

Sygn. akt XXV C 1293/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: sekretarz sądowy Arkadiusz Połaniecki

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.**

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

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w P. kwotę 1.313.508,66 zł (jeden milion trzysta trzynaście tysięcy pięćset osiem złotych sześćdziesiąt sześć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 30 czerwca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddała powództwo w pozostałej części;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w P. kwotę 61.437,11 zł (sześćdziesiąt jeden tysięcy czterysta trzydzieści siedem złotych jedenaście groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

IV. nakazuje pobrać od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 279,81 zł (dwieście siedemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

V. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

i Autostrad na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 369,09 zł (trzysta sześćdziesiąt dziewięć złotych dziewięć groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 1293/13

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 20 grudnia 2016 r.**

Pozwem z dnia 12 września 2013 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w P. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 2.309.207,73 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 1.324.275,12 zł od dnia 1 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty i od kwoty 984.932,61 zł od dnia 20 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu powód wskazał, że w dniu 12 sierpnia 2008 r. zawarł z pozwanym umowę o roboty budowlane o nazwie „Rozbudowa drogi krajowej nr (...), etap III na odcinku B. – K. – B. od km 162+100 do km 180+500”. W trakcie realizacji Umowy powstał pomiędzy stronami spór dotyczący obniżenia przez Inżyniera Kontraktu wynagrodzenia powoda za wykonanie robót ziemnych z pozycji 101 BK Kosztorysu

w odniesieniu do ilości 70.231,34 m<sup>(3)</sup> oraz braku akceptacji przez pozwanego recepty mieszanki mineralno-asfaltowej zgodnej z wymaganiami Umowy i żądania przez pozwanego zmiany składnika recepty, co spowodowało konieczność przygotowania nowej recepty, która zwiększyła koszty wykonania robót przez powoda. Ze względu na fakt, że strony nie doszły do porozumienia w powyższym zakresie powód dochodzi w niniejszym postępowaniu roszczenia o zapłatę pełnego wynagrodzenia za wykonanie robót ziemnych z pozycji 101 BK w części, w jakiej zostało ono niezgodnie z Umową obniżone przez pozwanego oraz roszczenia o zapłatę kosztów powstałych na skutek zastosowania przez powoda recepty mieszanki mineralno-bitumicznej zmienionej na skutek żądania pozwanego. Jeśli chodzi o pierwsze z wymienionych roszczeń, to Inżynier zatwierdził wykonanie robót ziemnych

z pozycji 101 BK, ale jednostronnie dokonał korekty ceny jednostkowej i obniżył wynagrodzenie o kwotę 1.076.646,44 zł netto, tj. 1.324.275,12 zł brutto, powołując się na wywiezienie przez wykonawcę materiałów poza plac budowy. Z treści pkt. 9 Specyfikacji Technicznej (...) wynika, że wykonawca do wymiany gruntu powinien pozyskać materiał z dokopu (ze źródła umiejscowionego poza placem budowy), jednak dane pozycja powinna być rozliczona całkowicie bez względu na to, czy wykonawca poniósł wszystkie koszty wymienione w specyfikacji, gdyż specyfikacja wymienia koszty jedynie przykładowo. Zdaniem powoda zastosowane przez Inżyniera obniżenie wynagrodzenia jest nieadekwatne do zaistniałej sytuacji, ponieważ wykonawca nie wywiózł materiałów poza plac budowy. Poza ceną materiału Inżynier bezpodstawnie odliczył od wynagrodzenia wartość robót związanych z wykonaniem wykopów, choć umowa przewidywała w tym zakresie pozyskanie materiału z wykopu. Wykonawca w Programie Zapewnienia Jakości zaproponował wykonanie nasypów w miejscu usuniętych gruntów z gruntów uzyskanych z wykopów

a Inżynier zatwierdził taki sposób prowadzenia robót. Jeśli zaś chodzi o drugie z dochodzonych roszczeń to pozwany odmówił zatwierdzenia przedstawionej przez powoda recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą z betonu asfaltowego podnosząc, że do warstwy wiążącej wymagane jest stosowanie kruszywa łamanego z pokruszonych skał litych oraz że w receptce przyjęto zbyt dużą ilość żwirów kruszonych w składzie mieszanki. Według powoda odrzucenie recepty jest sprzeczne z treścią Specyfikacji Technicznej nr (...), Polską Normą i normami europejskimi. Nadto w odpowiedzi na pytania wykonawców zgłaszane w toku przetargu pozwany dopuścił zastosowanie w mieszance grysu i żwiru kruszonego oraz stwierdził, że nie należy przeprowadzać badania kruszywa na zawartość procentową krzemionki. Odrzucenie przez pozwanego recepty mieszanki mineralno-asfaltowej i konieczność zastosowania innej mieszanki spowodowały po stronie powoda wzrost kosztów o kwotę 984.932,61 zł.

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

Pozwany zakwestionował powództwo co do zasady i co do wysokości, w tym zakwestionował ilość robót ziemnych polegających na budowaniu i formowaniu nasypu zgodnie z pozycją 101 BK oraz wartość tych robót, a także ilość wykonanej warstwy wiążącej z mieszanki, wysokość kosztów jednostkowych i łączną wysokość kosztów dodatkowych. Pozwany wskazał, że w dniu 12 kwietnia 2011 r. wykonawca złożył Rozliczenie Końcowe, które nie mogło zostać zaakceptowane, wobec czego w dniu 11 maja 2011 r. zostało wydane Przejściowe Świadczenie Płatności nr 29. Inżynier polecił dokonać potrącenia płatności dla wykonawcy w ramach końcowego rozliczenia poz. 101 w wysokości 1.076.646,44 zł, a ceny jednostkowe i ich składniki zostały przyjęte według Rozbicia Cen Jednostkowych z 8 października 2008 r. Obniżenie przez Inżyniera Kontraktu wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie robót ziemnych było zgodne z (...) Warunków Kontraktu (...). Konieczne było wyrównanie bilansu robót ziemnych, bowiem

poz. 96 – wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp (wykonanych w ilości 320.118,23 m<sup>(3)</sup> przy założeniu projektowym 379.204,82 m<sup>(3)</sup>) powinna równać się wykonaniu nasypów

z gruntu z wykopów poz. 99 (wykonanych w ilości 248.377,27 m<sup>(3)</sup> przy założeniu projektowym 379.204,82 m<sup>(3)</sup>). Wykonawca dowiódł do budowy nasypu więcej gruntu

z dokopu niż założono to w projekcie (wykonanie nasypów z gruntu dowiezionego poz. 100 wykonane zostało w ilości 244.547,45 m<sup>(3)</sup> przy założeniu projektowym 138.380 m<sup>(3)</sup>). Wykonawca nie wykorzystał gruntów pochodzących z wykopu, ponieważ wykorzystał je do wykonania wymiany gruntu. Niedobór gruntu wbudowanego w nasyp wynosi 71.740,96 m<sup>(3)</sup>, z czego 70.231,34 m<sup>(3)</sup> wbudowano w wymiany. Jeżeli grunt z wykopu w nasyp był pozyskany do wymian, to należało go oddać zamawiającemu, czego wykonawca nie uczynił. Inżynier nie ustanowił nowej ceny jednostkowej dla wymiany gruntu, lecz dokonał jedynie korekty płatności w Rozliczeniu Końcowym w części dotyczącej wykorzystania gruntu z wykopu do wbudowania w wymiany zamiast wykonania wymian z wykorzystaniem z gruntu dowiezionego z dokopu, pomniejszając płatność o nienależny wykonawcy koszt zakupu gruntu, według stawki 6,20 zł za m<sup>(3)</sup> wskazanej w pierwszej kalkulacji cen jednostkowych

z dnia 8 października 2008 r. Płatność dla wykonawcy w ramach Rozliczenia Końcowego

z poz. 101 została potrącona według następującego wyliczenia: 70.231,34 m<sup>(3)</sup> x (9,13 zł + 6,20 zł) = 1.076.646,44 zł, gdzie 70.231,34 m<sup>(3)</sup> to ilość gruntu z wykopów przydatnego do wykonania nasypów i innych prac, 9,13 zł – cena jednostkowa z poz. 96 Kosztorysu (wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp), 6,20 zł – cena

1 m<sup>(3)</sup> gruntu z dowozu dla poz. 101 Kosztorysu (kalkulacji cen jednostkowych z dnia

8 października 2008 r.). Z kolei brak akceptacji mieszanki mineralno-asfaltowej był spowodowany niespełnieniem wymagań (...)pkt. 2.6, gdyż cztery z pięciu badanych próbek kruszywa nie spełniły wymagań zawartości procentowej krzemionki (...). Zgodnie ze Specyfikacją, materiał musiał być zgodny z tabelą nr 1, kruszywo winno posiadać właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki 45%# (...)#65% i miało to być kruszywo powstałe wskutek przekruszenia

w kamieniołomach surowca skalnego ze skał litych. Powód w recepcie zaproponował żwir kruszony, który nie spełniał parametrów w zakresie właściwości obojętnych lub zasadowych.

