych materiałów, koszt zapewnienia niezbędnych czynników produkcji, wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy, wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami i dróg dojazdowych wraz z ich demontażem po zakończeniu robót, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko, podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami. Do cen jednostkowych nie należy wliczać podatku VAT (pkt 9.1 – Podstawa płatności. Ustalenia ogólne). (Szczegółowa Specyfikacja Techniczna (...) – k. 434-445).

W skład zakresu robót kontraktowych dotyczących przebudowy sieci wodociągowej wchodziła, według przedmiaru robót, m.in. budowa komory eksploatacyjnej (...)(galerii wodociągowej) – komory żelbetowej monolitycznej o wymiarach 113x7x4 m i kubaturze 3.710m⁽³⁾ (poz. 215 dot. Specyfikacji Technicznej nr (...)). W kosztorysie ofertowym Wykonawca wskazał cenę jednostkową za wykonanie tej galerii wodociągowej w wysokości 2.478.280 zł netto (Kosztorys ofertowy – Roboty drogowe – k. 424v.-425v.).

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) – Przebudowa wodociągów zapisano, że roboty należało prowadzić w wykopie suchym. W przypadku wystąpienia wody gruntowej, określenie sposobu odwodnienia i ewentualne wykonanie projektu odwodnienia należy do Wykonawcy (pkt 5.3). Galeria wodociągową należy wykonać zgodnie z jej indywidualną dokumentacją projektową (5.5.11) (Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-01.03.05 – k. 446-452).

Projekty budowlany i wykonawczy dotyczące przedmiotowego odcinka drogi sporządzone zostały przez (...) Sp. z o.o. Tom 8 projektu wykonawczego dotyczył przebudowy wodociągów. W punkcie 1.11.4 „Odwodnienie wykopów na czas budowy” tego projektu wskazano, że na większości odcinków budowanych wodociągów woda gruntowa występuje poniżej rzędnej posadowienia projektowanej infrastruktury wodociągowej. Wody gruntowej na głębokości około 2,2 m p.p.t. można się spodziewać przede wszystkim na odcinku projektowanej magistrali (...) pomiędzy węzłami o i 4. Na odcinku tym konieczne będzie odwodnienie wykopów i obniżenie z.w.g. do głębokości ok. 0,5 m od projektowanego poziomu ułożenia rurociągów. Wodę z odwodnienia wykopów należy odprowadzić do wcześniej

wybudowanej kanalizacji deszczowej. Roboty ziemne zaleca się wykonywać w suchej porze roku (Projekt wykonawczy – tom 8 Projekt przebudowy wodociągów – k. 82-116v.).

W dokumentacji projektowej z lutego 2010 r. sporządzonej przez (...) P.

Sp. z o.o. uwzględniono w rejonie przedmiotowej galerii wodociągowej otwór (...)

z występowaniem wody na głębokości 2,2 m (rzędna zwierciadła wody gruntowej 104,6 m n.p.m.) w piaskach drobnoziarnistych oraz (...) (rejon komory (...)) z wodą na głębokości 2,1 m (rzędna zwg 105,9 m n.p.n) w piaskach drobnoziarnistych. Uwzględniono punktowe występowanie wody gruntowej bez analizy jej przestrzennego występowania (głębokości występowania, rozciągłości poziomej, dynamiki i środków hydraulicznych).

W rejonie tym nie wykonano ani jednego otworu dokumentującego całą warstwę wodonośną (piaski) do stropu gruntów nieprzepuszczalnych, glin lub iłów. Z analizy rysunków i tekstu można było sądzić, że wzdłuż całej długości przebiegu galerii wodociągowej woda występuje na głębokości 1,5-2,2 m. Wobec tego należało się spodziewać wody w całym wykopie (po uzyskaniu równowagi hydrostatycznej) na głębokości około 2 m z zastrzeżeniem okresowego wahania poziomu zwierciadła wody gruntowej +/- 0,5 m. Materiały dokumentacji projektu budowlano-wykonawczego były niepełne, nie określały wprost (graficznie i opisowo) parametrów ani warunków hydrogeologicznych, nie zostały w nich uwzględnione obliczenia dotyczące wyporu wody oraz stateczności wykopu. Nie było podstawowego parametru hydrogeologicznego – współczynnika filtracji. W dokumentacji woda była określona

w punkcie, nie była określona zwierciadłem ani hydroizofikszą, które pozwalają określić spadek wody, kierunki zasilania i kierunki drenażu. Ten jeden punkt mógł wskazywać jedynie na soczewkę wody w tym rejonie a nie ciągle zawodnienie całej trasy. Na podstawie materiałów udostępnionych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można było wprost, bez dodatkowych analiz, badań, symulacji i obliczeń, ustalić dopływu wody gruntowej do wykonanego wykopu galerii wodociągowej.

W dokumentacji projektowej nie podjęto problemu odwodnienia wykopu galerii wodociągowej. Z uwagi na niepełne rozpoznanie geologiczne i hydrogeologiczne dokumentacja udostępniona przez pozwanego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dawała podstaw do kompleksowego i szczegółowego planowania rozwiązań technicznych odwodnienia, w tym zmniejszenia zasięgu oddziaływania i wielkości dopływu wody gruntowej do wykonywanego wykopu galerii wodociągowej. (opinia biegłych z zakresu budownictwa drogowego, geotechniki i geologii inżynierskiej D. F. i L. G. – k. 1571-1593, opinia pisemna uzupełniająca biegłych – k. 1629-1638, ustne wyjaśnienia biegłych na rozprawach z 08.01.2018 r i z 29.05.2018 r. – k. 1687-1690v.

i k. 1960-1962).

Przygotowując ofertę cenową na wykonanie przedmiotowego zamówienia powodowie opierali się na dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego. Wyceniając roboty w zakresie budowy galerii wodociągowej powodowie założyli użycie, celem zabezpieczenia wykopu, ścianek szczelnych z grodzic stalowych o wysokości 6 m bez wypór i bez wieńca oraz że wodę gruntową, która będzie napływać do wykopu, będą wypompowywać przy zastosowaniu igłofiltrów oraz usuwać poza teren budowy przy użyciu wykonanej przez siebie kanalizacji deszczowej. Następnie woda z wykopów miała być odprowadzana do odbiornika, którym miał kolektor deszczowy wykonany przez wykonawcę sąsiedniego odcinka drogi w ramach zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi ekspresowej (...) od węzła K. do węzła (...) długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł L. z węzłem Międzynarodowy Port Lotniczy (...) i z węzłem (...) Etap III: Południowa Obwodnica (...) – odcinek od węzła K. (bez węzła) do węzła L. (bez węzła)”, tj. przez konsorcjum (...) S.A., Przedsiębiorstwo (...) S.A., Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. Kolektora deszczowego na sąsiednim odcinku drogi nie wykonano w 2011 r., lecz dopiero w 2013 r., wobec tego nie można było odprowadzać w taki sposób wody gruntowej z placu budowy. Powodowie również nie wykonali kanalizacji deszczowej na realizowanym odcinku drogi w okresie, kiedy były wykonywane roboty związane z budową galerii wodociągowej, lecz

w późniejszym okresie (zeznania świadków: M. N. - k. 542-543, R. Ś. - k. 543-544v., D. P. – k. 541-542, T. M. – k. 634-635; zeznania przedstawiciela powoda P. H. – k. 1822-1823, zeznania przedstawiciela pozwanego T. K. – k.1823-1824v.).

