

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Włodarczyk
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Rakoczy-Ordanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

1. oddala powództwo;
2. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie;
3. nakazuje pobrać od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 6 391 złotych (sześć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt jeden złotych) tytułem opłaty od pozwu.

**Sygn. akt XXV C 1682/15**

## UZASADNIENIE

**Pozwem z dnia 10 czerwca 2015 r.** (data nadania w placówce pocztowej), skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W., powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C., wniósł o:

- 1) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 127.816,83 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 kwietnia 2014 r.;
- 2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego wg norm przepisanych.

Uzasadniając swoje roszczenie powód wskazał m.in., że dochodzona przedmiotowym pozwem kwota wynika z wykonanych na rzecz pozwanego dodatkowych prac przy realizacji umowy z dnia 23 sierpnia 2013 r. Powód oświadczył, że poniósł rażącą stratę – co wynika wprost z faktu, że przy wartości całego zamówienia 497.740,00 zł musiał dołożyć kwotę 127.817,00 zł, a więc niemalże 25% wartości całego kontraktu.

Powód podał, że w dniu 23 sierpnia 2013 r., po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego strony zawarły umowę, na mocy której powód zobowiązał się do wykonania zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i budowa magazynu soli w m. M.”. Po rozpoczęciu robót budowlanych

związanych z realizacją powyższego zadania okazało się, że przy wykonywaniu jednego z jego elementów tj. placu manewrowego występuje konieczność wykonania robót dodatkowych - tj. nieprzewidzianych przez dokumentację przetargową. Jak podał powód, zgodnie bowiem ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w zakresie wykonania placu manewrowego powód był zobowiązany do wykonania podbudowy z zagęszczonego kruszywa 20 cm oraz 2 warstwy asfaltu po 5 cm każda. Tymczasem już po rozpoczęciu prac okazało się, że konieczne było wykonanie większego zakresu robót ziemnych polegających na konieczności wymiany gruntu i wykopów nawet na głębokości 180 cm (zamawiający założył 20 cm wymiany gruntu). W związku z powyższym powód zmuszony był wykonać roboty dodatkowe o wartości dochodzonej pozwem.

Zdaniem powoda taka sytuacja wynikała w całości z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanego, ponieważ:

- w/w prace nie wynikały z Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej PFU), który stanowił opis przedmiotu zamówienia do wykonania i wyceny przez powoda, a w którym przewidziano wyłącznie wykonanie utwardzenia poprzez zastosowanie 20 cm podbudowy

z tłucznia łamanego + 2 x 5 cm z warstw mineralno-bitumicznych, przy czym zakres tych prac powinien odpowiadać warunkom gruntowym ustalonym zgodnie z Rozporządzeniem 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129 j.t), tj. w oparciu o wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy, opracowanych przez pozwanego (jako zamawiającego) przed wszczęciem postępowania przetargowego;

- załączone do PFU badania geotechniczne określające profil terenu zawierały błędy, co stwierdzono podczas przystąpienia do robót, albowiem odnośnie terenu stanowiącego drogę

i plac manewrowy wykonano 3 odwierty (nr 5, 6, 7) – przy czym tylko dla punktu 5 stwierdzono możliwą konieczność usunięcia gruntu do poziomu – 70 cm, zaś dla pozostałych miejsc placu nie stwierdzono takiej konieczności, natomiast w rzeczywistości wykopy konieczne były do poziomu – 150 cm, a nawet – 180 cm na większości powierzchni 1000 m<sup>2</sup> pod plac manewrowy i drogę;

- pozwany nie dostarczył prawidłowej inwentaryzacji obiektu, z której wynikałaby konieczność uwzględnienia w zakresie robót do wykonania i wyceny usunięcia podziemnego zbiornika zlokalizowanego na terenie objętym robotami, w sytuacji gdy jego występowanie nie było również możliwe do stwierdzenia w czasie wizytacji placu budowy przez powoda.

Powód podkreślił, że pozwany zaakceptował projekt budowlany (który został opracowany na podstawie PFU i badań geotechnicznych przedstawionych przez pozwanego) przed złożeniem go do zatwierdzenia, a tym samym zaakceptował zakres robót, który ma być wykonany w ramach zawartej umowy. Wskazał również, że przedmiotowe prace były konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zaś pozwany nie nakazał zaprzestania ich realizowania nie mniej jednak po zgłoszeniu tej okoliczności pismem z dnia 13 listopada 2013r. i przedstawieniu kosztorysu określającego wartość tych prac oświadczył, że nie uznaje robót dodatkowych i w arbitralny sposób przyjął, że wskazane przez powoda roboty (nie objęte umową, SIWZ, ani ofertą) nie są robotami dodatkowymi wskazując przy tym, że udostępnił powodowi badania geotechniczne.

Powód podkreślił, że prace te zostały w całości wykonane przez podwykonawcę – firmę (...) R. M., któremu powód powierzył faktyczny i konieczny zakres robót (wykraczający poza przedmiot opisany przez pozwanego) i za taki dokonał zapłaty.

W odniesieniu do podstawy prawnej dochodzonego roszczenia strona powodowa wskazała, że swoje żądania wywodzi z dwóch podstaw, tj. zwiększenia ryczałtu lub ewentualnie bezpodstawnego wzbogacenia. (k. 2–7)

**W odpowiedzi na pozew z dnia 21 września 2015 r.** (data nadania w placówce pocztowej), pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad

z siedzibą w W., w pierwszej kolejności podniósł zarzut niewłaściwości miejscowej Sądu Okręgowego w Białymstoku, oraz wniósł o oddalenie powództwa w całości kwestionując roszczenie strony powodowej zarówno, co do zasady, jak i co do wysokości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu wg norm przepisanych, jednakże w zakresie kosztów zastępstwa procesowego o zasądzenie ich wg norm przepisanych na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa.

W uzasadnieniu swojego stanowiska strona pozwana wskazała, że zamówienie, na kanwie którego toczy się niniejszy spór było zamówieniem typu zaprojektuj i wybuduj, który to typ zasadniczo różni się od klasycznej konstrukcji umowy o roboty budowlane, w ramach której to inwestor dostarcza projekt, a wykonawca zobowiązuje się jedynie do jego realizacji. Strona pozwana podała, że do obowiązków powoda należało, w szczególności (1) opracowanie dokumentacji projektowej, (2) opracowanie (...), (3) uzyskanie niezbędnych uzgodnień i pozwoleń, (4) pełnienie nadzoru autorskiego, (5) budowa magazynu soli wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Strona podkreśliła zarazem, że powyższe wyliczenie ma jednakże charakter wyłącznie przykładowy, bowiem zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 4 umowy wykonawca zobowiązał się do wykonania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu, czyli zaprojektowania i wybudowania magazynu soli w m. M.. To właśnie postanowienie § 1 ust. 4 umowy stanowiło o istocie zobowiązania powoda, czyli wzięciu na siebie całego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu umowy. Ponadto – strona pozwana podkreśliła, że powód zobowiązany był do świadczenia z należytą profesjonalistą starannością, co dodatkowo uzasadnia obowiązek oszacowania zakresu prac jeszcze przed złożeniem oferty. Biorąc pod uwagę powyższe, pozwany wskazał, że żadne prace wykonane w celu osiągnięcia rezultatu zamierzonego w umowie nie mogą być traktowane jako roboty dodatkowe.

Pozwany zwrócił również uwagę na charakter umówionego wynagrodzenia, które zostało określone jako ryczałt (§ 5 umowy) przez co obejmowało całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Ryczałtowe wynagrodzenie zapobiega powstaniu po stronie wykonawcy pobudki do zaprojektowania większego niż niezbędny zakresu robót. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem pozwanego, żadne prace wykonane w celu osiągnięcia rezultatu zamierzonego w umowie nie mogą i nie mogły być traktowane jako roboty dodatkowe.

Mając na uwadze powyższe strona wniosła jak na wstępie. (k. 70-76)

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

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

W dniu 11 lipca 2013 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ogłosiła przetarg nieograniczony na Zaprojektowanie i budowę magazynu soli w m. M.. W ramach ogłoszenia wskazała m.in. wymagania pod względem czasowym, miejsce udostępnienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) oraz kryterium oceny ofert, którym była najniższa cena. (d: Ogłoszenie k. 137-141)

W ramach SIWZ – u została udostępniona Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, tj. wzorem oferty, wzorem umowy, wzorem Kosztorysu ofertowego, wymaganych oświadczeń, Program F.-Użytkowy i Dokumentacja badań geotechnicznych do budowy magazynu soli, drogi dojazdowej oraz placu manewrowego w (...) Z. w obwodzie drogowym w M.. (d: SIWZ k. 144-216)

Przedmiotowe dokumenty stanowiły podstawę do przygotowania oferty, w tym określały sposób wyliczenia ceny oferty stanowiącej wynagrodzenie ryczałtowe, która miała obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomie II-IV SIWZ, tj. koszty wykonania wszelkich prac wynikających z zastosowanego rozwiązania technicznego, np. projektów, ocen i opinii, robót ziemnych, robót rozbiórkowych, robót odtworzeniowych podbudowy i nawierzchni, wykonania ew. instalacji elektrycznych, odwodnienia terenu. (d: pkt. 10 Instrukcji dla Wykonawców k. 152, pkt. 1.1.2. (...) k. 189)

Zamawiający zalecił również aby Wykonawcy przed złożeniem oferty dokonali wizji lokalnej na terenie inwestycji i w jego okolicy w celu oceny dokumentów i informacji przekazanych w ramach postępowania. (d: pkt. 5.3 Instrukcji dla Wykonawców k. 147 i pkt. 1.1.2. (...) k. 189)

W Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający poinformował, że nie przewiduje możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy prawo zamówień publicznych. (d: 5.2 Instrukcja dla Wykonawców k. 147).

W opisie przedmiotu zamówienia oraz w programie funkcjonalno-użytkowym pozwany wskazał przedmiot zamówienia, określił terminy realizacji poszczególnych etapów oraz minimalne parametry jakie Wykonawca musi uzyskać w zakresie budynku magazynowego

i utwardzenia placu manewrowego, przy czym nie określił rodzaju robót jakie należało wykonać. Jednocześnie pozwany wskazał, że ruch pojazdów na terenie obwodu odbywać się będzie przy częściowym wykorzystaniu dotychczasowych dróg dojazdowych i placów manewrowych. Wykonawca utwardzi plac manewrowy o pow. 1000 m<sup>2</sup> poprzez wykonanie podbudowy

z kruszywa łamanego grubości 20 cm oraz dwóch warstw mineralno-bitumicznych o grubości 5 cm każda. (d: opis przedmiotu zamówienia pkt 12, k. 184, pkt. 1.1.1. – 1.2.2. (...) k. 188-191, zeznania świadka A. P. protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:18:19 k. 356, 00:40:12, 00:48:09 k. 356v-357, zeznania świadka M. R. (1) protokół z 15.02.2016r. godz. 01:11:07, 01:11:35 k. 365).

Na etapie przetargu, zarówno przed jak i po złożeniu oferty wykonawca nie zgłaszał pytań, zastrzeżeń, ani uwag do udostępnionej mu dokumentacji w tym w zakresie odnoszącym się do wykonania placu manewrowego. (okoliczność bezsporna – d: wyjaśnienia E. U. w charakterze strony, protokół z dnia 31.05.2016 r., 01:32:40; 01:34:10 k. 360).

