

Sygn. akt XXV C 1344/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2016 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Włodarczyk
Protokolant:	st. sekretarz sąd. Monika Rakoczy-Ordanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2016 roku w Warszawie

sprawy z powództwa **B. k.s. z siedzibą w P., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C.**

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

o zapłatę

1. oddała powództwo;
2. nakazuje pobrać od B. k.s. z siedzibą w P. i od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwoty po 47 074,85 zł (czterdzieści siedem tysięcy siedemdziesiąt cztery złote, 85/100) od każdego z nich, tytułem nieuiszczonej opłaty od pozwu i zwrotu kosztów sądowych tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie;
3. zasądza od B. k.s. z siedzibą w P. i od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa kwoty po 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) od każdego z nich, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie.

Sygn. akt XXV C 1344/15

UZASADNIENIE

wyroku z 28 października 2016 roku

Po ostatecznym sprecyzowaniu i rozszerzeniu powództwa, skierowanego przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad (pозew z dnia 17.08.2015 r. – k. 3-63, t. I; pismo złożone na rozprawie w dniu 23.06.2016 r. – k. 1536 – 1576, t. VIII), spółki (...) a K. k.s. z siedzibą w P. (Republika Czeska) (powód ad.1) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. (powód ad. 2) wniosły o:

- 1) wydanie wyroku wstępnego i uznanie roszczenia Powodów o zapłatę przez Pozwanego na rzecz Powoda ad. 1 oraz Powoda ad. 2 solidarnie kwoty 8.878.872,08 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych jako usprawiedliwionego co do zasady;

2) zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda ad. 1 oraz Powoda ad. 2 solidarnie kwoty 8.878.872,08 zł brutto wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 26 września 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

3) zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda ad. 1 i Powoda ad. 2 solidarnie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Strona powodowa wskazała, że pozwem datowanym na dzień 12 sierpnia 2015 r. wniosła o zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda ad. 1 oraz Powoda ad. 2 solidarnie kwoty w łącznej wysokości 129.025,59 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych polegających na rozebraniu i ponownym ułożeniu górnych warstw nasypu (o grubości ok. 70 cm) autostrady (...) na odcinku (...) w kilometrażu 431+221 - 431+275. Roboty te obejmowały rozebranie górnej warstwy nasypu, która uległa przemarznięciu, wywiezienie i dowóz materiału oraz odtworzenie górnej warstwy nasypu poprzez jego formowanie i zagęszczanie. Powodowie podkreślili, że wykonanie powyższych prac stało się konieczne ze względu na przemarznięcie górnych warstw nasypu w czasie wstrzymania robót ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne w pierwszym kwartale 2012 r. Roboty zostały wykonane przez wykonawcę - konsorcjum, w skład którego wchodzi powódowie. Wskazane prace zostały wykonane w związku z umową nr (...) o „Kontynuację projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do lun 431+500”, zawartej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez Pozwanego z konsorcjum przedsiębiorstw (...) S.A. (obecnie

w upadłości likwidacyjnej), B. a (...) Sp. z o.o. (obecna firma: (...) sp. z o.o. - powód ad. 2) oraz powodem ad. 1.

Roszczenie obejmujące koszty wynikające z rozebrania przemarzniętych warstw nasypu i ich ponownego ułożenia ze „świeżego” materiału, obejmujące roboty na całym odcinku autostrady, zostały również zgłoszone pozwanemu w trybie określonym

w subklauzuli 20.1. w kwocie 8.020.131,85 zł netto obejmującej koszty z roszczenia pierwotnego jak i roszczenia dodatkowego. Przedmiotowe koszty zostały określone

w kosztorysie stanowiącym podstawę dla dochodzenia dodatkowego kosztu wynikającego

z konieczności rozebrania i ponownego ułożenia górnych warstw nasypu.

Strona podkreśliła, że kwota dochodzona w niniejszej sprawie po rozszerzeniu powództwa odpowiada całości kosztów dochodzonych przez powodów od pozwanego

w ramach zgłoszonego roszczenia w trybie subklauzuli 20.1. (nr porządkowy 9), tj. kosztów stanowiących wartość robót wykonanych na całym odcinku autostrady w związku

z koniecznością wymiany przemarzniętej warstwy nasypu. Różnica pomiędzy globalną kwotą wskazaną w kosztorysie do roszczenia o nr porządkowym 9, (tj. kwotą 8.020.131,85 zł) a kwotą dochodzoną w niniejszej sprawie (tj. kwotą 8.878.872,08 zł) wynika z: (i) pomniejszenia kwoty wskazanej w kosztorysie o kwotę 801.536,66 zł odpowiadającą wartości zysku - którego zgodnie z warunkami kontraktu powodowie nie mogli dochodzić w trybie kontraktowym; oraz (ii) powiększenia kwoty wynikającej z kosztorysu o wartość podatku VAT.

Zdaniem strony powodowej wykonanie robót, których koszt jest objęty roszczeniem pierwotnym oraz roszczeniem dodatkowym, potwierdza fakt wystawienia przez Inżyniera Kontraktu Świadectwa Przejęcia stwierdzającego ukończenie robót zgodnie z kontraktem oraz zatwierdzenie przez pozwanego wykonania nasypów w pełnym zakresie przewidzianym

w kontrakcie — co wynika z poz. nr 32 Końcowego Świadectwa Płatności. Strona podała także, że pomimo dokonania przez pozwanego licznych korekt wynagrodzenia należnego powodom w treści (...), pozwany nie zakwestionował wysokości wynagrodzenia należnego powodom za wykonanie warstw nasypu oraz wykonania tych robót w pełnym zakresie określonym w kontrakcie.

Jako podstawę dla roszczenia dodatkowego - podobnie jak w przypadku roszczenia pierwotnego — powodowie wskazali postanowienia kontraktu łączącego powodów

z pozwanym w szczególności subklauzula 17.4 [S. zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego] warunków kontraktu w zw. z subklauzulą 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] warunków kontraktu w zw. z subklauzulą 1.1.6.8 warunków kontraktu. Zdaniem powodów, w przypadku nie uznania podstaw kontraktowych, ewentualną podstawę roszczenia mogą stanowić normy prawne wyrażone w art. 405 k.c. i 410 k.c. (pозew k. 1- 43, t. I).

Zdaniem powodów, mając na uwadze okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy oraz warunki kontraktu, dochodzone roszczenie jest w pełni uzasadnione.

Ponadto w piśmie z dnia 21 stycznia 2016 r. strona powodowa dodatkowo wskazała, że nie wykonanie nasypów w terminie do 15 listopada 2011 r., tj. niedochowanie Kamienia Milowego wynikało z okoliczności niezależnych od powodów a mianowicie było spowodowane:

a/ brakiem danych inżyniera kontraktu – roszczenie (...), które zostały przekazane dopiero 19 sierpnia 2011 r. przez co doszło do 18 dni opóźnienia;

b/ nieuzasadnionym odrzuceniem przez Inżyniera Kontraktu wniosku o zatwierdzenie Specyfikacji Technicznych z powodu zastosowanej marki stabilizacji - roszczenie R-03 – co skutkowało z uwagi na nieuzasadnione żądanie złożenia rewizji marki opóźnieniem o 14 dni;

c/ brakiem możliwości kontynuowania robót z powodu niedokończenia obwodnicy Ż. w terminie – roszczenie (...) - co uniemożliwiało prawidłowe dostawy materiałów na plac budowy odcinka (...) skutkowało realizowaniem dostaw przez dłuższą trasę, tj. przez Centrum Ż., problemami z dostawą materiału na czas, problemami z negocjowaniem warunków z kopalnią (...), dłuższym czasem dostawy;

d/ niemożnością spójnej realizacji wymaganych ilości wykonania z uwagi na sprzeczne terminy osiągnięcia K. Milowych dotyczących wykonania warstwy podbudowy bitumicznej do 15 listopada 2011 r. i wykonania konstrukcji obiektów inżynierskich w terminach do 30 listopada 2011 r., 21 stycznia 2012 r. i 28 lutego 2012 r. pomimo, że z technologicznego punktu widzenia zależność była odwrotna z uwagi na brak możliwości wykonania warstwy nasypu przed usunięciem deskowań obiektów inżynierskich co było możliwe dopiero 29 marca 2012 r.;

e/ koniecznością wykonania robót mających na celu naprawienie szkód jakie zaistniały w robotach wykonanych przez konsorcjum (...) pomiędzy oględzinami a dniem przekazania placu budowy z uwagi na postępującą degradację robót i konieczność wykonania dodatkowych robót:

a/ wypompowania wody i osuszenia,

b/ oczyszczenia rowów z dowozem gruntu,

c/ uzupełnienia warstw kruszywa,

d/ odhumusowania,

e/ ponownego ułożenia zniszczonych warstw geotkaniny,

f/ uzupełnienia krawędzi materacy kruszywem a które to czynności uzasadniały zarówno roszczenie o dodatkowe koszty jak o przedłużenie czasu o 21 dni.

Reasumując powyższe podnieśli, że opóźnienie w wykonaniu robót zgodnie z kontraktem, które skutkowało brakiem wykonania warstwy bitumicznej w terminie określonym w Harmonogramie robót wynikało z szeregu okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca.

Powodowie zarzucili również, że (...) nie stanowiły integralnej części kontraktu i nie mogły wyznaczać zakresu robót jakie zgodnie z kontraktem był zobowiązany wykonać Wykonawca. Powyższe zakreślał wyłącznie kontrakt.

Dodatkowo wskazali, że postanowienia subklauzuli 20.1 są nieważne wobec niedopuszczalności zastrzegania takich terminów w umowie. (pismo z dnia 21.01.2016r. k. 863-907)

W toku dalszego postępowania strona podtrzymała swoje stanowisko, w tym m.in. na rozprawie w dniu 20 października 2016 r. oraz w załączniku do protokołu (protokół z dnia 20.10.2016 r. k. 1859v, t. X; załącznik do protokołu k. 1875-1887, t. X).

W odpowiedzi na pozew z dnia 18 listopada 2015 r. (pismo k. 599- 626, t. III i t. IV) oraz w piśmie procesowym z dnia 29 lipca 2016 r. (pismo k. 1596 – 1609, t. VIII-IX) strona pozwana wniosła o:

- 1) oddalenie powództwa w całości;
- 2) zasądzenie od Powodów na rzecz Pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych, jednakże w zakresie kosztów zastępstwa procesowego zasądzenie ich na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 1150 ze zm.).

Pozwany wskazał, że nie uznaje żądania strony powodowej, które jako bezzasadne powinno być oddalone w całości. Pozwany wskazał m.in., że stanowisko powodów w sposób nieuprawniony zostało oparte na:

- 1) błędnym założeniu, że niekorzystne warunki meteorologiczne stanowiły okoliczność niemożliwą do przewidzenia, która stanowiła przeszkodę w wykonaniu robót nasypowych w okresie stycznia i lutego 2012 r.
- 2) błędnej interpretacji wykonawcy, że prace polegające na rozebraniu oraz powtórnym ułożeniu górnych warstw nasypu stanowią roboty dodatkowe, pomimo tego, że obowiązek realizacji tych robót był objęty zakresem umowy oraz wynikał z przyjętej przez wykonawcę technologii robót oraz opracowanego przez wykonawcę programu zapewnienia jakości dotyczącego wykonania nasypów w okresie obniżonych temperatur i deszczów;
- 3) pominięciu okoliczności opóźnienia wykonawcy w realizacji prac w zakresie budowy nasypów łącznie z podbudową bitumiczną.

Zdaniem strony pozwanej prace polegające na rozebraniu i powtórnym ułożeniu górnych warstw nasypu nie stanowiły robót dodatkowych - obowiązek ich realizacji został objęty zakresem umowy oraz wynikał z przyjętej przez wykonawcę technologii robót a także opracowanego przez wykonawcę Programu Zapewnienia Jakości dotyczącego wykonania nasypów w zakresie obniżonych temperatur i deszczów.

Zamawiający stanął także na stanowisku, że wykonawca powinien był przewidzieć wystąpienie niekorzystnych warunków meteorologicznych, w okresie stycznia i lutego 2012 r. oraz należyście wykorzystać szczególnie sprzyjający robotom budowlanym okres jesiennozimowy na przełomie lat 2011-2012 (do stycznia 2012 r.), co umożliwiłoby wykonawcy ukończenie prac ziemnych przed przełomem stycznia i lutego 2012 r.

Nadto strona zaznaczyła, że potrzeba powtórzenia nasypów wynikała także z opóźnienia wykonawcy w realizacji prac w zakresie budowy nasypów łącznie z podbudową bitumiczną.

W ocenie pozwanego, powodowie nie wykazali zasadności zgłoszonego żądania, zarówno co do jego istoty jak i wysokości. Zdaniem pozwanego dokumentacja przedkładana przez powodów w postaci wpisów Inspektorów Nadzoru w Dziennikach Budowy nie mogła potwierdzać wydania polecenia wykonania robót dodatkowych, lecz była jedynie dowodem właściwie sprawowanego nadzoru nad robotami wykonawczymi. Ponadto strona pozwana wskazała, że powodowie nie przedłożyli dowodów uzasadniających ilość zrealizowanych prac oraz kosztu ich ukończenia a także dokumentów, które pozwoliłyby na weryfikację zakresu prac, za wykonanie których domagają się zapłaty. Pozwany podkreślił, że ilość robót, objętych żądaniem powodów nie została udowodniona - żaden z dokumentów wskazywanych przez powodów nie dowiódł przyjętych w kosztorysie ilości robót, tj. danych podstawowych do wyceny ich wykonania. Pozwany wskazał także, że wykonawca nigdy nie przedstawił zamawiającemu dowodów poniesienia rzekomego

dodatkowego kosztu, w postaci np. raportów pracy sprzętu, faktur, itp. Zdaniem pozwanego znajdujący się w aktach sprawy kosztorys nie może być podstawą do ustalenia poniesionego przez wykonawcę rzekomego kosztu robót dodatkowych gdyż powodowie nie przedłożyli udokumentowanego przedmiaru robót. Strona pozwana wskazała także, że w materiale dowodowym sprawy brakuje ponadto obmiarów geodezyjnych, potwierdzających wykonanie części nasypów, które powodowie wskazywali jako konieczne do wymiany w ramach ich rekonstrukcji.

Mając na uwadze powyższe strona wniosła o oddalenie powództwa w całości.

Odnosząc się do zarzutów/okoliczności, które zdaniem strony powodowej wskazywały na zdarzenia niezawinione przez powodów, a które uzasadniały wydłużenie Czasu na Ukończenie i miały wpływ na nie wykonanie w terminie K. Milowego wyznaczonego na dzień 15 listopada 2011 r., pozwany w piśmie z dnia 2 marca 2016 r. potrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wskazując, że podniesione przyczyny były przedmiotem roszczeń Wykonawcy na etapie realizacji Kontraktu i zostały odrzucone jako niezasadne.

Odnosnie braku wiedzy o osobie Inżyniera Kontraktu wskazał, że wykonawca już 5 sierpnia 2011 r. złożył do biura Inżyniera Rezydenta wnioski o zatwierdzenie Programu Robót a nadto w terminie do 19 sierpnia 2011 r. były już rozpatrywane wnioski Wykonawcy o zatwierdzenie materiałów i podwykonawców. Co do rzekomego błędu w dokumentacji pozwanego dotyczącego marki stabilizacji pozwany podniósł, iż określenie $R_m = 2,5$ do $5,0$ M. dotyczyło wymaganej wytrzymałości wykonanej stabilizacji a nie marki stabilizacji a ponadto zgodnie z subklauzulą 5.1 WK powód był zobowiązany powiadomić pozwanego o każdym błędzie nieprawidłowości lub innej wadzie znalezionej w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 21 dni, tj. w ciągu czasu wskazanego w Załączniku do Oferty, któremu to terminowi uchybił. W zakresie braku ukończenia obwodnicy Ź. pozwany zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z subklauzulą 4.14 WK Zamawiający nie był odpowiedzialny za trasy dojazdu i nie zapewniał dostępności tych tras. Ponadto Kontrakt O. Ź. był również realizowany przez powodów, którzy mieli pełną wiedzę na temat stanu postępu prac. Odnosnie niezgodności ustalonych terminów wykonania podniósł, że Wykonawca nie wskazywał na istnienie niespójności w realizacji Wymagań Minimalnej Ilości Wykonania, a z uwagi na tryb w jakim została zawarta umowa istniała możliwość negocjowania jej warunków. Pozwany zaprzeczył również aby istniały jakiegokolwiek podstawy do przedłużenia czasu na ukończenie z uwagi na degradacje robót po konsorcjum (...). Wskazał, że powód dokonał oględzin placu budowy 14 lipca 2011 r.,

w którym to czasie trwały już ulewne deszcze. W tych okolicznościach powód miał świadomość istniejącej degradacji robót, która nastąpiło wcześniej a tym samym był jej świadomy i wycenił związane z tym ryzyko. Powyższa kwestia była również objęta oświadczeniem Wykonawcy zawartym w protokole z negocjacji z dnia 13-14 lipca 2011 r., w którym sam wskazał, że w zaakceptowanej kwocie kontraktowej brutto uwzględnił ryzyko związane z ewentualną koniecznością ponownego wykonania robót nieodebranych przez Inżyniera Kontraktu oraz tych, które uległy degradacji a były odebrane przez Inżyniera i wymagają naprawy, bądź ich ponownego wykonania.

W pozostałym zakresie strona pozwana podtrzymała dotychczasowe stanowisko wskazując, że (...) stanowił opis czynności potrzebnych do wykonania i odbioru robót związanych z wykonaniem i zabezpieczeniem już wykonanych w ramach Kontraktu nasypów w okresie obniżonych temperatur oraz opadów deszczu. Ich przygotowanie należało do Wykonawcy i zgodnie z warunkami kontraktu podlegało zaakceptowaniu przez Zamawiającego. Podkreślił, że o ile Specyfikacja Techniczna określała parametry jakim miał odpowiadać materiał na nasyp oraz warunki, w których ma być wykonany, o tyle (...) zawierał doprecyzowanie czynności, których wykonania podjął się Wykonawca realizując roboty w okresie zimowym. (pismo z dnia 02.03.2016 r. k. 1269-1285)

Również na rozprawie w dniu 20 października 2016 r. oraz w przedłożonym do akt sprawy załączniku do protokołu pozwany podtrzymał zajęte stanowisko (protokół z dnia 20.10.2016 r. k. 1859v, t. X; załącznik do protokołu k. 1845-1858, t. X).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny w sprawie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na kontynuację projektowania i wykonania robót budowlanych dotyczących odcinka Autostrady (...) na odcinku od S. do K. od km 411+465,8 do km 431+500 (dalej też jako (...)),

przeprowadzonym po odstąpieniu przez (...) od umowy z pierwotnym wykonawcą Inwestycji - Konsorcjum (...), w dniu 8 lipca 2011 r. swoją ofertę Zamawiającemu złożyło konsorcjum firm, składające się z (...) S.A. - lidera konsorcjum (dalej też jako (...)) oraz spółki (...) a K. k.s. z siedzibą w P. (Republika Czeska) (powód ad. 1) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. (powód ad. 2) (dalej też łącznie zwani jako „konsorcjum”) (**okoliczność bezsporna**).

W celu wspólnego ubiegania się o przyznanie oraz późniejszą realizację zamówienia publicznego pn.: „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500”, którego Zamawiającym była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W., w/w podmioty zawarły w dniu 26 lipca 2011 r. umowę konsorcjum (d: kopia umowy konsorcjum z dnia 26.07.2011 roku wraz z aneksami nr (...); k. 100-114, t. I).

W przedmiotowej umowie członkowie konsorcjum oświadczyli m.in., że zapoznali się z protokołami konsultacji technicznych, protokołem negocjacji, kontraktem wraz ze wszystkimi załącznikami i zobowiązując się - każdy w swoim zakresie - do realizacji robót, przestrzegania wszystkich postanowień umownych, a w szczególności wszelkich zobowiązań z niej wynikających. Ustaliły również, że ponoszą one względem Zamawiającego wspólną, solidarną odpowiedzialność za realizację kontraktu (d: kopia umowy konsorcjum z dnia 26.07.2011 r. pkt. I ppkt. 3, k. 100 i 100 verte, t. I). Umowa konsorcjum weszła w życie

z dniem podpisania oraz ulegała rozwiązaniu po zrealizowaniu kontraktu oraz dokonaniu rozliczenia, nie wcześniej jednak niż po wygaśnięciu obowiązków z tytułu gwarancji oraz rękojmi. Członkowie konsorcjum funkcję Lidera, uprawnionego do reprezentowania interesów Konsorcjum przed Zamawiającym powierzyli (...) S.A. Określili również zasady realizowania płatności na podstawie faktur wystawianych przez Lidera (d: kopia umowy konsorcjum z dnia 26.07.2011 r., pkt. IX k. 193, t. I).

Członkowie konsorcjum uzgodnili podział robót w ten sposób, że (...) S.A. miał odpowiadać za roboty drogowe natomiast powodowie za roboty mostowe (okoliczność bezsporna).

W dniu 01 sierpnia 2011 r. Zamawiający, po przeprowadzeniu procedury zamówienia publicznego z wolnej ręki, zawarł z Wykonawcą konsorcjum firm umowę na kontynuację projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500 (zwanej dalej „umową” lub „kontraktem”). Za wykonanie i ukończenie robót, usunięcie wszystkich wad i dotrzymanie warunków gwarancji jakości z postanowieniami umowy, strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 756 050 000,00 zł. Strony zastrzegły możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w drodze aneksu do umowy. Należności wynikające z faktur pozwany zobowiązał się regulować w terminie 14 dni na rachunek wskazany

w fakturze. W umowie nie przewidziano przerwy wykonywania robót z uwagi na okres zimowy. Jednocześnie już na etapie zawierania umowy, jednym z jej warunków było osiągnięcie przejezdności autostrady na (...). Roboty przejęte do wykonania były już rozpoczęte. Ich stan został zinwentaryzowany w czerwcu 2011 r., tj. po zejściu z placu budowy Konsorcjum (...) a ponadto Wykonawca przed złożeniem swojej oferty miał obowiązek zapoznania się z placem budowy, stanem zaawansowania robót. Okres od zinwentaryzowania robót do zawarcia umowy z powodami obejmował czas około jednego miesiąca. Również na etapie negocjacji Wykonawca oświadczył, że przejmuje ryzyka związane z robotami wykonanymi a nieodebranymi przez Inżyniera Kontraktu, oraz, że

w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej Brutto uwzględnił ryzyko związane z ewentualną koniecznością ponownego wykonania robót nieodebranych przez Inżyniera Kontraktu, oraz tych, które uległy degradacji, a były odebrane przez Inżyniera i wymagają naprawy, bądź ich ponownego wykonania. Dodatkowo sam zadeklarował pełną współpracę z Wykonawcą obwodnicy Ż. w celu sprawnej i bezkonfliktowej realizacji obu Inwestycji. (d: kopia aktu umowy oraz warunków szczególnych kontraktu; k. 115-128, t. I, załącznik do oferty dane kontraktowe k. 199-200 verte t. I, zeznania świadka L. S. rozprawa 09.03.2016 r. godz. 00:16:40 k. 1393-1394 t. VII, godz. 00:48:50 k. 1401 t. VIII, zeznania świadka A. Ł. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 01:19:59 k. 1351, 02:01:50 k. 1353 t. VII, wyjaśnienia T. K. w charakterze strony protokół z dnia 20.10.2016 r. godz. 01:42:43-01:47:44 k. 1863v, wyjaśnienia A. A. w charakterze strony protokół z dnia 20.10.2016 r. godz. 01:22:48 k. 1862v, wyjaśnienia J. K.

w charakterze strony protokół z dnia 20.10.2016 r. godz. 00:21:07 k. 1850 t. X, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki z 25.07.2011r. k. 1314-1319).