Na podstawie dokumentacji projektowej przekazanej Wykonawcy na etapie przygotowywania oferty nie dało się przewidzieć, jaki będzie napływ wody gruntowej do wykopu pod budowę galerii wodociągowej. Można było założyć, że w tym rejonie nie występuje problem z wodą gruntową. Na podstawie tych materiałów Wykonawca mógł przyjąć, że metoda odprowadzania wody z wykopu poprzez jej zwykłe odpompowywanie za pomocą igłofiltrów będzie wystarczająca (ustne wyjaśnienia biegłych na rozprawach z 08.01.2018 r i z 29.05.2018 r. – k. 1687-1690v. i k.1960-1962).

Wykonawca przejął od Zamawiającego plac budowy w styczniu 2011 r. (zeznania świadka T. S. – k. 632-634).

Na wiosnę 2011 r., po rozpoczęciu prac ziemnych przy budowie galerii wodociągowej, Wykonawca napotkał problemy realizacyjne związane z dużym napływem wody gruntowej do wykopu pod galerię. Najpierw była zabita ścianka szczelna, a potem Wykonawca zaczął montować igłofiltry i wykonywać wykop. Wtedy okazało się, że poziom wód gruntowych jest wysoki, ale zaskoczeniem była przede wszystkim intensywność napływu wód podpowierzchniowych do wykopu. Wykonawca próbował odwodnić wykop poprzez odpompowywanie wody do zbiornika wodnego znajdującego się na placu budowy, a następnie jej przepompowywanie do rowu melioracyjnego, ale okazało się to nieskuteczne ze względu na intensywny napływ wody gruntowej (zeznania świadków: D. P. – k. 541-542, M. N. – k. 542-543, R. Ś. - k. 543-545, D. S. – k. 631, M. B. – k. 631-632, T. M. – k. 634-635, S. K. – k. 635-637 K. B. – k. 637-638, P. S. – k. 638-639, M. K. – k. 641-642, J. P. – k. 731; zeznania przedstawiciela powoda P. H. – k. 1822-1823).

Pismem z dnia 31 maja 2011 r. Wykonawca poinformował Inżyniera Kontraktu o napotkaniu odmiennych warunków gruntowo-wodnych w miejscu budowy galerii wodociągowej od wynikających z dokumentacji projektowej. Wykonawca wskazał, że woda gruntowa występuje w tym miejscu już na poziomie 0,9-1,0 m, że sytuację taką należy traktować jako nieprzewidywalne warunki fizyczne zgodnie z Subklauzulą 4.12 Warunków Kontraktu oraz że istnieje konieczność zwiększenia zakresu prac wykonawczych. Do pisma Wykonawca dołączył kosztorys zamienny zabezpieczenia komory, w którym przewidział, że zrealizuje zamiennie konstrukcją oporową z grodzic stalowych (...) o wysokości 8 i 10 m, wykonując komorę w kształcie prostokąta o wymiarach 9 m wysokości x 250 m długości (całość) wraz z zabezpieczeniem kształtownikami stalowymi (...) i (...) (oczepy i zastrzały) lub zamiennie kształtownikami o $W_x \geq 938 \text{ cm}^3$ i $1380 \text{ cm}^{(3)}$ rozpartą rozporami rurowymi $\text{Ø}406 \times 8,8$ (pismo Wykonawcy z 31.05.2011r. – k. 118-120).

Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 30 czerwca 2011 r. poinformował Wykonawcę, że nie wyraża zgody na pompowanie wody z galerii wodociągowej do zbiornika wodnego, a następnie przepompowywanie do rowu melioracyjnego, lecz oczekuje, że Wykonawca przepompuje wodę bezpośrednio do rowu melioracyjnego (pismo Inżyniera Kontraktu z 30.06.2011 r. – k. 1939).

W sporządzonym Projekcie odwodnienia wykopu budowlanego galerii wodociągowej z dnia 20 lipca 2011r. Wykonawca założył odpompowywanie wód gruntowych w obszarze zamkniętym przez ściankę szczelinową poprzez zespół trzech agregatów z zestawem igłofiltrów (Projekt odwodnienia wykopu budowlanego galerii wodociągowej – k. 1946-1954).

Pismem z dnia 3 sierpnia 2011 r. Wykonawca powiadomił Inżyniera Kontraktu, o zwiększonym – ze względu na odmienny niż przedstawiony w dokumentacji projektowej rzeczywisty poziom wód gruntowych – wyporze wody oddziałującym na poszczególne sekcje wykonywanej galerii, co może spowodować wyparcie przez wodę komory montażowej. Wykonawca wyraził obawy związane z wykonaniem galerii według przekazanej dokumentacji technicznej, w tym dotyczące niemożliwości skutecznego uszczelnienia dylatacji płyty oraz zwrócił się o zajęcie stanowiska i określenie, czy galerię należy wykonać według przekazanej dokumentacji technicznej. (pismo Wykonawcy z 03.08.2011r.- k. 117-117v.).

W odpowiedzi Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 r. poinformował Wykonawcę, że zgłoszone zastrzeżenia do przyjętych rozwiązań projektowych zostały przesłane do autora projektu, jednak zgłoszone uwagi nie mogą być powodem wstrzymania prac przy wykonywaniu galerii wodociągowej, a problemy wymienione w piśmie Wykonawcy powinny być zidentyfikowane i zgłoszone na samym początku budowy. Inżynier Kontraktu polecił wykonawcy w trybie natychmiastowym przystąpić do prac przy wykonywaniu galerii wodociągowej (pismo Inżyniera Kontraktu z 12.08.2011 r. – k. 125).

Przy kolejnym piśmie z dnia 16 września 2011 r. Wykonawca przedstawił Inżynierowi Kontraktu opinię dotyczącą projektu budowy galerii wodociągowej na budowie drogi ekspresowej (...) na odcinku (...) – (...) w W. sporządzoną przez Instytut (...) w W. i zwrócił się o niezwłoczne zajęcie stanowiska.

W wymienionej opinii stwierdzono, że przyjęty do realizacji projekt budowlany jest niewystarczający do prowadzenia według niego robót, w szczególności z powodu braku

w nim skutecznego sposobu zabezpieczenia wykopu i jego odwodnienia, a w związku z dużą wodoprzepuszczalnością gruntów napływ wody jest bardzo szybki, wobec czego należy opracować rozwiązanie umożliwiające ograniczenie dopływu wody gruntowej do wykopu (pismo Wykonawcy z 16.09.2011r. wraz z opinią – k. 151-153v.).

W piśmie z dnia 4 października 2011 r. Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę, że projektant nie potwierdza obaw Wykonawcy dotyczących wypompowania wody działającej na komorę i podtrzymuje zdanie, że komora jest zaprojektowana prawidłowo (pismo Inżyniera Kontraktu z 04.10.2011r. - k. 154-154v.).

