

Sygnatura akt XXV C 355/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodnicząca: Sędzia Sądu Okręgowego Krystyna Stawecka

Protokolant: sądowy stażysta Jaśmina Bondara

po rozpoznaniu w dniu 16 kwietnia 2013 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa(...)GmbH & Co.KG w P.w Niemczech

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W.

o zapłatę 8.325.797,32 złote;

1. Powództwo oddala;

2. Zasądza od powoda (...) GmbH & Co.KG w P.w Niemczech na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) złotych z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygnatura akt XXV C 355/10

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 24 marca 2010 r. powód (...) GmbH & Co.KG z siedzibą w P.w Niemczech wniósł przeciwko pozwanemu – Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W.o zapłatę kwoty 8.325.797,32 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 20 października 2009 r. do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na pozew z dnia 10 maja 2010 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od każdej z powódek na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (k. 1551 a.s.).

Pozwany podnosił zarzut przedawnienia części roszczeń Powoda (k. 1561 a.s).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Dnia 28 lipca 2006 r. strony, w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, zawarły umowę na podstawie której powód (wykonawca) zobowiązał się do wykonania inwestycji pod nazwą Przebudowa Drogi Krajowej nr (...)W.– S.– T.oraz usunięcia ewentualnych wad, według projektu pozwanego zaś pozwany zobowiązał się do zapłaty ceny za wykonane roboty. Był to projekt współfinansowany z Europejskiego Funduszu Spójności i obejmował odcinek o długości 24,9 km.

Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosował wyłącznie kryterium ceny.

Zobowiązania stron precyzowały: umowa, oferta wykonawcy z dnia 20 marca 2006 r. wraz z załącznikami, Szczególne Warunki Kontraktu, Ogólne Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich i Projektowanych przez zamawiającego (tłumaczenie wydania FIDIC 1999), Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Dokumentacja i Projektowa - Specyfikacje Techniczne, Dokumentacja Projektowa - zwane łącznie Kontraktem.

Cena kontraktowa wynosiła netto 10.379.596,15 euro plus 22 % VAT, tj. 2.283.511,15 euro, tj. łącznie 12.663.107,30 euro (cena brutto).

Ostatecznie pozwany uiszczył na rzecz powoda kwotę 11.045.820,98 euro netto.

Wykonawca mógł realizować zamówienie przy udziale podwykonawców. Wykonawca zobowiązał się wobec Zamawiającego do zakończenia Robót w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Kosztorysy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach Robót. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach Robót. Jeżeli pozycja nie była określona, Wykonawca powinien był podać, w której innej pozycji ją uwzględni.

Złożenie oferty powoda nastąpiło w dniu 20 marca 2006 r., a udzielenia zamówienia w dniu 8 lipca 2006 r., zawarcie umowy miało miejsce w dniu 28 lipca 2006 r., polecenie rozpoczęcia robót zostało wydane przez pozwanego w dniu 28 sierpnia 2006 r., natomiast protokolarne przejście placu budowy przez powoda nastąpiło dnia 4 września 2006 r.

W trakcie realizacji budowy w dniu 4 grudnia 2007 r. został zawarty Aneks nr 1 do Umowy z dnia 28 lipca 2006r., gdzie Wykonawca zobowiązał się do zakończenia Robót **w terminie do 31 maja 2008 r.** w podziale na następujące odcinki:

- a) Odcinek I: w terminie 7 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
- b) Odcinek II: do dnia 31 maja 2008 r.

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

- a) Subklauzula 12.1, wedle której wykonawca będzie prowadził rejestr obmiarów w Księdze Obmiarów, będących podstawą wystąpienia o przejściowe świadectwa płatności zgodnie z Subklauzulą 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadectwa Płatności];
- b) Subklauzula 12.3 dotycząca wyceny tj. dla ustalenia nowej stawki lub ceny, gdy brak jest podstaw w Kontrakcie, dla materiałów, sprzętu i transportu;
- c) Subklauzula 13.8 dotycząca korekty wynikającej ze zmian kosztu (cen) nie będzie miała zastosowania.

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

Strony wyłączyły możliwość zmiany wynagrodzenia. Treść Subklauzuli 13.7 kontraktu przewidywała jedynie, że w przypadku zmiany stawki podatku VAT kwota brutto Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zostanie aneksem odpowiednio dostosowana.

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

Subklauzula 13.8 przewiduje nie tylko mechanizm wzrostu, ale i spadku kosztów. Strony ustaliły ponadto, że walutą płatności na konto wykonawcy jest Euro. Jedynie podatek VAT miał być płacony w złotych.

Zgodnie z Subklauzulą 8.1 (Rozpoczęcie Robót], rozpoczęcie robót miało nastąpić nie później niż 30 dni od podpisania umowy. Wykonawca przejął teren budowy w dniu 28 sierpnia 2006 r. a protokół sporządzono 4 września 2006 r.

Inżynier Kontraktu - spółka (...)S.A., obecnie (...)został wyłoniony w drodze odrębnego przetargu. Przedstawicielem Zamawiającego na Kontrakcie był Kierownik projektu- W. P..