W momencie przygotowania oferty oraz podpisania umowy konsorcjum oraz umowy głównej, powód ad. 2 działał pod firmą (...) a (...) sp. z o.o. (**d:** kopia odpisu pełnego z KRS dla powoda ad. 2, k. 96-99, t. I).

Zgodnie z § 2 ust. 2 aktu umowy stanowiącego rozdział I kontraktu w wersji zmienionej aneksem nr (...) z dnia 29 maja 2012 roku („aneks nr (...)”) szczegółowy zakres umowy [kontraktu] stanowiły dokumenty, które były uważane oraz odczytywane i interpretowane jako część niniejszej umowy, w następującej kolejności: aneks nr (...); aneks nr (...); niniejszy akt umowy; warunki szczególne kontraktu (część ii); warunki ogólne kontraktu (część i); program funkcjonalno- użytkowy wraz z załącznikami: załącznik do oferty - dane kontraktowe; oferta wykonawcy wraz z wykazem cen; wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu” (d: kopia aktu umowy – k. 116v i aneks nr (...) z 29.05.2012 r. – k. 198, t. I).

Warunki Ogólne Kontraktu (część I) były tożsame z wydaniem angielsko-polskim 2000 (...), zatytułowanym „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” stanowiącym tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999. Warunki Szczególne Kontraktu (część II) stanowiły natomiast modyfikację (...) w ten sposób, że zmieniały lub uzupełniały poszczególne jego klauzule (d: kopia aktu umowy oraz warunków szczególnych kontraktu, k. 115-128; d: kopia warunków ogólnych kontraktu, k. 130-194, t. I).

Obowiązki Inżyniera pełnił ten sam podmiot, który został wyłoniony w drodze przetargu do sprawowania nadzoru w czasie gdy kontrakt wykonywało konsorcjum (...) (d: zeznania świadka A. Ł. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 01:23:29 k. 1351 t. VII).

W dniu 2 sierpnia 2011 r. Wykonawca przejął plac budowy, w którym m.in. wskazał, że wraz z Wykonawcą O. Ż. będą prowadzili roboty w sposób wzajemnie nie kolidujący i nie prowadzący do zbędnych uciążliwości (d: protokół przekazania placu budowy k. 1042-1044verte t.VI).

Wszystkie pisma Wykonawca kierował do Biura Inżyniera Rezydenta poczynszy już od 5 sierpnia (...). Roszczenie wykonawcy zgłoszone w dniu 18 sierpnia 2011 r. z uwagi na brak Inżyniera na początku kontraktu oznaczone nr (...), w którym z tego tytułu Wykonawca ubiegał się o przedłużenie terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania dla podbudowy bitumicznej o 18 dni, zostało przez Inżyniera Kontraktu odrzucone z uwagi na rozpatrywanie przez Inżyniera Kontraktu Wniosków składanych przez Wykonawcę w terminach kontraktowych (d: raport roszczenia z dnia 22.12.2011 r. k. 1287-1231, pismo Wykonawcy z dnia 08.08.2011 r. k. 1291v, pismo z dnia 12.08.2011 r. znak (...) (...) (...) k. 1292, T. VII; wnioski o zatwierdzenie podwykonawcy z dnia 16.08.2011 r. rozpoznany 19.08.2011 r. k. 1305, wniosek o zatwierdzenie węzła betoniarskiego z dnia 17.08.2011 r. rozpoznany 17.08.2016r. k. 1305v, wniosek o zatwierdzenie (...) na obiekty mostowe z 16.08.2011 r. rozpoznany 18.08.2011 r. k. 1306, wniosek o wskazanie nazwy i adresu Inżyniera Kontraktu z dnia 18.08.2011 r. k. 912).

Na początku kontraktu, tj. 12 listopada 2011 r. Wykonawca złożył również roszczenie o przedłużenie czasu na wykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania oraz dodatkowych kosztów wynikających z odrzucenia przez Inżyniera Kontraktu wniosków

o zatwierdzenie (...)04.05.01, D.02.03.01, D.04.01.01. domagając się przedłużenia terminu osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w zakresie wykonania podbudowy bitumicznej o 14 dni. Pierwotnie wnioski o zatwierdzenie (...) zostały złożone 16 września 2011 r. a odrzucone przez Inżyniera w dniu 22 września 2011 r. z uwagi na zapisy niezgodne z (...). Prawidłowe dokumenty uwzględniające wymaganą markę stabilizacji zostały złożone przez Wykonawcę dopiero 14 października 2011 r. Roszczenie jako niezasadne, po wskazaniu zasad i prawidłowości stawianych wymagań w zakresie wytrzymałości zostało odrzucone w dniu 22 grudnia 2011 r. (d: raport roszczenia z 22.12.2011 r. k. 1308-1313 t. VII, powiadomienie o roszczeniu z dnia 18.10.2011 r. k. 914 t, V, pismo Wykonawcy o zastosowaniu się do wytycznych Inżyniera Kontraktu odnośnie marki stabilizacji ze stanowiskiem, iż zdaniem

Wykonawcy konstrukcja nawierzchni jest przeszywniona z dnia 14.10.2011r. k. 916-916v t. V, wniosek o zatwierdzenie (...).04.05.01, D 04.01.01, D. 02.03.01 - rewizja, D. 02.03.01 k. 916-927v, t.V).

W dniu 12 listopada 2011 r. Wykonawca wystąpił również z roszczeniem R-05 dotyczącym niemożliwości spójnej realizacji Wymagań Minimalnych Ilości Wykonania, wnosząc o przedłużenie czasu na ukończenie. Wskazał na sprzeczność ustalonych K. Milowych w zakresie wykonania w ciągu głównym autostrady podbudowy bitumicznej określonej na dzień 15 listopada 2011 r. oraz zakończenia konstrukcji wszystkich obiektów inżynierskich wyznaczonych odpowiednio na dzień 30 listopada 2011 r., 31 stycznia 2012 r. w zakresie obiektów (...) (...), i 28 lutego 2012 r. w zakresie obiektów (...). Powyższe było związane zdaniem powodów z niemożliwością wykonania masy bitumicznej w okolicy obiektów inżynierskich, gdyż realizacja tych robót możliwa była po upływie 28 dni od betonowania, tj. po rozebraniu deskowań i dotyczyła łącznie powierzchni 927,32 m. (d: zgłoszenie roszczenia 12.11.2011 r. k. 1033verte-1036verte).

W toku realizacji kontraktu z powodu złej kondycji finansowej (...) nie był w stanie wykonać robót określonych w kontrakcie. Biorąc pod uwagę te okoliczności, w styczniu 2012 r. powód ad. 1 przejął od (...) S.A. część prac przewidzianych do wykonania przez w/w członka konsorcjum oraz przekazał mu wsparcie finansowe na realizację robót wciąż leżących w gestii (...) S.A. Szczegółowy zakres prac przejęty do wykonania przez B. a K. k.s.

z siedzibą w P. został określony w załączniku do aneksu nr (...), które obejmowały odwodnienie powierzchniowe autostrady, budowę kanalizacji deszczowej, ekrany akustyczne, urządzenia bezpieczeństwa ruchu, roboty ziemne na poszczególnych odcinkach o łącznej wartości 158 220 642,10 zł brutto (d: aneks nr (...) do umowy konsorcjum – k. 109-111, t. I; wyjaśnienia J. K. w charakterze strony, protokół z dnia 20.10.2016 r. – k. 1861, 00:15:45, 00:17:39, t. X).

Ze względu na kłopoty (...) S.A. w tym niedotrzymanie przez (...) S.A. terminu realizacji K. Milowego – Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania –

w zakresie realizacji do dnia 15 listopada 2011 r. wykonania podbudowy bitumicznej w ciągu głównym autostrady na węzłach i łącznicach a także z uwagi na konieczność poczynienia zmian w organizacji budowy, rozdziale robót, członkowie konsorcjum zawarli w dniu 5 marca 2012 r. aneks nr (...), w którym jako nowego lidera Konsorcjum ustanowili Powoda nr 1, z prawem do reprezentowania Konsorcjum i partnerów, przyjmowania poleceń i instrukcji dotyczących wykonania, przyjmowania płatności należnych konsorcjum i partnerom, podpisywania umów z podwykonawcami oraz koordynacji prac związanych z realizacją kontraktu. Z datą wejścia w życie aneksu B. a K. k.s. z siedzibą w P. zobowiązał się przejąć do realizacji pełen zakres robót (...) S.A. niezrealizowany do w/w daty. Ustalając przejęcie pełnego zakresu robót jednocześnie członkowie konsorcjum uzgodnili, że (...) S.A. nadal będzie ponosił odpowiedzialność za roboty wykonane do czasu wejścia w życie aneksu nr (...) oraz za działania i zaniechania w odniesieniu do realizacji swojego zakresu robót (d: aneks nr (...) do umowy konsorcjum k. 112-113v).

W dniu 13 marca 2012 r. Konsorcjum wykonawcze wystąpiło do Zamawiającego o wyrażenie zgody na zmianę lidera, w którym również wskazali, iż decyzja została podjęta z uwagi na opóźnienia w realizacji robót przez (...) S.A., w tym niedotrzymanie kamienia milowego w zakresie realizacji do dnia 15 listopada 2011 r. wykonania podbudowy bitumicznej, skutkującego naliczeniem kar umownych przez Zamawiającego oraz na konieczność poczynienia daleko idących zmian w organizacji budowy, jak i Konsorcjum w celu usprawnienia realizacji Kontraktu i nadrobienia istniejących opóźnień. (d: pismo z dnia 13.03.2012r. k. 1797-1797v)

Zamawiający w dniu 14 marca 2012 r. wyraził zgodę na zmianę Lidera konsorcjum, z zastrzeżeniem, że nie odnosi się do postanowień aneksu do umowy konsorcjum, co do których zajmie stanowisko po ich przeanalizowaniu. (d: pismo Zamawiającego nr (...) (...) (...) k. 1796)

W dniu 17 kwietnia 2012 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie ogłosił upadłość (...) S.A. W dniu 21 maja 2012 r. syndyk masy upadłości (...) skierował do (...) oraz Powodów nr 1 i nr 2 oświadczenie o odstąpieniu umowy od Konsorcjum i od umowy kontraktu (okoliczność bezsporna).

Po odstąpieniu od kontraktu oraz od umowy konsorcjum przez syndyka (...) S.A., powodowie podjęli decyzję o kontynuowaniu robót i ukończeniu inwestycji. Tym samym powód nr 1 i nr 2 kontynuowali prace, celem realizacji umowy (okoliczność bezsporna).

Wobec powyższego, w dniu 29 maja 2012 r. powodowie oraz (...) zawarli aneks nr (...) do kontraktu, którego celem było porozumienie stron w przedmiocie kontynuowania przez powodów pierwotnie określonego zakresu robót (d: kopia aneksu nr (...) – k. 198, t. I). Wskutek pełnej mobilizacji pracowników i sprzętu wykonawcy doprowadzono do uzyskania przejezdności autostrady (...) przed (...). Kwestia przejezdności autostrady na (...) r. była jedną z przyczyn zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum wykonawczym w trybie z tzw. wolnej ręki (d: zeznania świadków: V. T., protokół z dnia 07.03.2016 r., k. 1264 verte, 01:06:09, t. VII; zeznania Ł. M. , protokół z dnia 07.03.2016 r. – k. 1259, 00:14:23 i 00:33:48, t. VII; zeznania G. P., protokół z dnia 07.03.2016 r., k.1265verte, 01:31:17, t. VII; zeznania świadka L. S., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1350, 00:48:13, t. VII; zeznania świadka T. W., protokół z dnia 23.06.2016 r. – k. 1578verte, 00:26:36, t. VIII; wyjaśnienia w charakterze strony J. K. , protokół z dnia 20.10.2016 r. – k. 1859 verte, 00:15:45, 00:17:39, t. X; wyjaśnienia w charakterze strony T. K. , protokół z dnia 20.10.2016 r. – k. 1866, 02:20:41, t. X). W dniu 6 czerwca 2012 roku autostrada (...) została warunkowo przekazana do użytku (okoliczność bezsporna).

Na mocy aneksu nr (...) z dnia 27 lutego 2015 r. zawartego pomiędzy B. a K. k.s. z siedzibą w P. oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., strony wprowadziły zmianę w umowie konsorcjum w jej punkcie 1 cel umowy, dodając ppkt. 4 w brzmieniu: „4. Strony są uprawnione do solidarnego dochodzenia od zamawiającego wszelkich roszczeń i świadczeń związanych z realizacją i rozliczeniem kontraktu” (d: aneks nr (...)– k. 114, t. I).

Powyższy zapis odpowiadał obowiązkowi jakie zgodnie z § 6 ust. 2 aktu umowy nr 138/2011 z dnia 01 sierpnia 2011 r. wykonawca działający jako konsorcjum przyjął na siebie, zobowiązując się spowodować, że w umowie konsorcjalnej zostaną zamieszczone i pozostaną w mocy przez cały czas trwania umowy odpowiednie postanowienia stanowiące podstawę do uznania członków konsorcjum za dłużników solidarnych z tytułu zobowiązań wynikających z przedmiotowej umowy, jak również wierzycieli solidarnych uprawnionych do świadczeń określonych w niniejszej umowie, których spełnienie będzie obciążać Zamawiającego (d: umowa – k. 117, t. I).

Zgodnie z Ogólnymi Warunkami Kontraktu, Wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność za opiekę nad Robotami i Dobrami od Daty Rozpoczęcia aż do chwili kiedy zostanie wystawione Świadczenie Przejęcia dla robót, kiedy odpowiedzialność za opiekę nad robotami przejdzie na Zamawiającego. Tożsame zasady obowiązywały odnośnie części Robót lub odcinka, dla którego wystawiono Świadczenie Przejęcia. (d: subklauzula 17.2 OWK k. 225, 113 t. I i II).

W myśl punktu h subklauzuli 17.3 [zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego] warunków zawartego kontraktu zagrożenia, do których odnosi się poniższa subklauzula 17.4, były następujące: jakiegokolwiek działanie sił natury, które jest nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw niemu wystarczających środków ostrożności. Zgodnie natomiast z subklauzulą 17.4 jeżeli, i w takim zakresie, w jakim jakiegokolwiek z zagrożeń wyliczonych w subklauzuli 17.3. spowoduje stratę lub szkodę w robotach, dobrach lub dokumentach wykonawcy, wykonawca bezzwłocznie da inżynierowi powiadomienie i naprawi tę stratę lub szkodę w stopniu wymaganym przez inżyniera. Jeżeli wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie koszt z tytułu naprawy tej straty lub szkody, to wykonawca da dalsze powiadomienie inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1 [roszczenia wykonawcy], do: przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według subklauzuli 8.4 [przedłużenie czasu na ukończenie], jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej. W przypadku podpunktu (f) i (g) subklauzuli 17.3 [zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego], włączony będzie także rozsądny zysk odniesiony do kosztu. Po otrzymaniu tego dalszego powiadomienia, Inżynier miał postępować zgodnie z Subklauzulą 3.5 [określenia], aby uzgodnić lub określić te sprawy (d: warunki kontraktu subklauzule 17.3 i 17.4 – k. 164, t. I).

Zgodnie z treścią subklauzuli 17.4 [skutki zagrożeń stanowiących ryzyko zamawiającego] warunków kontraktu, w przypadku gdy wykonawca poniósłby koszt z tytułu naprawy straty lub szkody spowodowanej przez jedno z zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego, Wykonawca był uprawniony do żądania płatności za jakikolwiek taki koszt. Jednocześnie strony określiły pojęcie kosztu, przez które w myśl subklauzuli 1.1.4.3 warunków kontraktu uznali „całość wydatków, we właściwy sposób poniesionych (lub do poniesienia) przez wykonawcę na placu budowy lub poza nim, wraz z narzutem i podobnymi obciążeniami, ale bez zysku (d: warunki kontraktu subklauzule 17.4 i 1.1.4.3 – k. 164 i 138 verte, t. I)

Materiały wykorzystane do budowy nasypu, ogólne zasady wykonania robót, w tym przygotowanie podłoża, zagęszczenie i nośność gruntów w podłożu nasypów, ogólne zasady wykonania nasypów, wykonywanie nasypów w okresie deszczów, wykonywanie nasypów

w okresie mrozów, ogólne zasady kontroli jakości robót i odbiór robót określała Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (...). Zgodnie z pkt. 6.2.2.3. Wykonawca nie mógł wykonywać nasypów w temperaturze, przy której nie jest możliwe osiągnięcie w nasypie wymaganego wskaźnika zagęszczenia gruntów. Nie wolno było również wbudować gruntów spoistych zamrzniętych lub gruntów przemieszanych ze śniegiem lub lodem. Przewidziano przerwę w wykonywaniu nasypów

w okresie dużych opadów śniegu. Przed wznowieniem robót, śnieg z powierzchni wznoszonego nasypu podlegał usunięciu. Niedopuszczalne było również układanie kolejnej warstwy na warstwie niezagęszczonego gruntu spoistego przed jego rozmarznięciem. (d: SSTWiORB D.02.03.01 k. 1335)

Zgodnie z pkt. 1.2.2.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej miał uwzględnić koszty wykorzystania technologii zezwalających na prowadzenie robót w sposób ciągły również w okresie zimowym (np. dla obiektów mostowych wykonawca powinien uwzględnić zastosowanie nagrzewnic, namiotów oraz innych dostępnych środków umożliwiających betonowanie w obniżonych temperaturach). Każdorazowo przed przystąpieniem do robót wykorzystujących powyższe technologie, stosownie do subklauzuli 4.9 WK, Wykonawca miał przedstawić Inżynierowi do zatwierdzenia PZJ (Program Zapewnienia Jakości) zawierający wymagania dla prowadzenia przedmiotowych robót. Stosownie do ww. wymagań PFU wykonawca przedstawił PZJ, opisujący sposób prowadzenia i zabezpieczenia robót, w przypadku wystąpienia niskich temperatur, zgodnie z którym wykonawca zobowiązał się m.in. do przykrycia warstw już wykonanych warstwą materiału wymaganego do wykonania następnej projektowanej warstwy. Warstwy nasypu oznaczone roboczo do nr 2 miały zostać przykryte warstwą piachu na grubość ok. 50 cm, warstwa nasypu oznaczona roboczo nr 1 miała zostać przykryta kruszywem łamanym o grubości ok. 35 cm, zatwierdzonym do warstwy mrozoochronnej (przedostatnia warstwa nasypu), warstwa stabilizacji cementem (ostatnia warstwa nasypu) zaś – przykryta ok. 25 centymetrową warstwą kruszywa łamanego przeznaczonego na warstwę stabilizacji mechanicznej. Zabezpieczające warstwy kruszyw miały być zagęszczone, o ile to będzie możliwe, ze spadkiem dwustronnym ok. 4% aby uniemożliwić gromadzenie się wody na górnej powierzchni oraz zapewnić odprowadzenie wody. Wznowienie dalszych prac przewidziano po rozmarznięciu kruszywa lub po zdjęciu tych warstw i ponownym zasypaniu ich materiałem przydatnym do dalszych robót (pkt. 2.3. PZJ). Prace kontraktowe od dnia zatwierdzenia PZJ, tj. od listopada 2011 r. do wiosny 2012 r. powinny być realizowane zgodnie z technologią opisaną w PZJ, tj. każda wykonana warstwa nasypu miała zostać przykryta materiałem (piachem) na grubości ok. 50 cm, na czas niesprzyjających warunków atmosferycznych (obniżonych temperatur), do momentu ich ustania. Wykonawca przewidział także w PZJ zdjęcie warstwy lub wydłużone oczekiwanie na rozmarznięcie materiału. Uwzględnił także w ofercie, zgodnie z pkt. 1.2.2.1 PFU wykorzystanie technologii umożliwiającej prowadzenie robót, opisaną w PZJ. Stosowanie ww. technologii wiązało się

z poniesieniem kosztów przykrycia materiałem (warstwą zabezpieczającą) wykonanych warstw oraz zdjęcia warstwy zabezpieczającej po ustaniu niekorzystnych warunków pogodowych. Ponadto, wykonawca przewidział w PZJ także wstrzymanie prac w okresie trwania niekorzystnych warunków pogodowych, co było elementem przyjętej technologii realizacji robót (d : program funkcjonalno-użytkowy pkt 1.2.2.1., k. 942, t. V; program zapewnienia jakości, k. 638-639, t. IV). Nie istniał wprawdzie bezpośredni wymóg zabezpieczenia nasypu przed niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi. Wymóg taki powstawał, wówczas, gdy wykonawca podjął się, na skutek wcześniejszego zawinonego

opóźnienia, wykonania robót w warunkach skrajnych – wtedy też powstawał obowiązek stosowania zapisów sporządzonego PZJ. Wynikało to z faktu, że w przypadku zakończenia prac przed okresem o niesprzyjających warunkach atmosferycznych, wykonany w całości nasyp nie wymagał zabezpieczenia przed takimi warunkami. Opracowanie technologii wykonania danych robót należy zawsze do obowiązków Wykonawcy, który jest nią związany. W tym zakresie Inżynier nie jest uprawniony do wskazywania sposobu wykonania danych robót, może jedynie zwracać uwagę, że wykonanie robót w określonych warunkach jest obciążone dużym ryzykiem, nie stanowi to również podstawy do wydania określonych poleceń zmiany – wykonania dodatkowych robót (d: zeznania świadka L. S., protokół z dnia 09.03.2016 r. k. 1350, k. 1399 00:40:31, 99:42:36 k. 1399 t. VII; zeznania świadka A. Ł., protokół z dnia 09.03.2016 r. k. 1351, 01:24:32, 01:56:56 k. 1352v t. VII; zeznania świadka K. M., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1353 verte, k. 1411 02:19:21, 02:19:28 t. VIII, godz. 02:33:18 k. 1415 t. VIII, 02:49:59-02:51:32 k. 1420-1421 t. VIII; zeznania świadka D. G. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:26:46 k. 1263 t. VII; zeznania świadka Ł. M. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:16:44 k. 1259, 00:44:14 k. 1260 t. VII).