Od września 2011 r. Wykonawca rozpoczął pompowanie wody z wykopu pod galerię wodociągową bezpośrednio do rowu melioracyjnego (...). Liczbę pomp stopniowo zwiększano, bowiem napływ wody gruntowej był większy niż możliwości pomp, tj. pomimo ciągłej pracy pomp nie udawało się odwodnić wykopu na tyle, żeby można było w nim rozpocząć roboty. Kulminacyjnym momentem próby odwodnienia wykopu przy użyciu pomp usuwających wodę do rowu (...) było osiągnięcie przez pompy wydajności 700 m⁽³⁾/h. Dopiero przy takiej ilości usuwanej wody wykop pod galerię wodociągową został odwodniony na tyle, że możliwe stało się rozpoczęcie robót związanych z budową galerii. Taką wydajność pompowania, dzięki instalacji i uruchamianiu kolejnych pomp, Wykonawca osiągnął w drugim tygodniu listopada 2011 r. Jednak w dniu 11 listopada 2011 r. na skutek wypompowywania wody z wykopu pod galerię wodociągową doszło do zalania z rowu (...) rolnych znajdujących się w okolicy budowanej drogi. W dniu 14 listopada 2011r. przeprowadzono wizję na zalanej działce, podczas której stwierdzono, że mimo tego, iż rów (...) jest drożny i jako urządzenie melioracyjne spełnia swoją funkcję to nie jest w stanie odprowadzać tak dużej ilości wody, jaka została w dniu 11 listopada 2011r. wypompowana

z wykopu pod galerię wodociągową. W związku z zaistniałą sytuacją Zastępcy Burmistrza Dzielnic (...) (...) W. w piśmie z dnia 15 listopada 2011 r. skierowanym do Dyrektora Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. zwrócił się o zmniejszenie maksymalnych przepływów wody odprowadzanej do rowu (...).

W piśmie z dnia 22 listopada 2011 r. Naczelnik Wydziału Ochrony (...) dla Dzielnic (...) poinformował Wykonawcę, że nie wyraża zgody na odprowadzanie wód

z odwodnienia wykopów w ilości 700 m⁽³⁾/h do rowu (...). Powyższe przekreśliło możliwość odwodnienia wykopu pod galerię wodociągową w sposób wskazany Wykonawcy przez Inżyniera Kontraktu (notatka z 14.11.2011r. – k. 155, pismo Zastępcy Burmistrza Dzielnic (...) (...) W. z 15.11.2011 r. – k. 156; pismo Wydziału (...) Dzielnic (...) z 22.11.2011 r. – k. 157, zeznania świadków: T. M. –

k. 634-635, P. S. – k. 638-639, M. K. – k. 641-642; zeznania przedstawiciela powoda P. H. – k. 1822-1823).

Wypompowanie wody z wykopu galerii wodociągowej do kolektora deszczowego przewidzianego do wykonania na budowie nie mogło stanowić rekomendowanego działania technicznego z uwagi na ilość wody oraz czas pompowania (konieczny do wykonania galerii). W warunkach pompowania wody z wykopu galerii wodociągowej przy wydajności 750 m⁽³⁾/h rów (...) nie miał odpowiedniej przepustowości, aby odebrać wodę gruntową napływającą do wykopu galerii wodociągowej i stamtąd odpompowywaną. W warunkach po oczyszczeniu rów (...) miał teoretycznie przepustowość w wielkości, dla której woda gruntowa napływająca z wykopu galerii wodociągowej stanowiła

teoretycznie około 40% tej wielkości. Dotyczyło to jednak sytuacji, kiedy wykonano by oczyszczenie rowu lub przebudowę na jego całkowitej długości, tj. do cieku (...) z powiększeniem wszystkich przepustów i likwidacją możliwych innych przeszkód. Przebudowę zaprojektowano i wykonano zgodnie z dokumentacją jedynie na odcinku 287 m plus usunięcie namulów do ul. (...) na odcinku 385 m. W takiej sytuacji rów (...) nie miał odpowiedniej przepustowości bo nie miał jej zapewnionej na całej swojej długości. Dodatkowo na trasie rowu znajdowały się przepusty o średnicach 300 i 600 mm oraz rurociąg 600 mm. W konsekwencji rów (...) nie był w stanie przejąć wody z odwodnienia galerii w ilości około 700 m⁽³⁾/h (opinia biegłych z zakresu budownictwa drogowego, geotechniki i geologii inżynierskiej D. F. i L. G. – k. 1571-1593, opinia pisemna uzupełniająca biegłych – k. 1629-1638, ustne wyjaśnienia biegłych na rozprawach z 08.01.2018 r i z 29.05.2018 r. – k. 1687-1690v. i k.1960-1962).

Pismem z dnia 6 grudnia 2011 r. Wykonawca wystąpił do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o wskazanie – w związku z brakiem podanego w dokumentacji projektowej odbiornika, do którego powinna być odprowadzana woda z placu budowy oraz niewystarczającej przepustowości odbiornika zastępczego rowu (...) – sposobu wykonania robót przy budowie galerii wodociągowej. Wykonawca zaproponował, że może wykonać przedmiotowe roboty w odmiennej od przyjętej technologii, nie wymagającej obniżania poziomu wody gruntowej, tj.: 1) przez wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej metodą „jet grouting” w ilości 2.678 m³ (długość 119 m, szerokość 9 m, grubość 2,5 m), która pozwoli wykorzystać wykonane dotychczas ścianki szczelne; dodatkowy koszt wynosi 2.990.000 zł netto, 2) przez wykonanie korka grubości 2,5 przez betonowanie podwodne metodą „contractor”, co wymagało będzie demontażu dotychczas wykonanych ścianek szczelnych i ponownego montażu ścianek z dłuższych grodzieł i skutkować będzie wydłużeniem czasu niezbędnego do wykonania zabezpieczenia; dodatkowy koszty wynosił 3.250.000 zł netto (pismo Wykonawcy z 06.12.2011r. – k. 159-159v.).

GDDKiA pismem z dnia 3 stycznia 2012 r. poinformowała Wykonawcę, że Inżynier Kontraktu pismem z dnia 21 września 2011r. zaakceptował projekt technologii wykonania konstrukcji galerii wodociągowej oraz wskazała, że pozycja nr 215 Kosztorysu ofertowego jest pozycją zryczałtowaną, wobec czego brak jest podstaw do zwiększenia należności za wykonanie robót bez względu na to, jaką technologię zakładał Wykonawca na etapie składania oferty przetargowej (pismo GDDKiA z 03.01.2012 r. – k. 160 i 482).

Przy pismach z dnia 5 stycznia 2012 r., 16 stycznia 2012 r. i 25 stycznia 2012 r. Wykonawca przedstawił Inżynierowi Kontraktu do zatwierdzenia projekt zabezpieczenia dna wykopu przesłoną przeciwfiltracyjną w technologii jet grouting, a przy piśmie z dnia 26 stycznia 2012 r. przedstawił do zatwierdzenia projekt umowy z podwykonawcą Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. dotyczącej wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej (pisma Wykonawcy z 05.01.2012 r., z 16.01.2012 r., z 25.01.2012 r. i z 26.01.2012 r. – k. 161, 162-163, 165-165v. i 166, projekt umowy podwykonawczej – k. 164-174v., zeznania świadka M. B. – k. 632).

