

Sygn. akt **XXV C 514/12**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: **SSO Piotr Bednarczyk**

Protokolant: Agnieszka Kukwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2017 r. w Warszawie

sprawy z powództwa (...) SA z siedzibą w W.

przeciwko **Skarbowi Państwa- Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, M. C. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P.**

o zapłatę 6 994 726 zł

I. Zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) SA w W. :

a. kwotę 6 899 823zł 35gr (sześć milionów osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset dwadzieścia trzy złote trzydzieści pięć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi za okres od 8 kwietnia 2011 r. do dnia zapłaty do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie za okres od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty

b. 129 817 zł (sto dwadzieścia dziewięć tysięcy osiemset siedemnaście złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 28 800 zł (dwadzieścia osiem tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

II. Oddala powództwo w pozostałej części;

III. Zasądza od (...) SA w W. na rzecz M. C. i (...) Sp. z o.o. w P. po 22 617 zł (dwadzieścia dwa tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym po 21 600 zł (dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

IV. Nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – kasa Sądu Okręgowego w Warszawie od Skarbu Państwa – generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 31 180zł 95gr (trzydzieści jeden tysięcy sto osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem nieuiszczonych wynagrodzeń biegłych.

Sygn. akt XXVC 514/12

UZASADNIENIE WYROKU

Pozwem z dnia 06 kwietnia 2012 r. powodowa spółka (...) S.A. z siedzibą w W. (wcześniej (...) SA z siedzibą w W.) dochodziła od Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (pozwany ad. 1), M. C. (pozwany ad. 2) i (...) spółka z o.o. z siedzibą w P. (pozwana ad. 3) solidarnie kwoty 6 994 726 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 08 kwietnia 2011r do dnia zapłaty. wniosła także o zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Swoje roszczenie powódka wywodziła z łączącej ją z GDDKiA umowy z dnia 29 października 2010 r. o wykonanie robót polegających na rozbudowie drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi expressowej na odcinku R. (...) od 386+000 do km 408+ 805. W uzasadnieniu pozwu wskazano, że powódka, jako wykonawca, wykonała roboty, które były

niezbędne dla właściwej realizacji kontraktu, chociaż nie były one uwzględnione w dokumentacji projektowej. Pomimo pism kierowanych do pozwanych, powódka nie otrzymała zapłaty za wykonane prace, co spowodowało konieczność wystąpienia na drogę sądową z roszczeniem odszkodowawczym (pozew k. 2-41).

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w odpowiedzi na pozew nie uznał powództwa i wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Zdaniem pozwanego ad. 1 powódka powinna wykonać czynności i roboty, za które dochodzi zapłaty, w ramach łączącej strony umowy i w cenie określonej w tej umowie. Powódka przygotowywała swoją ofertę w oparciu o dokumentację zamawiającego i już na tym etapie powinna ujawnić konieczność wykonania ścianek szczelnych i zgłosić ją w ofercie przedmiotowo i cenowo. Pozwany nie może ponosić odpowiedzialności za błędnie przygotowaną ofertę wykonawcy. Potwierdził, że wykonanie ścianek szczelnych było zasadne, ale nie wyraził zgody, by prace te były płatne, jako roboty dodatkowe, gdyż wykonawca powinien był przewidzieć w ofercie koszty zabezpieczeń. Poza tym powód nie dochował procedury zgłaszania faktów powodujących przedłużenie czasu wykonania robót lub warunkujących dodatkowe wynagrodzenie. Zgłoszone 22 lutego 2011 r. roszczenie nr 3 złożono już po upływie przewidzianych terminów. Natomiast przedstawiony przez wykonawcę kosztorys nie jest dowodem na wysokość dochodzonego pozvem roszczenia. GDDKiA zakwestionował także żądanie odsetek od dnia 08 kwietnia 2011 r. Wskazał, że odsetki należałyby się zgodnie z Subklauzulą nr (...) Warunków Szczególnych Kontraktu za zwłokę w zapłacie faktury. Tymczasem wykonawca nie wystawił faktury, tylko wezwanie do zapłaty (k 2834-2846).

(...) spółka z o.o. z siedzibą w P. w odpowiedzi na pozew w pierwszej kolejności wносиła o odrzucenie pozwu, a ewentualnie przy braku akceptacji powyższego wniosku przez Sąd, wносиła o oddalenie powództwa wobec niej z zasądzeniem kosztów postępowania.

W uzasadnieniu pozwana spółka podniosła zarzut braku legitymacji czynnej po stronie spółki z uwagi na fakt, że spółka (...) zawarła Kontrakt jako Lider Konsorcjum i że drugim konsorcjantem jest Spółka Akcyjna (...), a wystąpienie z pozwem tylko przez jednego konsorcjanta uzasadnia odrzucenie pozwu. Odnosząc się do żądania pozwu pozwana ad. 3 wskazała, że na żadnym etapie prowadzonej z wykonawcą korespondencji nie potwierdzała, iż prace, które wskazywał wykonawca jako dodatkowe, a konieczne do wykonania, zostaną potraktowane jako dodatkowe i że zostanie za nie uiszczony wynagrodzenie. Pozwana jedynie uznała prawidłowość pomysłu i nakazała wykonywanie robót zgodnie z projektem i dokumentacją. To jedynie niedokładne zapoznanie się powoda z dokumentacją przez podpisanie kontraktu spowodowało powstanie niniejszego sporu (k 2650- 2698).

Pozwany **M. C.** w odpowiedzi na pozew w pierwszej kolejności wносиł o odrzucenie pozwu, a na wypadek nie podzielenia stanowiska o istnieniu podstaw do odrzucenia pozwu, wносиł o oddalenie powództwa wobec niego z zasądzeniem kosztów postępowania.

Pozwany ad. 2 podniósł, że na budowie działał jako reprezentant zamawiającego i zobowiązany był jedynie wobec pozwanej ad. 3 i powód nie jest uprawniony do wysuwania roszczeń odszkodowawczych przeciwko niemu. Niezależnie od powyższego pozwany wskazywał na zaniedbania wykonawcy w zakresie zapoznania się szczegółowo z pełną dokumentacją przed złożeniem oferty i podpisaniem kontraktu, a poza tym podtrzymał argumentację przedstawioną przez pozwaną ad. 3 (k. 3051-3054).

W **replie na odpowiedzi pozwanych** z 23 lipca 2013 r., powód podnosił niezasadność zarzutu braku legitymacji czynnej po jego stronie. Żądanie dochodzone pozvem jest odszkodowaniem, a odszkodowanie należy się tylko osobie bezpośrednio dotkniętej szkodą. Zaznaczył, że prace, które są przedmiotem sprawy wykonane zostały przez spółkę (...) i to jej należy jej się za to zapłata. Odnosząc się do stanowisk pozwanych, powód podtrzymał dotychczasową argumentację, że wykonane przez niego roboty nie były objęte Kontraktem. Podkreślił sprzeczność rozwiązań zawartych w projekcie wykonawczym z projektem budowlanym. Zdaniem powoda pozwani skutecznie nie zakwestionowali żadnej pozycji z kosztorysu, dlatego należy uznać, że wykazał on zakres i wysokość szkody. Stał również na stanowisku, że zachował procedurę dochodzenia roszczenia. Powód podniósł też, że niezależnie od podstawy prawnej roszczenia o naprawę szkody poniesionej w wyniku nienależytego wykonania przez pozwanego ad. 1 w postaci nieprawidłowego

przygotowania dokumentacji projektowej, zdaniem powoda zachodzą podstawy do uwzględnienia roszczenia powoda w oparciu o **przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu** (k 3123- 3137).

W piśmie z 08 listopada 2013 r. powódka wskazała, że równowartość zaprojektowanych i wykonanych przez nią konstrukcji oporowych w postaci ścianek szczelnych stanowi bezpodstawne wzbogacenie GDDKiA, który otrzymał to świadczenie bez podstawy prawnej. Spółka powodowa wykonała ścianki szczelne w celu dbałości o proces inwestycyjne, gdyż były to prace konieczne, a Inżynier zaakceptował projekt i nakazał kontynuację prac (pismo k. 3441-3451).

W załącznik do protokołu rozprawy z 05 lutego 2014 r. pełnomocnik powódki wskazał, że roszczenie wobec pozwanego ad. 1 jest roszczeniem o naprawienie szkody wg. art. 471 k.c., a roszczenie wobec pozwanych ad. 2 i ad. 3 jest także roszczeniem o naprawę szkody wg 415 k.c. (załącznik do protokołu k. 3471-3477).

Postanowieniem z 15 listopada 2013 r. Sąd wezwał do udziału w sprawie w charakterze powoda spółkę (...) S.A. z siedzibą w W.. Na rozprawie 01 kwietnia 2014 r. sąd uchylił ww. postanowienie (postanowienie k. 3457, postanowienie na rozprawie k. 3898).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

A.

Pismem z **11 czerwca 2010 r.** Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad skierowała do uczestników postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na Rozbudowę drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku R. (...) – gmina województwa (...) od km 386+000 do km 408+805 zaproszenie do składania ofert. Jednocześnie GDDKiA, jako zamawiający, przekazał uczestnikom Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zawierającą:

- Instrukcję dla wykonawców
- Warunki Kontraktu
- Dokumentację Projektową
- Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych
- Kosztorys Ofertowy i Przedmiary Robót

(zaproszenie do składania ofert k. 2847).

(...) SA w (...) S.A. z siedzibą w W., celem wzięcia udziału w ww. postępowaniu przetargowym, podpisali 12 lipca 2010 r. umowę Konsorcjum nr (...). Liderem konsorcjum została forma (...) SA i została pełnomocnikiem Konsorcjum w rozumieniu art. 23 u.p.z.p. uzyskując m.in. prawo do reprezentowania Konsorcjum przed sądami powszechnymi i jednostkami organizacyjnymi w zależności od wymagań Kontraktu. Partnerzy konsorcjum zawarli też 14 października 2010 r. porozumienie wykonawcze. Konsorcjanci wskazali, że nie zamierzają zawierać żadnej umowy spółki, ani też nie wskazywali w umowie na wolę wyodrębnienia osobnej masy majątkowej (umowa konsorcjum k. 3086-3093, porozumienie wykonawcze k. 3094-3103).

Na podstawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, powód (...) SA z siedzibą w W., będący liderem Konsorcjum, w którego skład wchodziła (...) S.A. z siedzibą w W., podpisał, jako wykonawca, **29 października 2010 r.** w Ł. ze Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiającym, umowę nr (...) o wykonanie robót polegających na rozbudowie drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku R. (...) – gmina województwa (...) od km 386+000 do km 408+805.

Zgodnie z treścią pkt 2 ww. mowy, integralną część umowy stanowiły następujące załączniki:

- a) Szczególne Warunki Kontraktu (dalej SWK);
- b) Warunki kontraktu na budowę dla robot budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (FIDIC);
- c) Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ);
- d) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych;
- e) Dokumentacja Projektowa;
- f) Wniosek Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym;
- g) Oferta wykonawcy z załącznikami.

Wartość kontraktu ustalono na kwotę 381 697 673,71zł + podatek VAT – łącznie 465 671 161,93zł (pkt 4.1 umowy). Wykonawca zobowiązał się wykonać roboty najpóźniej do 31 maja 2012 r. (pkt 5 umowy) W pkt 7. umowy przewidziano formę pisemną dla jakichkolwiek zmian i uzupełnień treści kontraktu pod rygorem nieważności (umowa k 55- 56).

B.