Wszystkie roboty w postaci podbudowy z betonu asfaltowego – warstwa o uziarnieniu 0/25mm i grubości 17 cm podlegała wykonaniu w terminie do dnia 15 listopada 2011 r. Do tego czasu Wykonawca zobowiązał się zrealizować roboty przygotowawcze, roboty ziemne na każdej sekcji równolegle w tym nasypy, wykonanie warstwy nasypu z kruszywa stabilizowanego cementem, wykonania przedostatniej warstwy nasypu z kruszywa o parametrach warstwy mrozochronnej, wykonania warstwy mrozochronnej, wykonania pierwszej warstwy podbudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego, wykonania podbudowy bitumicznej oraz w zakresie nawierzchni rozpoczęcia wykonania warstwy ścieralnej (...) i rozpoczęcia wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego.

W kolejnym okresie od 16 listopada 2011 r. do 31 maja 2012 r. Wykonawca zobowiązał się do wykonania wszystkich prac budowlanych, aby możliwe było uzyskanie przejezdności na ciągu głównym, w których zakres wchodziło dokończenie układania warstwy ścieralnej (...), kontynuacja warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, odwodnienie i roboty wykończeniowe (d: harmonogram robót na rok 2011/2012 część opisowa k. 632-633v t. IV; zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:14:50 k. 1410 t. VIII, zeznania świadka A. Ł. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 01:40:03 k. 1312 t. VII).

Już przed okresem styczeń-luty 2012 r. konsorcjum wykonawcze było opóźnione w wykonywaniu robót drogowych. (...) S.A. od początku nie zapewniał odpowiedniej mobilizacji personelu, sprzętu, odpowiedniej ilości dostaw materiału oraz nie wykonywał zgodnie z programem robót ilości w niej przewidzianych. Stan taki istniał od początku realizacji kontraktu. Na dzień 31 października 2011 r. opóźnienie w asortymencie robót drogowych w stosunku do harmonogramu wynosiło w zakresie nasypów 6 tygodni, warstwy mrozochronnej - 7 tygodni, warstwy stabilizacji cementem 4 tygodnie, warstwy z podbudowy bitumicznej 1 tydzień. Do wykonania robót drogowych nie zostały również wykorzystane sprzyjające warunki jesienno-zimowe, w tym okres grudnia 2011 r. i początku stycznia 2012 r., w którym temperatury pozwalały na realizację robót. Na koniec grudnia opóźnienia w stosunku do zatwierdzonego w dniu 31 października 2011 r. harmonogramu wynosiły w zakresie robót drogowych na ciągu głównym od 10 do 20 tygodni (d: aneks nr (...) do umowy konsorcjum k. 112-113, t. I, pismo Kierownika Projektu z dnia 19.08.2011 r. znak (...) (...), (...) wskazujące na brak mobilizacji i opóźnienia k. 1293-1304 t. VII, protokół Rady Budowy (...) Nr 1 O. C z 18.08.2011r. k. 776-779v t. IV, protokół z Rady Technicznej nr (...) Odcinek (...) z dnia 22.02.2012 r. k. 781-786v t. IV, d: harmonogram robót pkt. 5 k. 632 t. IV, aneks nr (...) do umowy konsorcjum – k. 112-113, t. I; zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:12:33 k. 1410, 02:27:09 k. 1413, 02:43:28 k. 1418 t. VII; zeznania świadka A. Ł. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 01:26:54 k. 1351v, 01:36:46 k. 1312, 01:41:49, 01:44:23 k. 1352 t. VII, sprostowanie informacji w protokole Rady (...) nr (...) z dnia 2.03.2012r. znak (...) (...) - (...) k. 628-629 t. IV, pkt. 4.1 Protokołu Rady Budowy Nr (...) z dnia 20.09.2011 r. k. 1611-1626 t. IX, pkt. 3.4.1. Protokołu Rady Budowy nr (...) z dnia 13.10.2011 r. i załączniki k. 1626-1652 t. IX; pkt. 4 Protokołu Rady Budowy nr (...) z dnia 15.11.2011 r. z załącznikami k. 1654-1694 t. IX, pkt. 2.1 Protokołu z Rady Budowy nr (...) z dnia 08.12.2011 r. z załącznikami k. 1695-1712 t. IX, pkt.2.1 i 4 Protokołu z Rady Budowy nr 5 z dnia 12.01.2012 r. z załącznikami k. 1713-1722 t. IX).

Z uwagi na zaistniałe opóźnienia po stronie Wykonawcy, Zamawiający monitorował brak postępu robót lub zbyt mały postęp robót. Zwracał ówczesnemu (...) S.A. uwagę na nienależyte wykonywanie robót, niewielką mobilizację sił, brak odpowiedniej ilości dostaw materiałów w zakresie robót drogowych i małe tempo robót oraz opóźnienia w stosunku do przedłożonego Programu (...), w tym na listopad 2011 r.

w zakresie wykonania podbudowy nawet 7 tygodni, które w styczniu 2012 r. zwiększyło się do 10-12 tygodni (d: powiadomienie Zamawiającego w trybie klauzuli 2.5 WK – 15.09.2011 r. k. 641-641a verte t. IV, 21.11.2011 r. k. 643-647v t. IV, 19.12.2011 r. k. 649-655 t. IV, 15.03.2012r. k. 788-810 t. IV-V, powiadomienie o okolicznościach mających wpływ na realizację kontraktu kierowane do Inżyniera Kontraktu z dnia 20.10.2011 r. znak (...) /Wa-R.1/A2/(...),D, (...) k. 1739-1746 t. IX, z dnia 21.11.2011 r. znak (...) /Wa-R.1/A2/(...),D, (...) k. 1748-1755 t. IX, z dnia 16.01.2012 r. k. 657-664 t. IV; zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:29:24 k. 1414 t. VIII; zeznania świadka A. Ł. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 01:40:57 k. 1352 t. VII)

Stan opóźnienia miał bezpośredni wpływ na stan zaawansowania prac na nasypie przed wystąpieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych w styczniu i lutym 2012 r. – miał wpływ na przemarznięcie górnej warstwy, ponieważ przed okresem zimowym, tj. zgodnie z harmonogramem do 15 listopada 2011 r., pierwsza warstwa asfaltowa wiążąca – zabezpieczająca wykonane warstwy nie została wykonana (d: harmonogram robót pkt. 5 k. 632, aneks nr (...) do umowy konsorcjum – k. 112-113, t. I; zeznania świadka G. P., protokół z dnia 07.03.2016 r. – k. 1267 verte i 1268, 02:25:02, t. VII; zeznania świadka L. S., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1348 verte, k. 1391 00:06:25, 00:07:16, 00:18:02 k. 1394 t. VII, 00:32:32 k. 1397-1398 t. VII; zeznania świadka A. Ł., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1352, 01:36:46 i 01:40:03 oraz 01:41:49, t. VII; zeznania świadka K. M., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1353verte, k. 1410 02:15:44 i 02:42:29, 02:42:44 - 02:44:13 k. 1417-1418 t. VII; wyjaśnienia w charakterze strony J. K., protokół z dnia 20.10.2016 r. – k. 1861verte i 1862, 01:08:51, 00:17:39, t. X; wyjaśnienia w charakterze strony T. K., protokół z dnia 20.10.2016 r. – k. 1864, 01:51:44, t. X).

Na przestrzeni stycznia i lutego 2012 r. warunki meteorologiczne zasadniczo nie odbiegały od warunków występujących zazwyczaj w Polsce w tym okresie. Temperatury w okresie styczeń-luty 2012 r. utrzymywały się w pewnych dniach poniżej minus 10 stopni i dochodziły maksymalnie do minus 22 stopni C.. W czasie od 20 stycznia 2012 r. do 20 lutego 2012 r. temperatury powietrza odbiegały jedynie nieznacznie od średnich warunków panujących w poprzednim dziesięcioleciu i nie miały charakteru nadzwyczajnego (d: opinia Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z dnia 30.01.2013 r. – k. 377 verte, t. II; zestawienie pomiarów na stacji meteorologicznej S. na przestrzeni lat 2002-2012 k. 553 i n., t. III; zeznania świadków Ł. M. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:16:44, k. 1259, t. VII, zeznania świadka L. S. rozprawa 09.03.2016 r. godz. 00:17:31 k. 1394 t. VII; 00:50:05 k. 1402 t. VIII, 01:06:30 k. 1406 t. VIII, zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:43:41 k. 1418 t. VIII; Dienne Raporty (...) za okres 26.01.2012 r. – 17.02.2012 r. k. 347-366 t. II, sprostowanie informacji w protokole Rady (...) nr 20 z dnia 2.03.2012 r. znak (...) (...) - (...) k. 628-629 t. IV).

Podczas narad technicznych, na których obecni byli przedstawiciele wykonawców, podwykonawców, jak i Zamawiającego m.in. w dniu 30 stycznia 2012 r., wskazywano na niesprzyjające warunki pogodowe do wykonania pełnego asortymentu robót. Z uwagi na niskie temperatury powietrza wykonanie pewnych asortymentów robót było wstrzymane,

w tym wykonywanie nasypów (d: protokół z rady technicznej nr 18 odcinek (...) w dniu 20.01.2012 r. – k. 453, t. III; protokół z rady technicznej nr 19 odcinek (...) w dniu 01.02.2012 r. – k. 459, t. III; protokół z rady technicznej nr 20 odcinek (...) w dniu 15.02.2012 r. – k. 466, t. III; sprostowanie zapisów w punkcie 2.6 protokołu z Rady Budowy nr 6 z 09.02.2012 r. k. 479 t. III, dziennik budowy nr D/343/11/6E/2011 z 17.01.2012 r. km 425+653,00 – 431+500 k. 371v, t. III; zeznania świadka D. G. – protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:04:48 k. 1261verte; zeznania G. P., protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 01:39:57 k. 1266verte t. VII; zeznania świadka L. S., protokół z dnia 09.03.2016 r. – k. 1349, k. 00:17:31, k. 1394, 00:17:59t. VII).

Wystąpienie przedmiotowych warunków klimatycznych, typowych dla strefy klimatycznej, w której znajduje się Polska i pory roku – zimy, spowodowało przy braku wykonania pierwszej warstwy asfaltowej, przemarznięcie górnych

warstw nasypu. Na różnych odcinkach przemarznięta warstwa była o różnej grubości. (d: zdjęcia k. 525-534, protokół niezgodności nr (...) (...)C/24/12 z dnia 01.03.2012r. k. 535-537)

Celem doprowadzenia do prawidłowej jakości robót, tj. uzyskania odpowiedniej nośności, zagęszczenia w obrębie nasypu Wykonawca zgodnie z Programem Zapewnienia Jakości wykonania robót w warunkach zimowych mógł albo ponownie ułożyć przemarznięte warstwy nasypu albo poczekać na ich rozmarznięcie, co umożliwiło dopiero ułożenie kolejnej warstwy. (d: (...) k. 638 t. IV, zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:30:46, 02:31:43 k. 1414 t. VIII; 02:52:14 k. 1421 t. VIII, zeznania świadka D. G. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:41:03 k. 1263 verte t. VII; zeznania świadka Ł. M. protokół z dnia 07.3.2016 r. godz. 00:41:04 k. 1260)

Z uwagi na istniejące opóźnienia w realizacji robót i zagrożenie nie uzyskania przejezdności autostrady w uzgodnionym terminie Wykonawca podjął decyzję o ponownym wykonaniu warstw nasypu, które uległy przemarznięciu, doprowadzeniu ich do jakości, która umożliwiała ich odbiór a przede wszystkim wykonanie kolejnej warstwy. Nie były to roboty dodatkowe lecz wynikały z technologii ich wykonania – Programu Zapewnienia Jakości. Przyjęta przez Wykonawcę metoda wykonania nasypu wynikała z chęci przyspieszenia robót (d: wyjaśnienia J. K. w charakterze strony protokół z dnia 20.10.2016 r. godz. 00:39:18 k. 1860v t. X, zeznania świadka L. S. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 00:40:31 k. 1399 t. VII; zeznania świadka K. M. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 02:33:46, 02:35:50 -02:38:17 k. 1415-1416 t. VIII; zeznania świadka D. G. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:44:47, 00:41:03 k. 1263verte t. VII; zeznania świadka Ł. M. protokół z dnia 07.03.2016 r. godz. 00:14:23 k. 1259 t. VII)

W toku realizacji robót jak również po ich wykonaniu, powodowie nie przedstawili dokumentów potwierdzających obmiary wykonanych robót, pozwalających na ustalenie kilometrażu i ilości wykonania. (d: zeznania świadka L. S. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 00:36:19 k. 1398 t. VII; zeznania świadka D. G. protokół z dnia 09.03.2016 r. godz. 00:26:26 k. 1262 v)

Z uwagi na zaistniałe warunki atmosferyczne na placu budowy w okresie styczeń-luty 2012 roku, oceniane przez Wykonawcę jako niesprzyjające, zostały z tego względu jeszcze w toku realizacji kontraktu w trybie przewidzianym w subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] warunków kontraktu, zgłoszone pozwanemu roszczenia, oznaczone numerem porządkowym (...). Pozwany został powiadomiony przez konsorcjum o powstaniu roszczenia z tytułu wyjątkowo niepomyślnych warunków klimatycznych panujących na placu budowy pismem z dnia 01 lutego 2012 r. skierowanym na podstawie subklauzul 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] i 20.1 [Roszczenie dotyczyło przedłużenia czasu na ukończenie robót określonego w Kontrakcie]. Powyższe powiadomienie o roszczeniu zostało złożone w terminie i dotyczyło wyłącznie przedłużenia czasu na ukończenie. W dniu 6 marca 2012 r. Wykonawca złożył roszczenie przejściowe. (d: pismo z dnia 01.02.2012 r. od wykonawcy do (...) Sp. z o.o. stanowiące powiadomienie o roszczeniu w trybie klauzuli 20.1, znak pisma: (...), k. 318verte; pismo z dnia 06.03.2012 r., znak pisma: (...), k. 319verte, t. II; zeznania G. P., protokół z dnia 07.03. 2016 r., k. 1265verte, 01:25:42 01:55:42, t. VII; raport – k. 1819, t. X).

Roszczenie dotyczyło warunków atmosferycznych z końca stycznia 2012 r. i początku lutego 2012 r. oraz nie zawierało określenia kwoty dodatkowej płatności.

Inżynier Kontraktu zwracając uwagę na opóźnienia w wykonaniu robót przez Wykonawcę wynoszące nawet 10-12 tygodni i sprzyjający pod względem warunków pogodowych okres jesienno-zimowy 2011 r. i do końca stycznia 2012 r. wskazał na brak podstaw do uwzględnienia roszczenia. (d: raport roszczenia z dnia 29.02.2012 r. k. 742-745v, t. IV)

Pismem z dnia 30 marca 2012 r. Zamawiający ustosunkowując się do roszczenia nr (...) – wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne, wskazał na brak jakichkolwiek podstaw uzasadniających jego uznanie (**d:** pismo z dnia 30 marca 2012 r. (...) /Wa-R.1/A2/(...),D, (...), k. 325-326, t. II).

Pismem z dnia 9 maja 2012 r. Wykonawca wniósł o ponowne rozpatrzenie roszczeń R-01-R-09 (d: pismo Dyrektora Kontraktu z 09.05.2012r. k. 488-490).

W dniu 17 września 2012 r. Wykonawca wystąpił o uzyskanie decyzji Inżyniera wskazując, iż jest uprawniony do przedłużenia czasu na ukończenie łącznie o 120 dni oraz do kwoty 13 751 437,15 zł. Wniosek obejmował również roszczenie nr (...), w ramach którego powodowie dochodzili kwoty 8 020 131,85 zł (d: wniosek Dyrektora Kontraktu z dnia 17.09.2012r. wraz z kosztorysem powykonawczym i opracowaniem ścieżki krytycznej k. 491 -519)

W dniu 9 października 2012 r. oraz w dniu 14 grudnia 2012 r. Inżynier Kontraktu podtrzymał stanowisko odnośnie braku podstaw do przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Zaprzeczył również aby kiedykolwiek wydawał polecenie w rozumieniu Warunków Kontraktu dotyczące wykonania robót w zakresie rozebrania i ponownego wykonania górnej warstwy nasypu – gr. w-wy 70 cm – ze względu na zmrożenie materiału. Dokonane wpisy do Dziennika Budowy stanowiły wyłącznie przypomnienie odnośnie technologii jaką Wykonawca założył w (...), przewidującej zabezpieczenie nasypów w okresie zimowym. Również w kolejnych stanowiskach zajmowanych przez Inżyniera Kontraktu, nie znalazł on podstaw do jego uwzględnienia. (d: Raport Roszczenia z dnia 09.10.2012 r. znak (...) k. 752-768v t. IV, S. Inżyniera Kontraktu z dnia 14.12.2012 r. znak (...) (...) (...) k. 480-487 t. III)

Przedmiotowe roszczenie było również omawiane na spotkaniu z Wykonawcą w dniu 19 grudnia 2012 r. jak również zostało poddane ocenie specjalnie powołanej komisji ds. roszczeń (d: protokół ze spotkania dotyczącego roszczeń znak (...) (...) (...) (...) k. 770-772v)

W dniu 27 lutego 2013 r. Wykonawca złożył rewizję do roszczenia nr (...), wskazując, iż czuje się uprawniony do przedłużenia czasu na Ukończenie oraz zwrotu poniesionego dodatkowego kosztu w wysokości 8 020 131,85 zł (d: rewizja roszczenia nr R09 k. 542-556).

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie braku podstaw do uwzględnienia roszczenia oznaczonego i procedowanego pod nr (...) (d: pismo Zamawiającego z dnia 6.03.2013 r. znak (...) (...) (...) (...) (...) k. 327-336; pismo Zamawiającego z dnia 9.04.2013 r. znak (...) (...) (...) (...) (...) k. 337-346)

Również Inżynier Kontraktu podtrzymał swoje stanowisko co do bezzasadności roszczenia a także roszczeń nr R-03, R-06 (d: stanowisko Inżyniera Kontraktu z dnia 03.04.2013r. znak (...) (...) k. 774 t.IV, pismo z dnia 04.04.2013 r. znak (...) (...)k. 557-557v, t. III, pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 19.11.2014 r. znak (...) (...)k. 1757- (...), t. IX).

Roszczenie kosztowe z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne w okresie styczeń-luty 2012 r. nie zostało wykazane. Nie zostały dołączone dokumenty obmiarowe. Wyliczenia opierały się na kosztorysie powykonawczym, którego nie można było sprawdzić (d: zeznania świadka L. S. rozprawa 09.03.2016 r. godz. 00:13:39 k. 1395).

W sierpniu 2012 r. Inżynier Rezydent powiadomił Zamawiającego o przysługującym mu roszczeniu z tytułu K. Umownej za nieterminowe ułożenie warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady, węzłach, łącznicach, drogach poprzecznych na węzłach opiewającego na kwotę 15 272 210 zł brutto (d: pismo Inżyniera Rezydenta z dnia 13.08.2012 r. znak (...) (...) - (...) k. 748 t. IV).

W dniu 31 sierpnia 2012 r. Inżynier Rezydent powiadomił Zamawiającego o przysługującym mu roszczeniu z tytułu K. Umownej za nieterminowe wykonanie warstwy podbudowy bitumicznej w ciągu głównym autostrady, węzłach, łącznicach na kwotę 40 524 280,00 zł brutto. Opóźnienie wyniosło 268 dni (d: pismo Zastępcy Inżyniera Rezydenta z dnia 31.08.2012r. znak (...) (...) (...) k. 745).

W dniu 26 listopada 2013 roku, wystawione zostało Świadectwo Przejęcia Robót, które zawierało m.in. załączniki w postaci listy wad i usterek (1), listy zaległych prac (2), listy uwag dotyczącej dokumentacji odbiorowej. Prace związane z nasypami zostały ostatecznie wykonane (d: świadectwo – k. 178-287, t. II; zeznania G. P., protokół z dnia 07.03.2016 r., k.1267 i 1267verte, 02:10:17, t. VII).

W dniu 17 września 2014 r. Powodowie wystąpili przeciwko pozwanemu z wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej, który obejmował m.in. roszczenie dotyczące pokrycia kosztów ponownego wykonania górnej warstwy

nasypu w wysokości 9 864 762,18 zł brutto. Odpis wezwania został doręczony w dniu 14 października 2014 r. (d: zawezwanie do ugody k. 558-583, zpo k. 584, t. III).

Wobec licznych naruszeń Kontraktu przez Zamawiającego oraz braku woli współpracy z wykonawcą w ramach jego wykonywania, w dniu 14 listopada 2014 r. powodowie złożyli oświadczenie o odstąpieniu od kontraktu z winy GDDKiA ze skutkiem natychmiastowym - na dzień odstąpienia (d: kopia oświadczenia o odstąpieniu od kontraktu z dnia 14.11.2014 r. wraz z prezentatą GDDKiA – k. 268-277, t. II).

Również w dniu 01 grudnia 2014 r. oraz w dniu 22 grudnia 2014 r. wykonawca złożył oświadczenia o odstąpieniu od kontraktu, oparte na innych podstawach uzasadniających odstąpienie od kontraktu, aniżeli oświadczenie z dnia 14 listopada 2014 r. (d: kopia oświadczenia o odstąpieniu od kontraktu z dnia 1.12.2014 r. – k. 302-305, t. II; kopia oświadczenia o odstąpieniu od kontraktu z dnia 22.12.2014 r. – k. 306-317, t. II).

Do chwili wniesienia pozwu nie doszło do ostatecznego rozliczenia kontraktu. (d: pismo powodów z dnia 20.11.2014r. – wezwanie do niezwłocznego podjęcia czynności

w związku z odstąpieniem Wykonawcy od Kontraktu k. 1158-1160, wycena na datę odstąpienia k. 1162-1179, wezwanie z dnia 22.05.2015 r. do sprostowania końcowego świadectwa płatności k. 1212-1214 verte, stanowisko Zamawiającego z dnia 03.06.2015 r. k. 1216-1218, wezwanie z dnia 15.07.2015 r. do sprostowania końcowego świadectwa płatności w zakresie bezpodstawnego obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonane roboty k. 1220-1225verte).

Dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazać należy, że stan faktyczny w przedmiotowej sprawie oraz treść powyżej przytoczonych zapisów umów, a także oświadczeń stron, zostały ustalone w oparciu o przywołane powyżej dowody, którym Sąd Okręgowy dał wiarę w całości.