Inżynier Kontraktu pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. zaopiniował pozytywnie projekt technologiczny wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej (pismo Inżyniera Kontraktu z 30.01.2012 r. – k. 167).

Na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy podwykonawczej, Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w okresie od 1 marca 2012 r. do 20 kwietnia 2012 r. wykonało zabezpieczenie dna wykopu przedmiotowej galerii wodociągowej przesłoną przeciwfiltracyjną w technologii jet grouting. Za wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. wystawiło powodowi faktury na łączną sumę 2.337.000 zł brutto, tj. w dniu 2 kwietnia 2012 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.285.350 zł brutto i w dniu 2 maja 2012 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.051.650,00 zł brutto (dokumentacja powykonawcza z wykonanych kolumn jet grouting – k. 181-182v., protokołu odbiorów częściowych robót – k. 184 i 207, faktura VAT nr (...) z 02.04.2012 r. – k. 183, faktura VAT nr (...) z 02.05.2012 r. – k. 206, zeznania świadka W. Z. – k. 546).

Zastosowana technologia wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej metodą jet grouting okazała się w pełni skuteczna, umożliwiła uszczelnienie dna wykopu pod budowę galerii wodociągowej i jego odwodnienie (zeznania świadków: T. M. – k. 634-635, S. K. – k. 635-636; zeznania przedstawiciela powoda P. H. – k. 1822-1823).

W warunkach geotechnicznych i hydrogeologicznych, jakie występowały w obszarze realizacji galerii wodociągowej (ryzyko przebiccia dna wykopu), warunkach technologicznych (czas potrzebny na wykonanie konstrukcji galerii wodociągowej), uwarunkowaniach kontraktowych (terminy) wykonanie przesłony uszczelniającej pod dnem i w ścianach wykopu było działaniem optymalnym organizacyjnie i kosztowo. Działanie takie można realizować w sposób jednorodny lub łączony. np. technologią jet grouting (iniekcji strumieniowej) w odniesieniu do dna wykopu i grodzicami stalowymi w ścianach, jak zostało to wykonane. Istniała techniczna możliwość wykonania galerii wodociągowej sekcjami –

z podziałem na części, jednak była to metoda bardziej wymagająca na etapie realizacji, mniej bezpieczna technicznie, bardziej czasochłonna i niedająca gwarancji skutecznego odwodnienia (opinia biegłych z zakresu budownictwa drogowego, geotechniki i geologii inżynierskiej D. F. i L. G. – k. 1571-1593, opinia pisemna uzupełniająca biegłych – k. 1629-1638, ustne wyjaśnienia biegłych na rozprawach z 08.01.2018 r. i z 29.05.2018 r. – k. 1687-1690v. i k. 1960-1962).

W dniu 12 kwietnia 2012r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Kontraktu roszczenie szczegółowe nr 20 (przejściowe) w trybie Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu, dotyczące konieczności zmiany technologii zabezpieczenia wykopu pod galerię wodociągową z powodu braku udostępnienia przez Zamawiającego odpowiedniego odbiornika wody umożliwiającego skuteczne odprowadzenie wody z wykopu. Wykonawca wskazał, że ubiega się m.in.

o dodatkową płatność z tytułu poniesionych kosztów związanych z koniecznością zabezpieczenia wykopu przed napływającą wodą gruntową w postaci wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej w wysokości około 3.500.000 zł i dzierżawy ścianek szczelnych

w przedłużonym czasie w wysokości 11.737 zł za tydzień oraz że dokładny koszt zostanie przedstawiony po wykonaniu robót (pismo Wykonawcy z 12.04.2012 r. – k. 178-180v.).

W dniu 14 maja 2012r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Kontraktu kolejne roszczenie przejściowe nr 20 dotyczące zmiany technologii zabezpieczenia wykopu pod galerię wodociągową, zaś w dniu 21 czerwca 2012 r. przedstawił Inżynierowi Kontraktu roszczenie nr 20 ostateczne. W roszczeniu ostatecznym Wykonawca wskazał, że uważa się za uprawnionego m.in. do dodatkowej płatności w kwocie 3.932.253,10 zł z tytułu poniesionych kosztów związanych z zabezpieczeniem wykopu przed napływającą wodą gruntową, na którą składają się koszt wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej w wysokości 3.497.984 zł netto

i koszt dzierżawy ścianek szczelnych w przedłużonym okresie w wysokości 434.269 zł netto (pismo Wykonawcy z 14.05.2012 r. – k. 189-191v., pismo Wykonawcy z 21.06.2012 r. – roszczenie nr 20 ostateczne – k. 192-202v).

Inżynier Kontraktu pismem z dnia 31 lipca 2012 r. odrzucił roszczenie Wykonawcy nr 20, w tym w zakresie dotyczącym dodatkowej płatności w kwocie 3.932.253 zł wskazując, że wybór technologii, projekt i wykonanie galerii leżały po stronie wykonawcy, zaś pozycja kosztorysowa dotycząca budowy galerii wodociągowej została określona w sposób ryczałtowy (pismo Inżyniera Kontraktu z 31.07.2012 r. – k. 203-205, zeznania świadków: T. S. – k. 632-634, S. K. – k. 635-637, zeznania przedstawiciela pozwanej T. K. – k. 1823-1824v.).

Pismem z dnia 19 grudnia 2012 r. (...) S.A. wezwała Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad do zapłaty w terminie 14 dni kwoty 4.174.281 zł w związku z brakiem zapłaty należności z tytułu wykonania galerii wodociągowej z przesłoną przeciwfiltracyjną w technologii jet grouting w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego. Wezwanie to zostało doręczone GDDKiA

24 grudnia 2012 r. (wezwanie do zapłaty z 19.12.2012 r. – k. 483).

W piśmie z dnia 26 sierpnia 2013 r. – „Raport Roszczenia” Inżynier Kontraktu podtrzymał swoje stanowisko co do niezasadności roszczenia nr 20 Wykonawcy (Raport Roszczenia z 26.08.2013 r. – k. 460-477).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

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

Sąd w całości dał wiarę zeznaniom świadków: D. P., M. N., R. Ś., W. Z., D. S., M. B., T. M., K. B., P. S., M. K., J. P., w których świadkowie przekazali informację co do założeń czynionych przez Wykonawcę na etapie przygotowywania oferty w zakresie sposobu odwodnienia wykopu pod galerię wodociągową, opisali problemy napotkane przez Wykonawcę przy odwodnieniu tego wykopu w trakcie realizacji robót oraz zastosowaną ostatecznie przez Wykonawcę technologię odwodnienia. Zeznania tych osób korespondowały wzajemnie ze sobą i z dowodami z dokumentów stanowiących materiał dowody sprawy, składając się wraz z nimi na spójną i logiczną całość, tworzącą opisany wyżej stan faktyczny sprawy.