(...) S.A. zawarła z SP-GDDKiA **27 października 2010 r.** umowę nr (...) na zarządzanie kontraktem o nazwie Za-rządzenie Kontraktem - Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku R. (...) - granica województwa (...) od km 386 + 000 do km 408 + 000 - w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót. Na podstawie tej umowy (...) S.A. działała jako konsultant w rozumieniu subklauzuli (...) SWK. Tym samym pozwana ad. 3 była odpowiedzialna za prowadzenie Kontraktu w imieniu inwestora SP-GDDKiA, a w tym za dba-nie o zgodność wykonywanych robót zgodnie z umową, projektem oraz zasadami sztuki bu-dowlanej, jak też za wykonywanie wszystkich innych czynności spoczywających na nadzorze inwestorskim w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane. Zgodnie z postanowieniami art. 5 ust. 5.1. Warun-ków Ogólnych Umowy (dalej: WOU) za zarządzanie kontraktem, pozwana ad. 3., jako Kon-sultant, ponosiła całkowitą odpowiedzialność wobec Zamawiającego oraz osób trzecich z tytułu roszczeń wy-nikających z jakiegokolwiek naruszenia przez Konsultanta lub jego pracowników i Podwy-konawców przepisów i postanowień Umowy stanowiących integralną część Umowy na Zarzą-dzanie Kontraktem. Funkcje inspektorów nadzoru inwestorskiego na przedmiotowej inwestycji pełnili wyznaczeni przez pozwaną spółkę jej pracownicy. Funkcję Inżyniera Kontraktu, w rozumieniu klauzuli (...) FIDIC, pozwana spółka powierzyła swojemu pracownikowi M. C.. Do jego obowiązków, zgodnie z art. 5 ust. 5.6 WOU należało, między innymi, rozpatrywanie roszczeń wykonawcy robót, ich szczegółowa analiza w świetle warun-ków kontraktu i obowiązującego prawa, przedstawienie uzasadnionego stanowiska sprawie roszczenia Zamawiającemu oraz uzgodnionego stanowiska dla wykonawcy. Wszelkie wnioski formułowane przez Konsultanta dla Zamawiającego powinny zawierać wyczerpujące uzasadnienie (oparte w zależności od sytuacji na analizie np. har-monogramu, dokumentów kontraktowych, kosztów, sytuacji rynkowej, powszechnie obowią-zujących przepisów prawa, itp.) z konkretnymi i jednoznacznymi rekomendacjami (art. 5 ust. 5.5 WOU). Zgodnie z artykułem 7 ust. 7.1. WOU, do zadań Konsultanta należała weryfikacja otrzymanej dokumentacji projektowej co do zgodności proponowanych rozwiązań z obowiązującymi przepisami, zasadami wiedzy technicznej i wymaganiami Zamawiającego oraz dokonanie kontroli obliczeń w celu weryfikacji ewentualnych błędów. Konsultant miał też dokonać inspekcji terenu budowy oraz przeprowadzić szczegółową weryfikację pod kątem zgodności stanu istniejącego z dokumentacją projektową. Jego rolą było także weryfikowanie, z punktu widzenia realizacji cało-ści robót, kompletność dokumentów, uzgodnień umów pozwoleń i rysunków, za których do-starczenie odpowiedzialny jest Zamawiający. W wyniku przeprowadzonej weryfikacji doku-mentacji miał zaproponować konkretne zmiany i rozwiązania, o ile takie okażą się konieczne (umowa (...) (...) - (...), aneks do umowy k. 2777-2779, WOU k. 3495-3516).

C.

Zgodnie z klauzulą (...) SWK dokumentacja projektowa określająca zakres prac do wykonania została przygotowana przez Inwestora tj. SP-GDDKiA. **W dokumentacji tej nie zaprojektowano, jak również nie wskazano konieczności wykonania konstrukcji oporowych umożliwiających połówkową realizację zadania inwestycyjnego. Ponadto przewidziano w niej całościowe wykonanie obiektu (najlepiej widać to w klauzuli o treści Ni niejszy projekt obiektu inżynierskiego nie przewiduje etapowania bu-dowy. Należy wykonać w jednym etapie pełny zakres przewidziany dla stanu docelowego).** Tymczasem aby utrzymać ruch na jednej nitce drogi – jak wymagał tego tom XI dokumentacji – takie zabezpieczenie było konieczne.

(opinia biegłego k. 4747, ekspertyza prywatna PG k. 2570-2572, projekty budowlane np. k. 34 akt I Cps 63/15).

Projektant przygotowując projekt nie brał pod uwagę etapowania prac. Gdyby wiedział, że prace mają być etapowane, ściany oporowe w pasie rozdziałów znalazłyby się w przedmiarze robót. Dla projektantów najważniejszy jest projekt budowlany, wykonawczy jest uszczegółowieniem projektu budowlanego. W niektórych obiektach zaprojektowano ścianki, ale dla zabezpieczenia innych elementów budowli, np. przy wiadukcie (...) była ścianka zabezpieczająca linię kolejową pod wiaduktem (zeznania świadków M. Ł. k. 4030, A. S. k. 4031, K. R. k. 3339 i nast. od 00:22:16. A. G. k. 243 akt załączonych I Cps 63/15)

We wcześniej ogłaszanych przetargach dokumentacja projektowa zawierała informacje o etapowaniu prac oraz o konieczności wbicia i wyciągnięcia ścianek szczelnych. Ścianki zostały wówczas wymienione w specyfikacji technicznej oraz przedmiarze robót. Dzięki temu można je było uwzględnić w ofercie.

Dokumentacja techniczna dotycząca obwodnicy G. k.2573 i nast.

D.

(...) nie dostrzegła niespójności w dokumentacji. Wykonawca dostrzegł rozbieżności w dokumentacji projektowej już po rozpoczęciu prac – w połowie listopada 2010 r. Ani w dokumentacji projektowej ani w specyfikacji ani w przedmiarach, które opisywały przedmiot zamówienia, nie było mowy o tym, że należy wykonać ścianki szczelne. W dokumentacji wykonania wiaduktu był zapis, że roboty należy wykonać w całości, a w dokumentacji organizacji ruchu było napisane, że należy prowadzić roboty w taki sposób, aby po drugiej nitce był prowadzony ruch drogowy.

Gdy okazało się, że rozbieżności w dokumentacji projektowej uniemożliwiają wykonanie robót, wykonawca zwrócił się do Inżyniera z prośbą o wyjaśnienie nieścisłości. W tym celu w piśmie z **29 listopada 2010 r.** ((...)), skierowanym do (...) sp. z o.o. i M. C., spółka (...) S.A. wskazała na sprzeczność zapisów zawartych w dokumentacji technicznej dotyczącej sposobu prowadzenia robót na jezdni głównej z opisem sposobu wykonania obiektów inżynierskich o symbolach (...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). Zaznaczono, że warunkiem koniecznym realizacji inwestycji przy jednoczesnym utrzymaniu ruchu na jedni głównej jest uprzednie wykonanie konstrukcji zabezpieczającej skarpe w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami, która nie jest objęta przedmiotem zamówienia i której wykonanie może nastąpić, zgodnie z ustawą p.z.p. po uprzednim udzieleniu nowego zamówienia we właściwym trybie (pismo k. 1542-1443, zeznania świadka K. R. k. 3340, świadka A. A. k. 3479).

Wobec braku odpowiedzi na powyższe pismo, powodowa spółka wystosowała do (...) sp. z o.o. i M. C. **17 grudnia 2010 r.** kolejne pismo ((...)), w którym powiadomiła (w trybie subklauzuli (...) Warunków Kontraktu) o możliwości powstania opóźnień z powodu nierozwiązania zgłaszanego problemu i braku możliwości rozpoczęcia wykonywania obiektów inżynierskich (...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). Spółka (...) zażądała też wydania w terminie do dnia 24 grudnia 2010 r. instrukcji w zakresie:

- jak należy prowadzić roboty przy ww. obiektach inżynierskich w sytuacji nieobjęcia przedmiotem zamówienia wykonania konstrukcji zabezpieczającej skarpe w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami

- poinformowania Wykonawcy, po należytej konsultacji z Zamawiającym, o tym, czy Zamawiający zamierza w zaistniałej sytuacji udzielić zamówienia uzupełniającego (lub przy zastosowaniu innego trybu przewidzianego ustawą p.z.p.) w zakresie wykonania konstrukcji zabezpieczającej skarpe w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami (pismo k. 1574-1575).

Inżynier Kontraktu, odnosząc się do treści ww. pism spółki (...) S.A., w piśmie z **21 grudnia 2010 r.** (...) wskazał, że podnoszone przez wykonawcę zapisy należy interpretować w ten sposób, iż etapowanie robót i ich całkowite zakończenie dotyczy obiektów na jednej jezdni, która na czas wykonywania prac jest wyłączona z ruchu - na drugiej jezdni odbywa się w tym czasie ruch dwukierunkowy. Jednocześnie w piśmie tym podkreślono, że Kontrakt jest realizowany na podstawie FIDIC, wszystkie roboty są rozliczane na podstawie potwierdzonego obmiaru. Nie ma więc potrzeby dokonywać dodatkowych zleceń na rozszerzenie zakresu rzeczowego, co dotyczy też zabezpieczenia skarp w pasie rozdziału. Inżynier Kontraktu wskazał ponadto, że „temat uważa za wyczerpany” i wezwał wykonawcę do realizacji Kontraktu (pismo k. 1576).

W dniu 22 grudnia 2010 r. odbyło się spotkanie, podczas którego Inżynier poinformował, że kwestia budowy ścianek szczelnych jest przedmiotem analizy jego inspektorów (zeznania świadka K. R. k. 3341).

(...) SA w piśmie z **23 grudnia 2010 r.** (...) nie zgodziła się ze stanowiskiem Inżyniera Kontraktu, wskazując, że jej zdaniem projekt jednoznacznie określa, iż roboty należy wykonać w jednym etapie bez żadnego podziału. Podkreślono, że roboty związane z zabezpieczeniem skarpy nie są opisane w dokumentacji projektowej dołączonej do SIWZ ani w kosztorysie ofertowym. Dlatego też zdaniem wykonawcy na roboty te, jako na roboty dodatkowe, powinno być udzielone nowe zamówienie. Niezależnie, wykonawca zlecił wykonanie projektu opisującego wykonanie zabezpieczenia i etapowania robót na obiektach w ciągu drogi (...) i przedłożył ten projekt Inżynierowi Kontraktu, stosownie do jego prośby wyrażonej w trakcie spotkania mającego miejsce w dniu 22 grudnia 2010 r. (pismo k. 1577).

E.

W piśmie z **03 stycznia 2011 r.** (...) SA, w trybie subklauzuli (...) Warunków Kontraktu, powiadomił o możliwości powstania opóźnienia wobec braku odpowiedniej reakcji ze strony Inżyniera Kontraktu. Wezwał Inżyniera do zajęcia stanowiska i wydania stosownych instrukcji do dnia 10 stycznia 2011 r. (pismo k. 1578-1579).

Pismem z **04 stycznia 2011 r.** (...) Inżynier Kontraktu zwrócił się do Projektanta o wyjaśnienie rozbieżności dotyczących etapowania robót na obiektach mostowych zlokalizowanych w ciągu projektowanej drogi (...). Wskazał, że problem opisują dołączone pisma wykonawcy. W odpowiedzi z **12 stycznia 2011 r.** Projektant, (...) sp. z o.o. wskazał, że etapowanie i całkowite zakończenie robót dotyczy obiektu na jednej jezdni, która na czas wykonywania robót jest wyłączona z ruchu, zgodnie z projektem wykonawczym. Natomiast zgodnie z STWiORB (...). wybór metody wykonania wykopów oraz zapewnianie bezpieczeństwa konstrukcji przyległych do robót ziemnych należy do obowiązków wykonawcy (pismo Inżyniera k. 2883, pismo projektanta k. 2886).

W piśmie z **11 stycznia 2011 r.** (...) Inżynier Kontraktu wskazał, iż uznaje zaproponowane przez wykonawcę w projekcie zabezpieczenia nasypów za przyczółkami rozwiązanie za niepotrzebnie skomplikowane, ale poprawne i możliwe do zaakceptowania po uzgodnieniu z Projektantem, autorem dokumentacji podstawowej, co jest niezbędne, gdyż wykonawca planuje ingerować w projektowane ławy fundamentowe poprzez mocowanie ścianki szczelnej. Inżynier wskazał, że kwestia dodatkowego zamówienia jest bezprzedmiotowa, gdyż zabezpieczenie wykopów jest szczegółowo opisane w (...) natomiast wykonanie i rozliczenie ścianek szczelnych opisuje (...) Wystosowano zapytanie do projektanta szczegółowo opisując problem Wykonawcy i po otrzymaniu odpowiedzi zostanie podjęta decyzja o sposobie rozliczenia robót zgodnie z Warunkami Kontraktu (pismo k. 1580-1581).

W związku z tym, że w projekcie nie przewidziano zabezpieczenia dla drugiej nitki ruchu, w celu zrealizowania kontraktu konieczne było zbudowanie ścianki oporowej, która odgradzała wykop i dawała możliwość przejazdu. (zeznania świadków: K. R. k. 3340, K. L. k. 3455 i B. B. k.).

F.

(...) SA zleciła firmie (...) wykonanie projektów technologicznych dla poszczególnych obiektów inżynierskich wymagających dodatkowych robót zabezpieczających. Firma ta wykonała:

- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór wiaduktu (...) (projekt k. 1793-1805)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór mostu (...) (projekt 1808-1825)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór wiaduktu (...) (projekt k. 1828-1835, 1843-1850)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających wykopy przy budowie podpór wiaduktu (...) (projekt k. 1852-1885)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających wykopy przy budowie podpór wiaduktu (...) (projekt k. 1890-1940)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór mostu (...) (projekt k. 1944-1980)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór obiektu (...) (projekt k. 1982-2003)
- projekt technologiczny ścianek szczelnych zabezpieczających istniejące nasypy i wykopy przy budowie podpór przejazdu gospodarczego (...) (projekt k. 2005-2024).

Pismami z **21 stycznia 2011 r.** (...) i z **01 lutego 2011 r.** (...) (...) SA zwróciła się do Inżyniera Kontraktu i Projektanta z prośbą o zatwierdzenie ww. projektów zabezpieczenia nasypów i wykopów dot. poszczególnych obiektów inżynierskich. Inżynier Kontraktu zaakceptował ostatecznie wszystkie projekty, zaznaczając, że akceptacja ta nie może stanowić podstawy do roszczeń finansowych wykonawcy. Również Projektant (...) sp. z o.o. zaakceptował przedłożone projekty technologiczne bez uwag. (pismo (...) kk. 1806, 1886, pisma (...) sp. z o.o. kk. 1807, 1827, 1851, 1889, 1943, 1982, 2004, 20206, pisma Inżyniera kk. 1826, 1887, 1888, 1941, 1942, 1981, 2025).