Wraz z projektem umowy, (...), SIWZ-em oraz opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca już na etapie przetargu dysponował dokumentacją badań geotechnicznych do budowy magazynu soli, drogi dojazdowej oraz placu manewrowego, która stanowiła załącznik do opisu przedmiotu zamówienia. Wskazaną dokumentację sporządzono m.in. dokonując 7-iu wierceń – otworów geologicznych – o zmiennej głębokości od 3,20 m do 5,50 m. Otwory nr 1-4 wykonano w miejscach pod budowę magazynu i miały one głębokość 5,50 m każdy, natomiast otwory nr 5-7 pod drogi dojazdowe i plac manewrowy o głębokości 3,20 m każdy. W rzeczonyj dokumentacji wskazano m.in. w stosunku do gruntów pod magazyn, że: a) dokonano wydzielenia następujących warstw geotechnicznych: warstwa I – którą tworzą grunty nasypowe o miąższości rzędu 0,35 m (otw. 4) do 1,30 m (otw. 2). Z racji zalegania jej w strefie powierzchniowej jest ona nieistotna przy rozpatrywaniu warunków posadawiania budynku; warstwa II - to grunty pochodzenia organicznego: stwierdzono je w otw. 1 i 3 w postaci piasku pylastego (humusu) o miąższości rzędu 0,20-0,40 m – jest to warstwa pierwotna tworząca powierzchnię terenu; warstwa III - to kompleks glin piaszczystych/glin piaszczystych zwięzłych dominujący w podłożu i do głębokości 5,50 m nieprzewiercony. Strop tej warstwy zalega płytko na głębokości 0,40-0,60 m do 1,00-1,30 m. Tworzą ją grunty przeważnie twaroplastyczne, rzadziej plastyczne. Grunty tej warstwy będą stanowić poziom posadowienia budowli. Opisane powyżej warstwy I - II zalegają pod cienką nawierzchnią bitumiczną (0,05-0,15 m), którą należałoby usunąć z obrysu budowli, b) grunty spoiste charakteryzują się dobrymi parametrami fizyko-mechanicznymi i nie budzą zastrzeżeń co do ich przydatności do posadowienia, c) w okresie przeprowadzanych wierceń w podłożu stwierdzono obecność wody gruntowej blisko powierzchni terenu (0,6-1,1 m) i dlatego przy projektowaniu należy rozważyć potrzebę odwadniania wykopów fundamentowych np. przez pompowanie, d) **roboty ziemne należy prowadzić tak, aby zabezpieczyć grunty spoiste w wykopie przed niekorzystnym oddziaływaniem wód opadowych i gruntowych (zagrożenie uplastycznieniem glin). Naruszone w trakcie wykopu partie gruntu spoistego trzeba usunąć zastępując ubytki chudym betonem** (podkreślenie SO). W stosunku do gruntów pod plac manewrowy i drogę dojazdową wskazano, że: a) obraz budowy geologicznej jest podobny jak pod projektowanym magazynem soli; b) charakterystyczne jest wysokie zaleganie stropu gruntów spoistych na głębokości od 0,40 m (otw. 6) – 0,70 m (otw. 5) do 1,00 m (otw. 7); c) zalegające ponad glinami grunty nasypowe i pochodzenia organicznego z uwagi na ich charakter jak i korzystne położenie (niewielka miąższość, powierzchniowe zaleganie) najkorzystniej byłoby usunąć eliminując tym sposobem

leżące nieco głębiej warstwy namułu (otw. 5) i humusu (otw. 7), a część gruntów nasypanych - zwłaszcza pospólek - można byłoby wykorzystać przy budowie czy to posadzki

w magazynie, czy placu; d) woda gruntowa występująca w postaci sączeń wśród glin na poziomie 1,50 m poniżej obecnego terenu każe określić warunki wodne jako przeciętne; e) występowanie w podłożu wysadzinowych glin oraz przeciętne warunki wodne pozwalają na przyjęcie grupy nośności kategorii G4 na obszarze planowanych dróg i placu manewrowego; f)

z powodu zalegania gruntów spoistych blisko powierzchni terenu (otw. 6) należałoby rozważyć wariant ulepszenia ich spoiwem hydraulicznym wzmacniając je i podnosząc ich nośność. Wszystkie przekazane dokumenty były wystarczające do wykonania projektu i realizacji inwestycji. Przekazane dokumenty wskazywały na konieczność usunięcia gruntu w granicach od 0,30 m do 1,30 m. (d: dokumentacja badań geotechnicznych do budowy magazynu soli, drogi dojazdowej oraz placu manewrowego, k. 199-204; karty otworów geotechnicznych, k. 206-212, zeznania świadka A. P. protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:15:31 k. 356, zeznania świadka M. R. (1) protokół z 15.02.2016r. godz. 01:07:04 k. 363, 01:16:30 k. 366, 01:30:42 k. 369, 01:32:02, 01:32:15 k. 370).

W oparciu o w/w dokumenty powód w dniu 24 lipca 2013 r. złożył ofertę na kwotę 624 520,20 zł. (d: oferta k. 134-136)

W wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. zawarł z (...) Sp. z o.o.

z siedzibą w C. w dniu 23 sierpnia 2013 r. umowę nr (...), którą powierzył powodowi wykonanie zadania pod nazwą „Zaprojektowanie i budowa magazynu soli do zimowego utrzymania dróg wraz z placem manewrowym w m. M.”. (d: umowa – k. 121--133).

Zgodnie z § 1 umowy powód zobowiązał się do:

a) opracowania dokumentacji projektowej zgodnie z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako (...)) według obowiązujących przepisów polskiego Prawa Budowlanego, 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;

b) opracowania Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ( (...)), zgodnie z Rozporządzeniem 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;

c) uzyskania niezbędnych uzgodnień i pozwoleń z i od instytucji zewnętrznych;

d) pełnienia nadzoru autorskiego w zakresie opracowanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej;

e) budowy magazynu soli wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Integralną część umowy stanowiły również: oferta wykonawcy wraz z załącznikami, specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami zamawiającego do SIWZ (jeżeli wystąpią), szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy robót. Wykonawca zobowiązał się do wykonania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w ust. 1 w/w umowy, niezależnie od tego, czy wynikają wprost z dokumentów wymienionych w § 1 ust. 3 w/w umowy. (d: umowa § 1 ust. 1-4 – k. 121).

Wykonawca zobowiązał się realizować przedmiot zamówienia z zachowaniem należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności, w zgodzie

z postanowieniami zawartej umowy, powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, normami oraz zasadami wiedzy technicznej (d: umowa § 1 ust. 5 – k. 122). Strony określiły zarówno termin przekazania placu budowy jak również termin, w którym mają być rozpoczęte roboty budowlane oraz ustaliły, że dzień 30 listopada 2013 r. będzie stanowił

ostateczny termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy. (d: umowa § 3 ust. 1, 2, 4 – k. 122; oferta złożona przez InterHal – k. 134-136).

Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 624.520,20 zł brutto, w tym 10 000 zł za „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlano - wykonawczy) ze Specyfikacjami Technicznymi Warunków Wykonania i Odbioru (...) wraz z nadzorem autorskim i 497 740 zł netto za wykonanie robót budowlano - montażowych związanych z budową magazynu soli, (koszty rozbiórki budynku magazynowego, koszty konstrukcji i montażu, koszty nawierzchni), które odpowiadało w całości wynagrodzeniu określonymu w ofercie Wykonawcy.

Uzgodnione przez strony umowy wynagrodzenie objęło całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, o których mowa w SIWZ np. koszty uzgodnień, opinii, pełnienia nadzoru autorskiego, opracowania dokumentacji powykonawczej, wywozu materiałów z rozbiórki i utylizacji tych materiałów, ubezpieczenia itp. Wynagrodzenie uzgodnione w umowie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. (d: umowa § 5 ust. 1-3 – k. 122; oferta złożona przez InterHal wraz z kosztorysem ofertowym – k. 134-136; zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – k. 142).

Ponadto strony w umowie określiły również takie kwestie, jak: zasadniczy zakres obowiązków stron, do których m.in. należało po stronie Wykonawcy informowanie Zamawiającego (Inspektora nadzoru) o terminie zakrycia robót ulegających zakryciu oraz terminie odbioru robót zanikających, w terminach i w zakresie określonym w (...), zakończenia robót, rozliczenie robót, dostęp do terenu budowy, personel wykonawczy, nadzór inwestorski, kary umowne, kwestie dotyczące podwykonawców, zasady odbioru robót, gwarancje, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, odstąpienie od umowy i prawa autorskie (d: umowa – k. 123-133).

Zamawiający zobowiązał się do wyznaczenia osoby, która pełniła obowiązki nadzoru inwestorskiego. W umowie określono również, że przedstawicielem Zamawiającego będzie A. W., zaś funkcję kierownika budowy i projektanta będzie pełnił J. S.. (d: § 9 ust. 1 i § 10 ust. 1, § 11 ust. 1 umowy k. 125-126)

Odnosnie zakresu prac, przewidzianych do realizacji przez podwykonawców, wskazano, że będą one dotyczyły prac wyburzeniowych i wykonania nawierzchni, wykonania instalacji elektrycznej i przyłącza. (d: § 13 ust. 1 umowy k. 127)

Strony wskazały w umowie, że Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień umowy m.in. w następująco opisanym zakresie i przypadku: - zakres przedmiotu umowy oraz sposób wykonywania przedmiotu umowy wraz ze skutkami wprowadzenia tej zmiany, przy czym zmiana spowodowana może być okolicznościami zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy, np. zmiana dokumentacji projektowej, zaistnienie warunków faktycznych na terenie budowy, wpływających na zakres lub sposób wykonywania przedmiotu umowy, tj. warunki atmosferyczne, archeologiczne, geologiczne, hydrologiczne, kolizje z sieciami infrastruktury itp. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (d: umowa § 20 ust. 1-2 pkt. 2 – k. 132-133).

Zamawiający zawarł również w dniu 22 sierpnia 2013 r. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu: zaprojektowanie i budowa magazynu soli w m. M.. Inspektorem nadzoru z ramienia (...) był A. P.. (d: umowa nr (...) – k. 118-120, dziennik budowy – k. 223, zeznania świadka A. P. – protokół z dnia 31.05.2016 r., 00:05:18 k. 355v).

Przy wykonywaniu umowy nr (...) z dnia 23 sierpnia 2013 r., na zaprojektowanie i budowę magazynu soli do zimowego utrzymania dróg wraz z placem manewrowym w m. M., wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C., posługiwał się podwykonawcami: firmą (...) R. M. oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B.. (...) wykonywał nawierzchnię asfaltową na podbudowie wykonanej przez Pana R., który nie dysponował rozścielaczem do mas asfaltowych

o takich rozmiarach, która pozwoliłyby to wykonać. Natomiast firma (...) dysponowała własną wytwórnią mas bitumicznych, co również było jednym z dużych problemów w trakcie realizacji przedmiotu umowy nr (...) z dnia 23 sierpnia 2013 r. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C., jako firma obca na tamtym terenie miała trudności z pozyskaniem masy bitumicznej. (...) Sp. z o.o. podjął się dostawy i ułożenia tej masy. (d: wyjaśnienia P. K. w charakterze strony – protokół z dnia 31.05.2016 r., 01:27:55 k. 359v, zeznania świadka M. R. (1) protokół z dnia 15.02.2016r. godz. 01:22:20, 01:23:49 k. 367, zeznania świadka M. R. (2) protokół z dnia 15.02.2016r. godz. 00:54:43 k. 298v)

Plac budowy przekazano wykonawcy 29 października 2013 r. Przed przystąpieniem do robót Inspektor Nadzoru wraz z Wykonawcą dokonali wizji terenu, podczas której stwierdzono istnienie trzech studni i niedrożnej instalacji odwadniającej. Ustalono, że woda będzie odpompowana ze studni. W dniu 06 listopada 2013 r. kierownik budowy wpisem w dzienniku budowy wskazał na istnienie niezinventaryzowanej budowli podziemnej – zbiornika betonowego, a także na istnienie słabonośnych warstw podłoża, co wiązało się z koniecznością wykonania głębszego korytowania (40 cm zamiast 20 cm) i dodatkowej warstwy podbudowy z piasku zagęszczonego i tym samym zgłosił powyższe jako roboty nieprzewidziane, nieobjęte SIWZ, (...), zatwierdzonych projektem budowlanym. (d: dziennik budowy wpis kierownika budowy z dnia 06 listopada 2013 r. – k. 224, zeznania świadka A. P. protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:23:34 k. 356 ) Wpisem z dnia 08 listopada 2013 r. inspektor nadzoru nie potwierdził wykonania dodatkowych prac, jednocześnie wskazał, że należało go poinformować przed zniszczeniem istniejącej instalacji, a ponadto podał, że badania geologiczne jednoznacznie wskazują na istnienie gruntów nasypanych. (d: dziennik budowy wpis inspektora nadzoru z dnia 08 listopada 2013 r. – k. 225) W toku realizacji robót w tym prac koparki doszło do przzerwania rurek kamionkowych prowadzących do studni chłonnych, w których znajdowała się woda, co w efekcie doprowadziło do zalania wykopu, jego nawodnienia i utraty nośności, a w następstwie powodowało konieczność zrywania kolejnych warstw gruntu i zagęszczenia, podlegającego realizacji zgodnie ze sztuką budowlaną. Nawodnienie gruntu nastąpiło również po odkryciu i przygotowaniu do ułożenia warstwy podbudowy i było spowodowane opadami deszczu. (d: wyjaśnienia P. K. w charakterze strony protokół z dnia 31.05.2016 r., 01:06:27; 01:09:00; 01:11:16; 01:17:13 k. 358-359; zeznania świadka A. P., protokół rozprawy z dnia 31.05.2016 r., 00:06:22; 00:10:34; 00:20:02 k. 355v-356; dziennik budowy wpis inspektora nadzoru z dnia 08 listopada 2013 r., k. 225; zeznania świadka A. W., protokół rozprawy z dnia 15.02.2016 r., 01:44:47 k. 301; zeznania świadka M. R. (1), protokół rozprawy z dnia 15.02.2016 r., 01:20:58 k. 367, zeznania świadka J. S. protokół z dnia 15.02.2016 r., 00:44:26; 00:45:07 k. 298).