Sąd nie dokonał ustaleń faktycznych na podstawie zeznań świadków S. D., W. W., K. J. i J. B., gdyż świadkowie ci mieli tylko ogólną wiedzę o przedmiotowej inwestycji i problemach z budową galerii wodociągowej, nie potrafili odnieść się szczegółowo do zagadnień związanych z kwestią odwodnienia wykopu i nie przekazali żadnych konkretnych informacji istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zeznania świadków T. S. i S. K. nie zasługiwały na wiarę w części, w której świadkowie twierdzili, że przyczyna początkowych niepowodzeń powodów w odwodnieniu wykopu pod galerię wodociągową spoczywała po stronie Wykonawcy, że istniała możliwość wykonania odwodnienia wykopu bez stosowania technologii jet grouting oraz że dokumentacja projektowa odnosząca się do budowy galerii wodociągowej była prawidłowa. Tej części zeznań świadków przeczy bowiem przede wszystkim treść opinii biegłych, a także zeznania pozostałych świadków przesłuchanych w sprawie. Pozostała część zeznań T. S. i S. K. była zgodna z dokumentami i zeznaniami pozostałych świadków, wobec czego nie budziła wątpliwości.

Sąd uznał za w pełni wiarygodną opinię biegłych z zakresu budownictwa drogowego, geotechniki i geologii inżynierskiej D. F. i L. G.. Autorzy opinii to osoby posiadające specjalistyczne wykształcenie i wieloletnie doświadczenie zawodowe w dziedzinie objętej przedmiotem opinii, a nadto biegły dr L. G. jest pracownikiem naukowym w dziedzinie geologii. Wnioski opinii zostały szczegółowo, logicznie i rzeczowo uzasadnione. Autorzy opinii zarówno w opinii zasadniczej, w pisemnej opinii uzupełniającej, jak i podczas ustnych wyjaśnień złożonych na rozprawach, w sposób jasny i logiczny wyłożyli podstawy przyjętych ocen i twierdzeń, w szczególności co do niekompletności dokumentacji projektowej Zamawiającego w zakresie rozpoznania hydrogeologicznego w rejonie spornej galerii wodociągowej, braku możliwości przewidzenia przez Wykonawcę w oparciu o dostarczoną mu dokumentację projektową skali napływu wody gruntowej do wykopu pod galerię wodociągową oraz słuszności założeń Wykonawcy co do odwodnienia wykopu pod galerię czynionych na etapie przetargu w oparciu o przekazaną mu dokumentację projektową. W tej sytuacji nie było żadnych wątpliwości co do wiedzy i fachowości autorów opinii, opinię należało uznać za w pełni wiarygodną, a jej wnioski za trafne.

Sąd dał również wiarę zeznaniom przedstawiciela powoda P. H., gdyż w pokrywały się one z zeznaniami świadków D. P., M. N., R. Ś., W. Z., D. S., M. B., T. M., K. B., P. S., M. K. i J. P., z dokumentami stanowiącymi materiał dowody sprawy, a także z wnioskami płynącymi z opinii biegłych.

Natomiast zeznania zaś przedstawiciela pozwanego T. K. nie zasługiwały na wiarę w części, w jakiej twierdził on, że w toku realizacji kontraktu założenia co do poziomu wód gruntowych potwierdziły się oraz że możliwe było przeprowadzenie prac poprzez podział na sekcje, gdyż pozostawały one w sprzeczności z pozostałymi dowodami uznanymi za wiarygodne, w szczególności z wnioskami opinii biegłych. W pozostałej części zeznania przedstawiciela pozwanego nie budziły wątpliwości.

Sąd oddalił wniosek powodów o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków P. P. i W. M., gdyż wnioski te, zgłoszone po raz pierwszy na rozprawie z dnia 15 września 2016 r. były spóźnione na gruncie regulacji art. 207 § 6 k.p.c. Skoro osoby te były zatrudnione przez realizację przedmiotowego kontraktu przez Wykonawcę, to powodowie mieli wiedzę co do roli tych osób w procesie budowy i mogli zgłosić wniosek o ich przesłuchanie w charakterze świadków już w pozwie, zaś powodowie nie wykazali, że potrzeba przeprowadzenia tych dowodów ujawniła się dopiero później.

Sąd oddalił także wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka J. K., gdyż pozwany nie wskazał adresu tego świadka w zakreślonym przez Sąd terminie.

Sąd zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Obowiązek inwestora do opracowania i dostarczenia projektu wynika nie tylko z przywołanego wyżej przepisu regulującego umowę o roboty budowlane, lecz również z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1202), gdyż w myśl art. 18 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie opracowania projektu budowlanego i, stosownie do potrzeb, innych projektów. Wskazać należy również, że odpowiedzialność zamawiającego za poprawność dokumentacji projektowej w kontraktach typu „Wybuduj” wynika z natury i funkcji tych umów. Tego typu kontraktem są umowy zawarte w oparciu o warunki tzw. (...), która stworzona została, jak wskazuje jej tytuł, „dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego”. Regulacja praw i obowiązków stron umowy bazujących na tych warunkach FIDIC opiera się, jeśli chodzi o podział ryzyka kontraktowego, na tym samym modelu, który wynika z art. 647 k.c. Na gruncie warunków (...) powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie w subklauzuli 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego], w której w lit. (g) przewidziano, że po stronie Zamawiającego leżą ryzyko i odpowiedzialność związane z projektowaniem „jakiegokolwiek części Robót przez Personel Zamawiającego lub inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny”. W świetle szerokiego sformułowania tego postanowienia za objęte ryzykiem Zamawiającego uznać należy nie tylko oczywiste błędy w dokumentacji projektowej, ale również wszelkie niedokładności, nieodpowiadające rzeczywistości założenia, z którymi może wiązać się konieczność wykonania przez Wykonawcę robót zamiennych i dodatkowych (tak H. Wysoczański, Prawo do zmiany oraz polecenie zmiany treści umowy o roboty budowlane w świetle warunków FIDIC, Warszawa 2017, s. 76-77).

Z uwagi na fakt, że przedmiotowa umowa o roboty budowlane została zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1579) zastosowanie tu znajdzie także art. 29 ust. 1 tejże ustawy, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanego precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych dla wykonawców z danej branży określeń. Wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, gdyż na podstawie opisu przedmiotu zamówienia dokonują obliczenia ceny za wykonanie zamówienia. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle dokładny, by nie wymagał od potencjalnych wykonawców dodatkowych czynności np. w postaci konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej (vide orz. NSA z 18.10.2016 r., II GSK 1873/15, Legalis nr 1553770).

Ponadto w myśl art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie

z regulacjami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1129), wydanego na podstawie delegacji z art. 31 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, 2) projektów wykonawczych, 3) przedmiaru robót,

4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów (§ 4 rozporządzenia). Wymagania co do projektu wykonawczego określa § 5 przywołanego rozporządzenia, który stanowi, że: 1. Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. 2. Projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz

z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą: 1) części obiektu, 2) rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych, 3) detali architektonicznych oraz urządzeń budowlanych, 4) instalacji i wyposażenia technicznego – których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb, o których mowa w ust. 1. 3. Projekty wykonawcze, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, dotyczą: 1) przygotowania terenu pod budowę; 2) robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, włącznie z robotami wykończeniowymi w zakresie obiektów budowlanych; 3) robót w zakresie instalacji budowlanych; 4) robót związanych

z zagospodarowaniem terenu. 4. Wymagania dotyczące formy projektów wykonawczych przyjmuje się odpowiednio jak dla projektu budowlanego.