Wykonawca w trybie subklauzuli (...) SWK zwołał na dzień **20 stycznia 2011 r.** dodatkowe spotkanie w celu omówienia problemów związanych z realizacją umowy. Następnie w piśmie z **25 stycznia 2011 r.** (...), odnosząc się do pisma Inżyniera z 11 stycznia 2011 r. oraz do ustaleń poczynionych podczas ww. spotkania, (...) SA wskazała, że zaprezentowane przez Inżyniera stanowisko jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Mianowicie, roboty w zakresie wykonania ścianek szczelnych nie stanowią części składowej Oferty Wykonawcy i nie znajdują się w dokumentacji projektowej. Zamówienie robót dodatkowych jest zawsze nowym zamówieniem objętym nową umową. W dalszej części pisma wykonawca szczegółowo uzasadnił swoje stanowisko (wystąpienie wykonawcy (...) k. 1582, pismo (...). k. 1584-1590).

W piśmie z **27 stycznia 2011 r.** (...) SA (...) zgłosił Inżynierowi Kontraktu rozbieżności w Dokumentacji Projektowej w zakresie przepustów żelbetonowych oznaczonych symbolem (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). Zaznaczono, że Dokumentacji Projektowej nie przewidziano podziału robót, co potwierdza tezę braku etapowania przy realizacji ww. przepustów. W zaistniałej sytuacji niezbędna jest budowa konstrukcji zabezpieczającej skarpe w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami, która nie jest objęta przedmiotem zamówienia i której wykonanie może nastąpić po udzieleniu nowego zamówienia (pismo k. 2894-2895).

G.

Pismem z **11 lutego 2011 r.** ((...)) wykonawca, w związku z opóźnieniem związanym z niemożliwością wykonywania obiektów inżynierskich ((...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...)), na podstawie subklauzuli (...) Warunków Kontraktu, zgłosił **roszczenie nr 1** w zakresie przedłużenia czasu na ukończenie i wszystkich terminów pośrednich wyszczególnionych w kontraktach oraz dodatkowej płatności za koszty, które wykonawca poniesie w przyszłości w związku z ww. opóźnieniem (pismo k.2896-2897).

Podczas Rady Budowy nr 2 w dniu **17 lutego 2011 r.** Zamawiający i Inżynier Kontraktu poinformowali wykonawcę, że w ich ocenie prace zabezpieczające nie są robotami dodatkowymi, gdyż są objęte opisem przedmiotu zamówienia i oczekują wykonania ich w ramach umowy podstawowej. W związku z tym wykonawca przystąpił do wykonywania ścianek szczelnych zgodnie z wolą zamawiającego (pismo (...) z 21.02.2011 r., k.2896-2897).

Pismem z **21 lutego 2011 r.** ((...)) (...) SA skierowała do Inżyniera Kontaktu **Powiadomienie o Roszczeniu nr 3** w zakresie dodatkowej płatności w wysokości ekwiwalentnej wartości robót budowlanych obejmujących wykonanie ścianek szczelnych w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami na obiektach inżynierskich (...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) oraz w pasie rozdziału w obrębie przepustów skrzynkowych oznaczonych symbolami (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) w ciągu korpusu jezdni głównej DK (...), na których wykonanie Zamawiający nie zamierza udzielić nowego zamówienia w trybie ustawy p.z.p. (pismo k. 1591-1593).

Inżynier Kontraktu w piśmie z **22 lutego 2011 r.** stwierdził, że kwalifikacja zabezpieczenia sąsiednich budowli poprzez budowę ścianek szczelnych z grodzic stalowych do kategorii robót dodatkowych jest całkowicie błędna. Ponadto wykonawca nie jest uprawniony do określenia braku możliwości rozpoczęcia robót w powiadomieniu o Roszczeniu nr 1, gdyż 18 listopada 2010 r. Zamawiający przekazał plac budowy pod cały kontrakt, w tym pod wykonanie obiektów inżynierskich (...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) a wykonawcy przekazano całość dokumentacji kontraktowej. Poza tym Zamawiający i Inżynier nie zakazali wykonywania prac i zatwierdzili projekty zabezpieczeń wykopów z przyczółkami do ww. obiektów (pismo k. 1901-2903).

Następnie w piśmie z **25 lutego 2011 r.** Inżynier Kontraktu wskazał, że nie akceptuje Powiadomienia o Roszczeniu nr 3, gdyż wykonawca nie jest uprawniony do dodatkowej zapłaty za zabezpieczenie sąsiednich budowli i utrzymania stateczności skarp. Cena oferty wykonawcy powinna, bowiem, obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, zgodnie z zapisami SIWZ. Jednocześnie Inżynier wezwał wykonawcę do kontynuowania Robót w całym zakresie umowy zgodnie z Warunkami Kontraktu (pismo Inżyniera k. 1594-1595).

(...) SA w piśmie z **07 marca 2011 r.** podtrzymała swoje stanowisko podkreślając, że wykonanie konstrukcji zabezpieczającej skarpe w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami w postaci kotwionych ścianek szczelnych nie jest objęte przedmiotem zamówienia. W kolejnym piśmie z **18 marca 2011 r.** ((...)) Inżynier nadal twierdził, że zgodnie z Projektem Wykonawczym (...) Tom III Obiekty Inżynierskie przedmiotowe roboty nie są robotami dodatkowymi (pismo (...) S.A. k. 1596-1598, pismo Inżyniera k. 1599-1601).

H.

W związku z tym, iż ścianki szczelne w części drogowej nie zostały ujęte w żadnej dokumentacji projektowej wykonawca na własny koszt zlecił wykonanie Projektu ścianek szczelnych zabezpieczających jezdnie na czas etapowego wykonania przepustów występujących na trasie rozbudowy DK-8 w zakresie ode. 386+00 do 408+805 - branża drogowa (STWiORB (...)) i w piśmie z **17 marca 2011 r.** ((...)) zwrócił się do Inżyniera Kontraktu z prośbą o jego zatwierdzenie. Inżynier Kontraktu zatwierdził ww. projekt pismem z **22 marca 2011 r.** ((...)) z adnotacją, że akceptacja ta nie stanowi podstawy do roszczeń finansowych wykonawcy (pismo (...) k. 2096, pismo Inżyniera k. 2124).

(...) SA wykonała ścianki szczelne w ramach poszczególnych obiektów inżynierskich, których odbiór nastąpił:

- dla obiektu (...) w dniu 15 kwietnia 2011 r. (dziennik budowy k. 2029)
- dla obiektu (...) w dniu 05 lipca 2011 r. (dziennik budowy k. 2039)
- dla obiektu (...) w dniu 25 lipca 2011 r. (dziennik budowy k. 2049)
- dla obiektu (...) w dniu 27 czerwca 2011 r. (dziennik budowy k. 2056)
- dla obiektu (...) w dniu 27 czerwca 2011 r. (dziennik budowy k. 2061)
- dla obiektu (...) w dniu 27 czerwca 2011 r. (dziennik budowy k. 2069)
- dla obiektu (...) w dniu 10 maja 2011 r. (dziennik budowy k.2075)
- dla obiektu (...) w dniu 08 kwietnia 2011 r. (dziennik budowy k.2087)

Wykonawca w 2011 r. wykonał także ścianki szczelne w pasie rozdziału w obrębie przepustów skrzynkowych oznaczonych symbolami (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) w ciągu korpusu jezdnii głównej DK (...) (dziennik budowy k. 2130-2159, inwentaryzacja i dokumentacja fotograficzna ścianek szczelnych dot. poszczególnych obiektów k.2125-2129, 2160-2169, 2209-2224).

I.

(...) SA **30 marca 2011 r.** (...) złożyła uszczegółowione roszczenie przejściowe nr 3, w którym zażądała dodatkowej płatności w wysokości ekwiwalentnej do wysokości wykonanych robót budowlanych obejmujących projektowanie i wykonanie kotwionych ścianek szczelnych w wysokości **7 029 193,16 zł** netto z zastrzeżeniem, że kwota ta może ulec zmianie (pismo z 30.03.11. k. 1602-1610 w zw. z wystąpieniem wykonawcy (...) k.1776).

Zgodnie z załączonym do ww. pisma kosztorysem, koszt robót dodatkowych na obiektach inżynierskich wynosił:

- (...) – 420 681,84 zł
- (...) – 785 008,55 zł
- (...) – 535 758,73 zł
- (...) – 1 252 002,43 zł
- (...) – 1 103 676,69 zł
- (...) – 870 986,09 zł
- (...) – 631 115,16 zł
- (...) – 427 307,94 zł

Łącznie – 6 026 537,43 zł (kosztorys k. 1642-1683).

Natomiast z kalkulacji podstawowych robót mostowych wynikało, że ich koszt łączny to kwota 1 002 655,73 zł (kalkulacja k. 1684-1688).

Po wystosowaniu roszczenia do Inwestora prace nad konstrukcją ścianek szczelnych były kontynuowane (zeznania świadka K. R. k. 3340).

W piśmie z **14 kwietnia 2011 r.** Inżynier kontraktu odrzucił i nie zaakceptował Roszczenia nr 3 (...) SA, podtrzymując tym samym swoje dotychczasowe stanowisko i wskazując, że jest ono ostateczne (pismo k. 1777-1779).

Wykonawca, w piśmie z **29 kwietnia 2011 r.** (...) skierowanym do (...) sp. z o.o. i GDDKiA wezwał do niezwłocznego zaniechania dalszych naruszeń obowiązujących przepisów ustawowych i regulacji kontraktowych, wskazując, że zachodzą przesłanki do domagania się od (...) sp. z o.o. roszczeń odszkodowawczych. Przywołano okoliczność, że pomimo powiadomienia Inżyniera Kontraktu o brakach w dokumentacji i konieczności wykonania robót nieobjętych kontraktem, Inżynier z całą świadomością wyzwał wykonawcę do kontynuowania robót wykraczających poza Kontrakt i przedmiot zamówienia publicznego, co prowadzi do wyrządzenia wykonawcy szkody (pismo k. 1780-1782).

(...) sp. z o.o., w piśmie z **13 maja 2011 r.** (...) wskazała, że pozostaje przy swoim stanowisku nie uwzględniając argumentacji (...) SA (pismo k. 1783.)

J.

(...) SA wraz z pismem z **21 czerwca 2011 r.** (...) przedstawiła Inżynierowi Kontraktu opinię sporządzoną przez pracowników Politechniki G. dotyczącą wykonania konstrukcji oporowych (ścianek szczelnych) w ramach realizacji zadania inwestycyjnego, którego spółka jest wykonawcą. W piśmie podniesiono, iż z uwagi na to, że autorzy ww. ekspertyzy potwierdzili, iż Dokumentacja Projektowa nie obejmowała ścianek szczelnych, a zaprojektowane i wykonane przez wykonawcę ścianki szczelne są prawidłowe technicznie i optymalne kosztowo, wykonawca wnosi o ponowne rozpatrzenie roszczenia nr 3 i przeprowadzenie konsultacji ze stronami umowy w trybie Subkaluzuli (...) Warunków Kontraktu. Inżynier Kontraktu w pismach z **28 lipca 2011 r.** (...) i **02 sierpnia 2011 r.** (...) wskazał, że pomimo doręczonej ekspertyzy nie zmienił swojego stanowiska. Poinformował też, że poprosił zamawiającego o zwołanie trójstronnego spotkania, w trakcie którego zostaną omówione aspekty roszczenia nr 3 (pismo (...) k. 2357, opinia k. 2358-2364, pisma Inżyniera k. 2365-2366, 2936-2937).

Spotkanie z udziałem przedstawicielami (...) S.A., Inżyniera Kontraktu i przedstawiciela GDDKiA odbyło się **23 sierpnia 2011 r.** Dyrektor I. S., działająca w imieniu zamawiającego, na spotkaniu tym stwierdziła, że prace wykonane przez (...) SA nie są robotami dodatkowymi. Wykonawca miał obowiązek ujęcia tych robót w swojej ofercie, a ścianki szczelne były w Warunkach Kontraktu do opracowania przez wykonawcę jako element zabezpieczenia wykopów i sąsiednich budowli. Natomiast przedstawiciel wykonawcy twierdził, że żaden zapis specyfikacji Technicznej nie obejmował ścianek szczelnych. Zaistniała sytuacja jest wynikiem błędu projektowego, który powstał na skutek złej koordynacji prac projektowych. Wykonawca chciałby otrzymać wynagrodzenie za ścianki szczelne zgodnie z kontraktem podstawowym, bez umowy uzupełniającej. Namawiał też pozostałych członków spotkania do rozwiązania sporu z pominięciem drogi sądowej. Jednak zdaniem Inżyniera Kontraktu, wykonawca przygotowując ofertę posiadał dokładną informację czego będzie wymagał Zamawiający. Po ww. spotkaniu, w piśmie z **26 sierpnia 2012 r.** (...) Inżynier Kontraktu wskazał, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko (pismo Inżyniera z **26 sierpnia 2011 r.** k. 2367-2369, notatka ze spotkania k. 2370-2371).