Podkreślić należy, że materiał dowodowy w sprawie stanowiły w głównej mierze dokumenty szczegółowo wskazane powyżej, którym Sąd dał wiarę, a których prawdziwość, rzetelność i wiarygodność nie była przez żadną ze stron kwestionowana. Podkreślić należy, iż większość z nich stanowiła dokumenty kontraktowe lub też pisma stanowiące wzajemną wymianę korespondencji stron, przedstawiającą odpowiednio zgłaszane roszczenia i stanowisko Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego. Pokreślić również należy, że większość z dokumentów miała charakter dokumentu prywatnego. Dokonując ustaleń faktycznych dotyczących opóźnień w realizacji robót Sąd zwrócił szczególną uwagę na znaczenie protokołów z Rad Budowy, na których omawiano wszystkie kwestie dotyczące budowy w tym postępu robót oraz opóźnień. Zaznaczyć należy, iż sporządzane z nich Protokoły obrazowały aktualny stan/zaawansowanie robót, opierały się na stwierdzonych wynikach na koniec danego okresu, ich analizie i porównaniu do harmonogramu. Ponadto jak wskazał T. K. wszystkie protokoły z Rad Budowy były przekazywane do Dyrektora Kontraktu – G. P.. Tym samym gdyby nie zawierały rzetelnych informacji mogły być sprostowane. Takie też sytuacje miały miejsce niemniej jednak nigdy nie odnosiły się one do stopnia zawansowania robót drogowych, stopnia mobilizacji (...) S.A. czy wskazywanego opóźnienia w tygodniach w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu.

Sąd w toku postępowania przeprowadził również dowód z zeznań świadków, tj. Ł. M. (kierownika budowy jednego z odcinków, a następnie kierownika całej budowy), G. P. (przedstawiciela wykonawcy i dyrektora kontraktu), D. G. (inspektora robót drogowych), V. T. (ekonomisty zatrudnionej w powodowej spółce), J. K. (1), L. S. (Inżynier Kontraktu), K. M. (Inżynier Rezydent odcinka (...)), A. Ł. (pracownik GDDKiA), a także T. W. oraz dowód z przesłuchania stron J. K., A. A. i T. K..

Dokonując oceny zeznań zarówno przesłuchanych w sprawie świadków, jak i osób przesłuchanych w charakterze stron postępowania, zauważyć należy, że zasadniczo pozostawały ze sobą zbieżne i nie sposób jest odmówić im wiarygodności. Sąd dokonując powyższej konstatacji ma na myśli zbieżność co do okoliczności, które w mniejszym lub większym zakresie wynikały przede wszystkim z przedłożonych do akt sprawy dokumentów. W tym zakresie bowiem w jakimś świadkowie zeznawali na okoliczności znajdujące potwierdzenie w treści przedłożonych dokumentów – ich postanowieniach – Sąd przedkładał treść i bezpośrednie brzmienie dokumentów oraz pism ponad oświadczenia składane w tym zakresie przez świadków i/lub strony. Szczegółowo kwestie te zostaną poddane ocenie

w dalszej części uzasadnienia.

Zauważyć i podkreślić w tym miejscu należy, że ani na podstawie złożonych dokumentów ani na podstawie zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie było możliwym ustalenie ani zakresu (ich wielkości) rzekomo wykonanych prac dodatkowych związanych z wymianą części i/lub całości górnej warstwy nasypu, czy też sposobu transportu materiału i rodzaju użytego sprzętu do ich wykonania etc. W ocenie Sądu również zeznania świadków nie pozwoliły na przyjęcie, że strona powodowała wykazała jakie poniosła de facto dodatkowe koszty związane z pracami, o których twierdzi, że były one pracami dodatkowymi. Jak wskazał L. S. dokument w postaci kosztorysu, w którym przedstawiono kwotę stanowiącą koszty jakie powodowie ponieśli tytułem ponownego wykonania przemarzniętych warstw nasypu, ma charakter kosztorysu powykonawczego zawierającego założenia niesprawdzalne, wirtualne. Dokumentowanie wykonanych prac powinno opierać się na obmiarach wykonanych robót, która jest bazą dla sprawdzenia kosztorysu (00:36:19 k. 1398). Jak przyznał świadek Ł. M. kwestie dotyczące ilości wykonanych robót opierały się na dokumentach wcześniej już odebranych warstw, nie wykonywali ponownych obmiarów, inwentaryzacji geodezyjnych. Ilości były ustalane wyłącznie szacunkowo (00:28:04 k. 1259v, 00:41:04 k. 1260). Ponadto przedmiotowych danych nie można było ustalić w oparciu o Dienne Raporty Pracy, które zostały złożone za okres od 26 stycznia 2012 r. do 17 lutego 2012 r., na podstawie których, jak wskazał T. K. nie było możliwe określenie jakie roboty zostały ponownie wykonane. Przedmiotowe raporty zawierają jedynie ogólne informacje o warstwach nasypu, wykaz sprzętu pracującego na całej trasie podzielonego na poszczególne asortymenty oraz wykaz osób. Przedmiotowe raporty dotyczyły całego odcinka (02:10:03 k. 1865 t. X). Ponadto na co warto zwrócić uwagę złożone raporty dotyczą okresu, w którym miały występować ujemne temperatury uniemożliwiające wykonywanie jakichkolwiek warstw nasypu stąd też nie jest możliwe aby obrazowały wykonanie ponownie jakichkolwiek warstw a na pewno nie tych warstw, które właśnie w tym okresie miały ulec przemarznięciu. Z uwagi na powyższe Sąd nie mógł i nie poczynił w oparciu o Dienne Raporty Pracy, ustaleń w zakresie ilości robót odnoszących się do ponownego wykonania przemarzniętych warstw nasypu, których wykonanie zakończyło się jak wskazał Ł. M. w czerwcu 2012 r. Ponadto jak podała strona powodowa przedmiotowe dokumenty zostały złożone wyłącznie na okoliczność panujących w tym okresie temperatur (Dienne Raporty Robót za okres 26.01.2012 r. – 17.02.2012 r. k. 347-366).

Co do złożonych wyciągów z Dzienników Budowy wskazać należy, iż tylko jeden z nich (k. 378v) dotyczy branży drogowej. Pozostałe odnoszą się do obiektów, na których z uwagi na niskie temperatury wstrzymano roboty dotyczące betonowania, a tym samym nie można uznać, iż stanowią one dowód wstrzymania robót w zakresie robót drogowych na pozostałych odcinkach. Co również istotne w oparciu o przedmiotowe dokumenty nie sposób ustalić ilości robót w zakresie wymiany warstwy nasypu albowiem wpisy do Dziennika Budowy takich danych nie zawierały.

Również złożone do akt protokoły niezgodności nr (...) (...) z dnia 25 stycznia 2012 r. (k.1555), wyniki badań gruntu przeprowadzonego przez G. z dnia 31 marca 2012 r. (k. 1557-1559), protokół niezgodności nr (...) (...) z 26 stycznia 2012 r. (k. 1561-1565), protokół niezgodności nr (...) (...) (k. 1567-1568), wyniki badań gruntu przeprowadzone w dniu 02-05 marca 2012 r. (k.1569-1576) jako odnoszące się do odcinków autostrady innych niż objęte kosztorysem określającym obszary, na których miało dojść do wymiany warstwy, nie mogły stanowić podstawy do poczynienia ustaleń, że w kilometrażu, który został ujęty w pozwie faktycznie doszło do ponownego wykonania górnej warstwy nasypu, jak również w jakiej ilości oraz na jakiej głębokości. Ze złożonych dokumentów wynika jedynie, iż zdejmowana warstwa wynosiła 2-3 cm po czym dokonano przykrycia kruszywem o grubości 15 cm.

Złożony natomiast Protokół (...) nr (...) obejmuje wyłącznie cztery odcinki, które są krótsze niż ujęte w kosztorysie, a ponadto nadal nie stanowi dowodu ilości wykonania robót, w zakresie w którym powodowie domagają się zapłaty wynagrodzenia.

Z uwagi na powyższe o ile może stanowić on dowód, iż faktycznie roboty, na które wskazują powodowie w postaci wymiany określonej warstwy były realizowane o tyle nadal nie jest dowodem ilości w jakiej zostały wykonane ani też nie potwierdzają, że zostały zrealizowane w każdym z kilometraży (k. 535-541).

Przechodząc już do oceny zeznań świadków podkreślić również należy, że gro okoliczności, na które wskazywali niektórzy przesłuchani w sprawie świadkowie oraz strona powodowa (Ł. M.; D. G.; G. P.; T. W.; V. T.; J. K. (2)) nie miała w istocie znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Z punktu bowiem widzenia prowadzonego postępowania ukierunkowanego na rozstrzygnięcie istniejącego pomiędzy stronami sporu nieistotne było to, czy istniały bądź też nie, naciski ze strony (...), inżyniera kontraktu lub innych jeszcze podmiotów powiązanych z (...), co do konieczności zapewnienia przejezdności odcinka (...) autostrady (...) przed turniejem (...). Z perspektywy przedmiotu sporu nie miało również znaczenia, w opinii Sądu, to jakie panowały pomiędzy powodami a pozwanym i innymi osobami i/lub podmiotami stosunki tak przed (...), jak i po tym turnieju. Bez znaczenia była również okoliczność relacji stron po złożeniu przez powodowe konsorcjum oświadczenia o odstąpieniu od zawartego kontraktu. Wskazać bowiem należy, że okoliczności te nie powinny i nie mogły w istocie przesłonić przedmiotu sporu, ani też wywrzeć wpływu na rzeczową i racjonalną ocenę faktycznej zasadności dochodzonego roszczenia (przedmiot sporu), tj. żądania zasądzenia na rzecz powodów kwoty w wysokości 8.878.872,08 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót – rzekomo dodatkowych – w postaci rozebrania i ponownego ułożenia górnych warstw nasypu na odcinku (...) autostrady (...), co związane było z warunkami atmosferycznymi panującymi na placu budowy w okresie styczeń-luty 2012 r. Jakikolwiek emocjonalne relacje pomiędzy stronami, naciski

z czyjejkolwiek strony, presja czasu oraz kłopoty we wzajemnych relacjach pomiędzy konsorcjantami – w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy – nie mogły mieć zasadniczego wpływu na dokonaną ocenę i wydane w sprawie rozstrzygnięcie przez Sąd Okręgowy. Podkreślić bowiem należy, że dla profesjonalisty jakim bez wątpienia było konsorcjum wykonawcze trzech spółek, najważniejszym odniesieniem i podstawą do podejmowania racjonalnych, wyważonych i odpowiedzialnych decyzji były zawarte umowy. To na ich podstawie oraz w ich granicach powinny były działać powodowe spółki, jakiegokolwiek inne, pozanormatywne elementy, nie powinny były mieć dla strony znaczenia, jako irrelevantne i bezskuteczne. Tym samym zeznania świadków i stron w powyższym zakresie i na powyżej przywołane okoliczności, jakkolwiek pozwalają na uzyskanie szerszej perspektywy sposobu przebiegu realizacji inwestycji, to jednak w świetle sformułowanego żądania oraz postanowień kontraktowych, a także w odniesieniu do obowiązujących przepisów prawa nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Odnosząc się do wartości i zakresu znaczenia osobowych źródeł dowodowych podkreślić należy, iż Sąd uznał przede wszystkim za w pełni wiarygodne zeznania L. S., K. M., A. Ł. oraz wyjaśnienia złożone w charakterze strony przez T. K.. Wskazać należy, iż znalazły one potwierdzenie

w pozostałym, zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym w postaci dokumentów. Co również istotne, dla przyznania wiarygodności zeznaniom złożonym przez K. M. i L. S., Sąd uznał fakt, iż w/w osoby de facto nie były pracownikami ani pozwanego ani Wykonawcy. Realizowane przez nich funkcje Inżyniera Kontraktu oraz Inżyniera Rezydenta pomimo, że wykonywane na rzecz i w imieniu Zamawiającego faktycznie mają charakter samodzielny, biorąc pod uwagę sposób ich realizowania, tj.

w formie niezależnego podmiotu wyłonionego w ramach przetargu. Zaznaczyć również należy, iż odnośnie Inżyniera Kontraktu wymaga się zarówno profesjonalnego nadzoru realizowanego przez wykonawcę prac, bycia doradcą technicznym i proceduralnym inwestora, ale co istotne ma on być bezstronnym i niezależnym rozjemcą pomiędzy stronami kontraktu, zdolnym do obiektywnej oceny podnoszonych przez nie zazwyczaj sprzecznych ze sobą argumentów. Charakter pełnionej funkcji wskazuje zatem, iż z uwagi na posiadaną wiedzę, wykształcenie, doświadczenie, jest on w stanie samodzielnie ocenić sposób realizowania robót przez Wykonawcę a także jego roszczenia. Ponadto każde jego stanowisko w sprawach, w których ostatecznie i tak konieczne jest działanie/decyzja Zamawiającego stanowi wyłącznie rekomendację wobec czego w ocenie Sądu, nie sposób przypisywać jego działaniom a w niniejszym przypadku jego zeznaniom elementu subiektywnej oceny. Na powyższe wskazuje sam świadek L. S. podkreślając obowiązki Wykonawcy, który był zobowiązany do udokumentowania swoich racji/roszczeń, wskazując jednocześnie, iż jego działania wynikały z jego własnej obiektywnej oceny tego materiału jaki przedstawiał mu Wykonawca (00:14:36 k. 1393). Ponadto do jego obowiązków należało prawidłowe procedowanie roszczeń na kontrakcie, które jak sam podkreślił, jeżeli istniały podstawy to jako niezależny Inżynier nie mógłby go nie uznać (00:37:50 k. 1399, 00:53:25 k. 1403).

Podkreślić również należy, iż w/w świadkowie to osoby, które w sposób kompleksowy posiadały wiedzę odnośnie wszystkich dokumentów kontraktowych a ponadto nie były zainteresowane wynikiem postępowania. Ponadto świadkowie nie zaprzeczają faktowi wystąpienia w okresie styczeń/luty ciężkich warunków zimowych, z uwagi na które nie było możliwe prowadzenie robót budowlanych, które skutkowały wstrzymaniem prac przez Wykonawcę. Ponadto również pomimo wskazywania na stworzony przez Wykonawcę Program Zapewnienia Jakości robót drogowych w warunkach zimowych nie kwestionują, iż podejmowanie działań w postaci zabezpieczenia nasypu na całym odcinku autostrady np. poprzez ustawienie namiotu nie było celowe (00:44:36 k. 1400, 00:35:50, 02:38:29, 02:38:43 k. 1416). Podobnie wskazała K. M. podnosząc, że nie ma takiej możliwości zabezpieczenia warstw nasypu, gdyż oznaczałoby to konieczność zapewnienia temperatury nie niższej niż 0 stopni i ciągłego frontu robót (02:18:20 k. 1411). Również złożony przez Wykonawcę PZJ obejmował prace, materiały, które tylko podrażały koszty wykonania (02:20:08 k. 1412; 02:30:13 k. 1414). Zaznaczyć jednak należy, iż przedmiotem roszczenia ni jest długość całego odcinka (...) Autostrady (...) lecz wyłącznie je poszczególne kilometraże, które wynoszą np. 5 m, 13 m, 50 m czy 547 m.

Ponadto co do kwestii postępującej degradacji robót pozostawionych po C., świadkowie nie zaprzeczali aby od momentu inwentaryzacji do chwili przejścia placu budowy i podjęcia robót, ich stan uległ zmianie. Co jednak istotne zakres tych robót był znany Wykonawcy albowiem był zobowiązany do zapoznania się ze stanem budowy. Ponadto to do wykonawcy należała kontynuacja robót a nie kwestia ich zabezpieczenia Powód zobowiązał się bowiem do wykonania wszystkich robót, koniecznych najpierw do uzyskania przejezdności autostrady a następnie do jej pełnego odbioru. (02:08:21-02:10:21 k. 1408-1409)

Odnosząc się do zeznań świadka A. Ł., jak wskazano powyżej, również w ocenie Sądu nie było podstaw do kwestionowania ich wiarygodności. W/w jako pracownik pozwanego, będąc członkiem zespołu kierownika projektu, wskazywała, w ramach przedstawianych okoliczności, wyłącznie na zdarzenia, o których powzięła wiedzę w czasie wykonywania swoich obowiązków. Ponadto uczestnicząc w postępowaniu przetargowym posiadała również wiedzę zarówno co do kwestii sporządzonej inwentaryzacji robót wykonanych przez C. jak również obowiązków powoda, który składając swoją ofertę miał zapoznać się z placem budowy, ze stanem robót jeszcze przed złożeniem swojej oferty. Z uwagi na powyższe posiadała również informacje odnośnie sposobu kontaktowania się Wykonawcy z Inżynierem Kontraktu już na początku realizacji robót. W ocenie Sądu okoliczności, na które zeznawała świadek odnosiły się wyłącznie do informacji powziętych przez nią w związku z wykonywaniem powierzonych jej funkcji a także miały oparcie w posiadanej przez nią wiedzy technicznej z uwagi na wykształcenie. Ponadto były w pełni kompatybilne z dokumentami kontraktowymi oraz zeznaniami świadków L. S. i K. M..

Za w pełni wiarygodne Sąd uznał wyjaśnienia T. K. złożone w charakterze strony na rozprawie w dniu 20 października 2016 r. Wskazać należy, iż jest to osoba, która pełniła funkcję Kierownika Projektu wobec czego dysponowała całością dokumentów dotyczących przedmiotowego kontraktu. W ocenie Sądu, T. K.

w oparciu o wiedzę pozyskaną w czasie wykonywanej przez siebie funkcji, przedstawił okoliczności jego wykonywania w sposób obiektywny, albowiem mają one w całości odzwierciedlenie w dokumentach kontraktowych. Potwierdził również znajomość podziału zakresu obowiązków członków Konsorcjum, jak również fakt zgłaszania na radach technicznych, w protokołach niezgodności wykonywanie robót niezgodnie ze specyfikacją oraz występowania przemarzniętych nasypów. Nie podważa i nie kwestionuje aby w dokumentach w postaci Protokołów Niezgodności wskazywano miejsca, w których stwierdzono przemarznięte nasypy, niemniej na co zwraca uwagę, a co jest zgodne z zapisami w/w dokumentów, nie zawierały one szczegółowych danych odnoszących się do zakresu wymienionych warstw, nie były one szczegółowe a przede wszystkim cel ich sporządzenia był inny. Miały bowiem wskazywać, iż na danym odcinku nie można kontynuować robót, tj. wykonać kolejnej warstwy, do momentu dopóki nie doprowadzi się poprzedniej warstwy do zgodności z wymogami specyfikacji. Oceniając wiarygodność wyjaśnień złożonych przez T. K., Sąd miał również na uwadze fakt, iż w/w nie kwestionował twierdzeń powodów jakoby niezasadne i faktycznie w pełni efektywne mogło być zabezpieczenie całości robót

drogowych. Jak przyznał nie praktykuje się tworzenia specjalnych warunków zabezpieczających nasypy ale podkreślił również, co ma istotne znaczenie, że Wykonawca miał czas wcześniej na przykrycie tych warstw a czego nie zrobił z uwagi na opóźnienia w realizacji robót. Podkreślić również należy, iż twierdzenia strony odnośnie opóźnień Wykonawcy w pełni zostały potwierdzone dokumentami w postaci protokołów z Rad Budowy czy też powiadomieniami dokonanyymi w trybie 2.5 WK.

W ocenie Sądu zeznania J. K. (1) nie wniosły nic istotnego do sprawy, ani też nie pozwoliły na dokonanie żadnych dodatkowych ustaleń ponad te, które wynikały ze zgromadzonych w sprawie dokumentów. Zaznaczyć należy, iż zasadniczo odnosiły do kwestii dotyczących opóźnień na kontrakcie budowy obwodnicy Ż., przy czym nie potrafił on wskazać na czym miał polegać związek przedmiotowej budowy z opóźnieniami powstałymi na kontrakcie Autostrady (...). Ponadto w toku postępowania, wobec ustalenia, iż kwestia zabezpieczenia, opracowania tras dojazdowych, po których przewożono materiał na budowę Autostrady (...) należała do obowiązków Wykonawcy jak również z uwagi na istnienie opóźnień w realizacji robót drogowych po stronie (...) S.A. od samego początku wykonywania umowy, przedmiotowe okoliczności nie miały znaczenia dla rozpoznania istoty sprawy.

Również zeznania świadka V. T. zdaniem Sądu nie miały znaczenia dla ustalenia zasadności czy wysokości roszczenia. Warto bowiem podkreślić, iż w/w osoba była ekonomistą – pracownikiem powoda ad.1 a do jej obowiązków należały zasadniczo kwestie kosztowe. Ponadto świadek wskazuje na spotkania i obietnice czynione przez ówczesnego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad odnośnie uznania i rozliczenia roszczeń na koniec kontraktu, a zatem zasadniczo na kwestie, które nie mają znaczenia dla oceny prawnej roszczenia, dla ustalenia której istotne są postanowienia kontraktu ewentualnie regulacje kodeksu cywilnego nie zaś kwestie kształtowania relacji pomiędzy Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad a powodami.

W podobny sposób należało ocenić zeznania T. W., który również szczególne znaczenie nadawał stosunkom jakie panowały pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym przed uzyskaniem przejezdności na (...) oraz jak się one zmieniły po tej dacie. Jak wskazywano już powyżej przedmiotowe kwestie nie miały znaczenia dla oceny roszczenia.

Sąd nie zakwestionował natomiast wiarygodności w całości zeznań świadków Ł. M., D. G. oraz G. P.. Zasadniczo w/w osoby potwierdzały w istocie okoliczności dające się odtworzyć z dokumentów i pism złożonych do akt postępowania. Podkreślić należy, iż jak wynika z zeznań D. G., pełniącego funkcję inspektora robót drogowych na odcinku autostrady w km 431, a tym samym nie związanego z żadną ze stron procesu jakimkolwiek stosunkiem, przyznał on fakt wystąpienia niskich temperatur i konieczności wstrzymania wykonywania robót ziemnych. Co jednak istotne podkreślił, że na każdym odcinku zakres wykonanych robót był inny, sam jednak nie pamięta dokładnie gdzie i w jakim zakresie warstwa przemarznięta została zdjęta nawet na odcinku, na którym on pełnił swoją funkcję, nie przypomina sobie aby kiedykolwiek wskazywał gdzie grunt należy usunąć. Ponadto nie przypomina sobie aby Wykonawca przedstawiał dokumenty wykazujące, na jakiej głębokości usuwał warstwę nasypu i musiał wykonać ją ponownie. Jego zeznania pozostają również kompatybilne z twierdzeniami Inżyniera Kontraktu czy Inżyniera Rezydenta, co do odpowiedzialności Wykonawcy za wybraną technologię wykonania robót jak również charakteru prac polegających na usunięciu zmarzliny, które wynikały z opracowanej przez Wykonawcę metody wykonania i konieczności osiągnięcia określonych parametrów poszczególnych warstw wskazanych w specyfikacji, wobec czego nie stanowiły i nie mogły stanowić robót dodatkowych. Ponadto co należy podkreślić złożone przez niego zeznania dotyczą wyłącznie okoliczności pozyskanych w czasie wykonywanych funkcji, przy czym za uznaniem ich za obiektywne przemawia chociażby fakt, iż nie jest on związany z żadną ze stron tegoż postępowania. Nie można mu zatem czynić zarzutu stronniczości, czy też wybiórczego postrzegania określonych zdarzeń.