Pod koniec października 2006 r. powołano Inżyniera Kontraktu w osobie W. Z., który pełnił te funkcje aż do odbioru robót.

Od dnia 01 września 2009 r. zarządzanie projektem przejęła spółka (...)sp z o.o. z siedzibą w W.. Na stanowisko inżyniera Kontraktu powołano M. W..

Zgodnie z Subklauzulą 4.4, wykonawca był zobowiązany nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem podwykonawcy do wykonania Robót, do przedłożenia Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projektu umowy z podwykonawcą, a jeżeli podwykonawca nie został wskazany w ofercie – projekt umowy wraz z informacjami o podwykonawcy wymaganymi przez SIWZ. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od złożenia mu projektu umowy z podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie takiej umowy. W ofercie wykonawca świadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców a zamawiający zaś dopuścił wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców następujących rodzajów robót:

- a) roboty przygotowawcze – D.01.00.00.
- b) odwodnienie korpusu drogowego – D.03.00.00,
- c) roboty wykończeniowe – D.06.00.00,
- d) urządzenia bezpieczeństwa ruchu – D.07.00.00, ‘
- e) elementy ulic – D.08.00.00,
- f) zieleń drogowa – D.09.00.00.
- g) inne roboty – D.10.00.00,
- h) roboty mostowe.

Warunki Kontraktu dopuszczały możliwość przedłużenia Czasu na Ukończenie Kontraktu (Subklauzula 8.4) po wystąpieniu zdarzeń uprawniających Wykonawcę do przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Strony podpisały zgodnie Aneks nr 1 w którym przedłużyły Czas na Ukończenie do 31 maja 2008 r., a Roboty wykonane również w przedłużonym Czasie na Ukończenie po obmiarze ich ilości podlegają rozliczeniu.

Wykonawca jest upoważniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie Robót ze względu na zdarzenie wywołujące opóźnienie uniemożliwiające takie Ukończenie, za które zamawiający przejmuje ryzyko i odpowiedzialność zgodnie z kontraktem.

Warunki Ogólne Kontraktu w razie doznania przez Wykonawcę opóźnienia z przyczyn opisanych w Kontrakcie przyznają wykonawcy dwa rodzaje roszczeń: o przedłużenie Czasu na Ukończenie (pkt a) oraz o zapłatę za takie koszty plus rozsądny zysk (pkt b).

Inżynier wydając Polecenia Wykonawcy oraz kwalifikując je do zapłaty stosował się do postanowień Kontraktu. Potwierdzeniem tego jest wzrost wartości umownej kontraktu z 10.379.596,15 Euro netto do 11.026.870,81 EUR netto .

Powód otrzymał od pozwanego Świadcstwo Wykonania w dniu 09 czerwca 2009r. , a w dniu 31 lipca 2009 r. powód wystawił Rozliczenie Końcowe i oczekiwał na wystawienie przez Inżyniera Kontraktu Ostatecznego Świadcstwa Płatności, co nie nastąpiło w okresie kontraktowym 28 dni tj. do 31 sierpnia 2009 r. podobnie jak płatność, która nie nastąpiła do dnia 19 października 2009 r. (klauzula kontraktu nr 14.7 i 14.13).

W trakcie realizacji robót przez powoda okazało się, że pojawiła się konieczność wykonania pewnych dodatkowych prac i poniesienia dodatkowych kosztów, jakie nie były pierwotnie objęte ofertą powoda ani kontraktem.

Powództwo obejmuje następujące roszczenia powoda jako wykonawcy robót:

1. Wytyczenie dodatkowych punktów osnowy geodezyjnej w kwocie 50.421,04 zł (co stanowi równowartość kwoty 12.008,44 euro obliczonej według kursu z dnia 19 października 2009 r.).

Zgodnie z Kontraktem powód zobowiązany był do wykonania robót przygotowawczych, polegających m.in. na odtworzeniu trasy i punktów wysokościowych (s. 23 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na Roboty Budowlane). Zasady wykonania prac obejmowały m.in. przejęcie od pozwanego danych zawierających lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy i reperów oraz przeniesienie tych punktów w inne miejsce (poza) obszarem Robót.

Dane zawierające lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy reperów zostały przekazane powodowi wraz z projektem wykonawczym, którego Załącznik obejmował „Wykaz reperów i punktów osnowy poziomej oraz dane geodezyjne do wyznaczenia trasy i skrzyżowań”. Do wykonania tej części robót przystąpiono 4 września 2006 r. ,

Podczas robót okazało się, że wbrew dokumentacji osnowa geodezyjna wskazana w wykazie nie istnieje w terenie. Nieistnienie osnowy geodezyjnej uniemożliwiało powodowi rozpoczęcie robót budowlanych w terminie, o czym w dniu 27 września 2006 r. powód powiadomił pozwanego (zeznania świadków T. Z. - koordynatora robót geodezyjnych k. 1919 a.s ,T. F. – geodety k.1923 a.s., J. R. – dyrektora kontraktu k.1943 a.s., J. Z. - dyrektora kontraktu k. 1981 a.s. i R. M. k. 2053).