Według powoda na spotkaniu Dyrektor I. S. potwierdziła, że Dokumentacja Projektowa nie zawierała ścianek szczelnych, a kosztorys przygotowany przez inwestora nie zawierał pozycji obejmującej wybudowanie przez wykonawcę ścianek szczelnych. Przedstawiciel wykonawcy podkreślił, że osoby sporządzające ekspertyzę zbadały dokładnie całą Dokumentację Projektową i w żadnym jej elemencie nie zostały ujęte ścianki szczelne. Sam Inżynier nie przedstawił żadnej kontropinii. Poza tym przedstawiciel wykonawcy zaznaczył, że kontrakcja ścianek szczelnych została wykonana zgodnie z art. 3 prawa budowlanego, a jej zaprojektowanie wymaga odpowiednich uprawnień, które nie były wymagane od wykonawcy. Jeżeli zamawiający uznał, że ma prawo żądać wykonania tych ścianek w ramach umowy podstawowej, to wykonawca ma prawo żądać odpowiedniego ekwiwalentu za wykonaną pracę (pismo (...) z **08 września 2011 r.** k. 2372-2373).

K.

Pismem z **05 września 2011 r.** (...) (...) SA zwróciła się do (...) Oddział w Ł. o udostępnienie informacji publicznej w zakresie kosztorysu inwestorskiego dla zadania Rozbudowa drogi krajowej nr (...) do parametrów drogi ekspresowej na odcinku R. (...) - granica województwa (...) od km 386+000 do km 408+805. W odpowiedzi, GDDKiA przesłała kserokopię kosztorysu inwestorskiego (pismo (...) k. 2378, pismo GDDKiA k. 2379, kosztorys k. 2380-2569).

W piśmie z dnia **15 września 2011 r.** (...) (...) SA zwróciła się do Inżyniera Kontraktu o wskazanie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, w których wykonawcy uczestniczący w przetargu mieli, jego zdaniem, obowiązek ująć cenę wykonania ścianek szczelnych oraz wskazanie numerów rysunków lub opisów w projektach wykonawczych powołanych w piśmie Inżyniera nr (...), w których, zdaniem Inżyniera, ujęte zostały ścianki szczelne w pasie rozdziału. W odpowiedzi na powyższe, Inżynier w piśmie z **19 września 2011 r.** jedynie podtrzymał swoje stanowisko zaznaczając, że wykonawcy przysługuje postępowanie wynikające z umowy i rozdziału 3 Szczególnych Warunków Kontraktu (pismo (...) k. 2374-2375, pismo Inżyniera k. 2376-2377).

(...) SA pismem z **07 października 2011 r.** (...) (...) przedstawiła do akceptacji Projekt Wykonawczy zabezpieczenia wykopu pod przepust (...), (...) (etap II) oraz pod przepust (...) przy użyciu ścianki szczelnej wspornikowej, który został zaakceptowany przez Inżyniera Kontraktu (pismo (...) k. 2172, projekt k. 2173-2196, pismo Inżyniera k. 2208).

L.

W opinii uzupełniającej z dnia **10 listopada 2011 r.** ekspert Politechniki G. prof. dr hab. inż. K. Ż. potwierdził, że: bezprzedmiotowa jest dyskusja dotycząca wiedzy, lub niewiedzy wykonawcy co do konstrukcji oporowych zabezpieczających połówkową budowę obiektów mostowych na etapie przygotowania oferty. Istotnym natomiast jest to, że na podstawie dokumentacji sporządzonej przez Inwestora nie było możliwości prowadzenia robót budowlanych do czasu zaprojektowania pominiętych w niej konstrukcji oporowych (...). Prawidłowa wycena spornych konstrukcji oporowych na etapie oferty wymagałaby następujących czynności lub informacji:

- Określenie stref wzmocnienia.
- Określenie warunków geotechnicznych o stopniu dokładności wymaganym w przypadku takich konstrukcji.
- Opracowanie koncepcji wykonania konstrukcji.
- Zaprojektowanie techniczne konstrukcji i sporządzenie przedmiaru.

Dokumentacja projektowa i dokumentacja SIWS (...) nie zawierały żadnego z czterech wymienionych elementów. (...) Nie ulega żadnej wątpliwości, że w zaistniałej sytuacji należało wykonać wspomniane konstrukcje oporowe. Ponadto Wykonawca przy braku stosownej dokumentacji musiał najpierw opracować stosowne dokumentacje projektowe. (...) W celu uniknięcia uszkodzeń wykonanej drogi spowodowanego osiadaniem nasypów analizowaną konstrukcję oporową należy położyć w obiekcie, możliwie głęboko zasypać i uwzględnić w ramach inwentaryzacji w dokumentacji powykonawczej. Będzie ona stanowiła trwały element wykonanego Zadania (opinia uzupełniająca PG k. 2570-2572).

M.

Wykonawca, po ukończeniu prac, sporządził nowy kosztorys, datowany na **03 listopada 2011 r.**, w którym wyliczył, że **całościowy koszt wykonania ścianek szczelnych i związanych z nimi prac wyniósł łącznie 6 994 726,42 zł.** Zgodnie z tym kosztorysem koszt prac (w zakresie ścianek) przy poszczególnych obiektach inżynierskich wyniósł:

- dla obiektu (...) – 533 767,55 zł
- dla obiektu (...) – 747 117,63 zł

- dla obiektu (...) – 584 141,77 zł
- dla obiektu (...) – 906 881,90 zł
- dla obiektu (...) – 691 176,52 zł
- dla obiektu (...) – 985 650,33 zł
- dla obiektu (...) – 595 273,80 zł
- dla obiektu (...) – 484 330,53 zł
- koszty dodatkowe (wynagrodzenie za projekt technologiczny ścianek)– 94 902,65 zł
- przepusty inżynierskie (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) – 1 371 483,74 zł

(kosztorys k. 2591-2612).

Powód w wystąpieniu (...) z **13 grudnia 2011 r.** (...) zwrócił się do Inżyniera Kontraktu o zatwierdzenie wykonanych prac w zakresie zabicia ścianek szczelnych na przepustach skrzynkowych w pasie rozdziału DK (...), tj.: (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa, (...) strona prawa i lewa, (...) strona prawa, (...) strona prawa. Inżynier Kontraktu w piśmie z **20 grudnia 2011 r.** (...) odrzucił i nie zaakceptował ww. wystąpienia wykonawcy, uzasadniając to tym, że wykonawca nie jest uprawniony do żadnej dodatkowej płatności za wykonanie ścianek szczelnych w pasie rozdziału, co zostało już wyrażone we wcześniejszych pismach Inżyniera. Ponownie, w piśmie z **13 stycznia 2012 r.** (...) wykonawca zwróciła się do Inżyniera o potwierdzenie faktu, iż ścianki szczelne stanowiące niezbędny element zabezpieczenia wykopu zostały wykonane przez wykonawcę przy połówkowej realizacji projektowanych przepustów żelbetowych. Inżynier w piśmie z **16 stycznia 2012 r.** podtrzymał swoje stanowisko o odmowie zatwierdzenia (pisma (...) k. 2226, 2291, pisma Inżyniera k. 2225, 2356).

Inżynier Kontraktu i GDDKiA nie kwestionowali prawidłowości wykonanych robót. Po zakończeniu prac ścianki szczelne pozostały nadal na terenie należącym do GDDKiA (zeznania świadków: K. R. k. 3341, K. L. k. 3455, A. A. k.3479).

N.

(...) SA pismem z **23 stycznia 2012 r.** skierowała do GDDKiA **wezwanie do zapłaty** (ostateczne przedprocesowe) domagając się zapłaty kwoty 6 994 726 zł w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, nie później niż do 31 stycznia 2012 r. (wezwanie do zapłaty k. 2613-2614).

(...) sp. z o.o. w piśmie z **09 lutego 2012 r.** nie uznała roszczenia o zapłatę i jednocześnie wskazała, że nie jest związana z (...) SA żadnym stosunkiem zobowiązaniowym, w związku z czym kierowanie wezwań do zapłaty do spółki, jak i do jej pracownika M. C. może służyć jedynie próbie wywierania nacisku, czemu się stanowczo sprzeciwiają (pismo k. 3019).

GDDKiA w piśmie z **30 marca 2012 r.** przedstawiła status wszystkich dotyczących Kon-traktu roszczeń wniesionych przez wykonawcę. Wskazano w pkt II, że roszczenie w sprawie do-datkowej płatności za wykonanie ścianek w pasie rozdziału pomiędzy jezdniami na obiek-tach inżynierskich (...); (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) oraz ścianek w pasie rozdziału w obrębie przepustów skrzynkowych oznaczonych symbola-mi (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) w ciągu korpusu jezdni głównej DK (...) zostało ostatecznie odrzucone (pismo GDDKiA k. 1784-1792).

Odnosząc się do powyższego pisma, (...) SA w piśmie z **20 kwietnia 2012 r.** wskazała, że z uwagi na fakt, iż strony nie doszły do porozumienia w zakresie płatności za wykonane prace objęte rozszczeniem nr 3 i opisane w pkt II ww. pisma, wykonawca wniósł do sądu pozew o zapłatę (pismo k. 2972-2974).

O.

Sąd ustalał opisane wyżej okoliczności na podstawie kolejno przywołanych dowodów.

Dla rozstrzygnięcia sporu w pierwszej kolejności należało ustalić, czy wykonane przez powoda ścianki szczelne znajdowały się w projektach budowlanych, stanowiących część opisu zamówienia publicznego, a przez to i część umowy. Należało też określić, czy zgodnie z zawartą umową powód miał obowiązek wykonać te ścianki w ramach określonego umową świadczenia. Aby poczynić te ustalenia Sąd musiał niejako pomocniczo stwierdzić przebieg realizacji umowy. Należy podkreślić, że osią sporu była prawna kwalifikacja przeprowadzonych robót, a więc materia zastrzeżona dla oceny Sądu. Dlatego też z natury rzeczy część wnioskowanych dowodów nie mogła wykazać prawidłowości stanowiska stron.

Gros okoliczności faktycznych sprawy nie było przedmiotem sporu, w szczególności zawarcie umowy czy przeprowadzenie konkretnych robót budowlanych, a także szczegóły korespondencji między stronami. Dlatego Sąd mógł oprzeć się już na przedstawionych przez strony kserokopiach dokumentów – uznając stwierdzone nimi okoliczności za przyznane na podstawie art. 231 kpc. Pisma stron powstałe w toku budowy korespondowały ze sobą treściowo i chronologicznie, toteż Sąd nie miał wątpliwości co do ich wiarygodności.

Zdaniem Sądu (w składzie na datę orzekania) zeznania świadków nie były szczególnie przydatne dla ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie. Ponieważ większość świadków miała przygotowanie budowlane lub projektowe do ich zeznań wkładały się fragmenty o posiadanych przez świadków wiadomościach specjalnych. Ponadto większość osób była związana ze stronami lub biurem projektowym, które przecież obawiało się o własne interesy. Ostatecznie Sąd uznał te zeznania za generalnie za wiarygodne, choć dawało się w nich dostrzec chęć przedstawienia w korzystnym świetle strony, z którą dany świadek był związany zawodowo. Natomiast zeznania projektantów (np. B. B. k. 4334 czy G. N. k. 4630) niejako mimochodem podkreślały prawidłowość wykonanej dokumentacji architektoniczno-budowlanej.

Szczególne kontrowersje pomiędzy stronami wzbudziły przeprowadzone w sprawie opinie biegłych, dlatego Sąd oceniał je ze szczególną ostrożnością.

Sąd musiał podzielić większość zastrzeżeń pozwanych w stosunku do opinii biegłego O. (k. 4707- 4751). Większa jej część – mówiąc ogólnie – nie spełnia wymogów stawianych opiniom tego rodzaju, jest niezrozumiała oraz obciążona licznymi błędami logicznymi i merytorycznymi przy definiowaniu pojęć. Dla przykładu biegły raz określa wykonanie ścianek jako roboty dodatkowe, zaś w innym miejscu jako niezbędne nakłady konieczne – odwołując się do własnych definicji tych pojęć (sic!). Zdaniem Sądu na uwagę i akceptację zasługują tylko dwa fragmenty. Pierwszy – potwierdzający, że w dokumentacji projektowej nie ma spornych ścianek szczelnych (k. 4747) oraz drugi – oceniający prawidłowość kosztorysu sporządzonego przez powoda, obrazujący wartość prac wykonanych przy ściankach. Prawidłowość pierwszego stwierdzenia potwierdza ekspertyza prywatna powoda oraz dokumentacja projektowa. Natomiast oceniając kosztorys biegły porównał stawki zastosowane przez powoda, analizując również ilości i rodzaje wykonanych prac. Tylko w tym niewielkim zakresie opinia ta jest wewnętrznie spójna i mogła zostać wykorzystana.