Jak już wskazano powyżej w ocenie Sądu w dużej mierze na wiarę zasługują również zeznania świadków Ł. M. i G. P., a szczególnie co do konieczności wstrzymania robót ziemnych, przemarznięcia warstwy niezabezpieczonej warstwą wiążącą asfaltową oraz przyczyn, okoliczności, z uwagi na które Wykonawca podjął decyzję o wymianie warstwy a nie o oczekiwaniu na jej rozmarznięcie a także powstania (...) w warunkach zimowych odnośnie robót drogowych i istnieniu opóźnień po stronie Wykonawcy w stosunku do harmonogramu. W tym zakresie zeznania są logiczne, rzeczowe i spójne również z pozostałym materiałem dowodowym.

W ocenie Sądu nie zasługują na wiarę zeznania w/w świadków co do kwestii postrzegania charakteru robót w postaci wymiany warstwy nasypu jako robót dodatkowych oraz głębokości, na której faktycznie doszło do ich wymiany. W tej części są sprzeczne

z zeznaniami pozostałych świadków jak również nie znajdują potwierdzenia w dokumentach kontraktowych. Zdaniem świadka Ł. M. głębokość, na którą warstwy zostały wymienione wynosiła 70 cm-80 cm w sytuacji gdy świadek D. G. wskazuje, iż nie mogła ona przekraczać głębokości 50 cm. Zwrócić również należy uwagę, iż strona powodowa poza zdjęciem pokazującym zmarzlinę na głębokości 40 cm nie przedstawiła żadnych innych dowodów, które byłyby kompatybilne z zeznaniami świadka Ł. M., tj. czy to kart obmiaru odebranej warstwy czy też jakiegokolwiek wpisu do Dziennika Budowy, w którym poza wskazaniem kilometrażu dokonany wpis potwierdzałby faktycznie głębokość wymienionej warstwy. Ponadto również ocena charakteru wykonanych robót w postaci wymiany warstwy nasypu, która uległa przemarznięciu jako robót dodatkowych jest subiektywna, stanowi wyłącznie własną ocenę świadków i nie znajduje oparcia w dokumentach kontraktowych, w tym w pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za przyjętą technologię wykonania robót czy też odpowiedniego ich zabezpieczenia do czasu wydania Świadectwa Przejścia zgodnie z zapisami subklauzuli 17.2 WK. Ponadto zeznania świadka Ł. M. odnośnie w/w kwestii pozostają wewnątrznie sprzeczne. Z jednej strony świadek wskazuje, iż były to roboty dodatkowe, o których Inżynier wiedział i godził się na nie a z drugiej strony wskazuje, iż takie postępowanie było zgodne z przyjętą technologią wykonania robót.

W ocenie Sądu za gołosłowne należało również uznać zeznania świadka Ł. M. w zakresie, w którym podniósł, iż pewien zakres prac uległ już przemarznięciu przed listopadem 2011 r. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż sami powodowie takich okoliczności ani nie podnosili ani nie powoływali się na jakiegokolwiek dowody - tj. czy to

w postaci zapisów w Dzienniku Budowy czy danych meteorologicznych. Nie sposób zatem, bez poparcia ich dowodami w postaci dokumentów uznać za wiarygodne a tym samym czynić na ich podstawie jakiegokolwiek ustalenia faktyczne. Co również istotne świadek nie ma wiedzy jaki zakres robót był objęty K. Milowym z datą na dzień 15 listopada 2011 r.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych w charakterze strony przez J. K. oraz przez A. A., Sąd w większości dał im wiarę w takim zakresie w jakim znalazły odzwierciedlenie wprost w dokumentach lub też co do okoliczności, które umożliwiły zrozumienie szerszego kontekstu realizacji inwestycji, co jednak nie miało i nie mogło mieć wpływu na ocenę zasadności dochodzonego roszczenia. Pokreślić w tym miejscu wypada, iż jak wskazali w/w zawarta umowa Konsorcjum nie miała charakteru zawiązania spółki cywilnej. Wszystkie płatności, co zresztą wynika z samej umowy z dnia 1 sierpnia 2011 r., były realizowane na konto bankowe wskazane na fakturze, czyli jak w/w wskazali, odpowiednio za roboty drogowe na rzecz (...) S.A. a za roboty mostowe na rzecz B. a K. k.s. Powyższe jednak nie prowadziło do traktowania każdego z członków konsorcjum jako samodzielnego wykonawcy wobec Zamawiającego. Ponadto fakt, iż B. a K. k.s. nie dokonał weryfikacji kosztorysu sporządzonego przez (...) S.A. w zakresie jego robót, w ocenie Sądu może jedynie świadczyć o braku właściwych działań dotyczących oceny pozycji, wiarygodności danej spółki, z którą zawierał umowę konsorcjum.

W ocenie Sądu nie sposób natomiast dać wiarę, tak jak w przypadku zeznań świadków strony powodowej Ł. M. czy G. P., co do okoliczności odnoszących się do oceny charakteru robót w zakresie wymiany warstwy nasypu, czy w stosunku do twierdzeń J. K. również odnośnie braku prawidłowego monitoringu i zainteresowania Zamawiającego opóźnieniami po stronie (...) S.A. Powyższemu przeczą bowiem dokumenty wymienione szczegółowo w stanie faktycznym, sporządzone zgodnie

z subklauzulą 2.5 WK, które były kierowane bezpośrednio do Lidera Konsorcjum czyli (...) S.A. Przedmiotowe dokumenty były tworzone już począwszy od września 2011 r. Ponadto przedkładanie ich Liderowi Konsorcjum, było zgodne z ustalonymi zasadami reprezentacji i rolą jaką pełnił Lider stosownie do postanowień umowy konsorcjum.

Na rozprawie w dniu 20 października 2016 r. Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych w takim kształcie w jakim został ten wniosek ostatecznie podtrzymany, tj. wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. kosztorysowania oraz wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i projektowania określony w pkt. 3 ppkt. 2 pisma z dnia 21 stycznia 2016 r. w formie w jakiej został zmodyfikowany na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. (d: protokół z dnia 20 października 2016 r. k. 1866, t. X).

Zauważyć należy, że na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. strona powodowa zmodyfikowała wnioski dowodowe w ten sposób, że cofnęła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu meteorologii i klimatologii, oraz cofnęła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. budownictwa. Strona podtrzymała wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. budownictwa i projektowania na okoliczności wskazane w piśmie z dnia 21 stycznia 2016 pkt. 3 ppkt. 2, z tym, że poprzez określenie wpływu wskazanych w nim okoliczności na termin realizacji prac przez wykonawcę (k. 1580) i w zakresie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego

w zakresie kosztorysowania, podtrzymała wniosek w takim kształcie jak zostało to określone w piśmie zmieniającym powództwo, tj. w piśmie z dnia 22 czerwca 2016 r. (d: protokół z dnia 23 czerwca 2016 r. k. 1580, t. VIII).

Sąd oddalając wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. kosztorysowania miał na uwadze przede wszystkim okoliczność, że w istocie w aktach sprawy brak jest dokumentów, które mogłyby służyć za obiektywną podstawę dla ewentualnie powołanego biegłego do sporządzenia opinii w przedmiotowej sprawie, na co Sąd zwracał uwagę we wcześniejszych rozważaniach. Nie ulega wątpliwości, że biegły celem wydania stosownej opinii powinien posiadać źródła (informacje) umożliwiające mu określenie w jakim zakresie (tzn. ile w m³ i m² etc.) powierzchnia nasypów została wykonana przez stronę powodową i przy jakich stawkach oraz urynkowionych cenach. Wskazywane przez powodów protokoły niezgodności jak również wpis w jednym dzienniku budowy dotyczącym km 425+653,00 – 431+500 (k. 371v) nie pozwalają na weryfikację zakresu prac, za wykonanie których powodowie domagają się zapłaty. Wykonawca w istocie nie przedstawił dowodów, które dokumentowałyby faktyczną grubość zmarzliny oraz jej powierzchnię ani faktyczną odległość transportu materiału, czy faktyczną ilość robót objętych żądaniem. Strona nie przedłożyła takiego materiału dowodowego, który podawałby stosowne wartości – obiektywnie weryfikowalne – na których to wartościach i wielkościach mógłby oprzeć się biegły z zakresu kosztorysowania. Bezsprzecznym jest również, w opinii Sądu, że skoro wykonawca uznaje i uznawał, że wykonywane przez niego prace mają w rzeczywistości charakter robót dodatkowych powinien, dokładając należytej staranności, wezwać Inżyniera Kontraktu do dokonania komisyjnego pomiaru robót oraz sporządzenia przedmiaru robót. Tymczasem żaden z dokumentów wskazywanych przez powodów w toku niniejszego postępowania nie uwiarygadnia przyjętych w kosztorysie ilości robót, tj. danych podstawowych do wyceny ich wykonania. Na powyższe wskazywał również w swoich zeznaniach L. S. oraz T. K. w złożonych przez niego wyjaśnieniach, w których podkreślił, że w przypadku roszczeń sformułowanych na podstawie subklauzuli 17.3 powinien być podany dokładny zakres robót wykonanych, powinien być zgłoszony Inżynierowi Kontraktu i przez niego potwierdzony, w dokumentacji powinny być podane zakresy od km do km, na jakiej szerokości, głębokości, skąd materiał został przywieziony, tj. wszystkie szczegóły pozwalające na ocenę stanu (02:04:50 k. 1865). Podkreślić należy, że biegły nie może i nie powinien opierać się o dane zawarte w kosztorysie powykonawczym złożonym przez powodów ale o dane, które powstały w związku z faktycznie wykonaną wielkością i zakresem prac. Zauważyć należy, że podstawą wyceny jakichkolwiek prac jest bez wątpienia przedmiar robót, a w zaistniałych okolicznościach także m.in. grubość zmarzliny wskazująca na ilość materiału konieczną do zdjęcia oraz jej powierzchnia. Jak wskazał już Sąd powyżej, dokumentacja przedkładana przez wykonawcę nie pozwala na weryfikację ilości oraz wartości realizowanych przez niego prac. W oparciu o przedłożone do akt sprawy materiały nie jest bowiem możliwe określenie grubości oraz powierzchni występowania przemarznięć nasypu. Nie sposób jest tymczasem wymagać, aby biegły sam poszukiwał takich informacji, które z oczywistych względów jeśli nie zostały stosownie utrwalone i zabezpieczone na etapie wykonywania prac na nasypach z pewnością w chwili obecnej nie są już obiektywnie możliwe do odtworzenia, a przynajmniej strona powodowa nie wskazała w jaki sposób możliwym byłoby ustalenie w/w rzetelnych danych na potrzeby sporządzenia przez biegłego opinii w sprawie. Zauważyć należy, że biegły nie może zastępować stron w przedstawianiu istotnych dla sprawy twierdzeń faktycznych, gromadzeniu materiału faktycznego czy

w poszukiwaniu dowodów (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - I Wydział Cywilny z dnia 10 maja 2016 r., I ACa 1067/15, Legalis nr 1471998).

Tym samym przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność prawidłowości metody wyliczenia poniesionego przez wykonawcę kosztu, byłoby w takiej sytuacji bezzasadne z racji braku obiektywnych danych mogących służyć za podstawę do zweryfikowania wskazywanych przez stronę powodową poniesionych kosztów.

W tym miejscu zaznaczyć również należy, iż celem dowodu z opinii biegłego nie jest potwierdzenia kosztów jakie wyliczył powód w oparciu o dane wskazane przez niego w kosztorysie, w tym ocena czy zostały one ustalone prawidłowo, lecz jak podkreślono powyżej ustalenie kosztów w oparciu o sprawdzalne i weryfikowalne dane zawarte w stosownych dokumentach kontraktowych.

Sąd Okręgowy oddalając z kolei wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i projektowania wskazuje, że ocena okoliczności objętych tezą dowodową wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i projektowania w żaden sposób nie powinna i nie może doprowadzić do wyłączenia odpowiedzialności Wykonawcy za nieterminową realizację robót ziemnych, tj. w pierwotnie przyjętym terminie do 15 listopada 2011 r. Dopuszczenie do opóźnień przez wykonawcę w zakresie wykonywania robót ziemnych (nasypów) – bez względu na to czy z winy jednego z konsorcjantów, tj. spółki (...) S.A., czy też nie – wpłynęło na terminowość realizacji zobowiązania i konieczność jego wykonywania w okresie zimowym przez konsorcjantów. Jest to okoliczność po wielokroć przewijająca się w materiale dowodowym zarówno w postaci dokumentów jak i powtarzana w zeznaniach świadków oraz samych stron. Mając to na uwadze, Sąd wyszedł z założenia, że na obecnym etapie rozstrzyganie przez biegłego kwestii prawidłowości stanowiska inżyniera kontraktu w przedmiocie wymogów stabilizacji, prawidłowości wykonania (...) oraz możliwości wykonania kamieni milowych, w żadnej mierze nie wyłączy odpowiedzialności konsorcjum wykonawczego za uchybienie terminom wykonania zobowiązania i ich odpowiedzialności za konieczność wykonania stosownych prac – które notabene zostały wykonane, a powodowie domagają się za nie dodatkowej zapłaty. Tym samym zdaniem Sądu dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i projektowania, zgodnie z wnioskiem zmodyfikowanym na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r., nie miałyby istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a nie ulega wątpliwości, że dowód ten wpłynąłby zarówno na czas postępowania, jak i na jego koszt, jednocześnie nie doprowadzając do rozstrzygnięcia zagadnień pomiędzy stronami w istocie spornych, tj. przede wszystkim tego, czy stronie powodowej należała się zapłata za prace, których wykonanie było de facto obowiązkiem strony powodowej – jako konsorcjantów konsorcjum wykonawczego – i wynikało z zawartej między stronami umowy i za które to prace konsorcjum otrzymało od pozwanego wynagrodzenie. Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy zgłoszony wniosek dowodowy oddalił.

Oddalając w/w wniosek Sąd miał również na uwadze fakt, iż przedmiotem sporu nie było ustalenie faktycznego terminu, w którym Wykonawca mógł wykonać roboty z uwagi m.in. na odrzucenie pierwotnie przygotowanych Specyfikacji z uwagi na wymaganą markę stabilizacji czy też sprzeczność K. Milowych, lecz czy faktycznie wpływały one na termin wykonania robót do warstwy podbudowy bitumicznej na odcinkach, na których jak twierdzą powodowie ponownie ułożono górną warstwę nasypu, objętych roszczeniem. Zwrócić należy uwagę, iż strona powodowa poza przedstawieniem dokumentów złożonych odpowiednio do roszczeń oznaczonych nr (...) i (...) nie pokusiła się o przedstawienie dokumentów źródłowych, które mogłyby pozwolić biegłemu na zweryfikowanie danych podanych przez Wykonawcę.

Ponadto dopuszczenie w/w dowodu nie miało również uzasadnienia z uwagi na przyczyny, które legły u podstaw oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego kosztorysanta a zatem z uwagi na nie wykazanie ani tego, że faktycznie we wskazanych kilometrażach była prowadzona wymiana gruntu jak również na jakiej głębokości. Brak udowodnienia danych przedstawionych przez powodów czyniło w ogóle zbędnym prowadzenie rozważań i dokonywanie oceny odnośnie jakichkolwiek przeszkód, które uniemożliwiałyby uzyskanie K. Milowego wyznaczonego na 15 listopada 2011 r.

Odnosząc się do oddalonych wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodów

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

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

Sąd opierając się na opinii biegłego wyspecjalizowanego w konkretnej dziedzinie, rozstrzyga wątpliwości pojawiające się w toku procesu celem m.in. prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Nie ulega jednak wątpliwości, że biegły nie dokonuje samodzielnych ustaleń faktycznych w sprawie – jest on związany przede wszystkim przedstawioną mu tezą (zagadnieniem do zbadania i/lub wyjaśnienia), nie poszukuje on także materiału dowodowego w oparciu, o który jest w stanie wydać opinię. Ponadto biegły w razie stwierdzenia braków w materiale zgromadzonym w aktach sprawy, nie może się samodzielnie zwracać do stron celem uzupełnienia tychże braków. Jak już bowiem wskazano powyżej, opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego (por. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNCp 1970 nr 5, poz. 85, Legalis nr 14027).

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa sądowego, na tle wykładni art. 278 § 1 k.p.c., opinia biegłego umożliwia Sądowi analizę i ocenę ustalonych okoliczności sprawy przez pryzmat niezbędnej wiedzy, w której specjalistą jest opiniujący. Ma on wypowiadać się tylko w odniesieniu do okoliczności przynależnych do zakresu jego wiadomości specjalnych. Co do zasady zatem jego opracowanie może służyć ustaleniom faktycznym, a tym bardziej opiniodawca nie może sam poszukiwać i konstatować faktów doniosłych dla rozstrzygnięcia. Odstępstwo od tej reguły odnosić się może tylko do faktów będących przedmiotem wiedzy biegłego.

Ponadto wskazać należy na pogląd wyrażony w orzecznictwie, który Sąd Okręgowy w całości podziela, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z reguły powinno nastąpić w chwili, gdy już został zgromadzony materiał faktyczny umożliwiający biegłemu wydanie opinii. Gruntowne bowiem przemyślenie przez sędziego sprawy i rozważenie zebranego w niej materiału jest warunkiem jasnego skonkretyzowania nasuwających się wątpliwości i precyzyjnego sformułowania pytań skierowanych do biegłego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.06.2015 r., VI ACa 1099/14, LEX nr 1808785 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 13.09.1979 r., IV CR 281/79, OSNC 1980, nr 1-2, poz. 36). Tym samym w przypadku nie zgromadzenia materiału faktycznego umożliwiającego biegłemu wydanie opinii, bez względu na to, czy okoliczność ta wynika z nieistnienia takiego materiału, czy też zaniechania w tym zakresie strony, bezcelowym i nieuzasadnionym jest powoływanie w sprawie biegłego – taki przypadek zachodzi w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Jak już wskazano powyżej, w niniejszej sprawie brak jest informacji, czy też danych, które umożliwiłyby biegłemu z zakresu kosztorysowania wydanie opinii, która mogłaby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że prace, z których wywodzi swoje roszczenia strona powodowa, stanowiły po części tzw. prace ulegające zakryciu lub zanikające. Nie ulega również wątpliwości, a przynajmniej brak jest podstaw, aby te wątpliwości rozwiązać, że powód w toku wykonywania przez siebie prac nie zabezpieczył żadnych dowodów, które umożliwiłyby skalkulowanie ile i jakie w rzeczywistości wykonał prace, rzekomo dodatkowe. Nasuwa się wobec tego pytanie skąd miałby biegły takowe rzetelne informacje poznać.

Ponadto na co już również zwracano uwagę, nie mogło stanowić oparcia i podstawy dla ewentualnej opinii biegłego sporządzone przez stronę powodową zestawienie w postaci kosztorysu (kosztorys – k. 505verte -519 verte, t. III). Przede wszystkim brak jest bowiem informacji na temat źródeł wpisanych tam wartości takich m.in., jak: odległość na jaką wywożony był materiał z rozebranej części nasypów (transport kruszywa), nakładu pracy (roboczo-godziny) przy pracach wykonywanych na nasypach, wielkości odtworzonych nasypów, rodzaju sprzętu, który był wymagany i który w rzeczywistości pracował, etc. Z oświadczeń strony powodowej wynika, że wydruk ten został przez nią stworzony, tj. treść

w kosztorysie zawarta pochodziła bezpośrednio od strony powodowej. Brak jest jednak jakichkolwiek wskazówek, co do danych, które służyły za podstawę dokonanych

w omawianym kosztorysie obliczeń i kalkulacji. Sąd nie zna danych wejściowych, a strona na takowe dane nie wskazała – skąd pochodzą, jak zostały skalkulowane, w oparciu o jakie rzeczywiste zdarzenia powstały. Sąd zauważa, że z zajmowanego w toku postępowania stanowiska przez stronę powodową wynikało, iż wydruk ten miał w zamiśle strony odzwierciedlać ilość i wartość wykonanych prac dodatkowych. Jednakże strona powodowa nie przedstawiła jakichkolwiek materiałów (dowodów wskazujących, w jakim wymiarze wykonane zostały rzekome prace dodatkowe), na których podstawie dokonała ona we wskazywanym wydruku szacunków, a właściwie konkretnych obliczeń, co do żądanej kwoty.

Sąd wskazuje, że przedstawiony przez stronę kosztorys nie ma waloru dokumentu urzędowego, a może być co najwyżej uznany za dokument prywatny. Zauważyć oczywiście należy, że brak jest w kodeksie postępowania cywilnego definicji legalnej dokumentu. Z kolei w postępowaniu opartym na dokumencie prywatnym źródłem wiadomości jest, zgodnie z art. 245 k.p.c., zawarte w nim i podpisane oświadczenie, stąd dla uznania kserokopii za dokument prywatny, świadczący o istnieniu oryginału o odwzorowanej w niej treści, niezbędne jest oświadczenie o istnieniu dokumentu o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Takim oświadczeniem jest umieszczone na kserokopii i zaopatrzone podpisem poświadczenie zgodności kserokopii z oryginałem. Dopiero wtedy można uznać kserokopię za dokument prywatny świadczący o istnieniu oryginału o treści i formie w niej odwzorowanej. Wskazać także należy, że formalna moc dowodowa dokumentu prywatnego wyraża się jedynie w tym, iż zawarte w nim oświadczenie pochodzi od osoby, która złożyła podpis na dokumencie. Formalna moc dowodowa tego dokumentu nie przesądza natomiast o mocy materialnej dokumentu, to jest kwestii czy oświadczenie jest ważne ani tego czy oświadczenie jest prawdziwe. Dokumenty prywatne sporządzone przez stronę mają w istocie walor stanowiska strony i jako takie nie stanowią dowodu w znaczeniu procesowym (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - VI Wydział Cywilny z dnia 17.06.2016 r., VI ACa 768/15, Legalis nr 1504960).

Sąd nie poczynił ustaleń w oparciu o dokumenty dotyczące otwarcia obwodnicy Ż., czy umów, które zostały zawarte na jej wykonanie. Jak zaznaczono już przy zeznaniach świadka J. K. (1), który nie potrafił wskazać w jaki sposób w/w kwestia miałyby wpłynąć na czas i sposób realizacji minimalnej ilości wykonania – K. Milowego określonego na 15 listopada 2011 r., w ocenie Sadu również i złożone dokumenty nie pozwalały na czynienie ustaleń odnośnie przedmiotowych zależności. Ponadto jak wynikało z dokumentów kontraktowych- subklauzula 4.13-4.15 WK obowiązek zapewnienia dróg dojazdu, dowozu materiałów leżał po stronie Wykonawcy, a nie Zamawiającego. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż już na etapie negocjacji sam powód zobowiązał się do zapewnienia współpracy z Wykonawcą obwodnicy Ż., którą również wykonywała firma (...) a K. k.s. i (...) Sp. z o.o.