Zgodnie z kosztorysem, wykonawca miał do przeniesienia (wznowienia) 50 punktów, a dokonał wznowieniu 83 punktów co stanowiło przekroczenie przedmiaru. Za wykonane prace wykonawcy zapłacono według ceny jednostkowej z kontraktu.

Roszczenie Powoda, którego przedmiotem jest ustalenie ceny na podstawie Subklauzuli 12.3 lit. B pkt) dające podstawę do ustalenia nowej ceny po wykonaniu Robót. W istocie powód żąda zapłaty wynagrodzenia, które wynikało z umowy powoda między podwykonawcą firmą (...) s.c.tj. podwykonawcą robót geodezyjnych. Kwota 450 zł za założenie jednego punktu wynikała bowiem z umowy zawartej pomiędzy powodem a firmą (...), tj. podwykonawcą prac geodezyjnych.

Pozwany podnosił w procesie zarzut przedawnienia roszczenia o zapłatę kwoty z tytułu „Wytyczenia dodatkowych punktów osnowy geodezyjnej” z uwagi na fakt, że w dniu 6 listopada 2006 r. Powód zwrócił się do Inżyniera Rezydenta i wniósł o uznanie czynności polegającej na założeniu osnowy geodezyjnej oraz zaproponował jej rozliczenia (załącznik nr 19 do Pozwu). Natomiast już w dniu 15 września 2006 r. powód przystąpił do zakładania nowej osnowy geodezyjnej.

2. Ponowne profilowanie rowów opiewające na kwotę 195.933,48 zł .

Dnia 25 września 2006 r. powód przystąpił do wykonywania prac związanych profilowaniem rowów, objętych zakresem Robót określonych w kontrakcie. Po wykonaniu około 70% prac, dnia 16 listopada 2006 r. zespół geodezyjny powoda stwierdził duże rozbieżności pomiędzy sytuacją faktyczną na terenie realizacji inwestycji a podkładami geodezyjnymi projektu wykonawczego oraz projektem wykonawczym wycinki drzew. Okazało się, że zaszła potrzeba wycinki znacznej ilości dodatkowych drzew stojących w pasie drogowym.

Pismem z dnia 21 listopada 2006 r. Inżynier Rezydent potwierdził te ustalenia powoda i przedstawił do akceptacji wycenę drzew do wycinki. Powód zwrócił się do pozwanego o wydanie polecenia wykonania tych robót. W okresie od lutego 2007 r. do 31 maja 2007 r. dokonał wycinki ok. 1000 sztuk drzew. Na skutek realizacji polecenia wykonania wycinki dodatkowych drzew doszło do zniszczenia znacznej ilości wykonanych już prac związanych z profilowaniem rowów. Cena jednostki obmiarowej dot. Wycięcia 1 szt. drzewa uwzględnia m.in. uporządkowanie terenu robót. Jednak wykonanie robót polegających na profilowaniu rowów wykraczało zdaniem powoda poza zakres pojęcia uporządkowania terenu robót.

Roszczenie to zostało ostatecznie zgłoszone przez powoda pozwanemu dnia 31 lipca 2009 r., lecz nie zostało uwzględnione przez pozwanego.

Zdaniem pozwanego Wykonawca otrzymał wynagrodzenie za dokonaną dodatkową wycinkę drzew, zgodnie z istniejącymi w Kontrakcie cenami jednostkowymi na wycinkę drzew. Zgodnie z pkt. 9.1 „Cena jednostki obmiarowej” SST-Drogowe D.01.02.01.A, cena jednostkowa wycinanego drzewa obejmuje również zasypanie dołów po karczowaniu z zagęszczeniem oraz uporządkowaniem terenu, czyli Przywróceniem jego stanu pierwotnego. Wobec powyższego Wykonawca otrzymał zapłatę za ponowne profilowanie rowów w cenie każdej sztuki wyciętego drzewa według cen kontraktowych.

Ponadto pozwany podniósł, że roszczenie to jest przedawnione poleceniami wykonania z dnia 28 lutego 2007 r. w których zlecono usunięcie drzew zgodnie z decyzjami Wójta Gminy Z. oraz Wójta Gminy S. (k. 1564 a.s.).

Zeznania świadków J. R. – dyrektora kontraktu k.1943 a.s. i J. G. - kierownik budowy k. 1952 a.s. J. Z. - dyrektora kontraktu k. 1981 a.s.).

3. Wykonanie prac dodatkowych związanych ze zmianą organizacji ruchu w okresie prac na kwotę 1.714.554,58 zł.

Zgodnie z Kontraktem (STD-M.OO.OO.OO) koszt wybudowania objazdów/przejazdów i organizacji ruchu obejmował m.in.:

- opracowanie projektu organizacji ruchu na czas trwania budowy,
- uzgodnienie z Inżynierem i odpowiednimi instytucjami, wraz z dostarczeniem kopii projektu Inżynierowi i wprowadzeniem dalszych zmian i uzgodnień wynikających z postępu robót.

Pismem z dnia 19 grudnia 2006 r. powód zwrócił się do Inżyniera Kontraktu wnosząc o zmianę Projektu Tymczasowej Organizacji Ruchu.