Nie ulega więc wątpliwości, że kwestia odwodnienia terenu budowy jest istotnym elementem koniecznym do określenia kosztów prac budowlanych i o ile zachodzi potrzeba odwodnienia terenu to sposób jego wykonania powinien być częścią projektu wykonawczego – uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. W sprawie niniejszej dokumentacja projektowa opisująca przedmiot zamówienia w części dotyczącej budowy galerii wodociągowej była dokumentacją niepełną w zakresie parametrów hydrogeologicznych, gdyż brakowało w niej podstawowych danych, jakie powinny być uwzględnione dla tego typu inwestycji. Wskazać należy za biegłymi sporządzającymi opinię w niniejszej sprawie,

że w dokumentacji projektowej uwzględniono wyłącznie punktowe występowanie wody gruntowej bez analizy jej przestrzennego występowania (głębokości występowania, rozciągłości poziomej, dynamiki i spadków hydraulicznych). W dokumentacji brakowało geometrii warstwy wodonośnej, czyli jej miąższości, obszaru zasilania, obszaru drenażu,

a więc podstawowych elementów charakteryzujących środowisko hydrogeologiczne, w jakim ta inwestycja miała być wykonywana. Materiały nie zawierały ani projektu odwodnienia, ani nie dawały szczegółowych wytycznych, rozwiązań technicznych jako podstaw do projektowania przez wykonawców właściwych rozwiązań odwodnienia, w tym zmniejszania zasięgu oddziaływania i wielkości dopływów do wykopu. Wobec tego nie można było, bez dodatkowych analiz, badań, symulacji i obliczeń, ustalić wielkości dopływu wody gruntowej do wykopu pod budowę galerii wodociągowej. W rezultacie na etapie sporządzenia oferty przez Wykonawcę nie dało się przewidzieć ani wysokich dopływów wody gruntowej do wykopu pod galerię wodociągową, ani właściwych sposobów technicznego rozwiązania problemu odwodnienia wykopu. Jak wskazali biegli, na podstawie dokumentacji projektowej Wykonawca mógł założyć, że ilość wody gruntowej, która dopłynie do wykopu pod galerię wodociągową będzie na tyle niewielka,

że będzie ją można wypompować z wykopu otwartego, bez konieczności uszczelniania jego dna. W wyniku niedostatecznego rozpoznania geologicznego rejonu galerii wodociągowej na etapie projektowania, dokumentacja projektowa, nie dawała właściwego obrazu warunków hydrogeologicznych dla tego obiektu i wprowadzała oferentów w błąd co do właściwego sposobu jego odwodnienia.

W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w części odnoszącej się do budowy galerii wodociągowej w sposób niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy, a Wykonawca nie mógł występujących niezgodności wykryć na etapie sporządzenia oferty. Dopiero w toku realizacji robót okazało się, że dopływy wody gruntowej do wykopu są tak wysokie, że nie da się wykopu odwodnić bez uszczelnienia jego dna, czego nie dało się przewidzieć na etapie sporządzenia oferty. Z tej przyczyny Wykonawca w celu odciążenia dopływów wody gruntowej do wykopu zmuszony był do zastosowania technologii jet grouting i poniesienia związanych z nią dodatkowych kosztów, których nie mógł przewidzieć na etapie przetargu i uwzględnić w złożonej ofercie na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Dochodzone pozewem roszczenia winno być oceniane na gruncie art. 471 k.c. regulującego odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, który powodowie przywołali jako podstawę prawną swego roszczenia. W myśl art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej są zatem: poniesienie przez wierzyciela szkody, fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą oraz możliwość przypisania dłużnikowi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (tzn. uchybienie obowiązkom umownym musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada). Stosownie do reguły rozkładu ciężaru dowodowego z art. 6 k.c., przy uwzględnieniu brzmienia art. 471 k.c., na wierzycielu spoczywa ciężar dowodowy co do wymienionych pierwszych trzech przesłanek. Co do czwartej przesłanki istnieje domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Przywołany przepis statuuje zasadę winy jako naczelną zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej. Zawiniony czyn sprawcy, pociągający za sobą odpowiedzialność cywilną, musi wykazywać znamiona niewłaściwości postępowania zarówno od strony przedmiotowej, co określa się mianem bezprawności czynu, jak i od strony podmiotowej, co określa się jako winę w znaczeniu subiektywnym. Bezprawność – jako przedmiotowa cecha sprawcy czynu – jest ujmowana jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który rozumie się nakazy i zakazy wynikające nie tylko z norm prawnych (z zakresu prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, pracy, finansowego, itp.), lecz także wynikające z norm moralnych i obyczajowych określane jako „zasady współżycia społecznego” lub „dobre obyczaje”. Bezprawność zaniechania ma miejsce wówczas, gdy istniał nakaz działania, zakaz zaniechania, czy też zakaz spowodowania skutku, jaki przez zaniechanie może nastąpić. (por. Gerard Bieniek, w: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, tom 2, Warszawa 2005, s. 235-236; orz. SN z 19.07.2003 r.,

V CKN 1681/00, LEX nr 121742). Wina w znaczeniu subiektywnym odnosi się natomiast do sfery zjawisk psychicznych człowieka i rozumie się ją jako naganną decyzję odnoszącą się do podjętego przez niego bezprawnego czynu. Zatem na gruncie prawa cywilnego winę można przypisać podmiotowi prawa, kiedy istnieją podstawy do negatywnej oceny jego zachowania zarówno z punktu widzenia obiektywnego, jak i subiektywnego – tzw. zarzucalność postępowania (tak: SN w orz. z dnia 26.09.2003 r., IV CK 32/02, LEX nr 146462).

Przekazanie powodom przez pozwanego wadliwej – nieodzwoiercedlającej rzeczywistych warunków hydrogeologicznych w rejonie galerii wodociągowej – dokumentacji projektowej stanowiło naruszenie obowiązków inwestora robót budowlanych, wynikających zarówno z przepisów prawa (art. 647 k.c., art. 18 Prawa budowlanego, art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), jak i z cytowanych wcześniej regulacji umownych, tj. Subklauuli 17.3 lit g Warunków Kontraktu. Okoliczność ta stanowi zatem o nienależytym wykonaniu zobowiązania przez pozwanego. Pozwany nie przedstawił przy tym żadnych dowodów, które by mogły świadczyć o tym, że nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie odpowiada. Nie ulega wątpliwości, że pozwany miał możliwość zapewnienia, żeby dokumentacja projektowa przekazana wykonawcom na etapie