W piśmie procesowym z dnia 17 marca 2014 r. (k. 825-828) powód zakwestionował prawo pozwanego do dokonania potrącenia kosztów zakupu materiału wskazując, że wierzytelność pozwanego z tego tytułu w ogóle nie powstała i jest niezasadna również co do wysokości. Powód podniósł, że pozwany nie wykazał, że Inżynier Kontraktu był uprawniony do dokonania potrącenia o „nienależny Wykonawcy koszt zakupu materiału (gruntu)”

w Świadectwie Płatności. Pozwany nie przedstawił również dowodów na okoliczność, że powstało po jego stronie uprawnienie do potrącenia z wynagrodzenia powoda jakichkolwiek kosztów oraz że takie koszty w ogóle powstały. Pozwany w odpowiedzi na pozew powołał się na taką samą ilość robót ziemnych z pozycji 101 BK, jak podawał powód, tj. 70.231,34 m<sup>(3)</sup>,

co oznacza, że nie kwestionuje ilości robót ziemnych. Powód wskazał, że nieprawdzie

i nieudowodnione są twierdzenia pozwanego, że powód wykorzystał do wymiany gruntu materiał należący do pozwanego. Sprzeczne z Umową jest twierdzenie pozwanego, że powód nie mógł użyć materiału z wykopu do prowadzonych robót. Obowiązek rozliczenia takiego materiału dotyczył wyłącznie użycia materiału poza placem budowy. Inżynier zaakceptował wykorzystanie gruntu z wykopów do prowadzenia robót poprzez akceptację Programu Zapewnienia Jakości, który przewidywał taki sposób prowadzenia robót. Inżynier zastosował do rozliczenia robót ziemnych inną stawkę, niż przewidywał to Umowa. Powód zaprzeczył również twierdzeniu pozwanego, że przedstawiona pierwotnie recepta na mieszankę mineralno-asfaltową nie spełniała wymagań Specyfikacji Technicznej (...) W odpowiedzi na pytania 212 i 223 zadane przez oferentów w trakcie postępowania przetargowego o wskazanie normy właściwej do oznaczenia zawartości (...) w kruszywie do celów drogowych powód otrzymał odpowiedź, że nie wymaga się, aby wykonawca przeprowadził badania na zawartości (...) i winien wybrać kruszywa z grup podanych w odpowiedzi.

W piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2014 r. (k. 843-847) pozwany wskazał, że Inżynier Kontraktu był uprawniony do dokonania korekty i rozliczenia robót ziemnych w oparciu o subklauzule 14.6 i 13.1 (c) Warunków Kontraktu. Za wykonanie wymian z gruntu dowiezionego wykonawca otrzymał należność po cenach jednostkowych określonych w kontrakcie, natomiast za wykonanie wymiany z gruntu stanowiącego własność zamawiającego dokonał korekty ceny jednostkowej z poz. 101 (...). Inżynier nie kwestionował możliwości wbudowania gruntu z wykopów w wymiany, co znalazło akceptację Programu Zapewnienia Jakości, jednak wbudowanie gruntu będącego własnością zamawiającego skutkuje obniżeniem ceny jednostkowej wymiany gruntu z poz. 101 (...), gdzie w podstawie płatności zaznaczono, że cena ta zawiera koszty pozyskania gruntu dowiezionego (pkt. 9 (...)). Pozwany podtrzymał również stanowisko, że brak akceptacji mieszanki mineralno-asfaltowej określonej w pierwotnej recepcie przedstawionej przez wykonawcę był spowodowany niespełnieniem wymagań Specyfikacji Technicznej co do pochodzenia kruszywa z grupy skał zasadowych lub obojętnych oraz jednocześnie z surowca skalnego litego. Przedstawiona przez powoda recepta na mieszankę mineralno-asfaltową zwiększała ryzyko koleinowania. Jeśli chodzi o kwestię badań kruszywa na zawartość (...) pozwany podniósł, że sformułowanie „nie wymaga” nie oznacza, że nie można takiego badania wykonać, zwłaszcza gdy przedstawiony materiał budzi wątpliwości.

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

W dniu 12 sierpnia 2008 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, jako Zamawiający, i (...) Sp. z o.o., jako Wykonawca, zawarli w trybie zamówienia publicznego umowę, na podstawie której Zamawiający powierzył a Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Rozbudowie drogi krajowej nr (...) etap III na odcinku B. – K. – B. od km 162+100 do km 180+500”, zwaną dalej „Umową” lub „kontraktem”. Integralną część kontraktu stanowiły: Umowa, Oferta Wykonawcy z dnia 28.05.2008 r. wraz z załącznikami, Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” – tłumaczenie wydania (...) 1999 (zwanym dalej „Ogólnymi Warunkami Kontraktu”), Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Dokumentacja projektowa – Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, Harmonogram robót, Harmonogram przepływów gotówki. Zaakceptowana Kwota Kontraktowa wynosiła zgodnie z ofertą wykonawcy 280.490.135,42 zł netto plus 22% podatek VAT, co łącznie stanowiło kwotę brutto 342.197.965,21 zł, a maksymalna wartość zobowiązania wynosiła 110% kwoty brutto, co stanowi 376.417.761,73 zł. (Umowa nr (...) z dnia 12.08.2008 r. – k. 37-38).

Kontrakt był kontraktem obmiarowym, co oznaczało, że wykonawca otrzymać powinien zapłatę za ilości robót faktycznie wykonane, niezależnie od ilości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych. ( Specyfikacja Techniczna (...)– Wymagania ogólne – pkt. 1.5.2.4 – k. 355-384). Obmiary i wycena robót następowały zgodnie z klauzulą 12 [Obmiary i wycena] Warunków Kontraktu (tj. Ogólnych Warunków Kontraktu ze zmianami wprowadzonymi Szczególnymi Warunkami Kontraktu). W myśl (...) [Obowiązkowe obmiary Robót] Warunków Kontraktu:

„Roboty winny być mierzone i wyceniane zgodnie z niniejszą klauzulą.

Kiedy tylko Inżynier wymaga, aby jakakolwiek część Robót została zmierzona, to uprzedza o tym Przedstawiciela Wykonawcy, który winien: (a) niezwłocznie wziąć udział lub wysłać wykwalifikowanego zastępcę, który pomoże Inżynierowi w dokonaniu pomiarów; oraz (b) dostarczyć wszelkich szczegółowych informacji, żądanych przez Inżyniera.

Jeżeli Wykonawca nie stawi się ani nie przyśle zastępcy, to pomiary dokonane przez (lub w imieniu) Inżyniera będą uznane za wierne.

Z wyjątkiem przypadków, kiedy w Kontrakcie ustalono inaczej, gdziekolwiek ilości Robót Stałych mają być ustalone na podstawie zapisów, tam te zapisy mają być sporządzone przez Inżyniera. Wykonawca winien brać udział w wyznaczonym czasie i miejscu, zbadać

i uzgodnić z Inżynierem te zapisy, a następnie podpisać je, jeśli zostaną uzgodnione. Jeżeli Wykonawca nie weźmie udziału, to zapisy będą uznawane za wierne.

Jeżeli Wykonawca zbada i nie zgodzi się z zapisami i/lub nie podpisze zapisów jako uzgodnionych, to powinien zgłosić Inżynierowi swoje zastrzeżenia co do tego, w jakiej części kwestionuje zapisy jako niedokładne. Po otrzymaniu takiego zgłoszenia Inżynier winien sprawdzić te zapisy i potwierdzić je lub zmienić. Jeżeli wykonawca nie zgłosi Inżynierowi swego sprzeciwu w ciągu 14 dni od otrzymania wezwania do sprawdzenia zapisów, to zostaną one uznane za wierne.

Wykonawca będzie prowadził rejestr obmiarów w Książce Obmiarów, w której będzie zamieszczał rysunki i obliczenia niezbędne do ustalenia ilości wykonanych Robót. Wykonawca będzie na bieżąco dokonywał zapisów pomiarów wykonanych wspólnie

z Inżynierem, w szczególności wszystkich Robót zanikających i ulegających zakryciu. Inżynier wraz z Wykonawcą wspólnie uzgodnią sposób prowadzenia Książki Obmiarów tak, aby była ona podstawą wystąpienia o Przejściowe Świadczenie Płatności zgodnie

z Warunkiem 14.3 [Wnioski o Przejściowe Świadczenia Płatności].”

Zgodnie z subklauzulą 12.2 [Metody obmiaru] Warunków Kontraktu:

„Niezależnie od miejscowych zwyczajów, z wyjątkiem przypadków ustalonych w inny sposób w Kontrakcie: (a) obmiary mają być dokonane w ilościach netto każdej pozycji Robót Stałych, oraz (b) metody obmiaru mają być zgodne z Przedmiarem Robót lub innymi odpowiednimi Wykazami.”

Stosownie do subklauzuli 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu:

„Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to w celu uzgodnienia lub ustalenia Ceny Kontraktowej Inżynier winien postępować zgodnie z klauzulą 3.5 [Określenia] przez wycenę każdego elementu robót, stosując pomiary uzgodnione lub ustalone zgodnie z powyższymi klauzulami 12.1 i 12.2 oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego elementu.

Odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tego elementu lub, jeśli takiego nie ma, to ustalona dla podobnej roboty. Dla elementu roboty będzie jednak ustalona nowa stawka lub cena jeśli:

(i) robota jest objęta poleceniem na mocy klauzuli 13 [Zmiany i korekty], b) dla danego elementu nie jest w Kontrakcie przewidziana żadna stawka ani cena, oraz c) żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dany element roboty nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywany w warunkach podobnych do żadnego elementu w Kontrakcie.