Wpisem z dnia 12 listopada 2013 r. w dzienniku budowy, Kierownik budowy J. S. odnotował, że w trakcie prac stwierdzono istnienie nieprzewidzianych i niezinventaryzowanych przewodów kanalizacyjnych sączących wodę do podbudowy oraz, że w uzgodnieniu z przedstawicielem Zamawiającego i Inspektorem Nadzoru wykonuje pod warstwą podbudowy z tłucznia dodatkową poduszkę z destruktu asfaltowego. Przedmiotowe roboty zostały przez niego zgłoszone jako nieprzewidziane. Inspektor Nadzoru – wpisem z dnia 13 listopada 2013 r. zakwestionował istnienie uzgodnień, przy których go nie było oraz wskazał na sposób w jaki powinny być wykonane prace aby nie dochodziło do dalszego wybierania gruntu. Zaproponował odpompowanie wody ze studni drenażowych, które były pełne, zacząć wylot w kierunku wykopu i wypełnić wykop przy czym zaznaczył, że nie są to roboty dodatkowe. (d: dziennik budowy wpisy kierownika budowy oraz inspektora nadzoru z dnia 12 listopada 2013 r. oraz 13 listopada 2013 r. – k. 225, zeznania świadka A. P. protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:23:34 k. 356 ).

Wykonawca pismem z dnia 13 listopada 2013 r. wskazał Zamawiającemu, że na etapie robót przygotowawczych w ramach wykonania placu (ok. 1000 m<sup>2</sup>) stwierdzono:

- istnienie nienośnego podłoża na poziomie 30 cm pod powierzchnią planowanej nawierzchni asfaltowej;

- w sytuacji gdy Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia obejmowała wykonanie podbudowy grubości 20 cm z kruszywa łamanego i nawierzchni asfaltowej wiążącej i ścieralnej 2 x 5 cm, wykonawca na zlecenie inspektor nadzoru wykonał dalsze korytowanie placu o 20 cm i ułożenia warstwy zagęszczonej podsypki piaskowej;

wobec czego zgłosił powyższe roboty drogowe jako roboty dodatkowe nie objęte SIWZ i zakresem umowy. Dodatkowo, w ramach robót rozbiórkowych budynku inwentarskiego (objętych umową), wykonawca stwierdził pod poziomem fundamentów, nigdzie niezainwentaryzowanej budowli podziemnej - zbiornik. Wykonawca wskazał, że zgodnie

z zaleceniem inspektora nadzoru wykonano odkrywkę zbiornika, zasypanie piaskiem, tłuczniem łamanym z jednoczesnym zagęszczeniem i stabilizacją warstw cementem. Powyższe roboty budowlane zostały także wskazane w piśmie z dnia 13 listopada 2013 r., jako roboty dodatkowe, nieobjęte SIWZ i zakresem umowy. Zamawiający nie uwzględnił wskazanych prac jako roboty dodatkowe nieobjęte zawartą umową, co wynikało m.in. z rodzaju zawartej umowy, a także

z braku potwierdzenia powyższego przez inspektora nadzoru, na którego polecenia powoływał się wykonawca. Okoliczność ujawnienia zbiornika na terenie realizowanej inwestycji nie była znana Inspektorowi Nadzoru jak również A. W., która reprezentowała Zamawiającego. Żadnej z w/w osób nie okazano ani miejsca ani obszaru, czy parametrów zbiornika, który miałby być przez niego zajmowany w chwili realizacji prac. (d: pismo powoda

z dnia 13.11.2013r. L.dz. 1172/2013 k. 31, wyjaśnienia E. U. w charakterze strony – protokół z dnia 31.05.2016 r., godz. 01:36:21 k. 360; zeznania świadka A. P., protokół rozprawy z dnia 31.05.2016 r., 00:12:17; 00:13:09; 00:23:34 k. 355v-356; dziennik budowy wpis inspektora nadzoru z dnia 13 listopada 2013 r., k. 225, pismo pozwanego z dnia 19.11.2013r. znak (...)O/BI.ZZ/Z-1 epm/ (...) k. 29—30, zeznania protokół z dnia 15.02.2016r. godz. 01:44:15, 01:44:47, 01:48:47 k. 301, zeznania świadka M. R. (1) protokół z dnia 15.02.2016r. godz. 01:12:39, 01:13:56, 01:12:12 k. 365, godz. 01:18:01 k. 366).

Prace związane z magazynem soli oraz placem manewrowym zostały zgłoszone przez Kierownika Budowy jako gotowe do odbioru po raz pierwszy w dniu 30 listopada 2013 r. Inspektor nadzoru nie potwierdził zakończenia robót budowlanych, albowiem wciąż trwały prace przy wykonywaniu podbudowy pod plac manewrowy a nadto stwierdzono nieuszczelnienie drzwi do magazynu. Ostatecznie w dniu 5 grudnia 2013 r. kierownik budowy zgłosił ponownie do odbioru wykonane prace, co zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru (d: dziennik budowy wpisy kierownika budowy oraz inspektora nadzoru z dnia 30.11.2013 r. oraz 05.12.2013 r. – k. 229-230).

Do ostatecznego odbioru wykonanych robót doszło w dniu 11 grudnia 2013 r. Prace wykonano zgodnie z umową przy ogólnej ocenie wykonanych prac na poziomie dobry. Wykonawcy naliczono karę umowną za 5 dniową zwłokę w wysokości 2 538,70 zł (d: protokół z dnia 11.12.2013 r., k. 232-233, obliczenie wysokości kar – k. 234).

W dniu 24 marca 2014 r. powód przesłał pozwanemu kosztorys obejmujący wartość robót dodatkowych domagając się zapłaty. (d: pismo powoda z dnia 24.03.2014r. L.dz. 308/2014 k. 26-28)

Pozwany nie uznał żądania powoda wskazując, iż roboty, których dotyczy żądanie powinny być wykonane w ramach wynagrodzenia określonego zawartą umową. ( d: pismo z dnia 30.04.2014r. znak (...) (...) k. 24-25)

### **Sąd dokonał następującej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego:**

Powyższych ustaleń Sąd Okręgowy dokonał w oparciu o przywołane i wskazane powyżej dowody z dokumentów oraz zeznań świadków. W szczególności Sąd ustalając stan faktyczny

w niniejszej sprawie oparł się o przedłożone przez strony dokumenty, w tym: umowę nr (...) z dnia 23 sierpnia 2013 r., umowę o nadzór inwestorski nr (...), dokumentację przetargową - (...) + (...) + (...) + (...) + decyzja o warunkach zabudowy + zestaw pytań i wyjaśnień), dokumentację badań geotechnicznych do budowy magazynu soli, drogi dojazdowej oraz placu manewrowego w (...) Z. w obwodzie drogowym w M., dziennik budowy nr (...), pisma stron, a także dokumentację odbiorową wraz



z korespondencją dotyczącą kar umownych.

Wskazać należy, iż przedstawione powyżej dokumenty nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Ponadto nie ulegało wątpliwości, iż dokumentacja załączona do ogłoszenia o przetargu była dokumentacją określającą jedynie zakres przedsięwzięcia, ogólny zarys oczekiwanych do wykonania robót oraz zawierała parametry, które Wykonawca zobowiązany był osiągnąć. Co istotne jak wskazali świadkowie M. R. (1) czy A. P., parametry podane w dokumentacji przetargowej miały charakter minimalny, przy czym to Wykonawca był zobowiązany w ramach realizacji umowy w trybie projektuj i buduj, określić jaki rodzaj prac i jak ich ilość jest konieczna do wykonania inwestycji. W tym zakresie została przekazana powodowi zarówno dokumentacja geotechniczna jak i decyzja o warunkach zabudowy wraz z projektowaną mapą, na której zaznaczono istniejącą infrastrukturę wraz z tą, która była już nieczynna. (k. 199)

Przedmiotowa dokumentacja była wystarczająca zarówno do przygotowania oferty jak również do realizacji zamierzonej inwestycji na podstawie dokumentacji, której wykonanie należało w całości do powoda.

W toku postępowania Sąd dopuścił i przeprowadził dowód z zeznań wskazanych przez strony świadków, tj.: M. R. (1) (p.o. kierownika rejonu w Z. w okresie realizacji inwestycji), A. W. (opiekuna projektu z ramienia rejonu w Z.), A. P. (inspektor nadzoru inwestorskiego), E. M. (Naczelnika Wydziału (...) i Sieci Drogowej (...) o/B.), J. S. (kierownika budowy z ramienia wykonawcy), M. R. (2) (podwykonawcy). Sąd przesłuchał również w charakterze stron: P. K. (strona powodowa) oraz E. U. (strona pozwana).

Oceniając wiarygodność zeznań i wyjaśnień w/w osób zwrócić należy uwagę, iż zasadniczo przedstawiali oni okoliczności i/lub fakty, które wynikały w całości lub w części (wprost lub też pośrednio) z dokumentacji złożonej do akt sprawy. Świadkowie wskazywali m.in. na sporządzenie dokumentacji geotechnicznej, jej zakres i fakt jej przekazania powodowi, skalkulowania oferty oraz wykonania umowy, sposobu wykonywania umowy, czy też informowania powoda o stanowisku pozwanego, a także na okoliczność podmiotów będących podwykonawcami, czy też wskazywali na takie fakty jak nawodnienie gruntów, utrata ich nośności. Tym samym Sąd dokonując niejako hierarchizacji dowodów w przedmiotowym postępowaniu w pierwszej kolejności opierał swoje ustalenia o przedłożone w sprawie dokumenty, ich treść, a dopiero w dalszej kolejności o zeznania w/w świadków.

Zauważyć i podkreślić w tym miejscu należy, że na podstawie zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie było możliwym ustalenie ani zakresu rzekomo wykonanych prac dodatkowych, ani też ich rodzaju, jakości, czy sposobu i rodzaju materiałów zużytych do wykonania tychże prac. Zeznania świadków w żadnym razie nie wykazały również jakie strona pozwana poniosła de facto dodatkowe koszty związane z pracami, o których twierdzi, że były one pracami dodatkowymi.

Przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie w oparciu o zeznania świadków Sąd miał na uwadze okoliczność, że zeznający w sprawie świadkowie byli lub też w dalszym ciągu pozostają zatrudnieni przez strony, co mogło mieć wpływ na treść składanych przez nich zeznań. Ponadto, jak miało to miejsce w przypadku P. K., Sąd miał na uwadze fakt, że jako strona procesu, która jest w naturalny sposób zainteresowana jego wynikiem, mógł on składać oświadczenia nie w pełni zgodne z rzeczywistym przebiegiem zdarzeń. Niemniej jednak w większości Sąd dał wiarę wyjaśnieniom P. K., gdyż korespondowały w znacznej mierze z zeznaniami złożonymi przez przesłuchanych w sprawie świadków oraz z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie. Sąd dał w pełni wiarę wyjaśnieniom w/w, w zakresie dotyczącym istnienia trudności z nośnością gruntu, które to wynikały m.in. z dwóch elementów, tj. przerwania przez podwykonawcę sączków drenarskich oraz istnieniem gruntów słabonośnych. Sąd przyjął również, że wpływ na nośność gruntu miały nie tylko nawodnienie wewnętrzne gruntu, tj. wynikające z zerwania sączków, jak i jego struktury – glina, piaszczystość, organiczne pochodzenie, lecz także warunki atmosferyczne w postaci opadów (zeznania inspektora nadzoru). Te elementy w istocie wpływały na konieczność pogłębiania dokonanych wykopów ziemi przez podwykonawcę nie mniej jednak co istotne, z uwagi na nie przedłożenie przez powoda dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, której sporządzenie należało do niego, nie sposób ustalić w jakim zakresie przedmiotowe roboty odbiegały od założeń

przyjętych przez Wykonawcę na etapie składania oferty. Nie sposób również przedmiotowych ustaleń dokonywać w oparciu o wyjaśnienia P. K., który z jednej strony wskazał, iż głębokość, na którą roboty związane z wykonaniem podbudowy były planowane, to 30 cm, co miało odpowiadać informacjom przekazany w (...), iż plac ma być utwardzony dwoma warstwami asfaltu i kruszywem o grubości 20 cm, a z drugiej strony wskazywał, iż były również zakładane głębsze wykopy. Ponadto mając na uwadze treść zawartej pomiędzy stronami umowy oraz postanowienia ukształtowane w innych dokumentach stanowiących rzeczony kontrakt, powyższe założenia, przyjęte zdaniem P. K. na etapie ofertowania, nie były uzasadnione. Faktem jest, iż w opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że wykonawca utwardzi plac manewrowy o pow. 1000 m<sup>2</sup> poprzez wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego grubości 20 cm oraz dwóch warstw mineralno-bitumicznych o grubości 5 cm każda (opis przedmiotu zamówienia pkt 12, k. 184), nie mniej jednak były to parametry jakie Wykonawca miał osiągnąć a nie sztywny zakres, rodzaj robót, które miał wykonać. Co istotne dla określania tych parametrów należało uwzględnić dane zawarte w wynikach badań geotechnicznych, który nie tylko określał rodzaj warstw zalegających na określonej wysokości ale wskazywał również na nośność gruntu określoną jako G4 czyli grunty wysadzinowe, wymagające już z samego założenia określonego wzmocnienia. Ponadto z przedstawionych badań wynika głębokość, do której gruntu powinny być wybrane a także rodzaj tych gruntów tj. spoiste gliny narażone szczególnie na warunki wodne, które również przedstawiono jako średnie z uwagi na sączenia w gruncie. Pod samym budynkiem przewidziano już na etapie w/w badań konieczność wymiany gruntów I i II warstwy, nawet do 1.30 cm. Co istotne P. K. sam również wskazał, że w badaniach geologicznych był podany grunt słabonośny, co bezsprzecznie świadczyło o wiedzy w tym zakresie posiadanej przez wykonawcę.

Oceniając zeznania świadka J. S. Sąd nie dał im wiary w zakresie, w jakim wskazywał na problemy wynikłe przy realizacji przedmiotu umowy w związku z pojawieniem się zbiorników, które nie były zinwentaryzowane (zeznania świadka J. S., protokół z dnia 15 lutego 2016 r., 00:24:04; 00:28:36). Wskazać przede wszystkim należy, że brak jest jakichkolwiek innych wiarygodnych dowodów, które potwierdzałyby istnienie w rzeczywistości wskazywanych przez świadka zbiorników wpływających na konieczność wykonania dodatkowych prac i poniesienia w związku z tym dodatkowych kosztów. Świadek, pełniąc funkcję kierownika budowy, dokonał także wpisu w dzienniku budowy w dniu 06 listopada 2013 r., gdzie wskazał na istnienie betonowego zbiornika – na rozprawie zaś wskazywał na trzy zbiorniki istniejące w części placu manewrowego, przy czym sam już nie potrafił wskazać o jakiej były wielkości, uogólniając jedynie, iż zajmowały może 1/15 powierzchni placu. Przedmiotowa okoliczność nie została potwierdzona zarówno przez Inspektora Nadzoru – A. P., który jak wskazał nie widział żadnych zbiorników, tym bardziej takich które miałyby zostać zdemontowane, a następnie zutylizowane, a które byłyby wcześniej w gruncie posadowione i/lub zakopane w taki sposób, aby utrudniać lub też wpływać na wygenerowanie dodatkowych kosztów przy realizacji przedmiotu umowy ale również przez opiekuna projektu A. W., której także takie przedmioty ani wykopy po nich nie zostały okazane. Niemniej jednak Sąd już w tym miejscu zauważa, i z naciskiem podkreśla, że udowodnienie występowania takich elementów w gruncie, jak zbiorniki i/lub studnie, jest jednym zagadnieniem, całkowicie zaś rzeczą odrębną jest wykazanie (udowodnienie), jakie koszty strona poniosła w związku z usunięciem tychże elementów, tj. jakie miały one realne przełożenie na koszt poniesiony przez stronę powodową w związku z realizacją przedmiotowego kontraktu, tym bardziej, iż nawet Kierownik Budowy nie doprecyzował wielkości tych zbiorników.

W odniesieniu do powyższego zauważyć także należy, że P. K., przesłuchiwany w charakterze strony, nie wskazywał na tego rodzaju elementy utrudniające pracę i generujące koszty, a które przywoływał kierownik budowy. Powyższe już wskazuje, iż w tym zakresie zeznania tych osób nieznacznie różnią się od siebie, podobnie jak zeznania P. K. i M. R. (2), co do wykonywania tzw. prac dodatkowych.

Zauważyć także należy, że sam podwykonawca M. R. (2) nie wskazał na jakikolwiek zbiornik lub zbiorniki, które wpływałyby na realizację umowy w taki sposób, że koniecznym byłoby poniesienie dodatkowych kosztów i/lub wykonanie dodatkowych prac, tj. takich, które nie wynikałyby z samej treści umowy – czy to zawartej pomiędzy zamawiającym,

a wykonawcą (której treści wszakże mógł on nie znać), czy też umowy pomiędzy nim jako podwykonawcą, a wykonawcą, której treść musiała być mu znana. Jakkolwiek świadek wspomniał w swoich zeznaniach, że w gruncie, na którym pracował było „wszystko” w tym i studnie, to jednak nie wiedział, czy usuwanie tychże elementów było objęte zakresem umowy pomiędzy wykonawcą a inwestorem. Świadek ten ponadto nie był w stanie wskazać ani liczby zakopanych elementów, ani głębokości na jakiej były one posadowione, ani też czy doszło do ich inwentaryzacji (i w jaki sposób), w jaki sposób je usunięto, jaki był koszt z tym związany, choć świadek ten był podwykonawcą bezpośrednio wykonującym prace przy podbudowie placu manewrowego. Ponadto z zeznań M. R. (2) nie wynika nic co świadczyć by mogło o wykonywaniu prac dodatkowych i ich zakresie. Wskazał on wręcz, że: „miałem umowę z I.. Nie pamiętam czy były to roboty dodatkowe”. (protokół z dnia 15.02. 2016 r., 01:01:28)

Podsumowując powyżej dokonaną ocenę zeznań świadków, Sąd wskazuje, choć jedynie czysto hipotetycznie, że nawet gdyby przyjąć, iż inspektor nadzoru A. P. (którego zeznaniem Sąd w całości dał wiarę) złożył zeznania całkowicie nieprawdziwe, jak również, że dokonywane przez niego wpisy w dzienniku budowy były sprzeczne z rzeczywistym przebiegiem zdarzeń, to i tak nie zmieniłoby to sytuacji procesowej strony powodowej, na której spoczywał w niniejszym postępowaniu ciężar dowodu. Tak więc nawet gdyby nie było osoby zaprzeczającej rzekomo wykonanym przez powoda dodatkowym pracom, to i tak strona powodowa wciąż musiałaby wykazać (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.) przede wszystkim zakres wykonanych prac, a także ich wartość, tj. na jakim obszarze, na jakiej głębokości, jakiego rodzaju, używając jakiego sprzętu i jakich materiałów lub surowców, wykonała ona (strona powodowa) rzekome dodatkowe prace i poniosła w związku z nimi jakiej wielkości koszty, które to ewentualnie koszty byłyby podstawą do dochodzenia roszczeń od strony pozwanej. Jak wynika tymczasem ze zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego, brak jest jakichkolwiek wskazówek, co do powyżej wymienionych, koniecznych elementów.

Oceniając zeznania pozostałych świadków w tym szczególnie A. P. Sąd uznał je w całości za zasługujące na wiarę a tym samym pozwalające na czynnie ustaleń w zakresie, w którym dotyczą faktycznie przebiegu realizacji robót, wiedzy powoda o istniejących na placu studniach a także rzeczywistych przyczyn wykonania wzmocnienia, czy wymiany gruntu, na co powoływał się powód.

Przyznając moc dowodową w/w zeznaniom Sąd miał na uwadze fakt, iż jest to osoba nie związana obecnie z żadną ze stron jakimkolwiek stosunkiem umownym. Nigdy też nie był pracownikiem powoda. Faktem jest, iż w okresie wykonywanej inwestycji, usługę nadzoru pełnił na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym nie mniej jednak jego zachowania, w tym odnośnie wpisów dokonywanych w dzienniku budowy, warunkowane były tym co faktycznie stwierdził na placu budowy oraz wiedzą techniczną. Podkreślić należy, iż jego czynności związane są stricte z zapewnieniem wykonania obiektu zgodnie ze sztuką budowlaną, co zresztą on swoim podpisem potwierdza. Zawrócić również należy uwagę, iż jego zeznaniom nie można odmówić obiektywizmu albowiem sam również przyznaje, że były wykopy, że Wykonawca z uwagi na nawodnienie terenu (nie wynikające z czynników wewnętrznych) lecz mające swoje źródło w czynnikach zewnętrznych nie potrafił poradzić sobie z takim problemem i stąd też wykonywał wykopy, kilkakrotnie wybierając warstwy. Nie zakwestionował również faktu konieczności wykonania wzmocnienia gruntu co jednak związane było z działaniami jakie podejmował podwykonawca powoda i braku koniecznej wiedzy aby usnąć wodę, która napłynęła.

Co istotne świadek był bardzo często na terenie budowy, przez co w ocenie Sądu uznać należało, że posiada pełną wiedzę o zakresie realizowanych robót i ich ilości, wobec czego również za w pełni wiarygodne należało uznać dokonane przez niego zaprzeczenie ilości robót ujętych w kosztorysie sporządzonym przez powoda celem wykazania wysokości roszczenia.

Podobnie należało ocenić zeznania świadka A. W., która będąc pracownikiem pozwanego, przyznała, iż o ujawnionych rzekomo zbiornikach dowiedziała się po ich usunięciu. Tym samym nie jest jak twierdzi strona powodowa, iż świadek zaprzeczył, aby był informowany, lecz świadek wskazał, iż pomimo obecności prawie codziennej na placu budowy nie został jej rzekomy zbiornik czy trzy zbiorniki pokazane.

Również szczególnie odnośnie okoliczności co do przygotowanych dokumentów przetargowych i ich przekazania powodowi Sąd dał wiarę zeznaniom świadka M. R. (1), który na tym etapie uczestniczył w realizacji projektu a przy tym pozostają one kompatybilne zarówno z pozostałym materiałem w postaci dokumentów jak również z zeznaniami A. P.. Sąd natomiast nie poczynił ustaleń w oparciu o jego zeznania odnoszące się do dwukrotnej zapłaty za te same roboty przez Wykonawcę. Jak sam zresztą wskazał takie wiadomości powziął na podstawie złożonych dokumentów wystawionych przez powoda podwykonawcom ale ostatecznie przyznał, że nie wie czy tak do końca było. (k. 368)

Odnosząc się do wyjaśnień E. U. wskazać wypada, iż pozostają one kompatybilne nie tylko z dokumentami ale również z zeznaniami świadków A. P. czy M. R. (1), wobec czego Sąd nie znalazł podstaw do ich kwestionowania. Ponadto odnoszą się wyłącznie do kwestii w których z racji zajmowanego stanowiska mogła uczestniczyć (treści podpisywanych pism stanowiących odpowiedzi na zgłaszane przez powoda roszczenia) lub uzyskanych na podstawie dokumentacji kontraktowej. Zaznaczyć również należy, iż to w/w została przesłuchana w charakterze strony zgodnie z art. 300 § 2 k.p.c., co uzasadniał fakt, iż to do niej należało, w okresie kiedy prace były realizowane, koordynowanie prac dotyczących w/w inwestycji nie zaś do J. D., którego wskazała strona powodowa.