Sąd nie czynił również ustaleń co do kwestii rozbieżności K. Milowych, na które powoływała się strona powodowa wskazując na roszczenie nr (...) albowiem

z zestawienia lokalizacji długości odcinka pasa głównego autostrady, na których nie było możliwe wykonanie mas bitumicznych w terminie do 15 listopada 2011 r. z uwagi na konieczność wcześniejszego wykonania robót na obiektach, na których termin realizacji został określony m.in. na 30 listopada 2011 r., albowiem obszar, z zakresie którego pokryłyby się kilometraże obejmował zaledwie 41 metrów (d: tabela zestawień lokalizacji k. 1035). Przedmiotowe odcinki położone przy obiektach, to odpowiednio km 428+805-428+877 i 429+701-429+705, tj. przy WD 286 i WA-287. Kamień Milowy wykonania w/w obiektów został określony na 30 listopada 2011 r., a zatem nawet gdyby faktycznie wykonanie

masy bitumicznej w tym kilometrażu nie było możliwe do 15 listopada 2011 r., to z uwagi na dobre warunki pogodowe w okresie grudnia 2011 r., ich realizacja mogła nastąpić jeszcze przed wystąpieniem warunków zimowych, na które powołuje się strona powodowa a zatem przed 26 stycznia 2012 r. Z uwagi na powyższe zarówno czynienie ustaleń w tym zakresie jak również dopuszczenie dowodu z opinii biegłego co do sprzeczności ustalonych K. Milowych, w sytuacji gdy z uwagi na tryb zawartej umowy z wolnej ręki i charakter przeprowadzonych negocjacji, mogły być one przedmiotem uzgodnień, nie miało znaczenia.

Sąd nie poczynił również ustaleń co do kwestii dotyczących danych meteorologicznych w okresie 14-31 lipca 2011 r. czy też ilości wskazywanych przez powodów robót, które uległy dalszej degradacji w w/w czasie. Przedmiotowe okoliczności pozostawały bowiem nieistotne z punktu widzenia przedmiotu sporu albowiem powód precyzując w pkt. 3 ppkt. 2 pisma z dnia 21 stycznia 2016 r. dowód z opinii biegłego i modyfikując go na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. wskazywał, iż domaga się oceny wyłącznie dwóch kwestii a mianowicie sprzeczności K. Milowych i prawidłowości wygnanej przez Inżyniera Kontraktu marki stabilizacji z punktu widzenia wiedzy technicznej i zasad sztuki budowlanej. Powodowie nie domagali się natomiast przeprowadzenia przez biegłego, posiadającego wiadomości specjalne oceny wpływu w/w czynników dotyczących degradacji robót oraz czasu koniecznego na ich wykonanie a przede wszystkim wpływu w/w okoliczności na termin wykonania robót drogowych, w tym na odcinkach, na których co istotne, miały zostać poniesione dodatkowe koszty, dochodzone w niniejszym postępowaniu.

Podkreślenia również wymaga fakt, że celem wykazania lub też rzetelnego zbadania w/w okoliczności, konieczne byłoby przedstawienie nie kosztorysu powykonawczego ale dokumentów potwierdzających stan tych robót na dzień 14 lipca 2011 r. i na dzień 31 lipca 2011 r. a następnie określenie nakładu pracy, o który zwiększyły się roboty w stosunku do tych, które zostały przyjęte do wykonania oferty. Również na pominięcie znaczenia w/w kwestii dla terminu realizacji robót drogowych, miały takie okoliczności jak oświadczenie Wykonawcy zawarte w pkt. 9 Protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki (k. 1154), w którym powodowie nie ograniczyli wyceny datą stanu robót ustaloną na 14 lipca 2011 r., lecz wskazali, że przyjmują wszystkie ryzyka związane z robotami wykonanymi a nie odebranymi przez Inżyniera Kontraktu oraz ryzyka związane z robotami, które zostały odebrane przez Inżyniera Kontraktu nawet gdy zachodziła konieczność ich poprawienia bądź ponownego ich wykonania (k. 1155). Z uwagi na powyższe dokonywanie ustaleń w oparciu o dokumenty dotyczące danych meteorologicznych z okresu 14-31 lipca 2011 r. oraz inwentaryzacji uszkodzeń na A2 na 1 sierpnia 2011 r. (k. 1050), a także kosztorysu powykonawczego naprawy robót (k. 1052-1100 nie podpisanego przez osobę, która go sporządziła i nie popartego żadnymi innymi dokumentami), czy też na podstawie zdjęć obrazujących stan robót na 1 sierpnia 2011 r. (k. 1108-1150), analizy ścieżki krytycznej, która dotyczyła tylko okoliczności zwiększonej degradacji placu budowy po poprzednim wykonawcy (k. 1152-1152 verte) w ocenie Sądu było zbędne.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Z uwagi na brak podstaw kontraktowych, jak również z racji braku podstaw prawnych, a przede wszystkim w związku z niewykazaniem podstaw faktycznych uzasadniających dochodzone roszczenie i jego wysokości, powództwo w niniejszej sprawie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Przypomnieć przede wszystkim należy, że przedmiotem sporu między stronami była kwestia zrealizowanych przez wykonawcę robót w postaci rozebrania i ponownego ułożenia górnych warstw nasypu na odcinku (...) autostrady (...), związanych z warunkami atmosferycznymi panującymi na placu budowy w okresie styczeń-luty 2012 r. w kilometrażu wskazanym w kosztorysie powykonawczym a mianowicie: 414+175-414+230, 414+525-414+579, 414+601-414+700, 415+000-415+067, 415+075-415+125, 415+300-415+400, 415+412-415+425, 416+075-416+411, 417+421-417+450, 417+600-417+659, 417+721-417+750, 418+575-418+580, 418+592-418-600, 420+400-420+475, 421+850-421+960, 422+003-422+550, 424+685-424+950, 426+525-425+543, 425+565-425+575, 426+375-426+443, 426+452-426+500, 426+925-426+934, 426+936-427+100, 427+675-427+700, 428+100-428+125, 428+450-428+500, 428+750-428+825, 429+125-429+164, 429+174-429+200,

429+650-429+733, 429+819-430+441, 430+468-430+900, 431+150-431+169, 431+171-431+219 i 431+221-431+275.

Jeszcze przed przystąpieniem do oceny prawnej powództwa w pierwszej kolejności wskazać wypada, iż strona powodowa domagała się wydania wyroku wstępnego, którym Sąd ustaliłby, że roszczenie Powodów o zapłatę przez Pozwanego na rzecz Powoda ad. 1 oraz Powoda ad. 2 solidarnie kwoty 8.878.872,08 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych jest usprawiedliwione co do zasady.

Przedmiotowy wniosek o wydanie wyroku wstępnego został oddalony na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. z uwagi na fakt, iż w niniejszej sprawie w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy nie istniała podstawa do wydania wyroku wstępnego jak również z uwagi na sposób sformułowania roszczenia, w którym to powodowie z założenia przyjęli już, że kwota określona w piśmie zmieniającym żądanie z dnia 22 czerwca 2016 r. jest niesporna.

W tym miejscu wskazać należy, iż wydanie wyroku wstępnego jest możliwe wyłącznie gdy sporna pozostaje zasada odpowiedzialności jak i wysokość żądania. Sam wyrok wstępny dotyczyć może wyłącznie zasady odpowiedzialności. Do sfery zasady ustalanej wyrokiem wstępnym należą wszystkie przesłanki merytoryczne, w tym także dotyczące podmiotów. Wyrok wstępny dotyczy samej zasady odpowiedzialności to jest rozstrzyga o istnieniu konkretnego stosunku prawnego lub prawa, z którego wynika dochodzone roszczenie. Przez pojęcie "żądanie usprawiedliwione w zasadzie" rozumie się istnienie pomiędzy stronami procesu stosunku prawnego uzasadniającego uwzględnienie powództwa, lecz już nie zasadności roszczenia co do wysokości. Ponadto wyrok wstępny może mieć wyłącznie treść pozytywną co oznacza, iż w przypadku braku podstaw do uznania roszczenia za uzasadnione brak jest podstaw do wydania wyroku wstępnego.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż już z uwagi na sposób sformułowania żądania wydania wyroku wstępnego, w którym powodowie domagali się nie tylko przesądzenia odpowiedzialności (stosunku prawnego) lecz również, że żądanie jest usprawiedliwione co do wysokości dochodzonego żądania, a co nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia w orzeczeniu wstępnym, przedmiotowy wniosek nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ponadto z uwagi na brak podstaw do uznania roszczenia brak było również podstaw do wydania wyroku wstępnego, który jak już wskazano powyżej może mieć treść odpowiadającą wyłącznie pozytywnemu rozstrzygnięciu a nie negatywnemu.

Przechodząc już do oceny roszczenia w zakresie uwag wprowadzających wskazać należy, że zawarta pomiędzy stronami w dniu 01 sierpnia 2011 r. umowa na kontynuację projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500 była umową o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zauważyć również należy, że umowa o roboty budowlane ma charakter konsensualny, odpłatny i jest umową rezultatu. Podstawowym uprawnieniem Zamawiającego jest uzyskanie wykonanego obiektu budowlanego, który stanowi materialny rezultat, a podstawowym uprawnieniem wykonawcy jest otrzymanie wynagrodzenia w umówionej przez strony wysokości.

W przedmiotowej sprawie ani charakter zawartej pomiędzy stronami umowy, ani też rezultat, który miał być osiągnięty, nie był w istocie sporny. pomiędzy stronami sporne było natomiast, czy pozwany ponosił w ramach zawartego w dniu 1 sierpnia 2011 r. kontraktu odpowiedzialność za ponowne ułożenie górnej warstwy nasypu, do czego doszło na skutek przemarznięcia warstwy już ułożonej a także faktycznego zakresu wykonanych prac i ich wartości. Ponadto w perspektywie dalszych rozważań oraz zapadłego rozstrzygnięcia sporny był również wzajemny stosunek łączący spółki wykonujące zawarty z (...) kontrakt. (...) S.A. – początkowo lider konsorcjum, B. a K. k.s. (powód ad.1) oraz Drogi i M. C. (powód ad. 2), zawarły umowę konsorcjum 26 lipca 2011 r. Rozpoczynając rozważania od ostatniej

kwestii wskazać należy, że strony umowy konsorcjum postanowiły, że ponoszą one względem zamawiającego wspólną, solidarną odpowiedzialność za realizację kontraktu (d: kopia umowy konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 r. pkt. I ust. 3, k. 100 i 100 verte, t. I).

Wskazać należy, że przyczyną powołania konsorcjum jest najczęściej realizacja konkretnego, wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, które ze względu na swoją specyfikę zasadniczo przekracza możliwości jednego podmiotu w szczególności pod względem finansowym, organizacyjnym czy z punktu widzenia formalnego (por. K. Jastrzębski, M. Wróblewski, Opodatkowanie wspólnego przedsięwzięcia spółek kapitałowych, Monitor Podatkowy 2011, nr 3, str. 11; A. Żarkowska, J. Budziszewski, Podatkowe zasady rozliczania umowy konsorcjum, Doradztwo Podatkowe - Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych, 2012, nr 5, str. 62). Zauważyć należy, że umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, gdyż nie jest regulowana żadnymi przepisami Kodeksu cywilnego ani innych ustaw. Ograniczona regulacja konsorcjum dotyczy stosunków kredytowych i realizacji zamówień publicznych. Tylko jednak Prawo bankowe (ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe, t. jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 128 ze zm.), posługuje się explicite nazwą „konsorcjum”, podczas gdy w art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t. jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej jako: ZamPubl) mowa jest o „wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia”. Pod względem ekonomicznym konsorcjum jest zaliczane do współdziałania gospodarczego (joint venture, zob. bliżej L. Stecki, Konsorcjum, Toruń 1994, s. 59 i n.; A. Herbet, [w:] Z. Radwański (red. nacz.), System Prawa Prywatnego, A. Szajkowski (red.), t. 16, Prawo spółek osobowych, Warszawa 2008, s. 604–605). Przyjmuje się, że konsorcjum powstaje w drodze umowy pomiędzy przedsiębiorcami, w której zobowiązują się oni do wspólnego działania celem urzeczywistnienia konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego, na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka (zob. S. Włodyka, Strategiczne umowy przedsiębiorców, Warszawa 2000, s. 258; S. Włodyka, M. Spyra, [w:] S. Włodyka (red. nacz.), System Prawa Handlowego, S. Włodyka (red.), t. 5, Prawo umów handlowych, Warszawa 2011, s. 618, Nb 63). W rozumieniu natomiast prawa podatkowego konsorcjum jest wspólnym przedsięwzięciem, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (ustawa z 15.2.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, t. jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 851 ze zm.); tak też wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 23 listopada 2012 r., sygn. akt II FSK 614/11 (niepubl. Legalis nr 814440 orzeczenie nietezowane) oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z 21 stycznia 2014 r., sygn. akt III SA/WA 2145/13 (niepubl. Legalis nr 1063905 orzeczenie nietezowane), w którym WSA podkreślił, że konsorcjum stanowi wspólne przedsięwzięcie nawet wtedy, gdy udziały partnerów zostały określone tylko zadaniowo, a nie procentowo.

Dla problematyki prawnej konstrukcji umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych kluczowe znaczenie ma użycie w art. 23 ust. 1 ZamPubl sformułowania „wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”. Ustawodawca dopuszczając wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia pozostawia daleko idącą swobodę wyboru formy prawnej tej wspólności. Może to być zarówno umowa konsorcjum, kwalifikowana jako umowa nienazwana prowadząca do zorganizowanej formy współdziałania prawnie niezależnych podmiotów dla realizacji wspólnego celu gospodarczego, jak i okolicznościowa spółka cywilna powołana dla tego samego celu (por. rozważania Sądu Najwyższego w wyroku z 09.07.2015 r., I CSK 353/14, opubl. Monitor Prawa Bankowego z 2016 r. nr 10 poz. 43).

Ustawodawca w art. 23 ZamPubl wskazuje tylko na wspólne działanie na etapie uzyskiwania zamówienia publicznego, nie odnosi się natomiast do form współdziałania na etapie jego realizacji, jakkolwiek odpowiedzialność solidarną wiąże w art. 141 ZamPubl z nienależyтым wykonaniem umowy. Możliwa jest zatem konstrukcja, w której po udzieleniu zamówienia konsorcjum zostaje rozwiązane lub też jeden z konsorcjantów przestaje istnieć, a wykonawcy realizują zamówienie publiczne samodzielnie, bez żadnej koordynacji. Nie uchyła to jednak ich odpowiedzialności solidarnej względem zamawiającego powstałej jeszcze przed rozkładem samego konsorcjum. W praktyce wykonawcy zawierają umowę zobowiązującą ich do wspólnego działania na wszystkich etapach realizacji zamówienia.

Przepis art. 141 ZamPubl jest bez wątpienia ustawowym źródłem solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, których to elementów nie można oczywiście ze sobą utożsamiać. Art. 141 ZamPubl statuuje solidarność bierną wykonawców, choć nie rodzi po ich stronie solidarności czynnej w przedmiocie dochodzenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez

każdego z nich roboty budowlane czy też o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 20.11.2014 r., V CSK 177/14, opubl. Monitor Prawa Bankowego z 2015 r. nr 10 poz. 42).

Należy pamiętać, iż wykonawcy składający ofertę wspólną oraz – tym bardziej realizujący umowę - są związani odpowiedzialnością solidarną wobec Zamawiającego. Skutkiem tej solidarności jest uprawnienie zamawiającego do żądania spełnienia świadczenia od każdego z członków konsorcjum odrębnie, tak w całości jak i w części. Konsekwencją odpowiedzialności solidarnej jest również możliwość realizacji zamówienia nie przez wszystkich członków konsorcjum, ale przez tych którzy w danym momencie chcą i mogą zrealizować zamówienie. Jeżeli zainteresowany realizacją dalszej części zamówienia jest więcej niż jeden członek konsorcjum, zamawiający ma obowiązek to uwzględnić. Sytuacja ta dotyczy zarówno etapu realizacji zamówienia podstawowego (dokończenie zamówienia należy bowiem bez wątpienia do pozostałych członków konsorcjum), zamówień dodatkowych, jak i uzupełniających.

Zauważyć również należy, że konsorcjum może w umowie określać sposób regulowania rozliczeń. Przedsiębiorcy działający w ramach konsorcjum powinni dokonywać podziału kosztów czy przychodów zgodnie z ustaleniami wynikającymi z porozumienia między uczestnikami konsorcjum, np. według zawartej umowy. Niemniej jednak rozliczenia pomiędzy konsorcjantami są ich sprawą wewnętrzną i pozostają poza sferą rozliczeń z samym zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe rozważania, a także solidarną odpowiedzialności konsorcjantów względem Zamawiającego, którą to ustanowili sami konsorcjanci (m.in. powodowie) w umowie konsorcjum z dnia 26 lipca 2011 r. (pkt. I ust. 1), Sąd Okręgowy wskazuje, iż wykonanie robót drogowych w ciągu głównym autostrady (...), na węzłach i łącznicach pierwotnie należało do jednego z konsorcjantów wykonawczych, tj. spółki (...) S.A. (wykaz cen Autostrada (...) – załącznik do umowy (...) k. 101-108 verte). Zdaniem Sądu

w przedmiotowej sprawie brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, aby doszło do wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności powodów (podmiotów tworzących wspólnie z (...) S.A. konsorcjum wykonawcze) za nienależyte wykonanie przez spółkę (...) S.A. prac kontraktowych w tym zakresie. Zauważyć należy, że umowa konsorcjum – jej treść i postanowienia uzgodnione przez samych konsorcjantów – która określała podział prac kontraktowych między konsorcjantów: (...) S.A., powoda nr 1 oraz powoda nr 2 nie była

w istocie wiążąca dla Zamawiającego, zaś podział prac kontraktowych między konsorcjantów był i jest skuteczny jedynie w ich wzajemnych relacjach, tzn. pomiędzy nimi i może odnosić skutek jedynie w przypadku wzajemnych rozliczeń pomiędzy tymi podmiotami. Dodać co więcej należy, że stosunek ukształtowany umową konsorcjum nie wpływa również ograniczająco na odpowiedzialność konsorcjantów względem Zamawiającego za nienależyte wykonanie zobowiązania przez jednego z członków konsorcjum. W umowie konsorcjum

z dnia 26 lipca 2011 r. partnerzy wskazali wprost, że strony konsorcjum ponoszą względem Zamawiającego wspólną, solidarną odpowiedzialność za realizację kontraktu. Ponadto strony umowy konsorcjum postanowiły, że w sytuacji gdy jedna ze stron konsorcjum opóźnia się

z realizacją swojego zakresu robót o więcej niż 30 dni w stosunku do przedstawionego Zamawiającemu harmonogramu, zatwierdzonego przez inżyniera kontraktu, każdy

z członków konsorcjum ma prawo wystąpić do opóźniającej się strony z pisemnym wezwaniem do nadrobienia istniejących opóźnień nie później niż w terminie kolejnych 20 dni. W sytuacji gdy pomimo wystosowania powyższego wezwania strona konsorcjum

w dalszym ciągu opóźnia się z realizacją harmonogramu, członek konsorcjum, który wystosował wezwanie ma prawo przejąć bez odszkodowania do realizacji od opóźniającej się strony tę część robót, z którą opóźniająca się strona pozostaje w opóźnieniu. Członek konsorcjum dokonujący przejęcia robót ma prawo zlecić ich realizację podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko członka konsorcjum, któremu roboty odebrano. Przejęcie robót przez stronę konsorcjum nie zwalnia strony odpowiedzialnej za powstanie opóźnienia od odpowiedzialności względem Zamawiającego ani od obowiązku zwrotu stronie przejmującej jej zakres robót poniesionych w związku z tym dodatkowych kosztów, oraz ewentualnych kar umownych naliczonych przez Zamawiającego (pkt VIII ust. 1-3).

W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazuje, że zwłoka/opóźnienie w realizacji prac kontraktowych realizowanych w ramach zamówienia publicznego, związana z zakresem prac poszczególnych konsorcjantów, nie jest wyłącznie działaniem/zaniechaniem jednego

z dłużników solidarnych, o którym mowa w przepisie art. 371 k.c. lecz stanowi uchybienie całego konsorcjum wykonawcy. Jak wskazuje się w doktrynie nie wszystkie działania i zaniechania wpływające niekorzystnie na sytuację pozostałych dłużników mogą być kwalifikowane jako zdarzenia, do których odnosi się w/w przepis. Przy wykładni art. 371 k.c. nie można bowiem pomijać art. 366 k.c., określającego istotę solidarności biernej. Jako zachowanie z art. 371 k.c. nie może więc zostać zakwalifikowane zdarzenie, które jest objęte solidarnością dłużników, nawet jeżeli jego następstwem jest pogorszenie sytuacji prawnej współdłużników na przykład poprzez aktualizację pewnych roszczeń wierzyciela. Tym samym, ustalając krąg zachowań, do których odnosi się wskazywany przepis, w każdym przypadku należy uwzględniać, jakie świadczenie jest objęte solidarnością dłużników.

W pierwszej kolejności bowiem zasada nieszkodzenia współdłużnikom przez dłużnika solidarnego oznacza, iż zachowania tego dłużnika nie mogą zwiększać zakresu solidarności pozostałych współdłużników (zob. A. Pyrzyńska [w:] A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Kodeks Cywilny. Komentarz, t. III, Zobowiązania - część ogólna, Wolters Kluwer, LEX 2010, komentarz do art. 371 k.c.).

Do typowych zachowań objętych hipotezą art. 371 k.c. należy opóźnienie, zwłoka oraz zrzeczenie się zarzutu przedawnienia przez jednego z dłużników solidarnych. Na podkreślenie jednakże zasługuje fakt, iż opóźnienie oraz zwłoka jednego z dłużników solidarnych nie szkodzi pozostałym współdłużnikom, gdy roszczenie o spełnienie świadczenia przez tego dłużnika nie stało się wymagalne w tym samym czasie, co roszczenia o spełnienie świadczenia przez pozostałych współdłużników. W takiej sytuacji opóźnienie albo zwłoka jednego z dłużników solidarnych nie powoduje, że pozostali współdłużnicy są

w opóźnieniu albo zwłoce. Gdy roszczenie o spełnienie świadczenia wobec każdego

z dłużników solidarnych staje się wymagalne w tym samym czasie, dłużnicy solidarni mogą popaść w opóźnienie lub zwłokę jednocześnie.