Każda nowa stawka lub cena winna być pochodną pozycji odnośnych stawek lub cen ustalonych w Kontrakcie z uzasadnionymi korektami dla uwzględnienia spraw opisanych powyżej, odpowiednio do przypadku. Jeżeli dla wyprowadzenia nowej stawki lub ceny brak jest podstaw w Kontrakcie, to należy ją wyliczyć na mocy uzasadnionego Kosztu wykonania takiej roboty wraz z umiarkowanym zyskiem, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności towarzyszące.

Inżynier ustali tymczasową stawkę lub cenę dla wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności zanim odpowiednia stawka lub cena zostanie uzgodniona lub ustalona”.

(Szczególne Warunki Kontraktu – k.91-112, Ogólne Warunki Kontraktu – k. 114-178).

W ramach realizacji przedmiotowego kontraktu przewidziane były roboty w zakresie wykonania wykopów, wykonania nasypów oraz wymiany gruntów nienośnych. W pkt. 2.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) „Wykonanie wykopów

w gruntach nieskalistych. Wykonanie nasypów” zapisano, że grunty uzyskane przy wykonaniu wykopów powinny być przez Wykonawcę wykorzystane w maksymalnym stopniu do budowy nasypów lub zasypek wykopów. Grunty przydatne do budowy nasypów mogą być wywiezione poza plac budowy tylko wówczas, gdy stanowią nadmiar objętości robót ziemnych albo na polecenie lub za zezwoleniem Inżyniera. Jeżeli grunty przydatne uzyskane przy wykonaniu wykopów nie będące nadmiarem objętości robót ziemnych zostały za zgodą Inżyniera wywiezione przez Wykonawcę poza plac budowy z przeznaczeniem innym, niż budowa nasypów lub wykonanie prac objętych kontraktem, wykonawca jest obowiązany do dostarczenia równoważnej objętości gruntów przydatnych ze źródeł własnych, zaakceptowanych przez Inżyniera. Grunty i materiały nieprzydatne do budowy nasypów powinny być wywiezione przez Wykonawcę na odkład.

Według pkt. 9.2 przywołanej Specyfikacji Technicznej cena 1 m<sup>3</sup> wykonania robót ziemnych w wykopach obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, w tym obmiar terenu po zdjęciu warstwy humusu,
- oznakowanie i zabezpieczenie robót,
- wykonanie wykopu z transportem urobku na nasyp lub odkład, obejmujące: odspojenie, przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek oraz rozplantowanie urobku na odkładzie,
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania, w tym również za pomocą igłofiltrów,
- profilowanie dna wykopu i skarp,
- zagęszczenie powierzchni wykopu,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych wymaganych w ST,
- rozplantowanie urobku na odkładzie,
- wykonanie, a następnie rozebranie dróg dojazdowych,
- rekultywację terenu.

Cena 1 m<sup>3</sup> wykonania robót ziemnych w nasypach obejmuje:

- prace pomiarowe i oznakowanie robót,
- schodkowanie skarpy istniejącego nasypu zgodnie z lokalizacją wg Dokumentacji Projektowej,
- wbudowanie gruntu uzyskanego z wykopu na trasie, warstwami wraz z zagęszczeniem zgodnie z wymaganiami ST,
- profilowanie powierzchni nasypu, rowów i skarp z nadaniem im spadków i pochyłości zgodnie z Dokumentacją Projektową i ST,
- odwodnienie terenu w czasie trwania robót,
- koszty pozyskania gruntu z dokopów,
- odspojenie gruntu w dokopie,
- transport gruntu z dokopu na miejsce wbudowania w nasypie,
- dowóz wody,
- wbudowanie gruntu uzyskanego z dokopu, warstwami wraz z zagęszczeniem zgodnie z wymaganiami ST

- wyprofilowanie skarp dokopu,
- rekultywację dokopu,
- przeprowadzenie wymaganych przez ST badań laboratoryjnych dotyczących właściwości wbudowanych gruntów i wskaźnika zagęszczenia poszczególnych warstw nasypu.

Cena 1 m<sup>3</sup> wykonania wymiany gruntów nienośnych obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- wykonanie wykopu z zabezpieczeniem stateczności ścian,
- wydobycie gruntu nienośnego, jego przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek wraz z wymaganymi opłatami za składowanie,
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania, w tym również za pomocą igłofiltrów,
- profilowanie dna wykopu i skarp,
- wypełnienie wykopu gruntem o odpowiednich parametrach geotechnicznych wraz z zagęszczeniem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w ST,
- wykonanie a następnie rozebranie dróg dojazdowych,
- rekultywację terenu.

(...) Wykonanie nasypów w gruntach nieskalistych. Wykonanie nasypów – k. 241-252).

W Kosztorysie ofertowym w części dotyczącej robót ziemnych przewidziano m.in. pozycje: poz. 96 – Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp – w ilości 379.204 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 9,13 zł, poz. 99 – Wykonanie nasypów: z gruntu wykopów – w ilości 379.204 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 8,55 zł, poz. 100 – Wykonanie nasypów: z gruntu dowiezionego – w ilości 138.380 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 37,95 zł, poz. 101 – Wymiana gruntu organicznego i nieorganicznego z odwodnieniem wykopów – w ilości 66.102 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 62,04 zł. (Kosztorys ofertowy – k. 50).

W Programie Zapewnienia Jakości z dnia 8 października 2008 r. dotyczącym wykonania nasypów Wykonawca wskazał, że materiał stanowiąc będą grunty z wykopu, ukopu lub dokopu przydatne do budowy nasypów (piaski, pospółki) spełniające wymogi Specyfikacji Technicznej i zaakceptowane przez Inżyniera. (Program Zapewnienia Jakości – k.230-236). Program Zapewnienia Jakości został zatwierdzony przez Inżynier Kontraktu. (okoliczność uznana za ustaloną podstawie art. 230 k.p.c. – podana przez powoda w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2014 r. i niekwestionowana przez pozwanego).

Wykonawca realizował roboty ziemne od jesieni 2008 r., przy czym główne roboty ziemne przypadały na 2009 i 2010 r. Wymiany gruntu nienośnego wykonywane były częściowo przy użyciu gruntu nośnego z dokopu (dowiezionego z poza placu budowy), a częściowo z gruntu z wykopu (pozyskanego z terenu budowy). Inżynier Kontraktu miał wiedzę o takim sposobie prowadzenia robót i akceptował go. Wykonawca nie wywoził gruntu nośnego poza plac budowy. Grunt z

wykopu wykorzystywany był również do wykonywania nasypów w częściach dotyczących nasypów niezbrojonych (niewzmacnianych geosiatką). Nasypy zbrojone wykonywane były z materiału dowiezonego spoza placu budowy. Taki sposób prowadzenia robót akceptowany był przez Inżyniera Kontraktu. Na wbudowanie gruntu Wykonawca otrzymywał zgodę Inżyniera Kontraktu. Roboty z zakresu wymiany w trakcie ich realizacji rozliczane były z Zamawiającym obmiarowo po cenie jednostkowej wskazanej w poz. 101 Kosztorysu ofertowego. (zeznania świadków: M. K. – k. 854-857, W. K. – k. 882-884, R. M. – k. 1315-1316, D. M. – k. 1372-1373, D. B. – k. 1373-1374, T. C. – k. 1374-1376).

W dniu 30 listopada 2010 r. Inżynier Kontraktu wystawił Świadczenie Przejęcia Robót, w którym zaświadczył, że roboty zostały zasadniczo ukończone na dzień 10 listopada 2010 r., z zastrzeżeniem wymienionych w załącznikach wad, usterek i robót zaległych. ( Świadczenie Przejęcia Robót z 30.11.2010 r. wraz z załącznikami – k. 524-543).

Spór co do rozliczenia robót ziemnych powstał pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym już po zakończeniu robót ziemnych, na etapie rozliczenia końcowego robót kontraktowych i dotyczył gruntu w ilości 70.732 m<sup>3</sup> pozyskanego z wykopów, którego Wykonawca użył do wymiany gruntu nienośnego, a który nie został wykorzystany do budowy nasypów. Pismem z dnia 2 marca 2011 r. Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę

w związku ze złożonym Rozliczeniem Końcowym i bilansem robót ziemnych, że niedobór gruntu wbudowanego w nasypy wynosi 71.740,96 m<sup>3</sup>, gdyż Wykonawca tę ilość gruntu wykorzystał i wbudował w wymianę gruntu, a nie dokonał pozyskania z dokopu. Wobec tego Inżynier polecił Wykonawcy dokonać zmian ilościowych w poz. 99 – wykonanie nasypów z gruntu z wykopów: zamiast wyliczonych przez Wykonawcę 248.327,27 m<sup>3</sup> do rozliczenia przyjąć 320.118,23 m<sup>3</sup>, zwiększając o 71.740,96 m<sup>3</sup> (ilość gruntu wbudowanego w wymiany), a w poz. 100 – wykonanie nasypów z gruntu dowiezonego: zamiast wyliczonych przez Wykonawcę 244.547,45 m<sup>3</sup> do rozliczenia przyjąć 172.806,49 m<sup>3</sup>, zmniejszając o 71.740,96 m<sup>3</sup>. W kolejnym piśmie z dnia 8 kwietnia 2011 r., po otrzymaniu wyjaśnień inspektora nadzoru oraz opinii projektanta dotyczących rozliczenia robót ziemnych, Inżynier Kontraktu anulował polecenie dokonania zmian dotychczasowego rozliczenia robót ziemnych wskazując, że wszystkie roboty ziemne muszą być rozliczone zgodnie ze stanem rzeczywistym, a za wszystkie roboty Wykonawca musi otrzymać wynagrodzenie zgodne

z kontraktem. Jednocześnie Inżynier Kontraktu nakazał pozostające jeszcze do rozliczenia roboty rozliczyć według polecenia. (pisma Inżyniera Kontraktu z 02.03.2011 r. – k. 721 i z 08.04.2011 r. – k. 725, wyjaśnienia inspektora nadzoru dotyczące bilansu robót ziemnych –

k. 726-728, pismo projektanta z 29.03.2011 r. – k. 723-724, zeznania świadków: M. K. – k. 854-857, W. K. – k. 882-884, R. M. – k. 1315-1316, D. M. – k. 1372-1373, D. B. – k. 1373-1374, T. C. – k. 1374-1376, przesłuchanie przedstawiciela pozwanego K. N. – k. 1587v.-1588v.).