Powód zaproponował pozwanemu rezygnację z wykonania poszerzeń umocnionych o nawierzchni z płyt betonowych, jakie przewidywał Kontrakt i wprowadzenie alternatywnego rozwiązania organizacji ruchu. Dnia 4 stycznia 2007 r. Inżynier Kontraktu poinformował powoda o zaakceptowaniu przez pozwanego projektu zmiany organizacji ruchu. Z uwagi na powyższe dnia 29 stycznia 2007 r. powód przedstawił pozwanemu wycenę robót dodatkowych, z uwzględnieniem kwot, jakie powód oszczędził w wyniku odstąpienia od realizacji pierwotnego projektu organizacji ruchu.

Pozwany odmówił jednak zapłaty powodowi jego roszczenia powołując się na klauzulę 20.1. kontraktu. Powód nie zachował umownej procedury zgłaszania roszczeń. Dodatkowo pozwany uznał to roszczenie za przedawnione.

Zeznania świadków: J. R. – dyrektora kontraktu k.1943 a.s. i J. G. - kierownik budowy k. 1952 a.s. J. Z. - dyrektora kontraktu k. 1981 a.s.).

4. Wykonanie prac dodatkowych związanych z wykonaniem zabezpieczenia przeciwoerozyjnego oraz napraw w kwocie 393.859,20 złotych .

Dnia 25 marca 2008 r. powód przekazał Inżynierowi Kontraktu informacje o błędach projektowych na skutek których dochodziło do zniszczenia poboczy oraz skarp. W skutek braku reakcji po stronie pozwanego powód ponownie zwrócił uwagę pozwanego na ww. kwestię pismami z dnia 10 kwietnia 2008 r., 24 kwietnia 2008 r. oraz 8 maja 2008 r.

Roboty związane z wykonaniem poboczy i skarp objęte były gwarancją udzielaną przez powoda, a błędy projektowe mogły doprowadzić do zniszczenia robót. Dnia 28 kwietnia 2008 r. powód złożył pozwanemu ofertę dotyczącą robót dodatkowych, jakie okazały się niezbędne do wykonania z powodu wad projektowych. Inżynier Rezydent zaakceptował przedstawioną przez powoda propozycję odwodnienia liniowego, w odpowiedzi na co dnia 14 maja 2008 r. powód przystąpił do realizacji tego polecenia. Roszczenie to zostało ostatecznie zgłoszone przez powoda pozwanemu dnia 31 lipca 2009 r. lecz nie zostało uwzględnione.

Powód dochodzi roszczenia w wysokości wynagrodzenia jakie zapłacił podwykonawcy wraz z kosztami jakie sam poniósł z tego tytułu. Powód nie wskazuje, w jaki sposób wyliczył swoje roszczenie.

Według pozwanego zgodnie z klauzulą 17.2 (opieka Wykonawcy nad Robotami Warunków Ogólnych) kontraktu, oraz pkt. L.5.11(...).OO.OO.OO, - ochrona i utrzymanie robót do czasu odbioru ostatecznego należą do Wykonawcy. Zalecenie Nadzoru jak i Projektanta odnośnie wykonania tymczasowego zabezpieczenia w postaci karbu odwodnieniowego miało na celu zabezpieczenie degradacji wykonanych Robót i jako robota tymczasowa nie podlega dodatkowej zapłacie.

Pozwany informował powoda w piśmie z dnia 9 grudnia 2008 r., że wykonanie tymczasowego zabezpieczenia w postaci karbu odwodnieniowego, które miało na celu zabezpieczenie degradacji Wykonanych robót, jako robota tymczasowa nie podlegało dodatkowej zapłacie.

Zeznania świadków: J. R. – dyrektora kontraktu k.1943 a.s. i J. G. - kierownik budowy k. 1952 a.s. J. Z. - dyrektora kontraktu k. 1981 a.s.

5. Przedłużenie czasu kontraktu i koszty z tego tytułu w kwocie 5.971.271,02 zł.

Strony dokonały zmiany zawartej umowy poprzez zawarcie Aneksu nr 1, którym przedłużono Czas na ukończenie Robót o 6 miesięcy. Kontrakt został zawarty dnia 28 lipca 2006 r. i zakładał 15-miesięczny okres realizacji prac, zaś zakończenie robót miało nastąpić do dnia 3 grudnia 2007 r.

W Kontrakcie – Subklauzula 8.4 - Przedłużenie Czasu na Ukończenie – strony przewidziały możliwość zadłużenia Czasu na Ukończenie. Wykonawca jest upoważniony o przedłużenia Czasu na Ukończenie Robót ze względu na zdarzenia wywołujące opóźnienie uniemożliwiające takie Ukończenie, za które zamawiający przyjmuje ryzyko i odpowiedzialność zgodnie z kontraktem.

Jednakże przyznanie przedłużenia Czasu na Ukończenie nie uwzględnia opóźnień, które leżą po stronie wykonawcy. Opóźnienia leżące po stronie Powoda, szczególnie przy budowie obiektów mostowych oraz problemy ze skompletowaniem kadry Kierowniczej wykluczają według pozwanego jego odpowiedzialność..