Sąd oddalił natomiast wniosek dowodowy strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia czy występowała konieczność wykonania robót dodatkowych objętych kosztorysem powoda w celu prawidłowego wykonania przez powoda umowy z dnia 23 sierpnia 2013 r. /zasadności wykonania przez powoda robót dodatkowych/ wraz z weryfikacją przez biegłego wyliczenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe, które zostały oparte o te same stawki, które zostały użyte przy sporządzaniu oferty na wykonanie zadania podstawowego (wniosek sformułowany w pozwie – k. 2v – 3). Sąd oddalił również wniosek strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ekonomisty na okoliczność oceny - na podstawie oferty złożonej przez powoda, faktury podwykonawcy (...) oraz kalkulacji kosztów robót dodatkowych sporządzonej przez stronę powodową w porównaniu z wyceną robót dodatkowych biegłego z zakresu budownictwa w zakresie ustalenia czy wartość wykonanych robót dodatkowych stanowi stratę na wykonaniu kontraktu objętego umową Nr (...) (wniosek w piśmie – k. 257v) oraz wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności, zanim Sąd przedstawi motywy oddalenia wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii w/w biegłych, odnieść się należy oraz ocenić znaczenie kserokopii/wydruku, który strona powodowa przedłożyła wraz z pozwem, tj. do tzw. kosztorysu (k. 17-23). Podkreślenia wymaga okoliczność, że kserokopia/wydruk złożony przez stronę nie był ani podpisany, ani też potwierdzony za zgodność z oryginałem. Z oświadczeń strony powodowej wynika, że wydruk ten został przez nią stworzony, tj. treść w kosztorysie zawarta pochodziła bezpośrednio od strony powodowej. Brak jest jednak jakichkolwiek wskazówek, co do danych, które służyły za podstawę dokonanych w omawianym kosztorysie obliczeń i kalkulacji. Sąd nie zna również danych wyjściowych, a strona na takowe dane nie wskazała, tj. skąd pochodzą, jak zostały skalkulowane, w oparciu o jakie rzeczywiste zdarzenia powstały. To znaczy strona nie podała skąd wzięły się w wygenerowanym wydruku, pn. kosztorys, zapisy odnoszące się do ilości, wartości (ceny), objętości, a także podawanego obszaru terenu czy rodzaju robót. Sąd zauważa, że z zajmowanego w toku postępowania stanowiska przez stronę powodową wynikało, iż wydruk ten miał w zamiśle strony odzwierciedlać ilość i wartość wykonanych prac dodatkowych. Jednakże strona powodowa nie przedstawiła jakichkolwiek materiałów (dowodów wskazujących, w jakim wymiarze wykonane zostały prace dodatkowe), na podstawie których dokonała we wskazywanym wydruku szacunków, a właściwie konkretnych obliczeń, co do należnych jej kwot.

Sąd wskazuje, że przedstawiony przez stronę kosztorys nie ma waloru dokumentu urzędowego, ani też dokumentu prywatnego. Zauważyć oczywiście należy, że brak jest w kodeksie postępowania cywilnego definicji legalnej dokumentu. Trzeba w związku z tym przypomnieć, że charakter kserokopii/wydruku był przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 29 marca 1994 r., III CZP 37/94, (zob. OSNCP 1994, nr 11, poz. 206, Legalis 28526) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że niepoświadczona podpisem

strony kserokopia nie jest dokumentem. Podobnie jak odpis, kserokopia może być jednak uznana za dokument stanowiący dowód istnienia oryginału i dlatego podlegający podwójnej ocenie, raz jako dokument prywatny, mający stanowić źródło wiadomości o istnieniu oryginalnego dokumentu, a drugi raz jako dokument prywatny mający stanowić źródło wiadomości o faktach.

W postępowaniu opartym na dokumencie prywatnym źródłem wiadomości jest, zgodnie z art. 245 k.p.c., zawarte w nim i podpisane oświadczenie, stąd dla uznania kserokopii za dokument prywatny, świadczący o istnieniu oryginału o odwzorowanej w niej treści, niezbędne jest oświadczenie o istnieniu dokumentu o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Takim oświadczeniem jest umieszczone na kserokopii i zaopatrzone podpisem poświadczenie zgodności kserokopii z oryginałem. Dopiero wtedy można uznać kserokopię za dokument prywatny świadczący o istnieniu oryginału o treści i formie w niej odwzorowanej. Natomiast bez wspomnianego poświadczenia kserokopia nie może być uznana za dokument. Stanowisku temu Sąd Najwyższy dał wyraz również w późniejszych orzeczeniach, w tym w postanowieniach

z dnia 27 sierpnia 1998 r., III CZ 107/98 (OSNC 1999, nr 3, poz. 52, Legalis 43024) i z dnia 18 października 2002 r., V CKN 1830/00 (OSNC 2004, nr 1, poz. 9, Legalis 56266). W wyroku z dnia 6 listopada 2002 r., I CKN 1280/00 (niepubl. Legalis 210867), Sąd Najwyższy wskazał, że zwykła odbitka ksero (tj. odbitka niepotwierdzona, nie stanowiąca dokumentu) nie może zastąpić dokumentu, na którego bazie powstała. Przemawia za tym jednoznacznie treść art. 129 k.p.c.

w zw. z art. 128 k.p.c. Artykuł 128 k.p.c. pozwala na dołączenie do pisma procesowego odpisów załączników (np. ich kserokopii) zamiast załączników w oryginale. Z art. 129 k.p.c. wynika jednak, że najpóźniej na rozprawie strona obowiązana jest okazać sądowi oryginały tych dokumentów, natomiast na żądanie przeciwnika obowiązana jest uczynić to jeszcze przed rozprawą. Ustawodawca posługując się pojęciem dokumentu rozumiał przez to oryginał dokumentu. Tam gdzie oryginał może być zastąpiony przez odpis (np. odbitkę ksero), ustawodawca wyraźnie to zaznaczył. Również w nauce prawa przyjmuje się, że niepoświadczona kserokopia nie jest dokumentem. Jeżeli zaś pismo nie może być uznane za dokument, nie powinno być ono także podstawą do prowadzenia dowodu.

Mając na uwadze powyższe wskazać także należy, że formalna moc dowodowa dokumentu prywatnego wyraża się jedynie w tym, iż zawarte w nim oświadczenie pochodzi od osoby, która złożyła podpis na dokumencie. Formalna moc dowodowa tego dokumentu nie przesądza natomiast o mocy materialnej dokumentu, to jest kwestii czy oświadczenie jest ważne ani tego czy oświadczenie jest prawdziwe. W orzecznictwie podkreśla się także, że anonim nie stanowi dokumentu w rozumieniu art. 245 k.p.c. Podobnie niepoświadczona podpisem strony kserokopia nie jest dokumentem. (uchwała Sądu Najwyższego z 29 marca 1994 r., III CZP 37/94, Legalis 28526; wyr. Sądu Najwyższego z 14 lutego 2007 r., II CSK 401/06, Legalis 185368)

Sąd zważył tym samym, że nawet gdyby uznać przedłożony wydruk/kserokopię, którą strona tytułuje mianem „kosztorys”, za dokument prywatny, to i tak oznaczałoby to jedynie, że oświadczenie w nim zawarte pochodzi od osoby, która złożyła na tymże dokumencie podpis. Jednak w dalszym ciągu nawet nie uprawdopodobniłoby to, tego czy wskazane tam wielkości prac w istocie zostały wykonane, w jakim czasie zostały one przeprowadzone oraz jaka była ich wartość. Przedmiotowy kosztorys nie był tym samym wiarygodnym źródłem informacji dla Sądu, a Sąd w żadnym razie nie czynił w oparciu o tenże wydruk jakichkolwiek ustaleń

w sprawie. Sąd ocenił złożony wydruk, jako niewiarygodny i niemający mocy dowodowej, a tym samym pozostający dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy irrelevantnym.

Jedynie na marginesie poczynionych powyżej uwag należy wskazać, że świadek A. P. (inspektor nadzoru) po okazaniu szacunków ujętych w kosztorysie stwierdził, iż: „Nie wiem skąd się biorą ilości wskazane w kosztorysie. Nie mam żadnej wiedzy na temat tego kosztorysu, nie wiedziałem, że wykonawca coś takiego wykonał. Ilość 44 m<sup>3</sup> to już jest bzdura, bo to oznaczałoby plac o wielkości 5 na 8 metrów na głębokość 1 metra, a tam nie było takich wykopów na tym placu. Po zerwaniu rur to było około pół metra. Odkopanie rur to powierzchnia około 2 metrów. Taka powierzchnia wskazana to prawie powierzchnia basenu.” (protokół rozprawy z dnia 31 maja 2016 r., 00:52:12; 00:54:13). Wskazać również należy, że inspektor nadzoru nigdy wcześniej nie widział okazywanego mu na rozprawie kosztorysu (protokół rozprawy z dnia 31 maja 2016 r., 00:55:06).

Odnosząc się do oddalonych wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodów z opinii biegłych, to w pierwszej kolejności zauważyć należy, że Sąd nie jest w żadnej mierze związany wnioskami stron, co do konieczności przeprowadzenia tego rodzaju dowodu. Ponadto z istoty i celu dowodu z opinii biegłego wynika, że jeśli rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, dowód z opinii biegłych jest konieczny.

Zauważyć należy, że opinia w sprawie ma pomóc Sądowi w ustaleniu i/lub ocenie okoliczności faktycznych, których ustalenie i/lub ocena w sprawie są niezbędne celem wydania orzeczenia, a do których to ustaleń i/lub oceny potrzebna jest wiedza specjalistyczna.

Sąd opierając się na opinii biegłego wyspecjalizowanego w konkretnej dziedzinie, rozstrzyga wątpliwości pojawiające się w toku procesu celem m.in. prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Nie ulega jednak wątpliwości, że biegły nie dokonuje samodzielnych ustaleń faktycznych w sprawie – jest on związany przede wszystkim przedstawioną mu tezą (zagadnieniem do zbadania i/lub wyjaśnienia), nie poszukuje on także materiału dowodowego w oparciu, o który jest w stanie wydać opinię. Ponadto biegły w razie stwierdzenia braków w materiale zgromadzonym w aktach sprawy, nie może się samodzielnie zwracać do stron celem uzupełnienia tychże braków. Jak już bowiem wskazano powyżej, opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego (wyr. Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNCP 1970 nr 5, poz. 85).

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie brak jest informacji, czy też danych, które umożliwiłyby biegłemu z zakresu budownictwa wydanie opinii, która mogłaby mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że prace, z których wywodzi swoje roszczenia powód, stanowiły tzw. prace ulegające zakryciu lub zanikające. Nie ulega również wątpliwości, a przynajmniej brak jest podstaw, aby te wątpliwości rozwiązać, że powód nie zabezpieczył w toku wykonywania przez siebie prac żadnych dowodów, które umożliwiłyby skalkulowanie ile i jakie w rzeczywistości wykonał on prace dodatkowe. Nasuwa się wobec tego pytanie skąd miałby biegły do spraw budownictwa takowe rzetelne informacje powziąć, nie wliczając w to ewentualnej rozbiórki wykonanego magazynu soli oraz placu manewrowego i dokonanie stosownego wtórnego przekopania obszaru, na którym prace prowadził powód. Jednak ze względów choćby czysto ekonomicznych byłoby to naturalnie przedsięwzięcie całkowicie nieracjonalne.