W dniu 12 kwietnia 2011 r. Wykonawca złożył Rozliczenie Końcowe. Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 11 maja 2011 r. poinformował Wykonawcę, że złożone Rozliczenie Końcowe traktuje jako wystąpienie o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności za roboty wykonane w 2010 r. oraz że dokonał potrącenia w kwocie 1.076.646,44 zł netto w związku z wbudowaniem w wymiany gruntu z zawyżoną ceną jednostkową. Jednocześnie w dniu 11 maja 2011 r. Inżynier Kontraktu wystawił Wykonawcy Przejściowe Świadczenie Płatności nr 29 za roboty wykonane w 2010 r. na kwoty netto 8.114.940,21 zł

i 70.278,07 zł, z uwzględnieniem pomniejszenia płatności o kwotę netto 1.076.646,44 zł na podstawie klauzuli 14.3 (f) Warunków Kontraktu. (Rozliczenie Końcowe – k. 550-628, pismo Inżyniera Kontraktu z 11.05.2011 r. – k. 734-735, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 29 – k. 544).

Wykonawca (Dyrektor Kontraktu) pismem z dnia 24 maja 2011 r. zwrócił się do Inżyniera Kontraktu o podanie podstaw prawnych wprowadzenia zmiany ceny jednostkowej poz. 101 i cofnięcia płatności poz. 96 Kosztorysu ofertowego. Natomiast pismem z dnia



1 czerwca 2011 r. Wykonawca powiadomił Inżyniera Kontraktu o roszczeniu R-5 o dodatkową płatność w kwocie 1.076.646,44 zł za wykonane roboty z tytułu nieuprawnionego potrącenia płatności w ramach rozliczenia końcowego pozycji 101 B.-K.. (pisma Wykonawcy z 24.05.2011 r. – k. 738 i z 01.06.2011 r. – k. 261-262).

W pismach z dnia 7 czerwca 2011 r. i 30 czerwca 2011 r. Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę, że nie dokonał zmiany w cenie jednostkowej dla poz. 101 Kosztorysu ofertowego, lecz dokonał wyłącznie korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla tej pozycji (cena jednostkowa 62,04 zł) dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopów na trasie wbudowanego w wymiany, ponieważ grunt pochodzący z wykopów na trasie stanowi własność Zamawiającego i zgodnie z podaną w Kosztorysie ofertowym ceną jednostkową gruntu z dowozu dla poz. 101 (6,20 zł z pierwszej kalkulacji pozycji rozliczeniowej złożonej przez Wykonawcę) dla określonego w wymianach gruntu dokonano potrącenia. Analogicznie dokonano korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla poz. 96 Kosztorysu (cena jednostkowa 9,13 PLN). (pisma Inżyniera Kontraktu z 07.06.2011 r. – k. 736-737 i z 30.06.2011 r. – k. 739-740).

Pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. Wykonawca zgłosił do Inżyniera Kontraktu roszczenie R5 o dodatkową płatność z tytułu nieuprawnionego potrącenia z płatności

w ramach końcowego rozliczenia poz. 101 B.-K. kwoty 1.076.646,44 zł.

W piśmie tym Wykonawca wskazał, że na etapie przetargu, po przeanalizowaniu dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego, Wykonawca założył w ofercie, że będzie posiadał 55.117 m<sup>3</sup> nadmiaru materiału z wykopu, które przydatne będzie do wykonania wymian. Po dalszej korespondencji w przedmiocie tego roszczenia Inżynier Kontraktu pismem z dnia poinformował Wykonawcę, że odstępuje od dalszego rozpatrywania roszczenia i odrzuca je w całości. (pisma Wykonawcy z 20.06.2011 r. – k. 263-267,

z 25.07.2011 r. – k. 749-750 i z 09.09.2011 r. – k. 754-755, pisma Inżyniera Kontraktu

z 20.06.2011 r. – k. 742-744, z 05.07.2011 r. – k. 741, z 04.08.2011 r. – k. 751-752,

z 19.09.2011 r. – k. 756-757).

W ramach realizacji przedmiotowego kontraktu przewidziane były również roboty w zakresie wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego. W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) „Wykonanie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego” wskazano, że do warstwy wiążącej należy zastosować kruszywo zgodnie z tabelą 1. Kruszywo powinno posiadać właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) # 65%. Po pojęciem kruszywa łamanego rozumie się kruszywo powstałe wskutek przekruszenia w kamieniołomach surowca skalnego ze skał litych (pkt. 2.6). Natomiast w tabeli 1 – Wymagania wobec materiałów do warstwy wiążącej z betonu asfaltowego dla KR5 wskazano następujące rodzaje materiałów:

1. Kruszywo łamane granulowane wg(...) z surowca skalnego litego kl. I, II; gat. 1, 2, 2.
2. Kruszywo łamane zwykłe wg. PN-B- (...).
3. Grys i żwir kruszony z surowca naturalnie rozdrobnionego, kl. I, II; gat. 1, 2.
4. Żwir i mieszanka wg. PN-B- (...).
5. Piasek wg. PN-B- (...).
6. Wypełniacz mineralny wg. PN-S- (...), podstawowy.
7. Asphalt drogowy wg. pkt. 2.3 (tj. asphalt drogowy 35/50).

W tablicy 4 – Wymaganie wobec mieszanek mineralno-asfaltowych oraz warstwy wiążącej i wyrównawczej z betonu asfaltowego dla KR5 podano następujące wymagania:

1. Moduł sztywności pelzania, MPa:  $\geq 16,0$ .
2. Stabilność próbek wg metody Marshalla w temperaturze 60°C:  $\geq 11,0$ .
3. Odkształcenie próbek jw., mm: od 1,5 do 4,0.
4. Wolna przestrzeń w próbkach jw., %: od 4,0 do 8,0.
5. Wypełnienie wolnej przestrzeni w próbkach jw., %:  $\leq 75,0$ .
6. Grubość warstwy w cm z MMA o uziarnieniu od 0 mm do 20,0 mm: 8,0.
7. Wskaźnik zagęszczenia warstwy, %:  $\geq 98,0$ .
8. Wolna przestrzeń w warstwie, %: od 4,5 do 9,0.

Według pkt. 9.2 przywołanej Specyfikacji Technicznej cena wykonania 1 m<sup>2</sup> warstwy wiążącej z betonu asfaltowego obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie i zabezpieczenie robót,
- zakup i dostarczenie materiałów,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wyprodukowanie mieszanki mineralno-asfaltowej i jej transport na miejsce wbudowania,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki mineralno-asfaltowej,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie asfaltem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w specyfikacji technicznej.

(Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D.05.03.05/01 – k.253-260).

W Kosztorysie ofertowym w części dotyczącej wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego przewidziano pozycję 161 BK i 158 KB – warstwa wiążąca z betonu asfaltowego #0/20 (D35/50) – grubość 8 cm – w ilości 249.778 m<sup>2</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 46,18 zł. (Kosztorys ofertowy – k. 407).

W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego dotyczącego Rozbudowy drogi krajowej nr (...) etap III na odcinku B. – K. – B. od km 162+100 do km 180+500 wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które Zamawiający udzielał odpowiedzi. Wykonawcy zadali Zamawiającemu m.in. następujące pytania:

Pytanie nr 209 o treści: „Dot. (...) Podbudowa z betonu asfaltowego, pkt. 2.2. Prosimy o dopuszczenie żwiru kruszonego na KR 3 – KR 6, tak jak do warstwy wiążącej nr KR 5 oraz dopuszczenie pyłów z odpylania zgodnie z(...)

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Dopuszcza się zastosowanie grysów i żwiru kruszonego zgodnie z tablicą B.1 przywołanej normy.”

Pytanie nr 212 o treści: „Dot. (...)Wyrównanie podbudowy mieszankami mineralno-asfaltowymi, pkt. 2.3. Prosimy o wskazanie normy właściwej dla oznaczenia zawartości (...) w kruszywie dla celów drogowych. Norma PN-B- (...):1996 ani PN- (...):2004 nie przewiduje takich badań kruszywa.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Nie wymaga się, aby wykonawca przeprowadził badania na zawartość (...). Kruszywo ze względu na zawartość (...) dzieli się na 3 grupy:

- kruszywo z grupy skał kwaśnych tj. o zawartości (...) powyżej 65%. Przedstawicielem skał kwaśnych są np. granity,
- kruszywo z grupy skał obojętnych tj. o zawartości (...) 55% - 65%. Przedstawicielem skał obojętnych jest np. gabbro, dioryt.
- kruszywo z grupy skał zasadowych tj. o zawartości (...) 45% - 54%. Przedstawicielem skał zasadowych jest np. bazalt, sjenit.