W trakcie realizacji robót powód otrzymał od pozwanego 40 poleceń robót które nie były objęte Kontraktem. Każde z poleceń wymagało po stronie powoda zaangażowania dodatkowej ilości sprzętu i ludzi, zakupu nowych materiałów

oraz wpływało na harmonogram wykonania prac. W trakcie realizacji kontraktu wielokrotnie dochodziło do opóźnień spowodowanych brakiem dostępu do terenu budowy w zakładanych terminach.

Sytuacje te dotyczyły przede wszystkim: dostępu do frontu Robót przy profilowaniu rowów, robotach brukarskich oraz rozbiórce budynku w m. Z., dostępu do frontu robót w związku z wstrzymaniem przez pozwanego wszelkich prac w dniu 5 marca 2007 r. w związku z przecięciem trasy drogi z grodziskiem wczesnośredniowiecznym w miejscowości K.wpisanym do rejestru zabytków, brakiem przekazania pozwolenia na budowę obiektu mostowego nr 5 w Z.– most na rzece Z., wstrzymaniem prac w miejscowości W. K.w dniu 28 sierpnia 2007 r. z powodu protestów mieszkańców (zeznania świadków: J. R.– dyrektora kontraktu k.1943 a.s. i J. G.- kierownik budowy k. 1952 a.s. J. Z.- dyrektora kontraktu k. 1981 a.s. i W. W.k. 1999 a.s.).

Zdarzenia te spowodowały, że okres realizacji Robót przesunął się na miesiące, w których wykonywanie prac nie było możliwe ze względu na warunki atmosferyczne. Tak znaczne wydłużenie czasu realizacji Kontraktu oznaczało po stronie powoda: konieczność ponoszenia kosztów utrzymania zapleczy, w tym wytwórni, warsztatów, biur oraz kosztów personelu, konieczność poniesienia kosztów z tytułu przedłużenia polis ubezpieczeniowych, dzierżaw, najmów itp.; poniesienie skutków niekorzystnych zmian czynników cenotwórczych w wydłużonym czasie realizacji robót. Powód zmuszony był do dłuższego trzymania zaplecza budowy i zmuszony był do ponoszenia związanych z tym kosztów w wysokości 2.845.529,75 zł netto.

Według powoda w wydłużonym czasie realizacji kontraktu doszło także do znacznego wzrostu cen w budownictwie, dotyczącego przede wszystkim cen cementu, kruszywa i asfaltów budowlanych, itp. Wysokość roszczenia powoda w tej części została obliczona poprzez porównanie cen materiałów o kluczowym znaczeniu dla realizacji kontraktu oraz oleju opałowego i napędowego, stanowiących podstawę oferty powoda (ceny z czasu zawarcia kontraktu), a cenami tychże materiałów i usług oraz oleju opałowego i napędowego w wydłużonym czasie (po 4 grudnia 2007 r.). Dało to kwotę 885.009,24 zł netto.

Z kolei porównanie uśrednionych cen materiałów o kluczowym znaczeniu dla realizacji kontraktu w okresie umownego czasu realizacji kontraktu (do 4 grudnia 2007 r.), z cenami tychże materiałów usług w wydłużonym czasie dało kwotę 233.662,76 zł netto.

Ponadto w wydłużonym czasie realizacji robót miały miejsce niekorzystne, a istotne zmiany kursu Euro/PLN. Roszczenie z omawianego tytułu zostało wyliczone poprzez przeliczenie na złote polskie kwot wypłaconych powodowi przez pozwanego w euro za prace wykonywane w wydłużonym czasie przy zastosowaniu kursu euro/zł z daty zawarcia umowy 1 euro = 3,9117 zł) oraz z dat poszczególnych płatności. Dało to kwotę 2.240.732,03 zł.

Roszczenia z opisanego tytułu zostały zgłoszone przez powoda pozwanemu – ostatnio w Wystąpieniu o wydanie Ostatecznego Świadczenia Płatności dnia 31 lipca 2009 r., lecz nie stały uwzględnione.

Pozwany twierdził również, że strony ustaliły w Kontrakcie, iż Subklauzula 13.8 (Korekty wynikające ze zmian kosztów) nie będzie miała zastosowania. Strony ponadto postanowiły, w punkcie II Aneksu nr 1, że „wszystkie pozostałe postanowienia i warunki Umowy pozostają niezmienione”.

W punkcie 11 Instrukcji dla Wykonawców (Opis) sposobu obliczenia ceny oferty) (załącznik nr 6 do Pozwu) wskazano, że „Ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji” oraz „Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymywania rekompensaty od zamawiającego z tytułu kosztów ponoszonych ze względu na wahania kursu walut”.

Pozwany podnosił, że powyższe zgodne oświadczenie Stron Umowy nie pozwalają na zmianę wartości kontraktu, ponieważ z tytułu utrzymania zapleczy, polis ubezpieczeniowych zastrzeżono w Kontrakcie stawki ryczałtowe.

Ponadto pozwany podnosił, że Powód nie udowodnił swojego roszczenia, a do pozwu załączył dokumenty księgowe Powoda (np. załącznik nr 74), z których wynika, że część kosztów odnosi się do spółki (...) sp. z o.o., która nie jest stroną procesu.