Hipotetycznie wskazać także należy, że ewentualne dokonywanie przez biegłego badań placu manewrowego poprzez dokonywanie wierceń – otworów, celem zbadania głębokości rzekomo wykonanych prac dodatkowych przez powoda, ich jakości, rodzaju użytych materiałów/surowców, musiałyby pokryć swoim zakresem niemalże cały wykonany plac manewrowy. Powstanie tego rodzaju siatki umożliwiającej w przybliżeniu oszacowanie rozmiaru wykonanych przez powoda prac byłoby niezbędne, Sąd zaś opiera swój hipotetyczny wywód na prezentowanym w sprawie stanowisku strony powodowej w odniesieniu do badań geotechnicznych przeprowadzonych przez Zamawiającego. Strona powodowa kontestowała bowiem prawidłowość wykonanych badań geotechnicznych w postaci wykonanych siedmiu odwiertów właśnie z racji skali w jakiej zostały one przeprowadzone, tj. zbyt małej ich liczbie. Wniosek płynie z tego taki, że aby biegły mógł rzetelnie wykonać swoją opinię koniecznym byłoby pokrycie placu manewrowego gęstą siecią wierceń, które wskazać mogłyby na jakiej głębokości prowadzone były przez powoda prace i w jakim zakresie. Niemniej jednak zauważyć należy, że nawet posiadanie wiedzy uzyskanej w wyżej wskazany sposób nie umożliwiłoby wydania opinii co do kosztów dodatkowych poniesionych przez powoda, gdyż brak jest w niniejszej sprawie przede wszystkim założeń (przedmiaru robót/szacunków) na jakich swoją ofertę wykonania zamówienia oparł powód, które byłyby jednocześnie wiążące dla strony pozwanej w tym sensie, że wykonanie prac ponad wskazane w tym dokumencie rodziłoby obowiązek dodatkowej zapłaty po stronie pozwanej. Dodać również wypada, iż powód nie złożył nawet projektu budowlanego ani też dokumentacji technicznej, której wykonanie należało do jego obowiązków, pomimo co warto zauważyć, iż na rozprawie w dniu 15 lutego 2016 r. świadek M. R. (1) wskazywał na istnienie takiej dokumentacji, która zawiera określone dane.

Tym samym Sąd uznał, że wniosek o powołanie biegłego z zakresu budownictwa był całkowicie zbędny wobec czego podlegał oddaleniu.

Podobnie należało ocenić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ekonomisty. Powód złożył przedmiotowy wniosek celem wykazania, czy wartość wykonanych robót dodatkowych stanowi stratę na wykonaniu kontraktu objętego umową Nr (...). Biegły celem wydania takowej opinii musiałby jednak sięgnąć do wyceny robót dodatkowych sporządzonej przez biegłego z zakresu budownictwa. Jednak w związku z oddaleniem wniosku w tym zakresie, opinii żadnej wydać biegły ds. budownictwa nie może, a tym samym i dopuszczanie dowodu z opinii biegłego ekonomisty byłoby zabiegiem bezcelowym.

Ponadto jak wskazała strona pozwana wniosek strony powodowej o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności wskazane w pkt. 2vi (k. 2v) pozwu, winien zostać oddalony, gdyż zawiera w sobie założenie, które sprzeczne jest z treścią stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami. Z treści postanowień zawartych w § 5 pkt 1-3 umowy jednoznacznie wynika, bowiem że wynagrodzenie było ryczałtowe i obejmowało zapłatę za całość przedmiotu zamówienia. Stanowiska to Sąd również podziela.

Również w tej sytuacji brak było podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa zamówień publicznych na okoliczność prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia przez pozwanego. (k. 5) Zaznaczyć należy, iż w niniejszej sprawie podstawę wyceny zakresu robót stanowił Program Funkcjonalno-Użytkowy, który zawierał wszystkie elementy wskazane w § 19 rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. a nie opis przedmiotu zamówienia. Ponadto celem przedmiotowego programu jest określenie jedynie założeń, parametrów, które Inwestor chce uzyskać w ramach danego przedmiotu zamówienia a nie zakres/rodzaj robót. Natomiast odnośnie inwentaryzacji ustawodawca założył jej wykonanie jeżeli przewidziane zostały m.in. prace rozbiórkowe. W niniejszej sprawie w celu uzyskania powierzchni do budowy magazynu przewidziano zburzenie istniejącego budynku a nie jego rozbiórkę. Ponadto zakres tych prac zależał od rozwiązania przyjętego w projekcie wykonanym przez zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. Sąd mając na uwadze zapisy art. 207 § 3 k.p.c. a także fakt, iż strony dwukrotnie miały już możliwość wypowiedzenia się na piśmie oddalił wniosek o zezwolenie stronie powodowej na złożenie kolejnego pisma procesowego.

Wskazać również należy, iż od początku postępowania stanowisko strony pozwanej nie uległo modyfikacji, nie pojawiły się w toku postępowania nowe zarzuty. Ponadto już po przeprowadzeniu dowodów z zeznań świadków na rozprawie w dniu 15 lutego 2016 r. było wiadomo, że świadkowie strony pozwanej zaprzeczają aby kiedykolwiek im okazano prace, które powód uznaje za dodatkowe zaś świadkowie strony powodowej tylko ogólnie wskazali co było wykonywane celem realizacji umowy z dnia 23 sierpnia 2013 r., podkreślając jednocześnie, iż była dokumentacja w postaci badań powykonawczych czy zdjęć (zeznania świadka M. R. (2)). Również świadek M. R. (1) powoływał się na dokumentację sporządzoną przez powoda. Z uwagi na powyższe powód już co najmniej od dnia 15 lutego 2016 r. miał świadomość jakimi dokumentami dysponuje a tym samym nic nie stało na przeszkodzie aby wniósł o przeprowadzenie dowodu z posiadanych przez siebie dokumentów, gdyby uznał, że takie dokumenty są konieczne celem wykazania okoliczności istotnych dla sprawy. Podkreślić również wypada, iż zezwolenie na złożenie kolejnego pisma w tych okolicznościach skutkowało by jedynie przedłużeniem postępowania tym bardziej, iż powód nie powoływał się na okoliczności, które zgodnie z art. 207 § 6 k.p.c. uzasadniałyby przyjęcie dalszych dowodów, co do złożenia których w odpowiednim czasie nie istniała żadna przeszkoda.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Po analizie całokształtu materiału dowodowego Sąd uznał, że powództwo

w przedmiotowej sprawie nie zasługiwało na uwzględnienie ani w całości ani w części, z uwagi na fakt, że strona powodowa nie wykazała w sposób należyty, ani istnienia roszczenia, ani też jego wysokości.

W przedmiotowej sprawie powód dochodził od pozwanego zasądzenia na swoją rzecz kwoty 127.816,83 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 kwietnia 2014 r. Powód twierdził bowiem, że poniósł rażącą stratę – co wynika wprost z faktu, iż przy wartości całego zamówienia, które dla strony pozwanej realizował, tj. 497.740,00 zł netto, musiał on dołożyć kwotę 127.817,00 zł, a więc niemalże 25% wartości całego kontraktu, co bez wątplenia jest dla niego rażącą stratą. Powód powoływał się na konieczność wykonania prac dodatkowych na rzecz pozwanego, za które to zapłaty powód nie otrzymał, a których wykonanie wynikało z przyczyn zależnych wyłącznie od strony pozwanej: tj. ujawnienia się w gruncie kontenerów oraz sieci drenarskiej niezainwentaryzowanej przez pozwanego, co do której powód nie miał wiedzy i nawet na skutek przeprowadzonej wizji nie mógł mieć wiedzy.

Czyniąc rozważania wprowadzające wskazać należy, że do zawarcia umowy nr (...) z dnia 23 sierpnia 2013 r., na zaprojektowanie i budowę magazynu soli do zimowego utrzymania dróg wraz z placem manewrowym w m. M. Dodać doszło w trybie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, które podlegało realizacji w systemie „zaprojektuj i buduj”. (...) ten jest metodą wymagającą od wykonawcy dodatkowej wiedzy oraz doświadczenia, co do kwalifikacji zawodowych i kompleksowej znajomości procesu budowlanego. W przypadku bowiem takiego zamówienia na jednym wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu (wyr. Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2013 r., KIO 1009/13, Legalis nr 741578). Umowy zawierane w tym systemie są więc z reguły bardziej wymagające od wykonawcy w tym sensie, że jako profesjonalista stawia on przed sobą wyższy pułap wymagań i zadań do realizacji, aniżeli w przypadku innych umów o roboty budowlane, zawieranych w innym trybie i systemie.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia został opisany poprzez Program funkcjonalno-użytkowy, który obejmował opis zadania budowlanego, w którym Zamawiający podał przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Zaznaczyć przy tym należy, iż celem przygotowanego programu funkcjonalno-użytkowego było określenie wymagań i oczekiwań Zamawiającego dotyczących zadania budowlanego - przeznaczenia wykonywanych robót oraz stawiane im wymagania nie zaś dookreślenie szczegółowo rodzaju robót, które należy zrealizować aby dany obiekt został wykonany.

Stosownie do § 19 pkt. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r. poz. 1129), pozwany przekazał powodowi w ramach części informacyjnej (...) wyniki badań gruntowo-wodnych w celu umożliwienia zapoznania się z warunkami panującymi pod obiektem oraz ustalenia wysokości wynagrodzenia, a które zostały wykonane dwa lata wcześniej i obejmowały całość terenu, na którym miała być zrealizowana inwestycja.

Ponadto bezsporne było, że określone w § 5 umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę brutto 624 520,20 zł miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego co oznaczało, że ceny określone przez Wykonawcę uwzględniają wszystkie koszty, jakie Wykonawca ponosi z tytułu realizacji przedmiotu Umowy (§ 5 ust. 3). Ustalone przez strony wynagrodzenie było niezmienne a tym samym przerzucało wszystkie koszty na Wykonawcę. To powód był odpowiedzialny za dokonanie analizy i w konsekwencji precyzyjną i wyczerpującą ocenę rozmiaru i kosztów robót objętych umową.

Przedmiotowe koszty powód zobowiązany był ustalić w oparciu o informacje przekazane na etapie przetargu, które zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt. 2 prawa zamówień publicznych miały odpowiadać planowanym kosztom prac projektowych oraz planowanym kosztom robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.



W niniejszej sprawie bezsprzecznym było również, że powód zobowiązał się do wykonania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w ust. 1 w/w umowy, niezależnie od tego, czy wynikały one wprost z dokumentów wymienionych w § 1 ust. 3 w/w umowy (umowa § 1 ust. 1-4 – k. 121). Nadto bez wątplenia uzgodnione przez strony umowy wynagrodzenie objęło całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, o których mowa

w SIWZ np. koszty uzgodnień, opinii, pełnienia nadzoru autorskiego, opracowania dokumentacji powykonawczej, wywozu materiałów z wyburzenia budynku i utylizacji tych materiałów, ubezpieczenia itp. (umowa § 5 ust. 1-3 – k. 122). Podkreślić należy, że poprzez zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy, powód zobligowany był do wykonania wszystkich niezbędnych czynności oraz prac, które prowadziły do realizacji przedmiotu umowy. Dodać także wypada, iż zarówno dla określenia rodzaju wymaganych prac a także ich kosztów Zamawiający przewidział możliwość zapoznania się przez Wykonawcę z terenem ale również pomocne w tym względzie były dokumenty przekazane powodowi w postaci zarówno wyników badań geotechnicznych jak również decyzji o warunkach zabudowy i dołączonej do niej mapy zasadniczej zawierającej nie tylko oznaczenie posadowionego budynku ale również co istotne przebieg infrastruktury w tym również tej nieczynnej. Jak wynika z zeznań A. P. na pewno Wykonawca zapoznał się z przedmiotowym terenem przed przystąpieniem do robót. Wtedy również stwierdzono występowanie trzech studni, ustalono także ich stan a nawet inspektor nadzoru wskazał na konieczność odpompowania wody, która została w nich stwierdzona.