Wykonawca, w zależności od zapisu w specyfikacji, winien wybrać kruszywo z grup wyżej podanych.”

Pytanie nr 217 o treści: „Dot. (...)Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego, pt. 2.6. Prosimy o wskazanie normy właściwej dla oznaczenia zawartości (...) w kruszywie do celów drogowych. Norma PN-B- (...):1996 ani PN- (...):2004 nie przewiduje takich badań kruszywa.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Patrz odpowiedź na pytanie 212.”

Pytanie nr 512 o treści: „Prosimy o zezwolenie na zastosowanie do podbudowy z kruszywa łamanego, kruszyw dostępnych w (...) Kopalniach (...), tak jak ma to miejsce w przypadku warstwy wiążącej (w specyfikacji (...) Zamawiający dopuszcza stosowanie tylko kruszyw uzyskanych ze skał litych).”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 209 dopuszcza się zastosowanie grysu i żwiru kruszonego w warstwie wiążącej zgodnie z tablicą B-1 normy PN-S- (...):2000. Aprobata miejsca pozyskania kruszywa oraz jego przydatności wyda w trakcie realizacji kontraktu Inżynier Budowy w porozumieniu z Zamawiającym.”

(wyciąg z listy pytań Wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego – k. 310-312).

W dniu 22 czerwca 2009 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o zatwierdzenie recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą nr recepty (...) z 18 czerwca 2009 r. W recepcie tej Wykonawca zaproponował zastosowanie do mieszanki materiału w postaci żwiru kruszonego. Zamawiający stał na stanowisku, że w przypadku użycia do mieszanki na warstwę wiążącą kruszywa ze żwirów kruszonych, które są mieszaniną różnych skał, Wykonawca powinien przedstawić badania na zawartość krzemionki wykonane dowolną metodą, która określi przynależność kruszywa ze żwirów kruszonych do określonej kategorii skał. Wykonawca badania takiego nie przedłożył. Inżynier Kontraktu odmówił zatwierdzenia recepty argumentując, że do warstwy wiążącej należy stosować kruszywa łamane z przekruszenia skał litych oraz zarzucając, że w recepcie przyjęto zbyt dużą ilość żwirów kruszonych w składzie mieszanki. ( wniosek o zatwierdzenie materiału nr (...) z 22.06.2009 r. – k. 287, recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr (...) z 18.06.2009 r. wraz z orzeczeniami o jakości materiałów i zgodności z normami – k. 288-309, pismo projektanta z 09.07.2009 r. – k. 761, pismo Wykonawcy z 14.07.2009 r. – k. 762-763, pismo Inżyniera Kontraktu z 17.07.2009 r. – k. 768, zeznania świadków: M. K. – k. 854-857, W. K. – k. 882-884, A. W. – k. 1376-1378, przesłuchanie przedstawiciela pozwanego K. N. – k. 1587v.-1588v.).

W związku z odrzuceniem wskazanej wyżej recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą Wykonawca przedstawił nową receptę, która nie zawierała materiałów ze żwirów kruszonych, lecz wyłącznie ze skał litych (grys melafirowy). Ta druga recepta została zaakceptowana przez Inżyniera Kontraktu i Wykonawca wykonał mieszankę według tej receptury. ( recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr (...) z 14.07.2009 r. –

k. 1453, zeznania świadków M. K. – k. 854-857 i W. K. – k. 882-884, przesłuchanie przedstawiciela pozwanego K. N. – k. 1587v.-1588v.).

Pismem z dnia 22 lipca 2009 r. Wykonawca powiadomił Inżyniera Kontraktu na podstawie (...) Warunków Kontraktu o roszczeniu związanym z dodatkowymi kosztami i przedłużeniem czasu na ukończenie w związku z odrzuceniem przez nadzór proponowanej mieszanki mineralno-asfaltowej do wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego. (pismo Wykonawcy z 22.07.2009 r. – k. 769-771).

W kolejnym piśmie z dnia 24 sierpnia 2009 r. Wykonawca w nawiązaniu do wcześniejszego pisma z dnia 22 lipca 2009 r. przedstawił Inżynierowi Kontraktu wyliczenie kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z odrzuceniem recepty mieszanki mineralno-asfaltowej do wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, w którym wskazał, że zastosowanie recepty nr(...) zamiast (...) powoduje zmianę pozycji kosztorysowej nr 161 BK oraz 158 KB „Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego #0/20 (D 35/50) – grubość 8 cm”. Wzrost ceny mieszanki za tonę wynosi 15,89 zł, co w przeliczeniu na 1 m<sup>(2)</sup> nawierzchni daje wzrost o 3,18 zł/m<sup>(2)</sup>. Nowa cena dla pozycji 161 BK i 158 KB wynosi 49,36 zł/m<sup>(2)</sup>. ( pismo Wykonawcy z 24.08.2009 r. – k. 408-413).

Na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Państwowy Instytut Geologiczny przeprowadził badania pięciu próbek kruszywa do mieszanki mineralno-asfaltowej przekazanych przez Wykonawcę na zawartość (...). Zawartości (...) w tych próbkach były następujące: 42,52%, 43,63%, 46,46%, 43,86%, 32,38%. (sprawozdanie z badań Państwowego Instytutu Geologicznego z 28.08.2009 r. – k. 759-760).

Inżynier Kontraktu pismem z dnia 1 września 2009 r. odrzucił prawo Wykonawcy do roszczenia o dodatkową zapłatę za masę bitumiczną na warstwę wiążącą wskazując, że jedynym materiałem spełniającą wymagania z pkt. 2.6 Specyfikacji jest kruszywo z tabeli 1 lp. 1 – kruszywo łamane granulowane wg. PN- (...) z surowca skalnego litego. (pismo Inżyniera Kontraktu z 01.09.2009 r. – k. 788-789).

Stanowisko w przedmiocie odrzucenia roszczenia nr R-3 Wykonawcy Inżynier Kontraktu podtrzymał w swych kolejnych pismach z 5 października 2009 r. 18 listopada 2009 r., 25 lutego 2010 r., 26 kwietnia 2010 r., 21 maja 2010 r., 2 czerwca 2010 r. (pisma Inżyniera Kontraktu z 05.10.2009 r. – k. 795-796, z 18.11.2009 r. – k. 797, z 25.02.2010 r. – k. 799, z 26.04.2010 r. – k. 800, 21.05.2010 r. – k. 801, 02.06.2010 r. – k. 802).

Wykonawca w piśmie z dnia 20 grudnia 2010 r. określił wartość roszczenia R-3 w wysokości 3,18 zł za wykonanie 1 m<sup>2</sup> warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, co przy łącznej ilości warstwy wiążącej 251.810,76 m<sup>2</sup> daje końcową wartość roszczenia w kwocie 800.758,22 zł. (pismo Wykonawcy z 20.12.2010 r. – k. 418-421).

Recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr recepty (...) spełniała wymagania (parametry techniczne) wobec mieszanek mineralno-asfaltowych w zakresie właściwości określonych w tablicy (...). W składzie tej mieszanki zgodnie z receptą znajdował się żwir kruszony, dopuszczony w tabeli 1 wskazane Specyfikacji Technicznej, co było zgodne z normą PN-S- (...). Recepta nie wpływała negatywnie na jakość mieszanki. Europejska norma zharmonizowana PN- (...) -2004, która zastąpiła normę PN- (...) z 1996 r. nie przewiduje badań na zawartość krzemionki. Przeprowadzone przez Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy badania potwierdziły zawartość procentową krzemionki we wskazanej wyżej receptcie w przedziale od 32,38% do 46,46%, tj. poniżej właściwości zasadowych (45%-54%). Wykonawca zrealizował roboty na podstawie recepty (...), co spowodowało wzrost kosztów po jego stronie. Ilość mieszanki potrzebnej do zrealizowania przedmiotowego kontraktu wynosiła 48.869,32 Mg. Wzrost wartości

użytego materiału według recepty nr (...)w odniesieniu do ceny kontraktowej wynosi 758.451,78 zł netto. ( opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. B. – zasadnicza i uzupełniająca – k. 1425-1451, k. 1500-1504).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

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

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków M. K., W. K., R. M., D. M., D. B., T. C., A. W. oraz zeznaniom przedstawiciela pozwanego K. N., bowiem zeznania wszystkich tych osób korespondowały wzajemnie ze sobą i z dowodami z dokumentów, składając się wraz z nimi na spójną i logiczną całość, obrazującą opisany wyżej stan faktyczny sprawy w zakresie sposobu wykonywania robót ziemnych przez Wykonawcę i ich rozliczania przez Zamawiającego a także przyczyn odrzucenia przez Zamawiającego pierwszej receptury mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą oraz wykonania tej mieszanki w oparciu o kolejną recepturę zaakceptowaną przez Zamawiającego.