przetargu opisywała warunki hydrogeologiczne występujące w rejonie budowy galerii wodociągowej zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, co wymagało właściwego rozpoznania hydrogeologicznego na etapie projektowania. Pozwanego nie zwalnia od odpowiedzialności fakt powierzenia wykonania dokumentacji projektowej profesjonalnej jednostce projektowej, gdyż przepis art. 429 k.c. przewidujący taką możliwość dotyczy reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej deliktowej, który nie znajdował zastosowania w analizowanym przypadku. Natomiast powodowie dokonując kalkulacji cenowej swojej oferty nie mieli obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad, lecz mogli działać w zaufaniu do Zamawiającego, który posiada wyspecjalizowaną jednostkę organizacyjną (Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad) zajmującą się przygotowaniem i organizacją tego typu inwestycji infrastrukturalnych. W standardowych okolicznościach trudno oczekiwać od wykonawcy realizującego roboty budowlane na podstawie kontraktu typu „Wybuduj”, by był w stanie a priori zweryfikować wszelkie potencjalne błędy projektowe jedynie na podstawie analizy dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego na etapie przed złożeniem oferty. W judykaturze wyrażono trafne stanowisko, że wykonawca nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wad dostarczonego projektu, zwłaszcza gdy został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe (vide orz. SN z 27.03.2000, III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173). To na pozwanym (zamawiającym w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego) spoczywał obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. Prawa zamówień publicznych). Na tym gruncie niedopuszczalne jest przerzucanie w jakimkolwiek zakresie na wykonawcę ryzyka gospodarczego wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia (vide orz. SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, Glosa 2017/2/23). Po to, by wykonawca posiadał pełnię wiedzy co do przedmiotu zamówienia i mógł przygotować ofertę cenową uwzględniającą wszystkie wymogi i ryzyka związane z realizacją zamówienia, opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny, uwzględniający wszystkie istotne okoliczności związane z jego realizacją. Do okoliczności takich z pewnością należały warunki hydrogeologiczne na terenie budowy spornej galerii wodociągowej. Skoro na podstawie materiałów udostępnionych

w przetargu na udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego nie można było wprost, bez dodatkowych analiz, badań, symulacji i obliczeń, ustalić dopływu wody gruntowej do wykonywanego wykopu pod galerię wodociągową, to należało stwierdzić, że Wykonawca na etapie przetargu nie był w stanie przewidzieć potrzeby zastosowania kosztownej technologii jet grouting w celu skutecznego odwodnienia wykopu.

Postępowanie dowodowe wykazało również, że rekomendowanym działaniem technicznym w celu odwodnienia wykopu nie mogło być w danych warunkach, z uwagi na ilość wody oraz czas pompowania, wypompowanie wody z wykopu do kolektora deszczowego, nawet gdyby został on wykonany na samym początku przez Wykonawcę przedmiotowej inwestycji. Skoro nie był jeszcze wybudowany kolektor deszczowy na sąsiednim odcinku drogi realizowanym przez innego wykonawcę, zatem nie było możliwe ich połączenie. Wskazany przez Zamawiającego jako alternatywny odbiornik rów melioracyjny (...) również nie miał faktycznie odpowiedniej przepustowości do przyjęcia tak dużej ilości wody, zatem nie było możliwości odpompowania wody z wykopu w znacznej ilości do tego rowu. W rezultacie okazało się, że w warunkach geotechnicznych i hydrogeologicznych, jakie występowały w obszarze realizacji galerii wodociągowej, optymalnym kosztowo i organizacyjnie działaniem w celu odwodnienia wykopu było wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej w technologii jet grouting, którą ostatecznie zastosował Wykonawca.

Wyrządzenie szkody na skutek bezprawnego działania lub zaniechania określonego podmiotu jest zasadniczym warunkiem powstania odpowiedzialności odszkodowawczej. Szkada obejmuje straty i utracone korzyści (art. 361 § 2 k.c.) i stanowi uszczerbek określony różnicą pomiędzy aktualnym stanem majątkowym poszkodowanego, a tym stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. W wyniku opisanych wad dokumentacji projektowej Wykonawca poniósł szkodę majątkową, we wskazanym wyżej znaczeniu, odpowiadającą kosztom wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej w technologii jet grouting. Powodowie określili wysokość poniesionej szkody na sumę 2.509.000,00 zł,

z czego kwota 2.337.000,00 zł wynikała bezpośrednio z dwóch faktur wystawionych przez podwykonawcę zatrudnionego przez powodów do wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej – Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o.

W zakresie kwoty 2.337.000 zł szkoda powodów została wykazana złożonymi do akt fakturami. Powodowie nie udowodnili natomiast poniesienia dodatkowych kosztów w wysokości 172.000 zł z tytułu wykonanych siłami własnymi robót w zakresie zasypiania wykopu galerii wodociągowej przed wykonaniem przesłony i przygotowania platformy roboczej dla sprzętu Przedsiębiorstwa (...)

Sp. z o.o. (...) nie przedstawili bowiem sposobu kalkulacji powyższej kwoty ani nie złożyli do akt sprawy żadnych dokumentów, z których by wynikało, jakie wykonane roboty

i według jakich stawek wycenione składają się na powyższe koszty. Z tej przyczyny wysokość szkody powodów należało uznać za wykazaną co do sumy 2.337.000 zł

i nieudowodnioną w pozostałej części.

Niezasadny był podniesiony przez pozwanego zarzut przyczynienia się powodów do powstania szkody, który mógłby prowadzić do zmniejszenia obowiązku odszkodowawczego pozwanego, stosownie do art. 363 k.c. Materiał dowodowy sprawy prowadzi do wniosku, że zarzucane powodom przez pozwanego opóźnienie z przystąpieniem do wykonywania prac melioracyjnych przy rowie (...) nie miało wpływu na zastosowanie technologii odwodnienia wykopu. Niezależnie od ewentualnego opóźnienia w tym zakresie, rów melioracyjny (...) nie był w stanie przejąć wody z odwodnienia wykopu pod galerię wodociągową w ilości około 700 m³/h, zatem opóźnienie przesunęło tylko w czasie moment wyboru zastosowanej finalnie przez wykonawcę technologii odwodnienia. Z opinii biegłych wynika również, że ze względu na warunki panujące w rejonie galerii wodociągowej prowadzenie robót przy budowie galerii wodociągowej sekcjami nie stanowiłoby rozwiązania problemu dopływów wód gruntowych do wykopu i że zastosowane przez Wykonawcę rozwiązanie w postaci wykonania przesłony filtracyjnej w technologii jet grouting było w danych warunkach optymalne kosztowo i organizacyjnie.

Odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego nie wyłącza podnoszony przez pozwanego fakt, że stawka za wykonanie galerii wodociągowej określona była w Kosztorysie Ofertowym ryczałtowo. Okoliczność ta nie ma bowiem wpływu na zasady odpowiedzialności odszkodowawczej inwestora z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa, która była podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę była wadliwa. Przewidziana w art. 632 § 1 k.c. niemożność zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego odnosi się do sytuacji,

w których wykonawca dysponujący rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru robót wadliwie oszacował zakres koniecznych czynności, konieczne koszty ich wykonania

i w konsekwencji wartość robót, którą strony umówiły w ramach ryczałtowego wynagrodzenia. Rygor z art. 632 § 1 k.c. nie obejmuje nierzetelnego postępowania zamawiającego, który wprowadził w błąd wykonawcę uniemożliwiając mu prawidłowe oszacowanie zakresu i niezbędnych kosztów robót (tak też Sąd Apelacyjny w Gdańsku w orz. z 12.03.2014r., V ACa 846/13, Legalis nr 1180015).