Oceniając powyższe należało mieć na uwadze, iż przedmiotem świadczenia było wykonanie odcinka (...) autostrady (...), które to świadczenie niezależnie od sposobu podziału prac pomiędzy członków konsorcjum, jak również od założeń, które konsorcjanci przyjęli przy zawieraniu przedmiotowej umowy nienazwanej, miało charakter niepodzielny. Celem zawartego kontraktu było bowiem uzyskanie określonego rezultatu od Wykonawcy, rozumianego w kontekście art. 23 ZamPubl, jako łącznie działający wszyscy członkowie konsorcjum, a nie jego poszczególnych prac składających się na ten rezultat. Ponadto ustalone w harmonogramie robót terminy poszczególnych K. Milowych wiązały Wykonawcę a nie poszczególnych jego członków i były jednakowe dla każdego z nich. Takim terminem był również K. Milowy dotyczący robót drogowych określony na dzień 15 listopada 2011 r. Stąd też wymagalność zobowiązań w postaci wykonania określonego stopnia zaawansowania robót drogowych powstawała w tym samym czasie wobec wszystkich członków konsorcjum, które zgodnie z art. 141 ZamPubl oraz postanowieniami Kontraktu 1.14 (...) ponosiło solidarną odpowiedzialność (k. 206v). Z uwagi na powyższe, co już zaznaczono w ramach poczynionych rozważań, nie sposób przyjąć, iż opóźnienie w wykonaniu robót drogowych podlegających realizacji przez (...) S.A. na dzień 15 listopada 2011 r. nie będzie obciążało również powodów.

Sąd Okręgowy zwraca również uwagę, że powodowie byli świadomi odpowiedzialności wobec Zamawiającego za wykonanie całości zobowiązań kontraktowych, a także ryzyka, wiążącego się z przejęciem na siebie wykonania całości robót kontraktowych. Przyznali to m.in. w piśmie z dnia 13 marca 2012 r. w którym wskazali, że „w tej sytuacji, poczucie głębokiej odpowiedzialności za losy kontraktu wymagało - nie bacząc na zakres wiążącego się z tym ryzyka - podjęcia przez naszą spółkę obowiązków lidera konsorcjum, jak i przejęcie całości robót przynależnych dotychczas spółce (...) S.A.” (pismo spółki (...) a K. k.s. z dnia 13.03.2012 r. dotyczące zmiany na stanowisku Lidera Konsorcjum – k. 1797verte). Powodowie bez wątplenia posiadali zatem pełną wiedzę co do zakresu przejętej na siebie części zobowiązania oraz wynikających z tego konsekwencji. Odmienne zasady

w zakresie odpowiedzialności wprowadzone zdaniem powodów w aneksie nr (...) do umowy konsorcjum, są w ocenie Sądu nieskuteczne względem pozwanego. Przedmiotowy aneks nie stanowił integralnej części kontraktu, a ponadto

na przedmiotowe zmiany co do zakresu odpowiedzialności członków konsorcjum pozwany nie wyraził zgody. Ponadto dla ich skuteczności konieczne by było zawarcie aneksu do umowy głównej, przez który doszłoby do zmiany warunków kontraktowych. Podkreślić również należy, iż taka zmiana w świetle trybu, w którym umowa z 1 sierpnia 2011 r. była zawarta i podlegała realizacji, pozostawałaby w sprzeczności z zapisami art. 141 ZamPubl.

W tym miejscu, z uwagi na brak podstaw do uwzględnienia roszczenia, już tylko ubocznie zaznaczyć należy, iż w ocenie Sądu brak było podstaw do kwestionowania istnienia po stronie powodowej solidarności czynnej, wywodzonej z zapisów aneksu nr (...) do umowy konsorcjum.

Solidarność czynna nie została uregulowana w ustawie prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 369 k.c. może ona wynikać z ustawy ale również i z czynności prawnej. Stąd też w orzecznictwie pojawił się pogląd, który należy podzielić, że w konkretnym przypadku na mocy umowy zawartej pomiędzy konsorcjantami, dojdzie do ustanowienia solidarności czynnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.01.2010r. sygn. akt I CSK 197/09 niepubl.)

Przedmiotowa umowa, jak już wskazano powyżej nie jest umową nazwaną, a jej postanowienia są kształtowane zgodnie z zasadą swobody umów określoną w art. 353¹ k.c.

Mając na uwadze powyższe oraz treść aneksu nr (...) z dnia 27 lutego 2015 r. a konkretnie § 1 (k. 114) przyjęć należało, iż wolą podmiotów, które na ten dzień pozostawały jeszcze członkami konsorcjum po odstąpieniu (...) S.A., było niewątpliwie ustalenie solidarności po stronie czynnej. Treść postanowienia jest jednoznaczna i ustanawia w/w solidarność wprost. Ponadto zawarcie przedmiotowego aneksu było nadal dopuszczalne skoro zgodnie z pkt. IX umowy konsorcjum (k. 103) umowa konsorcjum nadal trwała. Jak wynika bowiem z przywołanego przepisu członkowie zawarli ją na czas realizacji Kontraktu i dokonania jego rozliczenia. Przedmiotowy Kontrakt jak wynika z dokumentów złożonych

w ramach załączników nr 31-32, 34-36 do pisma powodów z dnia 21 stycznia 2016 r., bynajmniej na dzień złożenia pozwu a tym samym i na dzień zawarcia aneksu nr (...) nie został rozliczony, wobec czego nie ulega wątpliwości, iż i umowa konsorcjum nie uległa rozwiązaniu. Podkreślić również wypada, iż przedmiotowy aneks został zawarty w formie pisemnej, przez podmioty, które na dzień jego podpisania, były już jedynymi członkami konsorcjum, tj. odpowiadał formie przewidzianej w pkt. XII umowy konsorcjum, w której została wyrażona wola zmiany i ustanowienia innej niż dotychczas przyjęta przez nich zasada dochodzenia świadczenia pieniężnego od pozwanego.

Odnosząc się już do podstaw kontraktowych, z których powodowie przede wszystkim wywodzili roszczenie, tj. subklauzulę 17.3 oraz 17.4 warunków kontraktu, uwypuklenia wymaga okoliczność, że zawarta pomiędzy stronami umowa o roboty budowlane była kontraktem bazującym na tzw. klauzulach umownych (...). Warunki ogólne kontraktu

w przedmiotowej sprawie są tożsame z wydaniem angielsko-polskim (...) (...), zatytułowanym „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” – klauzule i subklauzule zawarte w wykorzystanym wzorcu odpowiadają tym samym w istocie wzorcom zawartym w tzw. Żółtej Księdze FIDIC, tj. warunkom kontraktowym dla projektowania i wykonywania robót budowlanych lub inżynierskich przez wykonawcę (C. of C. for (...) and (...), D. by the C.).

Czyniąc uwagi ogólne wskazać należy, że we wszystkich tzw. Księgach (m.in. Srebrnej, Czerwonej, Żółtej) za wyjątkiem Księgi Złotej, alokacja ryzyka jest definiowana przez pryzmat odpowiedzialności za wyszczególnione (skonkretyzowane) straty i/lub szkody. Jest wszakże możliwym wskazanie bardziej ogólnej reguły odnoszącej się do odpowiedzialności ponoszonej przez Zamawiającego za wszystkie straty i/lub szkody wynikłe z przyczyn enumeratywnie wskazanych w subklauzuli 17.3. S. ta [zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego] zawiera, poprzez odniesienie do subklauzuli 17.4, listę zagrożeń w razie wystąpienia których, to Zamawiający ponosi ryzyko straty i/lub szkody

w robotach, dobrach lub dokumentach wykonawcy. Ponoszenie odpowiedzialności przez Zamawiającego za taką stratę i/lub szkodę jest wyjątkiem od generalnej zasady przyświecającej wzorcowi Żółtej Księgi (...) stanowiącej, że to

wykonawca jest odpowiedzialny za stratę i/lub szkodę w robotach, dobrach lub dokumentach do czasu ukończenia prac (kontraktu). Alokacja ryzyka w odniesieniu do zagrożeń wymienionych w subklauzuli 17.3 nie jest jednak ograniczona tylko do straty i/lub szkody w robotach, dobrach lub dokumentach. Wiele z zagrożeń wskazanych w subklauzuli 17.3 (zagrożenia od a do d – a przynajmniej warianty tych zagrożeń) wymienionych jest również, jako możliwe przykłady zagrożeń – tzw. force majeure (vis maior), w subklauzuli 19.1. Tym samym, nie ulega wątpliwości, że w pewnym przynajmniej zakresie te dwie subklauzule powinny być odczytywane łącznie, aby uzyskać bardziej prawidłowy i kompletny obraz możliwych do wystąpienia zagrożeń i ponoszenia związanej z nimi odpowiedzialności (por. E. Baker, B. Mellors, S. Chalmers, A. Lavers, FIDIC Contracts: Law and Practice, Routledge, Londyn 2009, s. 344-345 oraz Axel-Volkmar Jaeger, Götz-Sebastian Hök, FIDIC – A Guide for Practitioners, Springer, Heidelberg 2010, s. 340).

W myśl punktu h subklauzuli 17.3 [zagrożenia stanowiące ryzyko Zmawiającego] warunków zawartego kontraktu zagrożenia, do których odnosi się poniższa subklauzula 17.4, są następujące: jakiegokolwiek działanie sił natury, które jest nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw niemu wystarczających środków ostrożności.

Aby działanie sił natury podpadało pod zakres w/w subklauzuli musi być ono nieprzewidywalne lub też tego rodzaju, że od doświadczonego wykonawcy nie można było racjonalnie oczekiwać, aby ten w sposób rozsądny przed takim działaniem adekwatnie się zabezpieczył. Termin „nieprzewidywalne” został zdefiniowany w części zawierającej definicję i wskazuje, że „nieprzewidywalne” oznacza racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę do daty składania dokumentów ofertowych (subklauzula 1.1.6.8 FIDIC). Wskazać należy, że aby zdeterminować, co jest racjonalnie (rozsądnie) przewidywalne należy dokonać stosownej analizy (test), aby móc stwierdzić, że w przypadku konkretnego wykonawcy zastosowane zostały obiektywne kryteria determinujące jego możliwość przewidzenia stosownych warunków występujących i otaczających region/teren wykonania inwestycji/prac. Trzy ważne czynniki przy determinowaniu „nieprzewidywalności” powinny być brane pod uwagę. Po pierwsze ważnym jest nie to czy dane zdarzenie było przewidywalne, ale to czy było ono racjonalnie (realnie) przewidywalne. Zasadniczo bowiem większość zdarzeń jest przewidywalna nawet jeśli ich wystąpienie jest w istocie mało prawdopodobne. Po drugie, standard i kryteria jakie muszą być stosowane, przy determinowaniu tego czy dane zdarzenie i/lub warunki były racjonalnie (realnie) przewidywalne dla danego podmiotu jest standardem, czy też kryterium, które musi uwzględniać wzorzec tzw. doświadczonego wykonawcy (wzorzec doświadczonego profesjonalisty/podwyższony miernik staranności), które to standardy i kryteria są wyższe od tych które stosowane byłyby w przypadku zwykłych/niedoświadczonych wykonawców. Wzorzec ten jest wzorcem profesjonalisty, który działa jako przedsiębiorca w danej branży, a w dodatku jest profesjonalistą z doświadczeniem. Po trzecie zdeterminowanie tego, co było, a co nie było przewidywalne dla doświadczonego wykonawcy musi być także rozstrzygane

w kontekście treści subklauzuli 4.10 [dane o placu budowy] (por. rozważania w: E. Baker, B. Mellors, S. Chalmers, A. Lavers, FIDIC Contracts: Law and Practice, Routledge, Londyn 2009, s. 87-88 oraz s. 347).

Zgodnie z subklauzulą 4.10 „(...) Będzie się uważało, że wykonawca uzyskał, w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas), wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na dokumenty ofertowe lub na roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że wykonawca obejrzał i sprawdził plac budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed złożeniem dokumentów ofertowych uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczania się do nich): (...) (b) warunki hydrologiczne i klimatyczne (...)”.

Aby zgłoszone przez wykonawcę roszczenie w stosunku do Zamawiającego w oparciu o subklauzulę 17.3 (17.4) było uzasadnione w pierwszej kolejności więc konieczne jest zdeterminowanie, czy działanie sił natury, z którym wykonawca łączy powstałą stratę i/lub szkodę, było racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę do daty składania dokumentów ofertowych lub też było takiego rodzaju, że od doświadczonego wykonawcy

nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw temu działaniu wystarczających środków ostrożności (tak: N. B., (...) of C., T. P. 2005, s. 315-316).

Zdaniem Sądu Okręgowego, mając na uwadze powyższe rozważania oraz przywoływane subklauzule, wskazać należy, że nie znajduje zastosowania w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy subklauzula 17.3 pkt h. W niniejszej sprawie nie zaistniały bowiem takie warunki, o których mowa w punkcie h subklauzuli 17.3 (jakiegokolwiek działanie sił natury, które jest nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw niemu wystarczających środków ostrożności). Bezspornie bowiem temperatury, które panowały w styczniu i lutym 2012 r. nie były takimi temperaturami – w warunkach naturalnych i atmosferycznych Polski – które uzasadniałyby stwierdzenie, że były one nieprzewidywalne lub też aby były one tego rodzaju, że doświadczony wykonawca nie mógł się przed tymi warunkami zabezpieczyć, tzn. np. wykonać stosownych prac wcześniej lub ubezpieczyć się od tego właśnie ryzyka (zauważyć bowiem należy, że zdarzenie ujęte w pkt. h sub-klauzuli 17.3 jest zdarzeniem ubezpieczeniowym, od którego można się ubezpieczyć). Temperatury dochodzące na terytorium Polski do minus 17 czy też nawet do minus 22 stopni Celsjusza nie są ani nadzwyczajne, ani też niespotykane i to w zasadzie bez względu na region Polski. Tym samym absolutnie nieuprawnionym było powoływanie się przez powodów na zaistniałe warunki pogodowe w styczniu i lutym 2012 r. jako uzasadniające skorzystanie z subklauzuli 17.3 i 17.4. Sąd Okręgowy podkreśla, że warunki meteorologiczne na przestrzeni stycznia i lutego 2012 r. zasadniczo nie odbiegały od warunków występujących zazwyczaj w Polsce

w tym okresie lub też odbiegały od nich nieznacznie. Z tego względu nie mogą być traktowane przez powodów w kategoriach anomalii pogodowych, czy też nadzwyczajnych warunków atmosferycznych, które byłyby nieprzewidywalne z perspektywy doświadczonego i profesjonalnego podmiotu zajmującego się wykonywaniem prac w zakresie inwestycji drogowych (w odniesieniu do warunków typowo zimowych utrzymujących się również na przestrzeni takich miesięcy jak marzec i kwiecień, ocenionych jako zjawisko rzadkie w XXI wieku na ziemiach polskich, jednak nie będące wcale niebywałym – zob. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2016 r., I ACa 805/15, LEX nr 2024140). Bez wątpliwości wykonawca jako doświadczony podmiot profesjonalny powinien uwzględnić możliwość wystąpienia zjawisk w postaci m.in. ujemnych temperatur i opadów atmosferycznych w programie robót oraz dostosować intensywność działań w pozostałych okresach prac w taki sposób, aby warunki pogodowe nie uniemożliwiały dotrzymania mu terminów zawartych w kontrakcie.

W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że zarówno (...) S.A., jak i powodowie byli i są wykonawcami, którzy działają na rynkach tej części Europy, tym samym powinni więc oni bez wątpliwości zdawać sobie sprawę z warunków atmosferycznych panujących w tej części kontynentu.

Zauważyć ponadto należy, że wykonawca ze względu na warunki atmosferyczne dokonał przerwania robót w okresie od połowy stycznia 2012 r. do początku marca 2012 r. (d: dzienniki budowy – k. 401-444, t. III). Powyższy fakt może wskazywać, że w istocie powodowie nie byli należycie przygotowani do realizacji prac w okresie zimowym, co stanowi okoliczność ich obciążającą. Bez wątpliwości prawidłowa analiza warunków typowych dla okresu zimowego w Polsce, występujących w latach ubiegłych, pozwoliłaby wykonawcy kompleksowo przygotować się do zakładanych robót. Uchybienia i zaniedbania wykonawcy w tym zakresie nie powinny i nie mogą rzutować na interes Zamawiającego, który wyraża się m.in. w terminowym ukończeniu inwestycji. W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazuje, że obowiązek uwzględnienia przez wykonawców warunków pogodowych, które mogą wystąpić przy realizacji inwestycji znalazł odzwierciedlenie w judykaturze, gdzie wskazano m.in., że „(...) nie można uważać za element zakłócający wpływu czynników atmosferycznych w czasie realizacji robót, który przy składaniu ofert musi być brany pod uwagę. Wstrzymanie robót budowlanych ze względu na warunki atmosferyczne typowe (właściwe) dla danej pory roku i miesiąca lub zła organizacja robót nie uzasadnia zmiany umowy, a tym samym nie usprawiedliwia opóźnienia wykonawcy” (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 18.07.2013 r., sygn. akt I ACa 248/13, Legalis 736115). Również Sąd Apelacyjny w Gdańsku wskazał, że: „(...) Podmiot działający w branży budowlanej od dłuższego czasu jako profesjonalista, w stosunku do którego przyjmuje się podwyższony miernik staranności, podejmując się realizacji inwestycji winien zaplanować proces budowlany w taki sposób by wykonać w uzgodnionym terminie zobowiązanie

z uwzględnieniem wszelkich warunków, jakie mogą wystąpić w procesie budowlanym. Do takich zaś z pewnością należą różnorodne warunki atmosferyczne, utrudnienia komunikacyjne (...). To wykonawca odpowiada za proces budowy i nie może przerzucać na inwestora ryzyka z tym związanego. Winien on przewidzieć wszelkie możliwe czynniki mogące kształtować proces budowlany (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - I Wydział Cywilny z dnia 26 sierpnia 2015 r., I ACa 251/15, Legalis nr 1398691).

Bez wątpienia wykonawca powinien uwzględnić w harmonogramie możliwość utrudnienia robót w związku z typowymi dla okresu zimowego warunkami atmosferycznymi oraz zaplanować intensywność działań w innych okresach w taki sposób, aby ewentualne spowolnienie realizacji robót z tych względów nie uniemożliwiało dotrzymania terminów kontraktowych.

Jak wynika z harmonogramu robót – części opisowej – powodowie mieli świadomość powyższych okoliczności. Planując bowiem wykonanie robót związanych z nasypem, uznali, że do dnia 15 listopada 2011 r. zrealizują go w zakresie, który umożliwi ich zabezpieczenie poprzez ułożenie warstwy asfaltowej wiążącej. Powyższa data jest o tyle istotna, iż zbiega się z rozpoczęciem okresu zimowego w kontraktach realizowanych na terenie Polski, a tym samym z przewidywaniem, iż od tego dnia mogą nastąpić takie warunki atmosferyczne, które będą uniemożliwiały wykonywanie pełnego frontu robót, w tym szczególnie robót wrażliwych na niską temperaturę. Podkreślić również wypada, iż kontrakt dotyczący budowy autostrady (...) odcinek (...) nie przewidywał przerwy zimowej w zakresie prac nie mniej jednak racjonalny i doświadczony wykonawca musiał dopasować, określić tak harmonogram robót, który uwzględniał również warunki atmosferyczne, w tym warunki zimowe, co zresztą jak wskazano powyżej uczynił. Ponadto przewidując ich wystąpienie, ustalony zakres robót podlegający wykonaniu do 15 listopada 2011 r., uwzględnił również sposób ich zabezpieczenia przed warunkami atmosferycznymi w postaci niskich temperatur. Jak wskazali bowiem świadkowie L. S. czy K. M. – wykonanie warstwy wiążącej asfaltowej było wystarczające do zabezpieczenia warstw nasypu przed przemarzaniem, które, co istotne, następowało już przy zaistnieniu temperatur nieznacznie poniżej 0 stopni.

W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazuje, że koszt któregoś w istocie wyrównania domagają się powodowie, wynikał z okoliczności obciążających samo konsorcjum – wykonawcę, tj. był de facto efektem braku organizacji i wystarczającej mobilizacji sił i środków – w szczególności spółki (...) S.A., czyli zgodnie z rozważaniami przedstawionymi powyżej, całego Wykonawcy, a w tym i powodów. To z kolei spowodowało opóźnienie w realizacji prac a także uniemożliwiło wykonanie robót związanych z nasypami i podbudową przed okresem zimowym a w konsekwencji prawidłowe zastosowanie technologii przyjętej w (...), tj. zabezpieczenia wykonanych warstw materiałem. Zauważyć należy, że subklauzula 17.2 warunków kontraktu stanowi m.in., że Jeżeli w robotach, dobrach lub dokumentach wykonawcy powstanie w okresie, w którym odpowiedzialny jest za nie wykonawca, jakkolwiek strata lub szkoda wynikająca z jakiegokolwiek przyczyny nie wyliczonej w subklauzuli 17.3 [zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego], to wykonawca naprawi taką stratę czy szkodę na własne ryzyko i koszt, tak aby roboty, dobra i dokumenty wykonawcy odpowiadały kontraktowi. Przyczyny kosztu poniesionego przez wykonawcę/powodów nie były natomiast objęte subklauzulą 17.3 warunków kontraktu, w związku z czym nie można, w tym zakresie przypisywać odpowiedzialności Zamawiającemu.

Wskazać ponadto należy, że zgodnie z pkt. 1.2.2.1. programu funkcjonalno-użytkowego ((...)) Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne: Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej miał uwzględnić koszty wykorzystania technologii zezwalających na prowadzenie robót w sposób ciągły również w okresie zimowym (np. dla obiektów mostowych wykonawca powinien uwzględnić zastosowanie nagrzewnic, namiotów oraz innych dostępnych środków umożliwiających betonowanie w obniżonych temperaturach). Każdorazowo przed przystąpieniem do robót wykorzystujących powyższe technologie Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Inżynierowi do zatwierdzenia (...) (Program Zapewnienia Jakości) zawierający wymagania dla prowadzenia przedmiotowych robót. Stosownie do ww. wymagań (...) wykonawca przedstawił (...), opisujący sposób prowadzenia i zabezpieczenia robót. W przypadku wystąpienia niskich temperatur, wykonawca zobowiązał się do m.in. przykrycia warstw już wykonanych warstwą materiału wymaganego do wykonania następnej projektowanej warstwy. Warstwy nasypu oznaczone roboczo do nr (...) miały zostać przykryte warstwą

piachu na grubość ok. 50 cm, warstwa nasypu oznaczona roboczo nr 1 miała zostać przykryta kruszywem łamanym o grubości ok. 35 cm, zatwierdzonym do warstwy mrozoochronnej (przedostatnia warstwa nasypu), warstwa stabilizacji cementem (ostatnia warstwa nasypu) zaś – przykryta ok. 25 centymetrową warstwą kruszywa łamanego przeznaczonego na warstwę stabilizacji mechanicznej. Zabezpieczające warstwy kruszyw miały być zagęszczone, o ile to będzie możliwe, ze spadkiem dwustronnym ok. 4% aby uniemożliwić gromadzenie się wody na górnej powierzchni oraz zapewnić odprowadzenie wody. Wznowienie dalszych prac przewidziano po rozmarznieniu kruszywa lub po zdjęciu tych warstw i ponownym zasypaniu ich materiałem przydatnym do dalszych robót (pkt. 2.3. (...)). Powyższe brzmienie (...) wskazuje, że prace kontraktowe od dnia zatwierdzenia (...), tj. od listopada 2011 r. do wiosny 2012 r. powinny być realizowane zgodnie z technologią opisaną w (...), tj. każda wykonana warstwa nasypu miała zostać przykryta materiałem (piachem) na grubości ok. 50 cm, na czas niesprzyjających warunków atmosferycznych (obniżonych temperatur), do momentu ich ustania. Wykonawca przewidział także w (...) zdjęcie warstwy lub wydłużone oczekiwanie na rozmarznienie materiału. Tym samym należy stwierdzić, że uwzględnił także w ofercie, zgodnie z pkt. 1.2.2.1 (...) wykorzystanie technologii umożliwiającej prowadzenie robót, opisanej w (...). Stosowanie ww. technologii wiązało się z poniesieniem kosztów przykrycia materiałem (warstwą zabezpieczającą) wykonanych warstw oraz zdjęcia warstwy zabezpieczającej po ustaniu niekorzystnych warunków pogodowych. Jednakże, na skutek braku właściwych dostaw materiału wykonawca nie wykorzystał technologii robót, określonej w (...). Ponadto, wykonawca przewidział w (...) także wstrzymanie prac w okresie trwania niekorzystnych warunków pogodowych, co było elementem przyjętej technologii realizacji robót - miał zatem świadomość możliwości zaistnienia okoliczności uniemożliwiających prowadzenie robót. Wariant ułożenia warstw zabezpieczających nasyp oraz wstrzymanie prac w okresie panowania obniżonych temperatur należy traktować jako część składową w/w technologii, którą wykonawca sam wskazał i akceptował.