Sąd uznał za wiarygodną opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. B. w części, w której biegły wskazał, że sporna recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr recepty (...) spełniała wymagania w zakresie parametrów technicznych wobec mieszanek mineralno-asfaltowych w zakresie właściwości określonych w tabelicy 4 Specyfikacji Technicznej (...), wyliczył ilość mieszanki potrzebnej do wykonania robót w zakresie warstwy wiążącej w ramach przedmiotowego kontraktu oraz wyliczył wzrost kosztów użytego przez Wykonawcę materiału według recepty nr (...) w stosunku do kosztów materiału według recepty nr (...). Wnioski opinii biegłego w tym zakresie zostały szczegółowo, logicznie i rzeczowo wyłożone przez biegłego w opinii zasadniczej, opinii uzupełniającej i w trakcie przesłuchania na rozprawie, z odniesieniem do dokumentów stanowiących materiał dowodowy sprawy i obowiązujących norm. Tok rozumowania biegłego i wywiedzione wnioski były możliwe do skontrolowania przez Sąd w kontekście zasad logiki i doświadczenia życiowego. Z tych przyczyn nie było żadnych wątpliwości co do wiedzy i fachowości biegłego oraz rzetelności wydanej przez niego opinii, co pozwalało uznać opinię biegłego za wiarygodną. Opinia nie biegłego nie mogła natomiast posłużyć Sądowi do rozstrzygnięcia w części, w której biegły formułował oceny prawne co do regulacji kontraktowych, znaczenia pytań wykonawców i odpowiedzi zamawiającego w toku postępowania przetargowego i ich wykładni, a w konsekwencji dokonywał oceny postępowania zamawiającego przy zatwierdzaniu receptur mieszanki mineralno-asfaltowej w kontekście warunków kontraktu, gdyż kwestie te wykraczają poza kompetencję biegłego sądowego, lecz stanowią domenę sądu.

Sąd oddalił jako bezzasadny wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego niż biegły A. B.. Sąd ma obowiązek dopuszczenia dalszej opinii, gdy opinia, którą dysponuje zawiera istotne luki, bo nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna – nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna, to jest gdy przedstawiona przez eksperta analiza nie pozwala organowi orzekającemu skontrolować jego rozumowania co do trafności jego wniosków końcowych, albo gdy w sprawie zostały wydane sprzeczne opinie biegłych (tak SN w orz. z 19.08.2009 r., III CSK 7/09, LEX nr 533/130,

z 27.07.2010 r., II CSK 119/10, LEX nr 603161 i z 01.09.2009 r., I PK 83/09, LEX nr 550988). Potrzeba opinii innego biegłego nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydzźwięku konkluzji opinii, lecz musi być następstwem umotywowanej krytyki dotychczasowej opinii, ponieważ w przeciwnym razie sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony dopóty, dopóki nie zostałyby złożona opinia w pełni ją zadowalająca, co jest niedopuszczalne (tak: Sąd Najwyższy w orz.

z 10.01.2002 r., II CKN 639/99, LEX nr 53135). W rozpatrywanym wypadku nie zachodziły wskazane wyżej okoliczności uzasadniające dopuszczenie kolejnej opinii biegłego. Opinia biegłego A. B. nie zawierała luk lub niejasności, które by je dyskwalifikowały, a przedstawione w opiniach wnioski co do właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej w recepturze proponowanej przez powoda i odrzuconej przez pozwanego, ilości mieszanki użytej do wykonania warstwy wiążącej

w niniejszej sprawie oraz wzrostu kosztów wykonania robót w wyniku odrzucenia pierwotnej recepty przez pozwanego stanowiły logiczną konsekwencją przeprowadzonych i szczegółowo uzasadnionych przez biegłego analiz dokonanych na podstawie materiału dowodowego sprawy i wiedzy fachowej biegłego. Opinia ta była przydatna do dokonania na jej podstawie ustaleń faktycznych we wskazanym zakresie i nie było potrzeby prowadzenia dowodu z dalszej opinii biegłego.

Sąd oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa zgłoszony na okoliczności w jakiej ilości powodów wykonał roboty ziemne polegające na budowaniu i formowaniu nasypu zgodnie z pozycji 101 BK i czy powód prawidłowo wyliczył w pozwie wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych z pozycji 101 BK. Ilości robót ziemnych wykonanych przez powoda wynikały wprost z dokumentów złożonych do akt sprawy i nie były przedmiotem sporu pomiędzy stronami (zostały potwierdzone nawet przez świadków zgłoszonych przez pozwanego) a wyliczenie wartości wynagrodzenia za te roboty stanowiło proste działanie matematyczne i dokonywało się przez pomnożenie ilości robót z poz. 101 BK poprzez stawkę jednostkową dla tej pozycji określoną w Kosztorysie ofertowym, zatem nie było potrzeby prowadzenia w tym zakresie dowodu z opinii biegłego.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Podstawowym obowiązkiem inwestora w umowie o roboty budowlane jest – stosownie do art. 647 k.c. – zapłata wykonawcy umówionego wynagrodzenia, przy czym może zostać ono określone wprost w treści umowy, pod postacią określonej sumy pieniężnej lub przez wskazanie metody, która w przyszłości pozwoli wyliczyć jej wysokość. W praktyce przyjęło się je określać jako wynagrodzenie ryczałtowe, które jest należnością ostatecznie ustaloną w konkretnej kwocie w chwili zawierania umowy, albo jako wynagrodzenie kosztorysowe, ustalane przy zawieraniu umowy jedynie orientacyjnie, na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. W przypadku przedmiotowego kontraktu wynagrodzenie zostało ustalone w sposób tzw. obmiarowy, co oznaczało, że rozliczenie wartości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych (kosztorysowych) następowało na podstawie faktycznej ilości wykonanych robót i stawek jednostkowych wskazanych w Kosztorysie ofertowym, stosownie do zacytowanych wyżej zapisów klauzuli 12 Warunków Kontraktu.

Jeśli chodzi o pierwsze z roszczeń dochodzonych pozwem – o zapłatę części wynagrodzenia za wykonanie robót ziemnych w kwocie 1.076.646,44 zł netto, o którą Inżynier Kontraktu pomniejszył należność (...) Sp. z o.o. z Przejściowego Świadcstwa Płatności

nr 29 z dnia 11 maja 2011 r. – to spór co do rozliczenia robót ziemnych dotyczył gruntu

w ilości 70.231,34 m<sup>3</sup>, który powód pozyskał z terenu budowy (wykopu) i wykorzystał do wymiany gruntu nienośnego. Pozwany twierdził, że materiał do wymiany gruntu powinien być pozyskany z dokopu (dowieziony spoza placu budowy), a grunt z wykopu powinien być wbudowany w nasyp, wobec czego należało dokonać korekty wynagrodzenia Wykonawcy

o nieponiesiony koszt zakupu gruntu w kwocie 6,20 zł za m<sup>3</sup> ustalonej w oparciu o pierwszą złożoną przez Wykonawcę kalkulację cen jednostkowych, w której określono koszt pozyskania gruntu z dokopu na taką właśnie kwotę. Z powołaniem się na wskazane wyżej okoliczności Inżynier Kontraktu dokonał korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla pozycji 101 BK Kosztorysu ofertowego dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopu na trasie wbudowanego w wymiany, oraz korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla poz. 96 BK Kosztorysu ofertowego.

Odnosząc się do tej kwestii wskazać należy, że Warunki Kontraktu nie dawały Inżynierowi Kontraktu podstaw do obniżenia stawek jednostkowych cen robót z pozycji 96 BK i 101 BK Kosztorysu ofertowego i pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy we wskazany wyżej sposób. W szczególności materialnoprawnej podstawy do takiego działania nie mogły stanowić powoływane przez Inżyniera Kontraktu przy dokonywaniu owej korekty i przez pozwanego w niniejszym procesie subklauzula 14.6 w zw. z (...) (c) lub (...) (f) Warunków Kontraktu. W myśl subklauzuli 14.6 in fine, Inżynier będzie mógł w jakimkolwiek Świadczeniu Płatności dokonać jakiegokolwiek poprawki lub modyfikacji, która powinna być dokonana w jakimkolwiek uprzednim Świadczeniu Płatności. Świadczenie

Płatności nie będzie traktowane jako wyraz akceptacji, zatwierdzenia, zgody lub zadowolenia Inżyniera. Zgodnie z (...) (c) zmiany mogą być zainicjowane przez Inżyniera w jakimkolwiek momencie przed wystawieniem Świadczenia Przejęcia dla Robót, albo poprzez danie polecenia, albo przez wyrażenie życzenia, aby Wykonawca przedłożył propozycję. Wykonawca zrealizuje i będzie ponosił odpowiedzialność za każdą Zmianę, chyba że Wykonawca da bezzwłocznie Inżynierowi powiadomienie podające

(z uzasadniającymi szczegółowymi informacjami), że Wykonawca nie może z łatwością otrzymać Dóbr wymaganych do zmiany. Po otrzymaniu tego powiadomienia, Inżynier anuluje, potwierdzi lub zmieni swoje polecenie. Każda zmiana może obejmować m.in.

(c) zmianę poziomu, pozycji i/lub wymiarów którejkolwiek części robót. Stosownie do (...) (f) po zakończeniu każdego miesiąca, Wykonawca przedłoży Inżynierowi,

w sześciu egzemplarzach i w postaci zatwierdzonej przez Inżyniera, Rozliczenie wykazujące szczegółowo kwoty, do których otrzymania Wykonawca uważa się za uprawnionego, wraz

z dokumentami uzasadniającymi, zawierającymi także raport o postępie pracy podczas tego miesiąca, zgodnie z (...) [ Raporty o postępie pracy]. Rozliczenie to będzie obejmowało m.in. (f) wszelkie inne dodatki lub potrącenia, które mogą stać się należne według Kontraktu lub z innego tytułu, włączając te według Klauzuli 20.