Nie miał racji pozwany zarzucając, że powództwo winno ulec oddaleniu z tej przyczyny, że powodowie nie dochowali procedury przewidzianej w Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Kontraktu, zbyt późno zgłaszając roszczenia Inżynierowi Kontraktu. W ocenie Sądu, subklauzula 20.1 przewidująca skutek w postaci utraty uprawnienia Wykonawcy do dodatkowej płatności w razie niezgłoszenia roszczenia

w określonym terminie Zamawiającemu – w zakresie obejmującym roszczenia wynikające

z przepisów prawa, jest nieważna na gruncie przepisów prawa polskiego. Przepis art. 353⁽¹⁾ k.c. nie daje bowiem stronom ustanawiania umownych terminów reklamacyjnych (zawitych) pod rygorem wygaśnięcia prawa. Materia dawności, tj. przedawnienia i terminów zawitych, jest domeną zastrzeżoną wyłącznie przepisom ustawy. Roszczenia i inne prawa podlegają działaniu terminów zawitych tylko w przypadkach w ustawie przewidzianych i tylko

z upływem terminów określonych w poszczególnych przepisach. Ograniczeniu czasowemu przez roszczenia zawite podlegają jedynie te uprawnienia cywilnoprawne, co do których ustawa wyraźnie tak stanowi (vide: S. Wójcik: O potrzebie i sposobie uregulowania cywilnoprawnych terminów zawitych [w:] Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej profesora Jana Winiarza, Warszawa 1990, s. 390, J. Ignatowicz [w:] System prawa cywilnego. Tom I, Część ogólna pod red. S. Grzybowski, 1985, s. 845, T. Pałdyna: Przedawnienie w polskim prawie cywilnym, Warszawa 2010, s. 94). Zastosowanie Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu nie mogło zatem doprowadzić

do wygaśnięcia uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia roszczenia w oparciu o regulacje ustawowe, w tym odszkodowania z art. 471 k.c., który stanowi odrębną, pozakontraktową, ustawową podstawę odpowiedzialności i jej wyłączenie w drodze umowy musiałyby być wyraźne i jednoznaczne, co w rozpatrywanej sprawie nie miało miejsca. Zastrzeżenie umowne wygaśnięcia takiego roszczenia należy zatem uznać za nieskuteczne. Niezależnie od tego wskazać trzeba, że na gruncie materiału dowodowego sprawy brak było podstaw do przyjęcia, żeby Wykonawca uchybił obowiązkowi notyfikacji przewidzianemu

w Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu. Po stwierdzeniu w toku realizacji robót odmiennych warunków gruntowo-wodnych w rejonie budowy galerii wodociągowej od wynikających z dokumentacji projektowej, Wykonawca poinformował o tym Inżyniera Kontraktu pismem z dnia 31 maja 2011 r., następnie pomiędzy Wykonawcą i Inżynierem Kontraktu lub GDDKiA toczyła się korespondencja dotycząca kwestii rozwiązania problemu odwodnienia wykopu, a po przystąpieniu do wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej

i powstania związanych z tym kosztów Wykonawca pismami z dnia 12 kwietnia 2012 r.

i 14 maja 2012 r. zgłosił Inżynierowi Kontraktu szczegółowe roszczenia w trybie Subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu. Personel Zamawiającego na budowie świadomy był zatem problemów z odwodnieniem wykopu pod galerie wodociągowej i roszczeń Wykonawcy związanych z nierzetelną dokumentacją projektową.

W rezultacie stwierdzić należy, że roszczenie dochodzone pozwem zasługiwało na uwzględnienie co do należności głównej w wysokości 2.337.000 zł, a było niezasadne

w pozostałej części. Sumę powyższą należało zasądzić łącznie (niepodzielnie) na rzecz wszystkich powodów tworzących konsorcjum. Świadczenie pieniężne jest co do zasady podzielne (art. 379 § 1 k.c.), jednak zasada ta nie ma charakteru podstawowej w systemie prawa cywilnego materialnego i jest w wielu przypadkach przełamywana. Powodowie nie wykazali, żeby zawierali między sobą umowę w przedmiocie podziału wynagrodzenia należnego im na podstawie przedmiotowej Umowy. Uwzględniając fakt, że roszczenie

o zapłatę wynagrodzenia przysługuje powodom jako uczestnikom konsorcjum, wspólnie realizującym Umowę, i że przedmiotem żądania jest jedno świadczenie należne wierzycielowi, którym są wszystkie powodowe spółki, wynagrodzenie powinno być zasądzone łącznie na rzecz powodów, zgodnie z żądaniem pozwu (tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie w orz. z 03.02.2015 r., VI ACa 523/14, niepubl. i SN w orz. z 11.10.2013 r., I CSK 769/12, LEX nr 1532958).

Oprócz powyższej należności głównej, powodom należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w jej zapłacie przez pozwanego. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a jeżeli strony nie oznaczyły z góry stopy odsetek, należą się odsetki ustawowe. W wezwaniu do zapłaty z dnia 19 grudnia 2012 r., doręczonym pozwanemu 24 grudnia 2012 r., powodowie wyznaczyli pozwanemu termin 14 dni do dokonania zapłaty dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem przesłony filtracyjnej. Skoro pozwany zapłaty nie dokonał, to w dniu 8 stycznia 2013 r. znalazł się w opóźnieniu, co uzasadnia przyznanie odsetek od zasądzonej sumy od tej daty, a nie od dnia 22 czerwca

2012 r., jak żądali powodowie. Z uwagi na zmianę brzmienia przepisu art. 481 § 2 k.c.

od 1 stycznia 2016 r., wprowadzoną ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy

o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1803), zasądzone odsetki od dnia 1 stycznia 2016 r. należało określić jako „odsetki ustawowe za opóźnienie”.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd orzekł jak w pkt. I i II sentencji wyroku na podstawie powołanych przepisów.

Orzekając o kosztach procesu w pkt. III sentencji wyroku Sąd na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c. włożył na pozwanego obowiązek zwrotu powodom pełnych kosztów postępowania, mając na uwadze fakt, że powodowie ulegli jedynie co do niewielkiej części swych żądań, tj. co do 6,68% dochodzonej sumy, skoro z objętej pozwem kwoty 2.509.000 zł Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powodów 2.337.000 zł. Koszty powodów niezbędne do celowego dochodzenia praw w niniejszej sprawie wyniosły łącznie 122.214,52 zł, na co składają się uiszczona opłata sądowa od pozwu w wysokości 100.000 zł, koszty opinii biegłych w wysokości 14.963,52, opłaty skarbowe od trzech pełnomocnictw procesowych

w wysokości 51 zł i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powodów w wysokości 7.200 zł, ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490). Przy ustalaniu kosztów zastępstwa procesowego w niniejszej sprawie Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku powodów o podwyższenie stawki minimalnej wynagrodzenia pełnomocnika, uznając nakład pracy po stronie pełnomocnika procesowego powoda za typowy w sprawach o znacznej wartości przedmiotu sporu, w jakich przywołane przepisy przewidują stawkę wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 7.200 zł. Wobec powyższego pozwany winien zwrócić powodom koszty postępowania w wysokości 122.214,52 zł, co po rozdzieleniu w równych częściach pomiędzy trzech powodów daje kwoty po 40.738,17 zł na rzecz każdego z nich.

Nieuiszczone przez strony i wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie w niniejszej sprawie koszty sądowe z tytułu wynagrodzenia biegłych wyniosły łącznie 6.049,16 zł. Sąd mając na uwadze wynik sprawy, w pkt IV sentencji wyroku na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 300) nakazał pobrać powyższą sumę z tytułu nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.