Pozwany złożył Oświadczenie o ukończeniu robót zgodnie z klauzulą 14.11 [Wniosek o Ostateczne Świadczenie Płatności. Jednakże z uwagi na to, że w

przedmiotowym oświadczeniu Wykonawca wskazał kwoty mu należne wynikające z Poleceń Zmian, Poleceń Wykonania i Roszczeń, które były w ocenie pozwanego niezasadne, zatem w myśl Subklauzuli 14.11 niemożna było wydać Końcowego Świadczenia Płatności.

Ponadto Subklauzula 14.11, akapit 3 stanowi, że jeżeli w następstwie dyskusji między Inżynierem a Wykonawcą oraz uzgodnionych zmian w projekcie Rozliczenia Ostatecznego stanie się jasne, że istnieje spór, to Inżynier dostarczy Zamawiającemu Przejściowe na uzgodnione części Projektu Rozliczenia Ostatecznego z kopią dla Wykonawcy.

Sąd zważył co następuje:

Powództwo jest bezzasadne i podlegało oddaleniu w całości z następujących przyczyn:

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

W Warunkach Szczególnych Kontraktu strony wykreślając pkt „b” w Subklauzuli 2.1 i 1.9 Warunków kontraktowych FIDIC zmodyfikowały odpowiedzialność odszkodowawczą wyłączając uprawnienie Wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty kosztów poniesionych z tytułu nieterminowego przekazania Placu Budowy, nieterminowego przekazania rysunków lub instrukcji kosztów pozostawiając Wykonawcy jedynie uprawnienie do żądania przedłużeniu Czasu na Ukończenie Kontraktu.

Wyłączenie przez strony w ramach warunków szczególnych płatności za poniesione koszty wraz z rozsądnym zyskiem na wypadek przedłużenia czasu na wykonanie robót jest dopuszczalną modyfikacją ustawowej odpowiedzialności kontraktowej. ***Taki zapis umowny pomiędzy profesjonalnymi podmiotami jest w ocenie Sądu dopuszczalny w świetle zapisów kodeksu cywilnego, o ile nie dotyczy szkód, które dłużnik może wyrządzić wierzycielowi umyślnie (przepis art. 473 § 2 k.c.).***

W rozstrzyganej sprawie strony postanowiły wykreślić postanowienie dające wykonawcy uprawnienie również do płatności za jakikolwiek Koszt plus Rozsądny zysk, w sytuacji nie udostępnienia w terminie przez zamawiającego placu budowy i dokumentacji.

Gdyby więc zapisy warunków szczególnych pozostały takie same jak zapisy warunków ogólnych nie mogłyby ulegać wątpliwości, że powód miałby prawo na wypadek nie przekazania w terminie placu budowy i dokumentacji nie tylko do przedłużenia czasu na wykonanie robót, co faktycznie miało miejsce, ale także do płatności za poniesione z tym koszty wraz z zyskiem.

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

Jak wynika z tych zapisów umownych wolą stron *expresiss verbis* wyłączono uprawnienie wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów, pozostawiając wykonawcy uprawnienie do żądania

przedłużenia czasu na ukończenie kontraktu. Tak więc ryzyko czasowe wziął na siebie pozwany natomiast ryzyko finansowe w tym zakresie leżało po stronie powoda.

Należy również podkreślić, że strony zawierając Aneks nr 1 do Umowy, w którym przedłużono Czas na Zakończenie strony wyraźnie potwierdziły, że wszystkie pozostałe postanowienia i warunki Kontaktu pozostają niezmienione. **W Aneksie tym (załącznik m 2 do pozwu) strony nie wprowadziły żadnych zmian do Subklauzuli 1.9, 2.1 czy 13.8., wręcz przeciwnie potwierdziły, że te postanowienia pozostają bez zmian.**

2. W ocenie Sądu poprzez zmianę regulacji stosunków stron kontraktu nie został naruszony przepis art. 473 § 2 k.c. oraz norma art. 353 ¹k.c., z której wynika, że strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współżycia społecznego, z zastrzeżeniem, że dłużnik jest obowiązany do staranności ogólnej wymaganej w stosunkach danego rodzaju, czy tzw. należytej staranności, którą dodatkowo w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tejże działalności (art. 355 k.c.). Taki zapis umowy jest dopuszczalny w ramach swobody zawierania umów pomiędzy profesjonalnymi podmiotami w świetle zapisów kodeksu cywilnego, o ile nie dotyczy szkód, które dłużnik może wyrządzić wierzycielowi umyślnie (art. 473 § 2 k.c.).

W ocenie Sądu powód nie wykazał w ramach tego postępowania, aby szkoda została mu przez pozwanego wyrządzona umyślnie.

Zgodnie z przepisem art. 6 k.c. na powodzie ciążył obowiązek procesowy udowodnienia winy umyślnej w działaniu pozwanego. Aby przypisać pozwanemu winę umyślną w postaci zamiaru ewentualnego należałoby wykazać, że pozwany już w momencie zawarcia umowy stron wiedział o wadach projektu o okolicznościach powodujących przedłużenie czasu kontraktu i godził się na ich wystąpienie oraz na następstwa z tym związane. Tymczasem strony współdziałały przy realizacji Kontraktu, dobrowolnie podpisały Aneks przedłużający Czas na Ukończenie, kontrakt został rozliczony zgodnie z jego postanowieniami i zasadami wyliczenia kosztów według obmiaru robót i cen jednostkowych z kontraktu.