Na zdecydowanie wyższą ocenę zasługuje opinia biegłego C. (k. 4840-4890). Biegły ten nie tylko szczegółowo przeanalizował poszczególne fragmenty dokumentacji projektowej, ale i sporządził własne rysunki, które wyjątkowo obrazowo przedstawiają istotę sporu (zwłaszcza k. 4852 w zestawieniu z k. 4859 – fragmentem projektu, dla wygody umieszczono je w załączniku graficznym do uzasadnienia). Biegły C. również stwierdził, że dokumentacja nie zawierała projektów ścianek. Natomiast podniósł również, że gdyby wykonawca wykazał, że zastosowanie innej technologii

jest niemożliwe z powodów technicznych lub braku zgody władz lokalnych na objazdy oraz dostosował wymiary ścianek do wymiarów ław, to na podstawie (...) /k. 2726/ mógł ubiegać się o zapłatę wbitych ścianek korzystając z pozycji znajdującej się w ofercie inwestora (...) /k. 2396/ Generalnie biegły C. sugerował, że najlepszym rozwiązaniem byłoby poprowadzenie ruchu z budowanych obiektów na objazdy. Tymczasem tego rodzaju konstatacje zastrzeżone są dla Sądu, który ocenia zasadność poszczególnych roszczeń. Po drugie: powód jak już wskazano był zobowiązany do zachowania jednej nitki drogi – co wynikało z tomu XI dokumentacji, stanowiącej przecież część umowy.

Przedstawiona przez powoda prywatna ekspertyza Politechniki G. z formalnego punktu widzenia może zostać uznana co najwyżej za dokument prywatny, a więc dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie o określonej treści. Jednak dokument ten został sporządzony przez osoby z tytułami naukowymi w specjalnościach budowlanych – a więc dysponujące wiadomościami specjalnymi, po zapoznaniu się ze stanem budowy i dokumentacją. Zdaniem Sądu dawałoby to podstawy do przyjęcia wynikających jej tez jako podstawy do domniemania faktycznego pozwalającego na skonstruowanie stanu faktycznego. Jednak w sprawie przeprowadzono opinie biegłych, które samoistnie potwierdziły najważniejszą tezę ekspertyzy, tj. nieumieszczenie projektów ścianek w dokumentacji budowlanej. Prawdopodobnie techniczna wykonania tych ścianek nie była przedmiotem sporu stron.

Wartość robót związanych z wykonaniem ścianek Sąd (M.) ustalił na podstawie prywatnego dokumentu w postaci kosztorysu robót z 3 listopada 2011 r. (k. 2591-2612). Dokument ten został sporządzony przez osobę korzystającą z fachowego oprogramowania służącego do tworzenia kosztorysów i posiadającą niezbędne przygotowanie. Prawdopodobnie stawek przyjętych w tym kosztorysie potwierdziła opinia biegłego O.. Sąd zwrócił uwagę, że ilości wykonanych prac, w szczególności powierzchnia ścianek, wskazane w kosztorysie różnią się miejscami od ilości wskazanych w projekcie. Jednak należy w tym zakresie podzielić argumentację powoda, który podnosił, iż kosztorys sporządzono na podstawie powykonawczych pomiarów z natury, w szczególności z pomiarów geodezyjnych ścianek (k.) Wymiary ścianek określone przez geodetę (i niekwestionowane przez Skarb Państwa) odpowiadają wielkościom kosztorysowym. Dlatego też Sąd uznał, że skoro fachowa osoba złożyła oświadczenie o wartości wykonanych prac, to można domniemywać, że wskazana wartość odpowiada rzeczywistości. (art. 231 kpc). Z tej przyczyny Sąd uznając, że stanowisko powoda w tej kwestii zostało wykazane zgodnie z jego twierdzeniem, oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego kosztorysanta.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

W stosunku do pozwanego Skarbu Państwa powództwo okazało się uzasadnione niemal w całości, natomiast było niezasadne w stosunku do pozostałych pozwanych.

Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej było zagadnienie, czy wykonanie przez powoda ścianki szczelne mieściło się w zakresie jego zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Sądu na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco: budowa ścianek nie była objęta umową z dnia 29 października 2010 (I.) a obowiązek ich wybudowania nie wynika z projektu wykonawczego (II.). Prace wykonane przez powoda powinny zostać rozliczone na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (III.). Uwzględnieniu powództwa opartego na tej podstawie prawnej nie sprzeciwiają się zarzuty podniesione przez pozwanego, tj. braku legitymacji czynnej powoda (IV.) ani wygaśnięcia roszczenia (V). Roszczenie odszkodowawcze okazało się nieuzasadnione ani wobec Skarbu Państwa (VI), ani wobec pozostałych pozwanych (VII) Zagadnienia te zostaną kolejno omówione, prowadząc do uwag końcowych (VIII.)

I.

Powoda i pozwany Skarb Państwa łączyła umowa z 29 października 2010 r.. Jej zawarcie było poprzedzone postępowaniem przetargowym w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych (A.). Zawarta w ten sposób umowa nie należy do odrębnego typu, ale należy oceniać ją według przepisów przewidzianych dla umowy o roboty budowlane. Wynagrodzenie powoda zostało określone na podstawie kosztorysu przygotowanego przez powoda na podstawie dokumentacji przetargowej, w szczególności projektu architektonicznego, przedmiaru robót i tzw. ślepego kosztorysu.

Ścianki szczelne wykonane przez powoda były elementem, który umożliwił wykonanie prac przy nasypach obiektów inżynierskich w taki sposób, aby podczas budowy jednej (dwupasowej) nitki drogi ruch pojazdów odbywał się na drugiej nitce (po jednym pasie w każdą stronę). Z technicznego punktu widzenia stanowiły one oparcie dla kilku – kilkunastometrowego nasypu pod istniejącą drogą, który to nasyp – mówiąc obrazowo – został przecięty pionową płaszczyzną biegnącą pomiędzy nitkami drogi (por. załącznik graficzny). Ich niewykonanie skutkowało by zawaleniem się pozostałej części nasypu i zniszczeniem drugiej nitki drogi (C).

Ścianki tego rodzaju są budowlą i wymagają dla ich realizacji odpowiedniego projektu architektonicznego. Sąd podziela w tym zakresie stanowisko powoda, zgodnie z którym sporne ścianki szczelne w pasie rozdziału jako stalowe konstrukcje oporowe zabezpieczające nasypy jezdni stanowią obiekt budowlany (budowlę) w rozumieniu art. 3 ust. 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz przywołane przez niego orzecznictwo (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 kwietnia 2009, II OSK 523/08, wyrok WSA w Rzeszowie z 18.05.2010 r., II SA/Rz 152/10, wyrok WSA w Białymstoku z 17 marca 2011 r., II SA/Bk 847/10). Tym samym obligatoryjne było ujęcie w dokumentacji projektowej będącej częścią kontraktu wszystkich ścianek szczelnych, jakie miały zostać użyte w toku budowy. Należy przypomnieć, że w przypadku projektów zbliżonych obiektów takie ścianki były wyszczególniane w rysunkach projektowych i kosztorysach inwestorskich (C).

W myśl art. 649 kc w razie wątpliwości przyjmuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część umowy. Tymczasem Sąd ustalił, że ścianki tego rodzaju nie były elementem żadnego z projektów budowlanych obiektów inżynierskich. Sąd nie znalazł ich rysunku z podpisami na żadnym z rysunków projektowych. Ścianki takie są wyraźnie podpisane na rysunkach projektowych. Natomiast analogiczne stanowisko zaprezentowali specjaliści zatrudnieni przez powoda (autorzy prywatnej ekspertyzy) oraz biegli.

Wbrew twierdzeniom pozwanego nie można uznać, że umieszczenie w kilku miejscach projektów ścianek szczelnych oraz objęcie ich warunkami (k. 2860 – załącznik do odpowiedzi na pozew) pozwala przyjąć, że również ścianki zabezpieczające nasypy pod drogami zostały ujęte w projekcie. Ścianki wskazane w projektach miały inne rozmiary i zadania. Różnicę najlepiej przedstawia rysunek bieglego C. wykonany dla wiaduktu (...). (k. 4852 i 4859, odpowiednio k. 12 i 19 opinii). Wskazana w nim ścianka szczelna jest prostopadła do osi drogi i zabezpiecza tor biegnący pod wiaduktem na czas robót (wskazuje na to adnotacja: do wyciągnięcia). Dodatkowe oparcie dla toru było niezbędne ze względu na konieczność wykonania dużych wykopów pod fundamenty podpory wiaduktu. Tymczasem ścianki opisane w pozwie były posadowione w pasie rozdziału dwóch jezdni. Różnicy w położeniu ścianek towarzyszą znaczne różnice wielkości. Podczas gdy ścianka wskazana w projekcie miała 290 m², ścianka wykonana przez powoda miała powierzchnię niemal dwukrotnie większą.

Nie można również uznać, że ścianki tego rodzaju można potraktować jako element zabezpieczenia wykopów czy skarpy, które to roboty tymczasowe – jak trafnie podkreślał pozwany – powinny zostać wliczone w cenę wykopów, gdyż koszt ten w myśl specyfikacji wyraźnie obciążał powoda jako wykonawcę (k. 28570 – załącznik do odpowiedzi na pozew). Argument pozwanego byłby trafny, gdyby w którymkolwiek miejscu projektu budowlanego przewidziano wykonanie takiego wykopu czy skarpy, które odpowiadałyby umiejscowieniem ściankom szczelnym. Tymczasem jak ustalił Sąd taka sytuacja nie miała miejsca: poszczególne obiekty według projektu były przewidziane do realizacji w całości; obie części miały zostać jednocześnie zburzone i następnie wybudowane od nowa – bez konieczności zapewniania przejezdności jednej z nitek drogi. Wynika stąd brak potrzeby zabezpieczenia skarpy nasypu: przy budowaniu go w całości taka skarpa w ogóle nie powstaje. Przy powołanym już wiadukcie (...) zgodnie ze stanowiskiem pozwanego (które Sąd a nawet powód w tej części podziela) powoda obciążało zabezpieczenie wzmiankowanych wykopów pod fundamenty podpory wiaduktu czy też wykonanie ścianki szczelnej zabezpieczającej tory. Natomiast nie wynika z niego konieczność zabezpieczania przez powoda na własny (a więc wliczony w cenę ofertową) koszt skarpy/wykopu powstałego po usunięciu nasypu spod jednej z nitek drogi. Jak już podkreślono, przy budowaniu nasypu w całości taka skarpa/wykop w ogóle by nie powstała. ***Istotą nieprawidłowości w dokumentacji projektowej była sprzeczność pomiędzy nakazem budowania obiektów w całości (bez konieczności zachowania ruchu) płynącym z projektów budowlanych a koniecznością zachowania***

ruchu na jednej nitce drogi (a więc realizacji połówkowej) na jaką wskazywał tom XI projektu wykonawczego. Właśnie utrzymanie ruchu wymagało ustawienia ścianek szczelnych. Innymi słowy różne części dokumentacji nakazywały budowę w odmienny (także pod względem kosztów) sposób.

II.

Zdaniem Sądu konieczności wybudowania ścianek nie można wyprowadzać z części dokumentacji obejmującej nakaz zachowania ruchu na jednej nitce drogi (tom XI dokumentacji).

Niewątpliwie wskazana dokumentacja była elementem składającym się na opis zamówienia, skoro została określona jako projekt wykonawczy (k. 2851-2856). Zgodnie z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienie na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Natomiast wydane na podstawie tego przepisu rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego wskazuje, że w szczególności elementem dokumentacji projektowej opisującej zamówienie są projekt budowlany, projekty wykonawcze, przedmiar robót oraz informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. (§ 4). Podany katalog nie jest zamknięty, a więc włączenie innych niż wymienione elementów opisujących zamawiane roboty jest w pełni dopuszczalne. Takim dopuszczalnym elementem może być również projekt wykonawczy przewidujący organizację ruchu na budowanej drodze - mimo iż nie został wymieniony w powołanym rozporządzeniu. W przypadku inwestycji w postaci budynków tego rodzaju projekty wykonawcze z oczywistych względów się nie pojawiają, a projekty wykonawcze stanowią uszczegółwienie i doprecyzowanie projektu budowlanego.

Tom XI dokumentacji stanowił również część umowy jako część dokumentacji projektowej wskazanej w materiałach przetargowych. (A.) Powyższe nie może jednak oznaczać, że wymagany przez zamawiającego (pозwanego) sposób organizacji ruchu – nawet przy uznaniu go za projekt wykonawczy - może zmieniać czy uzupełniać projekt budowlany. Powód nie wskazywał, że tom XI dokumentacji został wykonany przez osoby nieuprawnione. Jednak podpisani na nim inżynierowie specjalizują się w innych dziedzinach niż projektowanie mostów (por. k. 3355 – inżynierowie w branży drogowej, k. 3193 inżynierowie w branży mostowej).