Zauważyć również należy, że w samej umowie, przewidziana była możliwość dokonania zmian postanowień tejże umowy m.in. w następująco opisanym zakresie i przypadku: zakres przedmiotu umowy oraz sposób wykonywania przedmiotu umowy wraz ze skutkami wprowadzenia tej zmiany, przy czym zmiana spowodowana może być okolicznościami zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy, np. zmiana dokumentacji projektowej, zaistnienie warunków faktycznych na terenie budowy, wpływających na zakres lub sposób wykonywania przedmiotu umowy tj. warunki atmosferyczne, archeologiczne, geologiczne, hydrologiczne, kolizje z sieciami infrastruktury itp. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (umowa § 20 ust. 1-2 pkt. 2 – k. 132-133). Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że strona powodowa miała instrumenty wynikające z samej umowy, które dawały jej możliwość pisemnej zmiany umowy, oczywiście

w porozumieniu z Zamawiającym. Zmiana ta wymagałaby stosownych uzgodnień pomiędzy stronami, ale przede wszystkim konieczności odpowiedniego zgłoszenia przez wykonawcę okoliczności uzasadniających dokonanie takowej zmiany. Koniecznym byłoby więc wskazanie na zdarzenia (np. nieprzewidziane warunki hydrologiczno-geologiczne gruntu) uzasadniające dokonanie zmiany, prawdopodobnie przeprowadzenie stosownych wizji z udziałem kierownika budowy oraz inspektora nadzoru, sporządzenie protokołu, wykonanie fotografii etc. Innymi słowy koniecznym byłoby przeprowadzenie wszystkich tych czynności, których oczekiwać należy od podmiotów profesjonalnie zajmujących się wykonywaniem tego rodzaju prac

i realizacją umów tego rodzaju. Tymczasem z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że strona nawet nie podjęła starań zmierzających do zmiany umowy. Ponadto z ustaleń faktycznych

w sprawie wynika, że powód również nie podjął wyżej przykładowo wymienionych czynności, celem zabezpieczenia własnych interesów poprzez wyposażenie się w materiał dowodowy, który przedstawiałby jednoznacznie okoliczności, na które obecnie strona w procesie się powołuje.

Reasumując powyższe rozważania w ocenie Sądu powód otrzymał wszystkie dokumenty wymagane zarówno do przygotowania oferty cenowej jak również do określenia zakresu prac koniecznego do wykonania, co wynika nie tylko ze złożonych dokumentów ale również i

z zeznań świadków A. P., M. R. (1), A. W.. Okoliczność ta została przyznana przez stronę powodową. Nie mniej jednak z uwagi na przyjętą formułę to powód przejął na siebie ryzyko wykonania takich prac aby doszło do osiągnięcia zamierzonego rezultatu. W ramach tego ryzyka mieszczą się wszystkie prace do wykonania.

W ocenie Sądu w przypadku tej konkretnej umowy powód nie jest uprawniony powoływać się na okoliczność, iż to de facto pozwany wskazując m.in. w pkt. 12 (...), co ma być na placu, wytyczył zakres robót, czy też ograniczył je wyłącznie do wykonania podbudowy i dwóch warstw asfaltowych. Jak wskazał i A. P. i M. R. (1) przedmiotowe dane stanowiły parametry, które pozwany chciał osiągnąć, albowiem takie normy zostały narzucone polską normą, przez

co całkowicie nieuzasadnione było twierdzenie powoda, iż dane dotyczące grubości obu warstw wytyczały, czy też określały w sposób absolutny głębokość, do której maksymalnie powód będzie zobowiązany wykonać roboty.

Regułą w postępowaniu cywilnym jest, iż ciężar dowodu obciąża zasadniczo stronę powodową (wyr. Sądu Najwyższego z 3.10.1969 r., II PR 313/69, OSNCP 1970, Nr 9, poz. 147; wyr. Sądu Najwyższego z 5.1.1999 r., III CKN 84/98, Legalis 335086; wyr. Sądu Apelacyjnego

w Łodzi z 23.10.2014 r., I ACA 533/14, Legalis 1163451). Zgodnie z treścią w/w przepisu ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Stosownie zaś do art. 232 k.p.c., strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów,

z których wywodzą skutki prawne. Dlatego co do zasady w postępowaniu cywilnym to powód musi udowodnić istnienie dochodzonej wierzytelności, okoliczności jej powstania oraz jej wysokość. Wynikającej z art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie powinno się jednak rozumieć tak, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na stronie powodowej (wyr. Sądu Najwyższego z 09 sierpnia 2011 r., I BP 3/11, OSNAPiUS 2012, Nr 19–20, poz. 240, Legalis 458977). Istnieją bowiem okoliczności w których dochodzić może do pozakodeksowej modyfikacji ciężaru dowodu, która to modyfikacja jest dopuszczalna i związana jest z tzw. culpa in probando. (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1954 r., II C 837/53, Biul. Min. Spraw. 1955, nr 5, s. 35; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1971 r., II PR 453/70, Lex 14120; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., V CSK 431/06, Legalis 83967). Tym samym nie jest tak, że od wyrażonej w art. 6 k.c. normy brak jest wyjątków, które oczywiście uzasadnione powinny być okolicznościami występującymi w konkretnej sprawie. Wskazać niemniej jednak należy, że zasadniczo zabieg taki – *transfere probatio de uno ad unum* – tj. przesuwanie ciężaru dowodu z jednej strony na drugą w poszczególnych fazach przebiegu procesu cywilnego jest zabiegiem *contra legem* (K. Piasecki, System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa 2012, s. 64; I. Adrych-Brzezińska, Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym, Monografie Lex, Warszawa 2015, s. 166; B. Janiszewska, Dowodzenie w procesach lekarskich - domniemania faktyczne i reguły wnioskowania *prima facie*, PiM 2004, nr 2, s. 124). Pozakodeksowa modyfikacja ciężaru dowodu jest dopuszczalna jedynie wyjątkowo i związana jest z tzw. culpa in probando, która to jednak okoliczność w przedmiotowej sprawie w żadnym razie nie miała miejsca. (m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1954 r., II C 837/53, Biul. Min. Spraw. 1955, nr 5, s. 35; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1971 r., II PR 453/70, Lex 14120; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., V CSK 431/06, Legalis 83967) Tym samym,

w przedmiotowym procesie, to powód, a nie pozwany, miał obowiązek wykazania wysokości dochodzonego roszczenia (sposobu kalkulacji oraz podstaw tychże kalkulacji), źródeł jego powstania (z jakiego tytułu, w związku z jakimi zdarzeniami) i to w sensie faktycznym oraz prawnym.

Na marginesie wskazać należy, że do naruszenia art. 6 k.c. może dojść wtedy, gdy sąd orzekający przypisze obowiązek dowodowy innej stronie niż ta, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne. (wyr. Sądu Najwyższego z 15.3.2012 r., I CSK 345/11, Legalis 496874) Prawidłowa interpretacja normy z art. 6 k.c. powinna prowadzić do wniosku, że prawa podmiotowe mogą być skutecznie dochodzone o tyle, o ile strona jest w stanie przekonać sąd co do faktów, z których wyprowadza korzystne dla siebie twierdzenia. W konsekwencji sąd powinien przyjąć za prawdziwe fakty udowodnione przez stronę obciążoną dowodem i pominąć te, których nie wykazała w sposób przekonujący. Wszelka ingerencja zmierzająca do zmiany tejże reguły może być oceniona jako uchybienie prawu materialnemu i procesowemu. Oczekiwanie przez sąd, wbrew treści art. 6 k.c., przeprowadzenia dowodu przez daną stronę i obarczenie jej skutkami braku dowodu, którego ciężar na niej nie spoczywał, może stanowić podstawę zaskarżenia orzeczenia. (wyr. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 08 maja 2014 r., I ACA 42/14, Legalis 992944) Podkreślić jednak należy, że dla oceny wywiązania się strony ze spoczywającego na niej ciężaru dowodu obojętne jest to, kto przedstawił środki dowodowe pozwalające na ustalenie danego faktu. (tak wyr. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 16 kwietnia 2014 r., I ACA 1269/13, Legalis 1023957)

Tym samym ponieważ spór toczył się pomiędzy dwoma profesjonalistami, reprezentowanymi przez zawodowych pełnomocników, skonstatować należy, że to na stronie powodowej, co zaznaczono powyżej, w pełni spoczywał ciężar dowodzenia. To ona miała obowiązek wykazać z czego wywodzi swoje roszczenia, tj. z jakich zdarzeń faktycznych,

z jakich okoliczności, jej zdaniem wynika dochodzona kwota. Ciężar dowodu (onus probandi) spoczywa bowiem na stronie, która z przytaczanych okoliczności faktycznych – zawarta umowa, wykonanie prac dodatkowych oraz ich zakres, czas i sposób ich wykonania, poniesione

w związku z tym koszty, zakres tych kosztów – wywodzi skutki prawne (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat quam per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit: ciężar dowodu spoczywa na tym kto twierdzi, nie na tym kto zaprzecza, gdyż z natury rzeczy wynika, że ten kto zaprzecza przywoływanym okolicznościom nie jest w stanie przedłożyć dowodu negacji). Strona ta (powód) musi się również liczyć z tym, że w przypadku nieudowodnienia podnoszonych okoliczności, tj. w sytuacji niesprostania ciężarowi dowodowemu, to ona ponosić będzie ujemne konsekwencje swojego procesowego postępowania i/lub zaniechania. Podkreślić również należy, że samo twierdzenie nie jest dowodem, zaś rozstrzygnięcie sądu musi opierać się na udowodnionych okolicznościach faktycznych, na rzeczowym, obiektywnie weryfikowalnym materiale, który co do zasady przedstawić powinna strona.

Sąd wskazuje w tym miejscu, że strona powodowa nie sprostала w pełni, ani obowiązkom wynikającym z zawartej przez siebie umowy w trybie „zaprojektuj i zbuduj”, na co wskazuje choćby nałożona na nią kara umowna, ani też w żadnej mierze ciężarowi dowodowemu, który spoczywał na niej z racji wysuwanych żądań, których w niniejszym procesie nie udowodniła.

W tym miejscu już tylko wzmiankowo, z uwagi na przytoczenie szerokiego wywodu w ocenie dowodów, wskazać wypada, że odnośnie istnienia zakopanego w gruncie zbiornika czy jak twierdził świadek J. S. trzech zbiorników na wodę – przedmiotowa okoliczność w ogóle nie została wykazana zaś odnośnie robót związanych z wybieraniem ziemi na większej głębokości i koniecznością dodatkowej stabilizacji strona powodowa nie wykazała ich zakresu, ilości ale także i przesłanek, które umożliwiałyby obciążenie kosztami ich wykonania, pozwanego.

Co do pierwszej kwestii zaznaczyć wypada, że informacje odnośnie istnienia zbiornika, czy zbiorników pod placem manewrowym nawet przekazywane przez J. S. są wewnątrznie sprzeczne. Po drugie nikt z nadzoru ani z osób uprawnionych do reprezentowania pozwanego w ramach przedmiotowej inwestycji nie widział przedmiotowych zbiorników, nikomu nie zostały okazane. Po trzecie sam J. S. nie jest w stanie wskazać ich parametrów, wielości, głębokości aby można dokonać takiego zwymiarowania, które umożliwiłoby ustalenie wartości i zakres robót koniecznych do ich usunięcia i przykrycia terenu. Także na powyższe nie wskazuje podwykonawca, do którego zakresu należało zrealizowanie robót związanych z utwardzeniem placu.

Co do drugiej okoliczności jak już podkreślano, nie sposób jej nie uznać jako elementu, który był objęty umową i w jej ramach podlegał realizacji. Sam powód wskazał, iż przewidywał wybranie gruntu. Nie sposób, na co również już wskazywano, określić, które z prac związanych z wykonaniem stabilizacji są pracami, które nie były objęte umową, skoro jak już zaznaczono wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy a za określenie zakresu i rodzaju robót zmierzających do osiągnięcia rezultatu był odpowiedzialny powód.

W toku postępowania Inspektor Nadzoru potwierdził, że doszło do przerwania rurek drenażowych co załowało wykop ale również wskazał, że zostało to zrobione na skutek błędów wykonawczych powoda, który koparką je przerwał a następnie nie umiał czy nie wiedział jakie działania ma podjąć aby przedmiotową wodę zatamować.

Podobnie ocenić należy prace związane ze stabilizacją na placu manewrowym albowiem już w dokumentacji geotechnicznej wskazano na słabą nośność gruntu, którą oznaczono (...) a także na średnie warunki wodne, rodzaj zalegającej gleby, która ulegała uplastycznieniu

z w chwilą niezabezpieczenia jej przed wodą. Powyższe oraz brak zabezpieczenia gruntu po zerwaniu wierzchniej warstwy przed wodą, skutkowało koniecznością wykonania dalszych prac. Niezależnie od powyższego jak sam powód wskazała te dodatkowe wzmocnienia nie były inwentaryzowane, roboty ulegały zakryciu, nikt nie dokonywał ich pomiarów wobec czego

w toku postępowania powód, jak to zostało przytoczone powyżej wskazując na ciężar dowodu – art. 6 k.c., nie przedstawił takich dowodów, które umożliwiałyby ustalenie zakresu wykonanych robót. Świadek J. S. wskazuje,

że takimi wzmocnieniami było objęte około 70% placu nie mniej jednak są to tylko dane orientacyjne przy czym niemożliwa jest również do ustalenia wielkość tych prac z uwagi na ich wykonywanie na różnej głębokości w różnych miejscach.