Powód otrzymał wynagrodzenie skalkulowane zgodnie z Umową, na bazie ceny jednostkowej ustalonej przez Powoda w kosztorysie za jednostkę obmiarową.

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

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

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

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

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

Powód w rozważanym stanie faktycznym powinien był jednak udowodnić, że zachowanie pozwanego nosiło znamiona winy umyślnej, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c., co dawałoby mu prawo do domagania się odszkodowania. Powód twierdząc, że to pozwany zawinił w opóźnieniu przekazania placu budowy i dostarczeniu dokumentów oraz instrukcji, czego konsekwencją było opóźnienie terminu realizacji kontraktu i konieczność wykonania wielu dodatkowych robót generujących po stronie wykonawcy koszty stanowiące szkodę powoda, przypisywał mu w ten sposób winę umyślną z zamiarem ewentualnym.

W ocenie Sądu mimo niedochowania przez pozwanego niektórych obowiązków inwestorskich w terminie nie daje to podstaw do przyjęcia, że wykonawca nie będzie w stanie zrealizować kontraktu w terminie i godził się na ewentualną szkodę po stronie wykonawcy.

Rodzaj przypisywanych pozwanemu uchybień z tego tytułu wskazuje raczej na niedochowanie przez zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu inwestycji czy na lekkomyślności, że występujące od początku kontraktu niedociągnięcia czy przeszkody da się usunąć w trakcie robót. Pozwany uwzględniał potrzebę wykonania dodatkowych prac geodezyjnych i wypłacił za te prace, lecz po cenie jednostkowej kontraktu a nie po cenie ustalonej przez powoda z podwykonawcą. W ten sposób nie zakwestionował braków w projekcie w zakresie osnowy geodezyjnej. Nie można mu jednak przypisać winy umyślnej za ujawnienie się okoliczności niezależnych od niego. Wydając polecenia wykonania pozwany realizował płatności za dodatkowe prace konieczne.

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

Zapisy umowy o wyłączeniu zastosowania w jednoznaczny sposób wyłączyły odpowiedzialność pozwanego. Zrezygnowanie przez strony z zapisów postanowień B w klauzuli umownej nr 2.1,1.9 i 13.8 nie oznaczało li tylko, że strony zawarły umowę w brzmieniu bez tych zapisów, lecz oznaczało zmodyfikowanie treści tych postanowień, co pociągało za sobą zmianę zasad odpowiedzialności pozwanego przez ich wyłączenie lub ograniczenie.

Konkludując należy podkreślić, że umowne wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego oraz nie wykazanie, że szkoda powoda objęta pozwem została wyrządzona z winy umyślnej inwestora przesądziły o oddaleniu powództwa.

Pozwany w toku procesu zarzucił także powodowi niedochowanie nienależytej staranności przy realizacji kontraktu, ponieważ powód miał problemy z mobilizacją, personelem kierowniczym, uruchomieniem wytwórni mas bitumicznych oraz przestrzeganiem harmonogramu robót i reżimów technologicznych co wpłynęło na sposób i czas realizacji kontraktu. Inżynier kontraktu wielokrotnie zwracał uwagę wykonawcy na uchybienia i nieprawidłowości w czasie realizacji kontraktu. Świadczą o tym zeznania świadków W. P. - kierownika projektu na k.2017 a.s., W. Z. - inżyniera w zespole inżyniera kontraktu na k. 2002 a.s., J. A. - inżyniera rezydenta na k. 2019 a.s., A. W. - inżyniera rezydenta na k. 2025 i a.s., M. W. - inspektora nadzoru robót drogowych k. 2075 a.s.

Zarzut pozwanego dotyczący przedawnienia roszczeń powoda nie jest w ocenie Sądu zasadny (k.1561 a.s.). Termin wymagalności roszczenia liczony jest od chwili zakończenia kontraktu i wydania Świadczenia Wykonania, co nastąpiło w dniu 9 czerwca 2009 r.

Pozew w sprawie wpłynął do Sądu w dniu 24 marca 2010 r. Roszczenia powoda przedawniają się po upływie dwóch lat od dnia oddania robót (art. 646 k.c. i art. 656 k.c.).

Należy stwierdzić, że kontrakt stanowił jedną całość budowlaną, na jego realizację składał się określony w umowie zakres prac wykonywanych na różnych etapach czasowych realizacji kontraktu. Termin wymagalności roszczenia powoda rozpoczyna się więc po zakończeniu wszystkich robót zasadniczych i po wydaniu świadectwa wykonania. Dopiero wówczas można mówić o powstaniu wymagalnego roszczenia powoda o naprawienie szkody. Przepis art. 120 § 1 k.c. stanowi, że bieg terminów przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynności w najwcześniejszym możliwym terminie. Niezasadny jest pogląd pozwanego, że bieg terminów przedawnienia poszczególnych roszczeń należy liczyć od poszczególnych zdarzeń, które miały miejsce w czasie realizacji kontraktu a z którymi wiążą się poszczególne roszczenia finansowe.