Niedopuszczalna jest sytuacja, w której stworzona na zlecenie zamawiającego organizacja ruchu nakazuje wykonywanie elementów budynku czy budowli z zakresie nieobjętym projektem budowlanym. Przyjęcie tezy przeciwnej mogłoby doprowadzić do niedopuszczalnych ingerencji w materię zastrzeżoną dla osób z uprawnieniami projektowymi (których nie tylko zamawiający, ale nawet specjaliści od organizacji ruchu nie posiadają). Po drugie dorozumiana modyfikacja projektu budowlanego poprzez projekt wykonawczy wyłamywałaby się spod zasady realizacji prawa do zabudowy wyłącznie na podstawie decyzji zezwalającej na zabudowę. Wszakże to projekt budowlany (obejmujący projekt architektoniczno-budowlany) jest zatwierdzany w pozwoleniu na budowę (art. 34 ust. 4 Prawa budowlanego). Dlatego należy uznać, że takie rozumienie umowy łączącej strony byłoby sprzeczne z przepisami ustawy Prawo budowlane (w szczególności art. 20 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt. 1 zastrzegającym tworzenie projektów projektantom z niezbędnymi uprawnieniami), a tym samym nieważne z mocy art. 58 § 1 kc. Dlatego też Sąd podziela argumenty przedstawione w tym zakresie przez powoda.

Warto w tym miejscu przedstawić dwa przykłady dobitnie wskazujące na niedopuszczalność zmian w realizacji zmian projekcie budowlanym poprzez dokumenty innego rodzaju. Jeśli dokumenty poza projektem miałyby większą moc niż projekt, to nic nie stałoby na przeszkodzie, aby na ich podstawie zastosować organizację ruchu niemożliwą do przyjęcia z punktu widzenia projektu budowlanego. Jeśli projekt dotyczyłby jak w sprawie niniejszej wyburzenia i ponownego wybudowania jednej części wiaduktu, to zamawiający mógłby zezwolić na ruch pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 20 ton nawet na wiadukcie przeznaczonym ze względów konstrukcyjnych dla pojazdów o masie poniżej 10 ton. Przyznanie nadmiernej mocy dokumentom nie będącym projektem pozwoliłoby także na stworzenie zamówienia np. na 10 km drogi ekspresowej, w którym wykonawca miałby zaprojektować i wykonać 2 kilometry drogi

dojazdowej o parametrach drogi ekspresowej – opisanej jedynie w dokumentach dotyczących organizacji ruchu i przy zachowaniu ceny kontraktowej dla 10 kilometrów przewidzianych w projekcie.

Przytoczone przykłady zostały celowo wyolbrzymione także w tym celu, aby podkreślić rolę zaufania do podmiotu zamawiającego roboty budowlane. Rzetelność i lojalność w obrocie nie może dotyczyć jedynie wykonawców. Tymczasem nakaz wybudowania konstrukcji za kilka milionów złotych w cenie głównego zamówienia przypomina ukrywane klauzule znane z obrotu konsumenckiego z umieszczeniem ich w postaci drobnego druku na formularzu umowy. Powód nie mógł spodziewać się, że pozwany oczekuje dodatkowych świadczeń w postaci wykonania ścianek szczelnych, skoro w innych umowach tego rodzaju konstrukcje były wyraźnie objęte projektem budowlanym i przedmiarem robót (jak w przypadku dokumentów dotyczących budowy innej obwodnicy - C)

Podsumowując tę część wyводу należy stwierdzić, że **wybudowane przez powoda ścianki szczelne nie były objęte projektem budowlanym stanowiącym część dokumentacji przetargowej, a więc i ofertą powoda. Obowiązku ich wybudowania nie sposób wyprowadzić z pozostałej części dokumentacji przetargowej.** W konsekwencji z mocy art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych budowa ścianek nie była również częścią świadczenia należnego od powoda.

III.

Stwierdzenie, że opisane w pozwie konstrukcje oporowe nie były objęte umową, ma zasadnicze znaczenie dla określenia reżimu ewentualnej odpowiedzialności pozwanego. Uznanie, że ścianki mieściły się w projekcie, pozwalałoby powodowi na dochodzenie roszczenia z art. 630 § 1 kc W myśl tego przepisu jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie (tu: powód) może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. W sprawie niniejszej zestawienie prac w postaci przedmiaru robót sporządził pozwany (a dokładnie przedsiębiorstwo projektowe działające na jego zlecenie). Natomiast w działaniach powoda nie sposób dopatrzeć się braku należytej staranności. Jakkolwiek procedura przetargowa i sam wzgląd na profesjonalny charakter działalności powoda nakazywał szczegółowe sprawdzenie dokumentacji przetargowej (a więc projektów i zasad organizacji ruchu) pod kątem kosztów realizacji, to nie można obciążać go obowiązkiem badania projektów w celu wykrycia błędów projektowych (por. wyrok SN z 23 marca 2000 r. w sprawie III CKN 629/98). W konsekwencji roszczenie powoda wynikające z umowy byłoby uzasadnione.

Jednak jak już pokreślono wcześniej, ścianki zbudowane przez powoda nie zostały uwzględnione w projektach, zaś ich wzniesienie nie stanowiło realizacji umowy. **Dlatego też zdaniem Sądu ich budowa winna zostać oceniona z punktu widzenia przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.** Zgodnie z art. 405 kc to 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. Bezpodstawnym wzbogaceniem w rozumieniu powołanego przepisu jest w szczególności nienależne świadczenie, tj. spełnione przez osobę, która nie była do tego zobowiązana (art. 410 §§ 1 i 2 kc). Zawarcie umowy w trybie przepisów o zamówieniach publicznych nie wyłącza możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, w szczególności jeśli umowa dotycząca zamówienia okazała się nieważna. Natomiast na konieczność odwołania się do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia w sytuacji nieobjęcia świadczenia projektem i umową – także w przypadku umówienia wynagrodzenia kosztorysowego – wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 5 grudnia 2006 r. w sprawie II CSK 327/06.

Nie było przedmiotem sporu, że wyłącznie powód wykonał kosztem swego majątku ścianki szczelne niezbędne do kontynuowania budowy, a więc po jego stronie doszło do zubożenia. W sprawie niniejszej konstrukcja ta nie miała charakteru tymczasowego: wykonane ścianki pozostały wbudowane w nasypach budowli inżynierskich stanowiących własność pozwanego Skarbu Państwa. Zatem po jego stronie doszło do przysporzenia majątkowego, przy czym w tej

części nie miało ono podstawy prawnej. Związek przysporzenia pozwanego i zubożenia powoda jest oczywisty, skoro ten drugi sfinansował materiał i koszty robocizny niezbędne do powstania ścianek. Zatem roszczenie powoda jest uzasadnione.

Zdaniem Sądu uwzględnieniu powództwa nie przeciwstawia się treść art. 411 § 1 pkt. 1 kc. Przepis ten wyłącza możliwość dochodzenia zwrotu wzbogacenia, jeśli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu. Powód dostrzegł niespójność dokumentacji i powziął wątpliwości co do zakresu swego zobowiązania, co podnosił w korespondencji z inżynierem kontraktu. Początkowo uzyskał odpowiedź, że ścianki zostaną rozliczone obmiarowo, a więc, że w ocenie pozwanego ich wybudowanie jest objęte umową i spotka się z zapłatą umówionego wynagrodzenia. Zatem powód nie miał pewnej pozytywnej wiedzy co do braku swego zobowiązania, co uzasadnia jego roszczenie (por. wyrok SN z 14 stycznia 2015 r. w sprawie II CSK 248/16). W dalszej części korespondencji inżynier i pozwany domagali się spełnienia świadczenia jako umówionego pod rygorem wynikającymi z umowy, w szczególności kar umownych. Spełnienie świadczenia w tej sytuacji należy traktować jako uniknięcie przymusu związanego z rozwiązaniem umowy i dochodzeniem kar z tego tytułu.

Roszczenie powoda nie zostało uwzględnione jedynie w niewielkiej części tj. co do kwoty zł 94.902,65zł (kosztorys k. 2592) odpowiadającej wynagrodzeniu uiszczonemu za sporządzenie projektów technologicznych spornych ścianek. Zdaniem Sądu w tej części pozwany nie został wzbogacony: w razie objęcia umową także ścianek opisanych w pozwie to powód ponosiłby koszty sporządzenia projektów wykonawczych tych ścianek. Wynika to jednoznacznie ze specyfikacji warunków zamówienia (k. 2863).

Roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia ma charakter bezterminowy i staje się wymagalne po uprzednim wezwaniu do zapłaty (por. wyrok SN z 23 kwietnia 2003, I CKN 316/01). W razie opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może domagać się zapłaty odsetek ustawowych (art. 481 §§ 1 i 2 kc, w obecnym stanie prawnym: odsetek ustawowych za opóźnienie). Dlatego też Sąd zasądził odsetki ustawowe od dnia 8 kwietnia 2011 r. do 31 grudnia 2015 r. oraz odsetki i ustawowe za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

IV.

W ocenie Sądu roszczeniu powoda nie przekreślają zarzuty podniesione przez pozwanych.

Zarzut braku legitymacji wiąże się z faktem, że umowa z pozwanym Skarbem Państwa została zawarta przez powoda działającego w toku przetargu razem ze spółką (...) SA. Spółki stanęły do przetargu w ramach umowy konsorcjum. Zdaniem pozwanych członkowie konsorcjum w sprawach o zapłatę za wykonane prace mają legitymację łączną, a więc żądanie pozwu mogłoby – ich zdaniem – zostać skutecznie zgłoszone jedynie przez obydwu konsorcjantów. Pogląd ten znajdował oparcie w kilku orzeczeniach i głosach doktryny.

Na wniosek pozwanych Sąd wezwał do udziału w sprawie (...) SA. Jednakże wezwany podmiot kategorycznie sprzeciwił się swojemu udziałowi w procesie, wskazując m.in. że jemu nie przysługują żadne roszczenia przeciwko pozwanym, a umówione wynagrodzenie otrzymał. Dlatego też Sąd w trybie art. 359 § 2 kpc uchylił to postanowienie (obie decyzje procesowe zostały podjęte przez Sąd w pierwotnym składzie).

Pogląd przedstawiony przez pozwanych wywodzi łączną legitymację konsorcjum z charakteru tej umowy, która miałyby mieć zasadnicze cechy spółki cywilnej, ewentualnie spółki zmodyfikowanej. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Przez umowę spółki cywilnej wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 kc). Istotą konsorcjum jest również umówione zgodnie działanie wspólników w celu osiągnięcia celu gospodarczego (por. K. Muchowska-Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, rozdział I, § 1.II, Legalis). Jak jednak zauważa Sąd Najwyższy w nowszym orzecznictwie nie oznacza

to, że każdorazowo konsorcjum będzie musiało być traktowane jako spółka cywilna (por. wyrok SN z 23 września 2016 r. w sprawie II CSK 27/16 a zwłaszcza wyrok wydany przeciwko pozwanemu Skarbowi Państwa – GDDKiA z 9 lipca 2015 w sprawie I CSK 353/14 rozpoznawanej przez tutejszy Sąd). Konsorcjum powinno być obecnie traktowane jako odrębny stosunek prawny wynikający z umowy nienazwanej, zaś kwestie legitymacji każdorazowo oceniane na podstawie umowy konsorcjum (tak SN w wyroku z 20 listopada 2014 r. w sprawie V CSK 177/14). Można potraktować konsorcjum jako spółkę cywilną tylko wówczas, gdy istnieje wspólne przedsiębiorstwo, majątek, a przede wszystkim wskazuje na to wola stron (uchwała SN z 6 marca 2015 r. w sprawie III CZP 113/14).

W literaturze podnoszone jest kilka argumentów przemawiających za odrębnością konstrukcji konsorcjum. Przede wszystkim zwykle konsorcjum tworzone jest pod kątem pewnego jednorazowego przedsięwzięcia, nawet jeśli jest ono rozłożone w czasie. Po drugie istotą konsorcjum nie jest działanie polegające na powiększaniu wniesionego wkładu, ale zgodne działanie pozwalające na rozłożenie ryzyka związanego z przedsięwzięciem oraz osiągnięcie celu zazwyczaj niedostępnego dla pojedynczego podmiotu np. ze względu na wartość przedsięwzięcia. Wreszcie stosunek pomiędzy konsorcjantami jest dość luźny, w szczególności nie powstaje wspólna masa majątkowa charakterystyczna dla spółki cywilnej. Dają się zauważyć również pewne szczegóły organizacyjne, jak powołanie lidera, czyli członka konsorcjum umocowanego do reprezentacji pozostałych członków konsorcjum.