Przechodząc już do oceny roszczenia pod kątem wskazanych podstaw prawnych zaznaczyć wypada, że strona powodowa upatrywała je w zwiększeniu ryczału lub ewentualnie w instytucji bezpodstawnego wzbogacenia po stronie pozwanej.

### ***Bezpodstawne wzbogacenie.***

W odniesieniu do bezpodstawnego wzbogacenia, podnieść należy, że odpowiedzialność z tego tytułu uregulowana została w art. 405 k.c., w którym ustawodawca wskazał, że kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Przesłankami bezpodstawnego wzbogacenia są: 1) wzbogacenie majątku jednego podmiotu; 2) zubożenie majątku drugiego podmiotu; 3) pozostawanie wzbogacenia i zubożenia ze sobą w związku w tym rozumieniu, iż wzbogacenie jest wynikiem zubożenia – posiadanie wspólnego źródła; 4) wzbogacenie nastąpiło bez podstawy prawnej. Brak którejkolwiek z w/w przesłanek wyklucza powstanie roszczenia.

Zauważyć należy, że strona powodowa, na której spoczywał ciężar dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.), nie podolała temu ciężarowi także w zakresie wykazania obligatoryjnych przesłanek bezpodstawnego wzbogacenia, do którego miało rzekomo dojść po stronie pozwanej. Przede wszystkim nie wykazano wysokości zubożenia i wzbogacenia, ani też nie wykazano związku pomiędzy wzbogaceniem zamawiającego oraz zubożeniem wykonawcy. Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy wynika także, że Zamawiający zapłacił de facto stronie powodowej za wykonane prace zgodnie z zawartą umową – w tym zakresie strona powodowa nie przedstawiła przeciwdowodu, który skutecznie podważyłby wskazanie przez stronę pozwaną, że ta wywiązała się ze swojego zobowiązania względem strony powodowej. Nie sposób, mając na uwadze postanowienia zawartej między stronami umowy, a także jej rozliczenia, uznać aby doszło w przedmiotowej sprawie do wzbogacenia po stronie (...).

Co istotne przedmiotowe wzbogacenie miało nastąpić na skutek wykonania prac dodatkowych, za które jak twierdzi powód musiał zapłacić wynagrodzenie podwykonawcy (...) M. R. (2).

Mając na uwadze powyższe wskazać wypada, iż powód nie wykazał ani zakresu prac dodatkowych, które wykaczałyby poza zakres umowy z dnia 23 sierpnia 2013 r., ich wielkości, ani też, że faktycznie za te właśnie prace powód dokonał zapłaty. Skoro bowiem powód nie realizował wskazywanego zakresu robót siłami własnymi lecz dokonywał tego przy pomocy podwykonawcy (...) M. R. (2) to tym samym co najmniej zasadne byłoby po pierwsze złożenie umowy podwykonawczej, z której wynikałaby pierwotna wartość zleconych robót a także ewentualnie aneks do umowy, na mocy którego Wykonawca i podwykonawca zmieniliby zapisy pierwotnej umowy, wykazując tym samym kwotę, która realnie stanowiła koszt wykonania prac, na które powód się powołuje. W toku niniejszego postępowania powód ani nie przedstawił takiej umowy ani też nie wykazał, za jaką kwotę podwykonawca wykonał roboty wskazywane przez powoda. Faktem jest, iż do akt sprawy została złożona faktura na kwotę 80 000 zł z oznaczeniem „roboty dodatkowe” nie mniej jednak wobec braku informacji za jakie roboty została ona wystawiona nie sposób uznać czego faktycznie dotyczy. Również świadek M. R. (2) pomimo, iż to jemu zlecono realizację spornych prac, nie był w stanie przedstawić rzetelnej informacji, jaki to był faktycznie koszt.

Zwrócić także wypada uwagę na fakt, iż w przypadku bezpodstawnego wzbogacenia mowa jest co najwyżej o wartości zubożenia, czyli o tym co strona faktycznie utraciła a nie o tym co by również uzyskała w ramach zysków gdyby na dane umowy opiewała umowa. Oznacza to, iż wartością zubożenia mogłoby być wyłącznie to co powód faktycznie zapłacił za wykonanie spornych prac.

### ***Zwiększenie ryczału art. 632 § 2 k.c.***

Zgodnie z treścią art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Natomiast § 2 tego art. stanowi, że jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Wynagrodzenie ryczałtowe jest jedną z dopuszczalnych przez prawo form umownego określenia wynagrodzenia za wykonanie dzieła. Strony decydując się na przyjęcie tej formy, muszą liczyć się z jej bezwzględnym i sztywnym charakterem. Jedynie tylko wyjątkowo sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (wyrok Sądu Najwyższego z 25 marca 2011 roku, IV CSK 397/10, Lex nr 1129144).

W orzecznictwie ukształtowany został pogląd, że art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku przyjęcia tego przepisu jako podstawy prawnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 ustawy z 29 czerwca 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn zm.) ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w odniesieniu do art. 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. (uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC z 2010r. Nr 3 poz. 33; wyroki Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, Lex nr 479317 oraz z 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, Lex nr 785535).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Na gruncie tego przepisu wykluczone są natomiast okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające wykonawcy rażącą stratą.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Sąd nie dopatrył się – w ustalonych okolicznościach - wystąpienia istotnej, obiektywnej, niezależnej od stron zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. i uznał, że przepis ten nie może w niniejszej sprawie stanowić podstawy do uwzględnienia roszczenia.

Zaznaczyć należy, że okoliczności na które powołuje się strona powodowa, tj. słaba nośność gruntów i wykonanie z tego powodu przez wykonawcę robót dodatkowych, których przy realizacji zadania w oparciu o umowę skonstruowaną w systemie „zaprojektuj i zbuduj” nie przewidział, nie stanowi zmiany stosunków, o której mowa w art. 632 § 2 k.c. Przede wszystkim jednak wskazać należy, że powód nie udowodnił, aby wykonał w rzeczywistości dodatkowe prace, ani nie wykazał jakie, ani też o jakiej wartości, a jego argumentacja sprowadza się jedynie do twierdzeń nie popartych weryfikowalnym, obiektywnym i sprawdzalnym materiałem dowodowym. Jak natomiast wskazał już Sąd Okręgowy: samo twierdzenie nie jest dowodem w sprawie.

Powracając do rozważań dotyczących zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie wskazać jeszcze należy, że przy ocenie konkretnego dowodu, czy całości materiału dowodowego zgromadzonego w sporze prowadzonym przed sądem, sąd ocenia ten materiał nie tylko z punktu widzenia jego wiarygodności, ale i mocy jaką on przedstawia dla wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. W takim zaś kontekście podstawowym jest ocena zasadności żądania zgłoszonego w pozwie na podstawie wiążącej strony umowy, a dopiero w sytuacji braku w jej treści uregulowań dotyczących robót dodatkowych, należałoby odwoływać się do innych uregulowań prawem przewidzianych a odnoszących się czy to do umów nazwanych, czyli do przepisów regulujących umowy o roboty budowlane, a zatem pośrednio do odpowiednio stosowanych przepisów o dzieło, czy też ewentualnie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W niniejszej zaś sprawie z zawartej umowy wynikało jednoznacznie,

że to wykonawca miał obowiązek opracować dokumentację projektową. Zwrócić w tym miejscu wypada uwagę na twierdzenia zarówno A. P. jak również świadka E. M. załączone wyniki badań nie były dokumentem obligującym wobec czego powód przystępując do wykonania dokumentacji projektowej mógł również w przypadku uznania ich za niewystarczające wykonać własne badania geotechniczne, geologiczne czy geodezyjne, które dotyczyłyby posadowienia projektowanych obiektów w tym też placu manewrowego. Nie można bowiem zapominać, że to wykonawca dokonuje wyceny oferty na podstawie kosztorysu, w którym ceną ogólną objęte było wykonanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Błędy w tym zakresie – niedoszacowania – nie mogą obciążać zamawiającego.

Zwrócić na marginesie należy uwagę, a co wynika z poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych w sprawie, przeprowadzonych po szczegółowym przeanalizowaniu dokumentacji geotechnicznej, że w niniejszej sprawie w istocie nie potrzebne było sporządzanie dodatkowej dokumentacji geotechnicznej, czy geologicznej, a jedynie rzetelne wzięcie pod uwagę już istniejącej – w zakresie jakości i rodzaju gruntów, na których posadowiony miał być magazyn soli oraz plac manewrowy. Sporządzona dokumentacja zawierała bowiem informacje potrzebne do właściwego wykonania umowy, na co w swoich zeznaniach zwrócił również uwagę inspektor nadzoru. Nadto zauważyć należy, że w dokumentacji tej wskazano m.in., że roboty ziemne należy prowadzić tak, aby zabezpieczyć grunty spoiste w wykopie przed niekorzystnym oddziaływaniem wód opadowych i gruntowych (zagrożenie uplastycznieniem glin). Naruszone w trakcie wykopu partie gruntu spoistego trzeba usunąć zastępując ubytki chudym betonem (dokumentacja badań geotechnicznych do budowy magazynu soli, drogi dojazdowej oraz placu manewrowego, k. 199-204; karty otworów geotechnicznych, k. 206-212). Tym samym wykonawca po zapoznaniu się z przedmiotową dokumentacją powinien być świadomy, jakie okoliczności mogą zaistnieć i że podczas realizacji umowy dojść może do uplastycznienia się gruntu i to na niższej głębokości, aniżeli 30 czy 40 cm (podłoże z gliny znajdowało się zgodnie ze sporządzoną dokumentacją poniżej w/w głębokości). Powinien był w związku z tym przedsięwziąć stosowne kroki, czego w istocie nie uczynił.

Ponadto powód z uwagi na nie wykazanie zakresu i ilości robót a ostatecznie ich wartości nie był w stanie wykazać również aby zaistniała druga przesłanka rażącej straty. Jak już podnoszono powyżej, na tę okoliczność nie mógł być dopuszczony dowód z opinii biegłego – albowiem wobec braku wykazania wysokości roszczenia nie ma też możliwości oceny żądanej kwoty w kontekście przesłanek art. 632 § 2 k.c.

Niezależnie od wskazanych rozważań podnieść wypada, że powód zaznaczył w zajmowanym przez siebie stanowisku, że dochodzi wynagrodzenia za roboty dodatkowe nie objęte umową. Art. 632 § 2 k.c. dotyczy podwyższenia ryczałtu, w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych, w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową, nie może natomiast znaleźć zastosowania, w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. W tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym, który ma być zmodyfikowany przez Sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c. przez podwyższenie ryczałtu. (wyrok Sądu Najwyższego z 21 lutego 2013 roku, IV CSK 354/12, Lex nr 1311808)

Mając powyższe na uwadze powództwo podlegało oddaleniu, jako nieudowodnione.

Powód, jako strona przegrywająca, obowiązana jest zwrócić pozwanemu, na jego żądanie, poniesione przez pozwanego koszty procesu (art. 98 § 1 k.p.c.).

Koszty te obejmują wyłącznie wynagrodzenie jednego radcy Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, wyliczane według przepisów o wynagrodzeniu adwokata (art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c.), a zatem wynoszące 3.600 zł (§ 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 461).

Wskazane koszty przysługują Skarbowi Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, Dz. U. nr 169 z 2005 r., poz. 1417 ze zm.).

W przedmiotowej sprawie ponadto strona powinna zwrócić Skarbowi Państwa wydatki tymczasowo poniesione w łącznej kwocie 6.391,00 zł tytułem części nieuiszczonej opłaty od pozwu. Ze względu na wynik procesu, kosztami tymi należało ostatecznie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. ( t. jedn.: Dz. U. z 2014r. poz. 1025) w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. obciążyć powoda. Dodać wypada, iż pomimo złożenia przez powoda wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, do którego jednak nie dołączył żadnych dokumentów umożliwiających ustalenie jego sytuacji majątkowej, nie było również możliwe nawet na obecnym etapie dokonanie oceny czy powód spełniałby przesłanki uzasadniające nieobciążenie go przedmiotowymi kosztami w postaci opłaty od pozwu.