Zmiana w rozumieniu (...)Warunków Kontraktu oznacza polecenie Inżyniera skierowane do Wykonawcy w zakresie odmiennego wykonania robót przewidzianych w kontrakcie, czy to co do sposobu wykonania, czy to co do ilości robót. Polecenie takie może być przy tym wydane tylko do wystawienia Świadczenia Przejęcia. Powyższa regulacja kontraktowa nie mogła zatem dotyczyć korekty należności Wykonawcy w Przejściowym Świadczeniu Płatności nr 29, które zostało wydane już po wystawieniu Świadczenia Przejęcia dla przedmiotowej inwestycji. Nie taki bowiem jest sens regulacji przywołanej klauzuli. Z materiału dowodowego sprawy wynika przy tym, że Inżynier Kontraktu nie wydał Wykonawcy żadnego polecenia zmiany dotyczącego sposobu wykonywania robót ziemnych, lecz akceptował wykorzystywanie przez Wykonawcę gruntów z wykopu do robót w zakresie wymian gruntów nienośnych. Z kolei (...) (f) dotyczy kwestii dokumentów rozliczeniowych, które powinien przedstawić Wykonawca przy występowaniu o Przejściowe Świadczenie Płatności, a więc również nie uprawnia Inżyniera Kontraktu do pomniejszania płatności na rzecz Wykonawcy.

(...)Warunków Kontraktu upoważnia Inżyniera do dokonania poprawki lub modyfikacji w jakimkolwiek Świadczeniu Płatności, która powinna być dokonana

w jakimkolwiek uprzednim Świadczeniu Płatności. W analizowanym przypadku nie zachodziły jednak podstawy do stwierdzenia, że w jakimkolwiek wcześniejszym Świadczeniu Płatności, wydanym przed Przejściowym Świadczeniem Płatności nr 29, jakkolwiek kwota została nienależnie poświadczona i wypłacona Wykonawcy. Jak już wskazano, grunty pozyskane z wykopu Wykonawca wykorzystywał częściowo do wymian gruntu nienośnego, zaś nasypy budował częściowo z gruntów z wykopu, a częściowo z gruntów z dokopu. Taki sposób prowadzenia robót był akceptowany przez Inżyniera Kontraktu a rozliczenia w tym zakresie dokonywane były według stanu faktycznego wykonania poszczególnych rodzajów robót ziemnych, na podstawie odpowiednich pozycji kosztorysowych z Kosztorysu ofertowego. Okoliczność, że według zapisów (...) cena 1 m<sup>(3)</sup> wykonania robót ziemnych w nasypach obejmowała także koszty pozyskania gruntu

z dokopów nie oznacza, że jeśli Wykonawca kosztu takiego nie poniósł, to ta pozycja kosztorysowa podlega pomniejszeniu o ten nieponiesiony koszt. Nie takiego nie wynika bowiem z Warunków Kontraktu lub innych regulacji Umowy łączącej strony. Specyfikacja Techniczna wymienia tylko przykładowo koszty składające się na daną pozycję kosztorysową, wobec czego Zamawiający nie może żądać obniżenia ceny danej pozycji kosztorysowej w sytuacji, gdy Wykonawca nie poniesie jakiegoś kosztu, a Wykonawca nie może domagać się podwyższenia ceny w sytuacji, gdy poniesie jakieś koszty niewymienione w Specyfikacji. Wykonawca nie wywoził też gruntów przydatnych do robót poza plac budowy, co zgodnie z pkt. 2.2 Specyfikacji D-02.01.01/D.02.03.01 obligowałoby go do dostarczenia równoważnej objętości gruntów przydatnych ze źródeł własnych.

Rozliczenie robót ziemnych w zakresie będącym przedmiotem sporu powinno być dokonane stosownie do zasady zapisanej w subklauzuli 12.3 Warunków Kontraktu, zgodnie

z którą „odpowiednia stawka lub cena dla każdej pozycji Robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tej pozycji”. Według tej subklauzuli, nowa stawka będzie ustalana dla każdej pozycji Robót, jeśli łącznie zachodzą warunki: a) praca jest objęta poleceniem na mocy rozdziału 13 [Zmiany i korekty], b) dla danej pozycji nie jest przewidziana w Kontrakcie żadna stawka ani cena, c) żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dana praca nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywana

w warunkach podobnych do żadnej innej w Kontrakcie. W rozpatrywanej sprawie nie zachodziły wskazane wyżej przesłanki określone w subklauzuli 12.3 Warunków Kontraktu dopuszczające ustalenie nowej stawki w odniesieniu do poz. 101 BK i 96 BK Kosztorysu ofertowego, zatem działanie Inżyniera Kontraktu polegające na obniżeniu cen jednostkowych co do wskazanego wyżej wolumenu robót nie miało podstaw kontraktowych i było bezprawne.

Wskazać też należy, że pozycję Inżyniera Kontraktu w ramach przedmiotowego kontraktu budowlanego wyznacza klauzula 3 Warunków Kontraktu. Z jej postanowień wynika, że Inżynier jest powołany przez Zamawiającego do administrowania kontraktem

i zarządzania podległym mu personelem. Takie umiejscowienie Inżyniera oznacza,

że Zamawiający odpowiedzialny jest za jego działania lub zaniechania jak za własne, stosownie do art. 474 k.c. Zgodnie z treścią subklauzuli 3.1, Inżynier nie jest upoważniony do wnoszenia poprawek do Kontraktu. Nie jest on więc uprawniony do korygowania treści umowy. Z żadnej klauzuli Warunków Kontraktu nie wynika, by Inżynier uprawniony był do składania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego, w tym do składania oświadczeń o potrąceniu. Oznacza to, że Inżynier nie był uprawniony do potrącania z należności Wykonawcy ewentualnych roszczeń Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania w zakresie spornych robót ziemnych przez Wykonawcę, nawet gdyby pozwany wykazał istnienie takich roszczeń po swojej stronie, co nie nastąpiło w niniejszej sprawie.

W rezultacie pozwany powinien zapłacić powodowi kwotę 1.076.646,44 zł netto

z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane z zakresu robót ziemnych, nienależnie potrąconą z Przejściowego Świadcstwa Płatności nr 29 z dnia 11 maja 2011 r.

(o którą pomniejszona została płatność z tego Świadcstwa). Do kwoty tej należy doliczyć podatek VAT w wysokości 22%, bowiem roboty ziemne objęte (...) zostały wykonane

w 2010 r., kiedy obowiązywała stawka podatku VAT w takiej wysokości. Zgodnie z art. 41 ust. 14a ustawy o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 710),

w przypadku czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem, która została wykonana przed dniem zmiany stawki podatku, dla której obowiązek podatkowy powstaje

w dniu zmiany stawki podatku lub po tym dniu, czynność ta podlega opodatkowaniu według stawek podatku obowiązujących dla tej czynności w momencie jej wykonania. Należna powodowi kwota brutto wynosi zatem 1.313.508,66 zł (1.076.646,44 zł netto plus VAT 22%).

Oprócz zapłaty wskazanej wyżej kwoty głównej, powodowi należą się również odsetki ustawowe za opóźnienie w jej zapłacie przez pozwanego. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a jeżeli strony nie oznaczyły z góry stopy odsetek, należą się odsetki ustawowe. Powyższa sporna kwota została potrącona Wykonawcy w (...) z dnia 11 maja 2011 r. Gdyby Inżynier potwierdził tę kwotę do zapłaty zgodnie

z kontraktem, to powód mógłby uwzględnić ich wartość w fakturze, która byłaby płatna

w terminie 49 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu, stosownie do treści (...) Szczególnych Warunków Kontraktu. Oznacza to, że termin 49 dni na zapłatę liczony od

11 maja 2011 r. upływałby dla Zamawiającego z dniem 29 czerwca 2011 r. Zasadne było zatem żądanie zasądzenia odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia od dnia 30 czerwca

2011 r., gdyż w tym dniu pozwany znajdował się już w opóźnieniu w zapłacie wskazanej sumy. Z uwagi na zmianę brzmienia przepisu art. 481 § 2 k.c. obowiązującą od 1 stycznia 2016 r., wprowadzoną ustawą z dnia 9 października



2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw

(Dz. U. z 2015 r. poz. 1803), zasądzone odsetki od dnia 1 stycznia 2016 r. należało określić jako „odsetki ustawowe za opóźnienie”.

Odmiennej ocenie podlega natomiast drugie z dochodzonych pozwem roszczeń –

o zapłatę kwoty 984.932,61 zł z tytułu wzrostu kosztów wykonania warstwy wiążącej

z betonu asfaltowego na skutek odrzucenia przez pozwanego pierwotnej receptury mieszanki mineralno-asfaltowej zaproponowanej przez powoda i konieczności zastosowania innej mieszanki. W ocenie Sądu działanie pozwanego polegające na odmowie zatwierdzenia pierwszej receptury było uzasadnione na gruncie łączącej strony Umowy.