Wskazane tu różnice nie mają charakteru definitywnego. Możliwa jest spółka cywilna związana do konkretnego przedsięwzięcia. Możliwe jest również powołanie spółki bez wspólnego majątku, opartej wyłącznie na świadczeniu usług przez współników. Nic nie stoi również na przeszkodzie, aby lider występował w imieniu spółki cywilnej (art. 866 kc ma przecież charakter *iuris dispositivi*). Zwolennicy tożsamości spółki cywilnej i konsorcjum podnoszą, że niedopuszczalne jest stworzenie - w ramach swobody umów - umowy spółki sprzecznej z istotą stosunku prawnego spółki, który polega m.in. na solidarnej odpowiedzialności współników. Tymczasem w umowie konsorcjum ten element konstrukcji nie zawsze jest uwzględniany.

Jednak zdaniem Sądu Okręgowego to właśnie wzgląd na art. 353(1) kc nakazuje traktowanie umowy konsorcjum jako odrębnego typu umowy nienazwanej, dopuszczalnego w świetle powołanego przepisu. Wypada zauważyć, że rozważana tu ocena prawna ma niewątpliwe konotacje konstytucyjne. Wprawdzie Konstytucja nie wymienia wprost zasady swobody umów, ale w art. 20 i 22 stanowi o wolności działalności gospodarczej, której podstawą jest swoboda formy prowadzenia tej działalności. Traktowanie konsorcjum wyłącznie jako spółki cywilnej ewidentnie ogranicza tę wolność, gdyż prowadzenie spółki wiąże się z narzuceniem takich powinności administracyjnych jak uzyskanie numeru REGON, prowadzenie księgowości i ewidencji, a zwłaszcza rejestracji jako podatnika podatku VAT.

Po drugie: nie ma istotnego argumentu nakazującego stosowanie przepisów o spółce cywilnej do profesjonalnych podmiotów, które świadomie wybierają współpracę na odmiennych niż w spółce zasadach. Stwierdzenie to nie jest próbą podważania przydatności konstrukcji spółki cywilnej, która nieustannie znajduje zastosowanie. Należy jednak zwrócić uwagę, że strony umowy konsorcjum posługują się odrębną nazwą umowy i określają swoje zobowiązania w oderwaniu od przepisów o spółce właśnie po to, żeby podkreślić brak zamiaru powołania spółki. Niejednokrotnie - zapewne ze względu na wcześniejsze orzecznictwo - strony wyraźnie wskazują, że celem umowy nie jest powołanie żadnej spółki. Zawarcie umowy spółki wiąże się przecież także z określonymi konsekwencjami, jak niemożność rozporządzania udziałem we wspólnym majątku spółki oraz w przedmiotach wchodzących w skład tego majątku (art. 863 §§ 1 i 2 kc), możliwość rozwiązania spółki przez sąd czy rozwiązanie jej z mocy prawa w razie upadłości współnika (art. 874 §§ 1 i 2 kc).

W realiach gospodarczych może oznaczać to niemożność przykładowo uzyskania kredytu, gdyż popularnym zabezpieczeniem w przypadku umów zawartych na podstawie zamówienia publicznego jest cesja przysługującej wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za spełnione świadczenie. W przypadku spółki cywilnej zbycie takiej wierzytelności jako wchodzącej w skład majątku spółki byłoby nieważne. Przyjęcie koncepcji proponowanej przez pozwanych miałyby też niebagatelne konsekwencje na gruncie prawa upadłościowego: po ogłoszeniu upadłości konsorcjanta syndyk powinien przecież wobec rozwiązania umowy konsorcjum (traktowanej jako spółka cywilna) domagać się podziału majątku konsorcjum. Dlatego warto w tym miejscu przytoczyć jeszcze dwa orzeczenia Sadu

Najwyższego, w którym odrębność umowy konsorcjalnej przyjmowana jest już niemal bez komentarza i akcentowania wcześniejszych kontrowersji jurydycznych. W wyroku z dnia 17 marca 2016 r. Sąd Najwyższy potwierdził ważność umowy cesji wierzytelności dokonanej przez konsorcjanta (V CSK 379/15). Natomiast w wyroku z 10 września 2015 r. (II CSK 536/14) przyjął, że środki na rachunku bankowym upadłego konsorcjanta podlegają wyłączeniu z masy upadłości w trybie art. 70 Prawa upadłościowego i naprawczego w części stanowiącej wynagrodzenie innych konsorcjantów z tytułu wykonanej umowy. Oba te wyroki pośrednio przemawiają właśnie za odrębnością umowy konsorcjum i umowy spółki cywilnej.

Wypada również zauważyć, że dawniejsze orzecznictwo i doktryna kwestionowały odrębność umowy konsorcjum jako umowy nienazwanej - inaczej aniżeli organy podatkowe czy sądy administracyjne. Z ich punktu widzenia – zwłaszcza pod kątem realizacji przepisów podatkowych – rozdzielnosc tych dwóch umów nie budziła wątpliwości (spółka cywilna jest osobnym podatnikiem VAT, zaś w konsorcjum podatnikami są członkowie konsorcjum z osobna, zwłaszcza że wystawiają sobie nawzajem faktury). Również przy zamówieniach publicznych organy państwowe nie mają wątpliwości co do odrębnego charakteru spółki i konsorcjum wypowiadając się o zmianie umowy konsorcjum na spółkę w toku realizacji zamówienia publicznego. Takie sytuacje pojawiły się już w obrocie, przykładowo obecnie spółkę cywilną stanowi dawne konsorcjum – wykonawca II linii metra warszawskiego.

Niejako na marginesie tych rozważań można dodać, że wyodrębnienie umowy konsorcjum na gruncie prawa i doktryny prawa polskiego wydaje się zmierzać już do końca, choć wszelkie wątpliwości co do tej kwestii powinna jednak rozstrzygnąć uchwała 7 sędziów SN albo regulacja ustawowa. Inaczej – podobnie jak w przypadku umowy leasingu (traktowanej niegdyś jako odrębny typ umowy przez sądy cywilne, zaś jako typ sprzedaży lub dzierżawy przez organy podatkowe i sądy administracyjne) nadal sądy będą zgłaszać wątpliwości.

Podsumowując zarzut braku legitymacji: umowa konsorcjum powinna obecnie być traktowana jako odrębny typ umowy nienazwanej, zaś stosowanie do niej przepisów o spółce cywilnej – nawet przez analogię – jest nieuzasadnione. Tym samym przez zawarcie umowy konsorcjum nie powstaje żaden majątek wspólny, w szczególności objęty wspólnością majątkową niepodzielnej ręki, charakterystycznej dla spółki cywilnej. W konsekwencji nie ma podstaw, aby członkowie konsorcjum wspólnie dochodzili należnych sobie wierzytelności – chyba że zobowiązuje ich do tego umowa konsorcjum. Zatem zarzut braku łącznej legitymacji jednego konsorcjanta jest nietrafny: W procesie o zapłatę prowadzonym przez członka konsorcjum nie występuje współuczestnictwo konieczne.

V.

Nietrafny jest również zarzut wygaśnięcia roszczenia na skutek niedochowania terminów przewidzianych w Subklauzuli (...) warunków FIDIC. Zgodnie z tym postanowieniem umownym jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem, to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, gdy Wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu dni, to Czas na Wykonanie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z tym roszczeniem". W ciągu 42 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się (lub powinien był dowiedzieć się) o wydarzeniu lub okoliczności, która dała powód do roszczenia, lub w ciągu takiego innego okresu, jaki może być zaproponowany przez Wykonawcę i zaaprobowany przez Inżyniera, Wykonawca prześle Inżynierowi pełne szczegółowe roszczenie, które będzie także zawierało pełne szczegółowe formacje uzasadniające podstawę wysunięcia takiego roszczenia oraz żądanego przedłużenia czasu i/lub dodatkowej płatności. Według pozwanego klauzula ta określa umowny termin prekluzyjny, którego niedochowanie skutkuje wygaśnięciem roszczenia. Dlatego też zgłoszenie roszczenia w trybie powołanej klauzuli w lutym 2011 r. miało być spóźnione, gdyż rzekomy błąd projektu został wykryty już w listopadzie 2010 r. Tym samym powód na skutek upływu terminu miał utracić swoje roszczenie.

Charakter prawny subklauzuli (...) na gruncie prawa polskiego nie został należycie wyjaśniony ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. W piśmiennictwie wskazuje się na 3 różne modele oceny prawnej tej instytucji, która może być traktowana jako: 1) umowa o zwolnienie z długu, 2) zobowiązanie wykonawcy do niedochodzenia roszczeń lub 3) termin zawity (por. Umowy budowlane: wzory FIDIC na gruncie prawa polskiego, Rzeczpospolita z 16 października 2013 r.) Zdaniem pozwanego subklauzula (...) stanowi właśnie umowny termin zawity, którego niedochowanie poprzez zgłoszenie roszczenia skutkuje jego wygaśnięciem. Taka teza spotkała się z rozbieżnymi ocenami w orzecznictwie: w myśl jednego z poglądów wprowadzenie umownych terminów prekluzyjnych jest dopuszczalne w świetle zasady swobody umów, inne orzeczenie uznaje to postanowienie za nieważne jako sprzeczne z przepisami zakazującymi skracania terminów przedawnienia roszczeń. Jednak w sprawie niniejszej szczegółowa analiza tej kwestii jest zbędna, gdyż powód dotrzymał terminu przewidzianego w klauzuli.

Należy podkreślić, że wątpliwości powoda co do objęcia ścianek szczelnych umową stron zostały zgłoszone już w dniu 29 listopada 2010 r., czyli dwa tygodnie po ich wykryciu (co nastąpiło w połowie listopada -D). Inżynier najpierw uznał, że płątność za ścianki nastąpi po wykonaniu obmiarów, na zasadach przewidzianych dla innych elementów umownych. Natomiast w następnym wyjaśnieniu inżynier uznał, że wykonanie ścianek w myśl specyfikacji mieści się w umówionej cenie kontraktowej, a więc nie przysługuje z tego tytułu odrębna zapłata.

Przede wszystkim wypada jednak zauważyć, że nawet zgłoszenie roszczenia nr 3 (G) zostało złożone w terminie. Roszczenie powoda kwalifikuje się jako bezpodstawne wzbogacenie. Jako takie mogło powstać dopiero z chwilą dokonania przesunięcia majątkowego, a więc w sprawie niniejszej – po wykonaniu i odebraniu ścianek. Jeśli termin z subklauzuli (...) stanowi umowny termin zawity, to nie może on rozpocząć biegu przed powstaniem roszczenia. Wynika to już z samej konstrukcji terminu zawitego: wygaśnięcie roszczenia w związku z dowolnym rodzajem terminu zawitego może nastąpić jedynie **po** powstaniu takiego roszczenia.

Na taki wniosek wskazuje również analiza innych regulacji umownych ze wzoru FIDIC. Hipotetycznie można sobie wyobrazić sytuację, w której zdarzenie powodujące roszczenia wykonawcy będzie znane wcześniej niż faktycznie nastąpi (np. wylanie rzeki w dolnym biegu możliwe do przewidzenia z kilkudniowym wyprzedzeniem w oparciu o jej zachowanie w biegu górnym, zmiana przepisów podnoszących obciążenia podatkowe po upływie *vacatio legis*). Pierwsza sytuacja mieści się w umownym rozumieniu siły wyższej i została uregulowana w subklauzuli (...), nakazującej powiadomienie drugiej strony zarówno w sytuacji faktycznego uniemożliwienia realizacji zobowiązania jak i przewidywania takiej sytuacji. Druga sytuacja została przewidziana w subklauzuli (...), przy czym również wyraźnie odróżniono sytuację doznania opóźnienia lub poniesienia kosztu od oceny, że takie opóźnienie lub koszt dopiero będą miały miejsce w przyszłości. Tymczasem subklauzula (...) takiego odróżnienia nie zawiera. Zatem termin do notyfikacji roszczenia w trybie tej klauzuli może rozpocząć bieg dopiero z chwilą powstania roszczenia, co przesądza o nietrafności argumentu pozwanego.

VI.

W sprawie niniejszej żądanie pozwu jako odszkodowania nie mogło zostać uwzględnione, mimo iż wykonanie ścianek przez powoda w sytuacji odmowy ich sfinansowania na etapie wykonania umowy mieści się w pojęciu szkody, a więc doznania uszczerbku majątkowego bez własnej woli. Powód wywodził swoje roszczenie z art. 471 kc w związku z art. 647 kc. Zgodnie z tymi przepisami inwestor (tu: pozwany) w ramach umowy o roboty budowlane zobowiązuje się w szczególności do przekazania projektu, a jako dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody powstałej z niewykonania lub niewłaściwego wykonania swojego zobowiązania, chyba że doszło do tego na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Trudno podzielić stanowisko powoda przewidujące odpowiedzialność zamawiającego na zasadzie ryzyka za prawidłowość projektu budowlanego stanowiącego część dokumentacji opisującej zamówienie publiczne – jak za czyn niedozwolony. Powód powołał się przy tym na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 r. w sprawie (...). Organ ten nie jest sądem, ale z racji specjalizacji w prawie zamówień publicznych jego argumenty Sąd zawsze rozważa. Tymczasem w cytowanym orzeczeniu KIO nie odwołuje się do żadnego konkretnego przepisu prawa

statuującego tego rodzaju odpowiedzialność, a jedynie ją wzmiankuje. Zdaniem Sądu w obecnym stanie prawnym nie ma przepisu, który pozwalałby wprost na przypisanie odpowiedzialności za prawidłowość projektu – stanowiącego część opisu zamówienia publicznego.