Zgłoszone roszczenia finansowe i czasowe wykonawcy rozpoznawane w trakcie trwania kontraktu przez Zamawiającego były poddane reżimowi kontraktowemu co do formy i terminów ich zgłaszania (klauszula 20.1. kontraktu). Przekroczenie terminu kontraktowego do powiadomienia o roszczenia (termin zawity -28 dni do powiadomienia inżyniera o zdarzeniu powodującym roszczenie i termin 42 dni do przesłania inżynierowi pełnego szczegółowego roszczenia) powodowało odrzucenie takiego roszczenia przez zamawiającego. Należy przy tym podnieść, że zgodnie z ogólną zasadą swobody umów z art. 353 (1) k.c. istnieje możliwość umownego zastrzeżenia terminu zawitego, po upływie którego roszczenia wierzyciela wygasają i nie jest to sprzeczne z art. 119 k.c. Inne są bowiem skutki i funkcje terminów zawitych i terminów przedawnienia.

Szkoda powoda ma niewątpliwie charakter majątkowy i wynika z przedłużenia czasu na wykonanie kontraktu oraz z wykonania dodatkowych robót nie objętych kontraktem. Roszczenia finansowe powoda nie zostały uwzględnione w trybie kontraktowym, ponieważ pozwany odrzucił roszczenia zgłaszane po kontraktowym terminie ich zgłaszania roszczeń.

Powód złożył do akt sprawy obszerną dokumentację zawierającą protokoły zdawczo-odbiorczego dotyczące prac związanych z: założeniem osnowy geodezyjnej poziomej III klasy, z ponownym profilowaniem rowów, z wykonaniem zabezpieczenia przeciwoerozyjnego i dotyczących kosztów czasowej organizacji ruchu oraz złożył wyciągi z konta powoda z potwierdzeniem zapłaty faktur na rzecz podwykonawców oraz liczne faktury wystawione przez podwykonawców za usługi transportowe, usługi maszyn do prac ziemnych (usługi budowlane koparką, piasek zasypowy) i za materiały budowlane wraz z dowodami ich zapłaty (k. 2241 i n a.s. oraz segregatory z fakturami). Dokumenty powoda dotyczące ustalenia wysokości szkody były weryfikowane przez zespół inżyniera kontraktu przy okazji opiniowania zgłaszanych w trybie kontraktowym roszczeń.

Powód wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania na okoliczność ustalenia różnicy pomiędzy poniesionym przez powoda kosztem wykonania osnowy geodezyjnej Klasy III a prawdopodobnym kosztem wykonania osnowy, jakie poniósłby powód na wykonanie prac polegających na przeniesieniu istniejącej w terenie osnowy geodezyjnej poza granice robót budowlanych, kosztów wykonania prac dodatkowych dotyczących ponownego profilowania rowów na skutek wycinki drzew na Odstawie Polecenia Wykonania nr 1/20/3007 z dnia 28 lutego 2007 r., kosztów wykonania robót zamiennych związanych ze zmianą tymczasowej organizacji ruchu w okresie realizacji prac i rezygnacją z wykonywania poszerzeń umocnionych o nawierzchni z płyt betonowych, istnienia błędów w dokumentacji projektowej skutkujących niszczeniem i erozją poboczy oraz skarp, kosztów wykonania prac dodatkowych związanych z wykonaniem zabezpieczenia przeciwoerozyjnego poboczy oraz skarp i napraw poboczy i skarp uszkodzonych wskutek błędów projektowych, dodatkowych kosztów poniesionych przez powoda na realizację przedmiotu umowy w okresie przedłużonego czasu realizacji umowy, tj. w okresie od 4 grudnia 2007 r. do dnia 31 maja 2008r (k. 2218 i 2254 i a.s.).

Oddalenie wniosków dowodowych zmierzających do ustalenia wysokości szkody powoda (wnioski dowodowe na k.2222 i 2435 a.s.) wynikało jedynie z braku wykazania istnienia podstawowej przesłanki odpowiedzialności pozwanego tj. winy umyślnej w jego zachowaniu, które miało spowodować powstanie szkody, co spowodowało bezpodstawność udowadniania wszystkich trzech wymaganych kumulatywnie przesłanek odpowiedzialności umownej pozwanego (winy- w tym przypadku winy umyślnej, związku przyczynowego i szkody).

Weryfikowanie wyliczeń powoda i precyzyjne ustalanie wysokości szkody pociągałoby za sobą ogromne koszty wynagrodzeń biegłych, co jest faktem znanym Sądowi z urzędu. Zdaniem Sądu byłoby to działanie niecelowe i sprzeczne z zasadami ekonomii procesowej wobec oddalenia powództwa w całości z uwagi na wyłączenie przez same strony umowy odpowiedzialności zamawiającego za opóźnienia w przekazaniu placu budowy i dokumentacji oraz innych niezawinionych przez niego okoliczności (np. zmiana kursu walut czy znaczny wzrost cen materiałów budowlanych).

Z tej przyczyny Sąd orzekł jak w pkt. 1 wyroku.

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