Przypomnieć należy, że w (...) „Wykonanie warstwy wiążącej

z betonu asfaltowego” wskazano, że do warstwy wiążącej należy zastosować kruszywo zgodnie z tabelą 1. Kruszywo powinno posiadać właściwości zasadowe lub neutralne,

tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) # 65%. Pojęciem kruszywa łamanego rozumie się kruszywo powstałe wskutek przekruszenia w kamieniołomach surowca skalnego ze skał litych (pkt. 2.6). W tabeli 1 – „Wymagania wobec materiałów do warstwy wiążącej

z betonu asfaltowego dla KR5” wśród materiałów wymienione zostały m.in. grys i żwir kruszony z surowca naturalnie rozdrobnionego k. I, II, gat. 1, 2. Z kolei w tabeli 4 – „Wymagania wobec mieszanek mineralno-asfaltowych oraz warstwy wiążącej

i wyrównawczej z betonu asfaltowego dla KR5” określono wymagane właściwości mieszanki do warstwy wiążącej. Z opinii biegłego sądowego wynika, że mieszanka o składzie proponowanym przez powoda w pierwotnej recepturze spełniała właściwości wymagane

zgodnie z tablicą 4, a zastosowanie w niej materiału w postaci żwiru kruszonego (dopuszczonego w tabeli 1) nie wpływało negatywnie na jakość mieszanki w kontekście tych właściwości.

Zwrócić należy jednak uwagę, że kwestia materiałów, które mają być użyte do wytworzenia mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej, była przedmiotem wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców

w toku postępowania przetargowego, w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164). Zapytania do SIWZ,

a w konsekwencji odpowiedzi na nie, mają na celu doprecyzowanie lub uszczegółowienie intencji zamawiającego zawartych w specyfikacji. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania i jeżeli w wyniku odpowiedzi dochodzi do modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest ona wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego. (vide orz. KIO z 14.03.2011 r., KIO 387/11, Legalis nr 355644i z 15.11.2012, KIO 2412/12, Legalis nr 683847). Oznacza to, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym powód, sporządzając oferty powinni brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, łącznie z pytaniami i wyjaśnieniami treści specyfikacji. Co więcej, zgodnie z pkt. 10.5 Instrukcji dla wykonawców, w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią odpowiedzi udzielonych wykonawcom przez Zamawiającego, jako obowiązującą należało przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego (k. 190).

Z treści zacytowanych wyżej pytań wykonawców i odpowiedzi pozwanego dotyczących kwestii kruszywa dla celów drogowych wynika, że pozwany nie wymagał, by wykonawcy przeprowadzali badania na zawartość (...) w kruszywie do warstwy wiążącej

z betonu asfaltowego, gdyż badań takich nie przewidywały obowiązujące normy budowlane. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z pytań i odpowiedzi na pytanie nr 217 w związku

z pytaniem nr 212. Jeśli chodzi o kwestię dopuszczalności zastosowania grysu i żwiru kruszonego w mieszance do celów drogowych, to pytania wykonawców nr 209 i nr 512 dotyczyły podbudowy, a nie warstwy wiążącej. Wobec tego odpowiedzi Zamawiającego na te pytania należy odnosić do podbudowy drogi, choć w treści odpowiedzi na pytanie nr 512 pozwany wskazał (zapewne przez omyłkę) na warstwę wiążącą. Nie zmienia to faktu,

że w tabeli 1 umieszczonej w Specyfikacji Technicznej (...) wśród materiałów dopuszczonych do stosowania w warstwie wiążącej wymieniony został grys i żwir kruszony z surowca naturalnie rozdrobnionego kl. I lub II, gat. 1 lub 2, co – jak wynika z opinii biegłego – było również zgodne z normami dotyczącymi nawierzchni asfaltowych, tj. zarówno z normą PN-B- (...):1996, jak i europejską normą zharmonizowaną PN- (...) -2004.

Zwrócić należy jednak uwagę, że pozwany jednocześnie w Specyfikacji Technicznej wymagał, żeby kruszywa posiadały właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) # 65% (pkt. 2.6 (...).05.03.05/01), a w odpowiedzi na pytanie nr 212 (w zw. z odpowiedzią na pytanie nr 217) pozwany doprecyzował, że kruszywo ze skał obojętnych to kruszywo o zawartości (...) od 55% do 65%, zaś kruszywo z grupy skał zasadowych to kruszywo o zawartości o zawartości (...) od 45% do 54%. Powyższe wymogi w stosunku do właściwości kruszywa ze względu na zawartość krzemionki zawężyły możliwość zastosowania do warstwy wiążącej kruszywa o właściwościach neutralnych lub zasadowych – o zawartości krzemionki (...) w przedziale od 45% do 65%. Wykonawca, stosownie do zapisów subklauzuli 7.1 Warunków Kontraktu, miał możliwość wyboru materiałów, z których wyprodukuje mieszankę mineralno-asfaltową do warstwy wiążącej, pod warunkiem, że spełniać będą powyższe wymogi kontraktowe. Nie ulega wątpliwości,

że Zamawiający uprawniony jest do sformułowania w SIWZ wyższych wymogów co do właściwości materiałów używanych do realizacji kontraktu, niż określone w normach budowlanych. W takiej sytuacji Wykonawca obowiązany jest stosować się do tych wymogów. Choć w świetle zapisów SIWZ powód nie musiał przedstawiać pozwanemu badań na zawartość (...) w kruszywie, to pozwany mógł badania takie przeprowadzić, gdy przedstawiona receptura budziła wątpliwości co do jej zgodności z wymogami kontraktowymi. Jak się okazało przeprowadzonych badaniach, użycie przez Wykonawcę żwirów kruszonych w pierwotnej recepturze mieszanki powodowało, że materiał do mieszanki w postaci kruszywa nie spełniał wymogów co do właściwości neutralnych lub zasadowych, lecz posiadał właściwości poniżej zasadowych (co potwierdził biegły w opinii uzupełniającej – k. 1504), skoro procentowa zawartość krzemionki w czterech z pięciu próbek kruszywa zbadanych na zlecenie pozwanego w laboratorium Państwowego Instytutu Geologicznego wynosiła poniżej 45%. Pomimo spełnienia przez receptę nr (...) wymagań stawianych w Specyfikacji Technicznej dla samej mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej, materiał wsadowy do tej mieszanki w postaci kruszywa był niezgodny

z wymogami Specyfikacji, gdyż nie posiadał właściwości neutralnych lub zasadowych, skoro zawartość krzemionki w tym materiale nie zawierała się w przedziale pomiędzy 45% - 65%, lecz była niższa. Z tych przyczyn pozwany był uprawniony do odmowy zatwierdzenia wskazanej wyżej receptury mieszanki przedstawionej przez powoda. W rezultacie Sąd uznał, że działanie pozwanego w tym zakresie było prawidłowe, wobec czego powodowi na gruncie łączącej strony Umowy nie przysługuje roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z wyprodukowaniem mieszanki do warstwy wiążącej według kolejnej, droższej receptury, w której żwiry kruszone zastąpiono surowcem ze skał litych.

Z opisanych przyczyn Sąd na podstawie powołanych wyżej przepisów w pkt. I sentencji wyroku zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.313.508,66 zł wraz z odsetkami ustawowymi z tytułu opóźnienia liczonymi od dnia 30 czerwca 2011 r., a w pkt. II sentencji wyroku oddalił powództwo w pozostałej części.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. III sentencji wyroku Sąd stosunkowo rozdzielił je pomiędzy stronami na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c., odpowiednio do wyniku sprawy. Z dochodzonej kwoty 2.309.207,73 zł Sąd zasądził na rzecz powoda kwotę 1.313.508,66 zł. Powód wygrał zatem sprawę w 56,88% (1.313.508,66 zł / 2.309.207,73 zł x 100) a przegrał w 43,12%, zaś w tym stosunku wygrał sprawę pozwany. Zatem strony powinny ponieść koszty w następujących udziałach: powód w 43,12%, pozwany w 56,88%. Koszty powoda niezbędne do celowego dochodzenia praw w niniejszej sprawie wyniosły łącznie 113.470,02 zł, na co składają się uiszczona opłata sądowa od pozwu w wysokości 100.000 zł, koszty opinii biegłego w wysokości 6.253,02 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 7.200 zł, ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie

opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490). Koszty pozwanego niezbędne do celowej obrony wyniosły natomiast 7.200 zł, co stanowi koszty zastępstwa procesowego pozwanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, ustalone stosownie do § 6 pkt 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461) w zw. z art. 99 k.p.c. Suma kosztów obydwu stron w niniejszej sprawie wyniosła zatem 120.670,02 zł. Powód stosownie do wyniku sprawy powinien pokryć koszty procesu w wysokości 52.032,91 zł (120.670,02 zł x 43,12%), a poniósł koszty w wysokości 113.470,02 zł. Wobec tego pozwany winien zwrócić powodowi część kosztów postępowania w wysokości 61.437,11 zł (113.470,02 zł minus 52.032,91 zł).

Nieuiszczone przez strony i wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie koszty sądowe z tytułu części wynagrodzenia biegłego wyniosły łącznie 648,90 zł. Mając na uwadze wskazany wyżej wynik sprawy Sąd w pkt. IV i V sentencji wyroku na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 623) nakazał pobrać tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie od powoda kwotę 279,81 zł (648,90 zł x 43,12%) a od pozwanego kwotę 369,09 zł (648,90 zł x 56,88%).