Dalsze przepisy powołane przez powoda dotyczą już odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 w zw. z art. 647 kc) i ustanawiają odpowiedzialność na zasadzie winy, choć z domniemaniami winy dłużnika. Natomiast umowna odpowiedzialność na zasadzie ryzyka może pojawić się z chwilą skorzystania z pomocy osób trzecich (art. 474 kc). Inaczej niż w przypadku czynów niedozwolonych (art. 429 kc) ustawodawca nie zwalnia dłużnika z odpowiedzialności w razie skorzystania z usług profesjonalnego wykonawcy. **Jednakże nie można przypisać odpowiedzialności pozwanemu ze względu na fakt, że w sprawie niniejszej nieprawidłowość w dokumentacji projektowej nie pozostaje w normalnym związku przyczynowo-skutkowym z uszczupleniem majątkowym doznany przez powoda.** To zwalnia Sąd z badania dalszych przesłanek tej odpowiedzialności, tj. winy czy bezprawności (choć warto przypomnieć, iż odpowiedzialność dłużnika, który musiał skorzystać z pomocy osoby trzeciej świadczącej usługi publiczne jest kwestionowana w doktrynie – por. . tezy 13 i 14 do art. 474 kc Komentarz do KC pod. Red. K. Osajdy, Legalis)

Należy podkreślić w tym miejscu, że co do zasady tego rodzaju odpowiedzialność jest możliwa. Pozwany jako zamawiający jest stroną umowy o roboty budowlane, a więc ciąży na nim obowiązek dostarczenia projektu i to do dostarczenia go z zachowaniem należytej staranności. Jak już powiedziano sporządzenie projektu budowlanego wymaga skorzystania z usług osoby posiadającej niezbędne uprawnienia. Projektant za swoje świadczenie odpowiada względem zamawiającego (pозwanego) nie tylko na zasadzie rękojmi za wady projektu (art. 638 kc) ale także na zasadach ogólnych, także wobec osób trzecich (odpowiednio art. 471 kc i 415 kc). Jeśli więc nieprawidłowo sporządzony projekt będzie przyczyną powstania uszczerbku w majątku zamawiającego lub wykonawcy, to właśnie projektant winien za to ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą. Dla przykładu można tu wskazać sytuację, w której nieprawidłowo zaprojektowana część wiaduktu między dwoma filarami zawala się, powodując szkodę w postaci kosztów rozbiórki, ponownej budowy czy zniszczonego zawaleniem sprzętu budowlanego. Wykonawca może opierając się na art. 474 w zw. z art. 471 kc dochodzić odszkodowania od obydwu podmiotów. Tymczasem stan faktyczny w sprawie niniejszej nie odpowiada przytoczonemu przykładowi. W sprawie niniejszej projektant nie umieścił w swoim projekcie części budowli - odwołując się do wskazanego przykładu z lekkim tylko przerysowaniem - nie uwzględnił dwóch z pięciu przewidzianych filarów. Jego zaniechanie nie spowoduje jednak, że projektant będzie zmuszony do odszkodowania odpowiadającego brakującym częściom budowli. Zdaniem Sądu w normalnym związku przyczynowym będzie pozostawać szkoda odpowiadająca wynagrodzeniu zapłaconemu przez inwestora za uzupełnienie projektu, zwiększone koszty stałe wykonawcy związane z wydłużeniem realizacji czy nawet utracone korzyści z tytułu przedłużonego czasu budowy, ale wartość niezaplanowanych prac – już nie.

W tym miejscu należy ponownie przypomnieć, że powód w sprawie niniejszej dochodzi właśnie równowartości prac z tytułu dodatkowo wykonanych – ale nieumieszczonych w projekcie – części budowli. Nie podnosi, że doznał szkód związanych z wydłużeniem czasu potrzebnego na budowę (np. kar umownych) ani że w związku z budową ścianek szczelnych jakaś część jego parku maszynowego uległa zniszczeniu. Dlatego nawet biorąc pod uwagę, że powód wykonał sporne prace korzystając z pomocy podwykonawcy, jego roszczenie oparte na przepisach o odszkodowaniu nie jest uzasadnione.

VII.

Roszczenie odszkodowawcze wobec pozostałych pozwanych – spółki (...) i M. C. – również okazało się nieuzasadnione. Powód upatrywał jego źródła w art. 415 i 430 kc. W myśl pierwszego z tych przepisów kto wyrządził drugiemu szkodę zobowiązany jest do jej naprawienia. Zaś według drugiego kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności.

Powód upatruje bezprawności pozwanych w naruszeniu art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem zdaniem Sądu przepisy te mają ograniczony podmiotowo zakres stosowania. Oba odnoszą się do określenia przedmiotu docelowego stosunku prawnego wynikającego z zamówienia publicznego, nie są zatem kierowane do wszystkich podmiotów prawa cywilnego, ale w pierwszym rzędzie do zamawiających, a niejako w drugiej kolejności do podmiotów, które zawarły z zamawiającym umowę po przeprowadzeniu procedury przetargowej. Zatem żaden z pozwanych (poza Skarbem Państwa) nie mógł naruszyć tych przepisów, albowiem nie był zobowiązany do ich przestrzegania. Tym samym ani brak sprawdzenia dokumentacji pod kątem powołanych przepisów, ani rzekomo nieprawidłowe odmówienie roszczeniom powoda w toku realizacji budowy nie stanowiły bezprawnego zachowania i nie mogą rodzić odpowiedzialności wobec powoda.

Zdaniem Sądu *mutatis mutandis* również do tego pozwanego odnosi się argument VI., tj. brak adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy uszczerbkiem w majątku powoda a działaniami pozwanej spółki czy M. C. w ramach realizacji umowy. Przypomnijmy, że spółka pełniła funkcję konsultanta, a M. C. – inżyniera kontraktu w rozumieniu warunków FIDIC. Zgodnie z warunkami umowy decyzje inżyniera kontraktu nie pociągają za sobą bezpośrednich skutków prawnych dla inwestora – w tym wypadku pozwanego Skarbu Państwa. Zatem nawet nieprawidłowe rekomendowanie inwestorowi podjęcia czy zaniechania określonych działań czy ocen – np. co do uznania roszczeń powoda dochodzonych w niniejszym postępowaniu – nie pozostaje w normalnym związku przyczynowo skutkowym z odmową zapłaty za wykonane prace. W świetle zmienionych umową warunków FIDIC decyzja o uznaniu roszczenia pozostaje w gestii inwestora, zaś swoje zasadnicze kompetencje inżynier wykonuje wyłącznie w porozumieniu z inwestorem. Zatem głos inżyniera czy konsultanta jest traktowany wyłącznie jako doradczy. Najlepszym tego przykładem jest sytuacja opisana w sprawie niniejszej, gdzie inżynier początkowo zezwolił na rozliczanie budowy ścianek szczelnych na podstawie obmiaru powykonawczego. Następnie – właśnie po uzgodnieniu z inwestorem – zmienił zdanie i oświadczył, że koszt ścianek szczelnych powinien zostać ujęty przez powoda w umowie i nie przysługuje z tego tytułu dodatkowe wynagrodzenie.

Wątpliwości budzi również sama zasada odpowiedzialności pozwanych. Zdaniem Sądu na pozwanym (...) ciążył obowiązek sprawdzenia dokumentacji nie tyle przetargowej, co budowlanej. Wobec pozwanego Skarbu Państwa wynikał on z umowy o zarządzanie kontraktem (B.). Istnienie takiego prawnego obowiązku rodziłoby odpowiedzialność również wobec osób trzecich (w tym i powoda), ale już na podstawie zasad ogólnych (art. 415 kc)

Jednakże zdaniem Sądu powód nie wykazał winy pozwanego M. C., co świetle brzmienia art. 430 stanowi podstawę odpowiedzialności (...). Zdaniem Sądu nie można czynić pozwanemu zarzutu polegającego na nieodniesieniu się do umotywowanych argumentów powoda co do konieczności wbudowania ścianek. Z żadnego przepisu prawa ani postanowienia umowy nie wynikał obowiązek sporządzenia opinii zawierającej odpowiedź na stanowisko powoda. Rolą inżyniera było podjęcie – w porozumieniu z inwestorem – odpowiedniej decyzji w możliwie krótkim czasie i z tego obowiązku M. C. się wywiązał. Należy przypomnieć, że sposób działania inżyniera w sprawie niniejszej został znacząco zmieniony w stosunku do zwykłych warunków FIDIC (k.147). We wszystkich istotniejszych kwestiach inżynier musiał uzyskiwać zgodę inwestora.

I wreszcie – *last but not least* – argument dotyczący już wyłącznie M. C. i wynikający z jego statusu prawnego jako pracownika. Zgodnie z art. 120 § 1 Kodeksu pracy za szkody wyrządzone osobie trzeciej przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych odpowiedzialność ponosi tylko pracodawca.

Już niejako na marginesie wypada zauważyć, że nieprawidłowość w dokumentacji projektowej miała szczególny charakter. Polegała na sprzeczności w sposobie wykonania poszczególnych budowli nie tyle pod względem budowlanym co pod względem ich wykorzystania w czasie budowy. Dokumentacja projektowa jest bardzo obszerna i każdy z podmiotów uczestniczących w procesie budowlanym posługuje się sztabem inżynierów o różnych specjalnościach, aby uzyskać z niej informacje do swoich celów. Zapewne dokumentacja była sprawdzana przez pozwany Skarb Państwa reprezentowany przez wyspecjalizowany urząd w postaci Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (por. zeznania świadka M.). Potwierdzono, że sprawdzenia dokumentacji dokonała także pozwana spółka, jak również i powód przy sporządzaniu oferty przetargowej. Specjaliści od projektowania i

kosztorysowania przeanalizowali projekty pod kątem swoich specjalności. Tymczasem błąd ujawnił się dopiero na etapie wykonania, ponieważ był możliwy do zauważenia dopiero po jednoczesnym zestawieniu wszystkich części dokumentacji. To wówczas musiało dojść do sytuacji, kiedy inżynier budownictwa zamierzał wyburzyć np. cały wiadukt, a inżynier ruchu drogowego jedynie połowę - takie bowiem dyrektywy płynęły z różnych części dokumentacji. Dopiero przeprowadzenie „wirtualnej budowy” już na poziomie wszystkich czynności technicznych pozwoliły na wykrycie tej niespójności. Praktyka postępowania uczestników procesu budowlanego takich czynności nie przewiduje, przynajmniej na etapie analizowania dokumentacji projektowej. Nasuwa się w tym miejscu wniosek, że z tej przyczyny nikomu z osób uczestniczących w niniejszym postępowaniu nie można było postawić zarzutu niewłaściwego sprawdzenia dokumentacji projektowej. W zastawieniu z brakiem bezprawności i związku przyczynowego z uszczerbkiem w mieniu powoda oznacza to brak roszczenia odszkodowawczego w stosunku do pozwanych ad. 1 i ad. 2.

VIII.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że powództwo podlegało uwzględnieniu jedynie w stosunku do pozwanego Skarbu Państwa, niemal w pełnej wysokości kwoty dochodzonej pozwem. Natomiast wobec dwóch pozostałych pozwanych podlegało oddaleniu. Rozstrzygnięcie merytoryczne było podstawą orzekania o kosztach procesu – na podstawie art. 98 kpc oraz 100 zd. 2 i 105 § 1 zd. 2 kpc.

W stosunku do pozwany ad. 2 i ad. 3 powód przegrał sprawę, toteż Sąd zobowiązał go do zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w stawce trzykrotnej. Sprawa niniejsza była niewątpliwie skomplikowana i długotrwała, wymagała wyjątkowego zaangażowania pełnomocników zarówno poprzez przygotowanie pism procesowych, jak i na uczestniczeniu w rozprawach w różnych częściach kraju. Jednak w porównaniu z innymi sprawami budowlanymi prowadzonymi w tutejszym Wydziale nie jest jeszcze sprawą najtrudniejszą. Najwyższa sześciokrotna stawka powinna zostać zastrzeżona dla spraw kilkusetmowych.

Natomiast pozwany Skarb Państwa przegrał sprawę niemal w całości, dlatego Sąd obciążył go zarówno kosztami opłaty, jak i zastępstwa procesowego powoda. Sąd zastosował tu stawkę czterokrotną, ponieważ wkład pełnomocnika powoda w wyjaśnienie sprawy był większy. Podobnie z jego strony miał miejsce zwiększony nakład pracy, ponieważ bronił on swojego stanowiska przez trojgiem pozwanych, których stanowiska tylko częściowo były zbieżne. Ponadto na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych obciążył pozwanego obowiązkiem zwrotu wydatków poniesionych przez Sąd w zakresie wynagrodzeń biegłych.

Z tych wszystkich względów Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.

(...)

(...)