W tym miejscu zauważyć należy, odnosząc się do argumentacji strony powodowej, że nawet gdyby przyjąć, iż w istocie nie istniał żaden efektywny sposób zabezpieczenia nasypów, który uchroniłby je przed przemarzeniem i umożliwił kontynuowanie robót

w warunkach jakie istniały w okresie styczeń - luty 2012 r., to i tak nie sposób uznać roszczenia zgłoszonego na podstawie subklauzuli 17.3 za uzasadnione, a to z racji tego, że okoliczność, iż prowadzenie prac na nasypach w w/ w okresie wynikało z winy wykonawcy

w związku z jego opóźnieniami w realizowanych robotach. Tym samym fakt, że pewne roboty ziemne prowadzone były w warunkach niesprzyjających – w zasadzie w takich,

w których prowadzone być nie powinny, wynikało z winy wykonawcy i to on ponosi za ten fakt odpowiedzialność. Uzasadnionym, w ocenie Sądu Okręgowego, było tym samym stanowisko zespołu ds. ostatecznej weryfikacji roszczeń (wykonawcy odcinka (...) autostrady (...)) zawarte w raporcie z dnia 08 października 2013 r., w którym komisja powołana zarządzeniem Dyrektora oddziału (...), wskazała, że warunki atmosferyczne na przestrzeni stycznia i lutego 2012 r. nie miały wpływu na ścieżkę krytyczną i ukończenie

w terminie K. Miłowego w postaci tzw. przejezdności na czas trwania Mistrzostw Europy w Piłce (...) 2012, a co za tym idzie również na Czas na Ukończenie. Poza tym wykonawca w okresie tuż przed, w trakcie oraz po okresie, którego dotyczy roszczenie nie miał wystarczającej mobilizacji, jak również zapewnionej dostawy materiałów, od których była uzależniona możliwość prowadzenia robót celem osiągnięcia stopnia zaawansowania określonego w zatwierdzonym harmonogramie (raport – k. 1816-1828, t. X). Brak właściwej organizacji oraz mobilizacji Wykonawcy, rzutujący na nieterminowe wykonanie robót drogowych zostało wyraźnie wskazane również

w dokumentach samych konsorcjantów a mianowicie aneksie nr (...). Ta bowiem okoliczność stała się podstawą przejęcia nie tylko funkcji Lidera przez powoda ad. 1 ale również i zakresu robót, który pierwotnie należał do (...) S.A. Sami K. nie omieszkali również nie wskazać, iż przyczyną takich zmian jest brak prawidłowej organizacji, zarządzania kontraktem przez (...) S.A., który okazał się nieudolny, nieposiadający doświadczenia w tym zakresie.

W tym miejscu należy również zaakcentować, iż sposób realizacji robót zawsze należy do Wykonawcy. Na nim spoczywa jego opracowanie oraz przygotowanie dokumentów (...), w których zostanie on wskazany. Zmiana metody wykonania robót o ile wymaga zatwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu działającego w imieniu Zamawiającego o tyle

nie może prowadzić do obarczenia go dodatkowymi kosztami, w tym szczególnie gdy koszt wykonania został określony w sposób ryczałtowy.

Kwestia czy (...) wytycza Wykonawcy zakres robót, na które została zawarta umowa z dnia 1 sierpnia 2011 r. wiąże się niewątpliwie z odpowiedzią na pytanie czy stanowi on integralną część umowy. Jak podkreślono powyżej takim dokumentem był program funkcjonalno-użytkowy, który jak wskazano narzucał elementy, które muszą być uwzględnione przez Wykonawcę, w tym pewne parametry oraz ewentualnie dodatkowe działania, które mogą być konieczne w przypadku realizacji robót w deszczu lub w warunkach zimowych. Ponieważ kontrakt był realizowany w systemie projektuj i buduj przygotowanie zarówno Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych określających tylko materiały, warunki wykonania, jakość i zasady odbioru jak i Programów Zapewnienia Jakości należało wyłącznie do Wykonawcy co wprost określały postanowienia kontraktowe subklauzula 4.9 WK (k. 210). Dokumenty te podlegały natomiast zatwierdzeniu przez służby nadzoru Zamawiającego. Z uwagi na powyższe nie sposób uznać, iż zasady wykonania określonych robót przyjęte przez samego Wykonawcę nie stanowiły doprecyzowania tego co do niego należało zgodnie z kontraktem.

Przechodząc do dalszych rozważań wskazać należy, że w opinii Sądu Okręgowego brak było również podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., które to przepisy zobowiązują osobę, która uzyskała korzyść majątkową w wyniku spełnienia przez inną osobę świadczenia nienależnego, do zwrotu wartości uzyskanej korzyści. Zgodnie z art. 405 k.c. kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. W myśl natomiast art. 410 § 2 k.c. świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Do przesłanek bezpodstawnego wzbogacenia zalicza się wzbogacenie majątku jednego podmiotu; zubożenia majątku drugiego podmiotu; wzbogacenie i zubożenie pozostawać muszą ze sobą w związku, w tym rozumieniu, iż wzbogacenie jest wynikiem zubożenia, a zatem mają wspólne źródło; wzbogacenie nastąpić musi bez podstawy prawnej. Brak którejkolwiek z w/w przesłanek wyklucza powstanie roszczenia.

Zauważyć należy, że strona powodowa, na której spoczywał ciężar dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.), nie wykazała obligatoryjnych przesłanek bezpodstawnego wzbogacenia, do którego miało rzekomo dojść po stronie pozwanej. Powodowie nie udowodnili wysokości zubożenia i wzbogacenia, ani też nie wykazali związku pomiędzy wzbogaceniem zamawiającego oraz zubożeniem wykonawcy. Przede wszystkim jednak podkreślić należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy istniała podstawa kontraktowa wykonania robót budowlanych w tym robót polegających na naprawie nasypów, które w związku z warunkami zimowymi zostały uszkodzone, co wynikało z postanowień zawartej pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane.

Jak już wskazano powyżej zakresem umowy zostały objęte wszystkie roboty, polegające na kontynuacji projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500. W ramach w/w robót Wykonawca miał wykonać roboty drogowe, w tym roboty ziemne, podbudowy i nawierzchnie. Zgodnie z dokumentami Kontraktowymi, którym bezspornie była Specyfikacja Techniczna D.02.03.01 określająca wymagania jakościowe, którym musi odpowiadać materiał oraz warunki, w których ma być wykonany nasyp wskazano, iż niedopuszczalne jest wykonanie nasypów w temperaturze, przy której nie jest możliwe osiągnięcie w nasypie wymaganego wskaźnika zagęszczenia gruntów. Program Zapewnienia Jakości, którego sporządzenie należało do Wykonawcy, miał za zadanie wskazać Zamawiającemu w jaki sposób Wykonawca wykona prace, tj. jakie podejmie czynności aby osiągnąć stawiane wymogi. Zakres i rodzaj działań należał do Wykonawcy a określone w nim prace nie były traktowane jako prace dodatkowe lecz jako czynniki, środki, materiały, które należy podjąć dla osiągnięcia rezultatu, wykonania danej roboty o określonych parametrach. Z uwagi na powyższe nie sposób przyjąć aby działania opisane

w (...) stanowiły roboty dodatkowe, nie objęte przedmiotem kontraktu. Definiując pojęcie robót dodatkowych odwołać się należy do prawa zamówień publicznych, które do lipca 2016 r. posługiwało się pojęciem zamówienia dodatkowego na roboty budowlane (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy). Zgodnie z cyt. przepisem jest to takie zamówienie, nieobjęte zamówieniem podstawowym, nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia i którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Reasumując powyższe uznać należy, iż za roboty dodatkowe tak jak za zamówienie dodatkowe należy uznać roboty, które nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym, tj. usługi lub roboty budowlane, do których wykonania wykonawca zobowiązał się w ramach zamówienia podstawowego. Udzielenie zamówień dodatkowych może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy następuje rozszerzenie zakresu dotychczas realizowanego zamówienia (zamówienia podstawowego) ponad usługi lub roboty budowlane nieobjęte realizowanym zamówieniem.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, iż przesłanki określone w cytowanym przepisie nie zostały wykazane. Zaznaczyć przede wszystkim należy, iż strona powodowa nie wykazała aby wymiana górnej warstwy nasypu stała się konieczna na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Okoliczności wskazywane w zeznaniach świadków potwierdziły jedynie, iż zakres tego typu czynności wynikał z przyjętego przez wykonawcę sposobu wykonania prac w warunkach zimowych, a tym samym jak podniesiono powyżej, były to wymagania, których zastosowanie przyjęto aby osiągnąć parametry nasypu określone Specyfikacją techniczną (...). Ponadto Jak wskazał L. S. czy K. M. oraz D. G. powyższe czynności zostały zaproponowane przez Wykonawcę, nie wymagały polecenia Inżyniera Kontraktu ani też jego ingerencji. Oceniając powyższe należy mieć również na uwadze zeznania K. M., która wielokrotnie powtarzała, że nie jest dopuszczalna ingerencja Zamawiającego w sposób wykonania, przyjętą technologię przez Wykonawcę. Wszystkie natomiast wpisy do Dziennika Budowy czy też zawarte

w Protokołach Niezgodności stanowiły jedynie uwagi osób nadzorujących, przypominających, iż prac w zakresie nasypu nie można wykonywać w niskich temperaturach i przed wykonaniem kolejnej warstwy istnieje konieczność doprowadzenia do stanu nośności czyli takich warunków, które umożliwiają jej odbiór. Przedmiotowe uwagi czynione w dokumencie kontraktowym - Protokołach Niezgodności - oznaczono zawsze jako wymogi technologii robót a nie zaś jako konieczność wykonania nowych, innych robót, które nie były możliwe do przewidzenia.

Reasumując powyższe Sąd uznał, że roboty w postaci wymiany górnej warstwy nasypu - stanowiły roboty zmierzające do prawidłowego wykonania robót drogowych – nasypu, które były objęte zakresem kontraktu głównego. Nie stanowiły tym samym robót dodatkowych, nowych, powstałych z przyczyn, które nie można było przewidzieć. Podkreślić również należy, iż strona powodowa miała również możliwość oczekiwania na rozmarzniecie gruntu, bez dokonywania jego rozebrania i ponownego ułożenia.

Ponadto Sąd nie dopatrzył się również aby przedmiotowe roboty były wykonane w oparciu o Polecenie Zmiany Inżyniera Kontraktu w rozumieniu subklauzuli 13 WK, którego to warunki nie zostały spełnione.

Strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, dlatego też wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można była przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 § 1 k.c.). Wybierając wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie ponosi ryzyko, że w sytuacji wzrostu kosztów przygotowania dzieła nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia zapłaty i tym samym zmiany wynagrodzenia (warunkiem do ewentualnego żądania podwyższenia wynagrodzenia jest nieoczekiwane pogorszenie sytuacji wykonującego dzieło, prowadzące do rażącej straty). Biorąc pod uwagę, że powodowie nie wykazali w postępowaniu rzekomo poniesionego kosztu, w związku z koniecznością powtórznego ułożenia nasypu Sąd przyjął,

iż po stronie wykonawcy nie zaistniała strata, uzasadniająca żądanie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, w związku z brzmieniem przepisu art. 632 k.c.

Czyniąc rozważania końcowe Sąd Okręgowy wskazuje, że regułą w postępowaniu cywilnym jest obciążenie ciężarem dowodu strony powodowej (por. np. wyr. Sądu Najwyższego z 3.10.1969 r., II PR 313/69, OSNCP 1970, Nr 9, poz. 147; wyr. Sądu Najwyższego z 5.1.1999 r., III CKN 84/98, Legalis 335086; wyr. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 23.10.2014 r., I ACa 533/14, Legalis 1163451). Zgodnie z treścią w/w przepisu ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Stosownie zaś do art. 232 k.p.c., strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dlatego co do zasady w postępowaniu cywilnym to powód musi udowodnić istnienie dochodzonej wierzytelności, okoliczności jej powstania oraz jej wysokość. Wynikającej z art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie powinno się jednak rozumieć tak, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na stronie powodowej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 09 sierpnia 2011 r., I BP 3/11, OSNAPiUS 2012, Nr 19–20, poz. 240, Legalis 458977). Istnieją bowiem okoliczności, w których dochodzić może do pozakodeksowej modyfikacji ciężaru dowodu, która to modyfikacja jest dopuszczalna i związana jest z tzw. culpa in probando (zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1954 r., II C 837/53, Biul. Min. Spraw. 1955, nr 5, s. 35; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1971 r., II PR 453/70, Lex 14120; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., V CSK 431/06, Legalis 83967). Tym samym nie jest tak, że od wyrażonej w art. 6 k.c. normy brak jest wyjątków, które oczywiście uzasadnione powinny być okolicznościami występującymi w konkretnej sprawie. Wskazać niemniej jednak należy, że zasadniczo zabieg taki – *transfere probatio de uno ad unum* – tj. przesuwanie ciężaru dowodu z jednej strony na drugą w poszczególnych fazach przebiegu procesu cywilnego jest zabiegiem *contra legem* (zob. K. Piasecki, System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa 2012, s. 64; I. Adrych-Brzezińska, Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym, Monografie Lex, Warszawa 2015, s. 166; B. Janiszewska, Dowodzenie w procesach lekarskich - domniemania faktyczne i reguły wnioskovania prima facie, PiM 2004, nr 2, s. 124). Pozakodeksowa modyfikacja ciężaru dowodu jest dopuszczalna jedynie wyjątkowo i związana jest z tzw. culpa in probando, która to jednak okoliczność w przedmiotowej sprawie w żadnym razie nie miała miejsca (zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24.06.1954 r., II C 837/53, Biul. Min. Spraw. 1955, nr 5, s. 35; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.03.1971 r., II PR 453/70, Lex 14120; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 28.02.2007 r., V CSK 431/06, Legalis 83967). Tym samym, mając na uwadze okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy, w niniejszym procesie, to powód, a nie pozwany, miał obowiązek wykazania wysokości dochodzonego roszczenia (sposobu kalkulacji oraz podstaw tychże kalkulacji), źródeł jego powstania (z jakiego tytułu, w związku z jakimi zdarzeniami) i to w sensie faktycznym czyli poprzez wykazanie faktycznie, iż ponownie wykonano górne warstwy nasypu we wskazanych lokalizacjach oraz prawnym.

Na marginesie wskazać należy, że do naruszenia art. 6 k.c. może dojść wtedy, gdy sąd orzekający przypisze obowiązek dowodowy innej stronie niż ta, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne (wyrok Sądu Najwyższego z 15.3.2012 r., I CSK 345/11, Legalis 496874). Prawidłowa interpretacja normy z art. 6 k.c. powinna prowadzić do wniosku, że prawa podmiotowe mogą być skutecznie dochodzone o tyle, o ile strona jest w stanie przekonać sąd co do faktów, z których wyprowadza korzystne dla siebie twierdzenia.

W konsekwencji sąd powinien przyjąć za prawdziwe fakty udowodnione przez stronę obciążoną dowodem i pominąć te, których nie wykazała w sposób przekonywający. Wszelka ingerencja zmierzająca do zmiany tejże reguły może być oceniona jako uchybienie prawu materialnemu i procesowemu. Oczekiwanie przez sąd, wbrew treści art. 6 k.c., przeprowadzenia dowodu przez daną stronę i obarczenie jej skutkami braku dowodu, którego ciężar na niej nie spoczywał, może stanowić podstawę zaskarżenia orzeczenia (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 08 maja 2014 r., I ACA 42/14, Legalis 992944). Podkreślić jednak należy, że dla oceny wywiązania się strony ze spoczywającego na niej ciężaru dowodu obojętne jest to, kto przedstawił środki dowodowe pozwalające na ustalenie danego faktu (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 16 kwietnia 2014 r., I ACA 1269/13, Legalis 1023957).

Tym samym ponieważ spór toczył się pomiędzy dwoma profesjonalistami, reprezentowanymi przez zawodowych pełnomocników, skonstatować należy, że to na stronie powodowej, co zaznaczono powyżej, w pełni spoczywał ciężar

dowodzenia. To ona miała obowiązek wykazać z czego wywodzi swoje roszczenia, tj. z jakich zdarzeń faktycznych – z jakich okoliczności, jej zdaniem wynika dochodzona kwota. Ciężar dowodu (onus probandi) spoczywa bowiem na stronie, która z przytaczanych okoliczności faktycznych – zawarta umowa, wykonanie prac dodatkowych oraz ich zakres, czas i sposób ich wykonania, poniesione w związku z tym koszty, zakres tych kosztów – wywodzi skutki prawne (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat quam per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit: ciężar dowodu spoczywa na tym kto twierdzi, nie na tym kto zaprzecza, gdyż z natury rzeczy wynika, że ten kto zaprzecza przywoływanym okolicznościom nie jest w stanie przedłożyć dowodu negacji). Strona ta (powód) musi się również liczyć z tym, że

w przypadku nieudowodnienia podnoszonych okoliczności, tj. w sytuacji niesprostania ciężarowi dowodowemu, to ona ponosić będzie ujemne konsekwencje swojego procesowego postępowania i/lub zaniechania. Podkreślić również należy, że samo twierdzenie nie jest dowodem, zaś rozstrzygnięcie sądu musi opierać się na udowodnionych okolicznościach faktycznych, na rzeczowym, obiektywnie weryfikowalnym materiale, który co do zasady przedstawić powinna strona.

Sąd Okręgowy wskazuje, że dowodem na zakres oraz wielkość, miejsce wykonanych prac oraz ich wartość – dochodzoną w niniejszej sprawie, jako wartość prac dodatkowych – nie mógł być kosztorys przekazany przez wykonawcę pozwanemu pismem z dnia 17 września 2012 r. Z uwagi na wcześniejszy wywód przeprowadzony w ramach oceny dowodów już tylko wzmiankować należy, iż z uwagi przede wszystkim na wykazanie, że faktycznie w podanych lokalizacjach została wymieniona górna warstwa nasypu, oraz wobec braku jakichkolwiek wskazówek, co do danych, które służyły za podstawę dokonanych

w omawianym kosztorysie obliczeń i kalkulacji, nie przedstawienie danych wyjściowych, źródeł w oparciu, o które zostały ustalone, jak zostały skalkulowane, w oparciu o jakie rzeczywiste zdarzenia powstały, nie istniała również możliwość ich sprawdzenia, ustalenia rzeczywistych kosztów ich wykonania. Strona powodowa wskazywała, że koszt robót dochodzony pozwem został wyliczony w systemie specjalistycznego programu kosztorysowego (...) bazującym na katalogu nakładów rzeczowych w rozsądnej wysokości. Z oświadczeń strony wynika, że ceny poszczególnych jednostek uwzględnionych w wyliczeniu odpowiadają aktualnym (na moment wykonania robót) danym dotyczącym cen rynkowych w branży budowlanej zaczerpniętych z publikacji S.. Zauważyć ponadto należy, że strona powodowa sama wskazała, że brak dodatkowych pomiarów przemarzniętego nasypu wynikał z napiętego harmonogramu robót. Po przejęciu robót od (...) S.A. Wykonawca zmuszony był zintensyfikować prace w celu zapewnienia przejezdności odcinka (...) autostrady (...) przed (...). Dlatego konkretne ilości nasypu jaki miał zostać rozebrany były określane przez pracowników technicznych powodów, przy czym nasyp był rozbierany wyłącznie w możliwie jak najmniejszym zakresie, tj. w zakresie w jakim wymiana była konieczna ze względu na przemarznięcie nasypu. Taki sposób działania był najsprawniejszy i zapewniał możliwie jak najszybsze zakończenie robót w zakresie nasypów.

Powyższe nie może jednak racjonalnie uzasadniać niesporządzenia/niewykonania stosownych pomiarów wymienianego nasypu, które to pomiary dałyby podstawy umożliwiające obiektywne odniesienie się do wielkości i wartości wykonanych prac. Powyższe rozważania są oczywiście czynione abstrahując od wcześniejszej konstatacji i ustalenia, że za wymianę i naprawę nawierzchni nasypu odpowiedzialność ponosi w całości strona powodowa i to na niej ciążyła odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie tej części robót w okresie umożliwiającym ich wykonanie.

Sąd podkreśla w tym miejscu, że strona powodowa nie sprostała w pełni, ani obowiązkowi wynikającemu z zawartej przez siebie umowy (opóźnienia), ani też w żadnej mierze ciężarowi dowodowemu, który spoczywał na niej z racji wysuwanych żądań, których w niniejszym procesie nie udowodniła.

Mając powyższe na uwadze powództwo podlegało oddaleniu, jako nieudowodnione i nie znajdujące podstaw tak kontraktowych jak i kodeksowych, tj. na podstawie a contrario art. 6 k.c., art. 647 k.c., subklauzuli 17.3 lit. h i 17.4 WK oraz art. 410 k.c.

W zakresie oceny terminu zgłoszenia roszczenia w trybie kontraktowym wyznaczonego subklauzulą 20.1, tj. czy został on zachowany w niniejszej sprawie, wskazać należy, iż z uwagi na oddalenie powództwa przedmiotowa kwestia ma znaczenie drugorzędne. Podkreślić jednak wypada, że komisja zwołana na zlecenie pozwanego, która ponownie

rozpatrywała roszczenia zgłoszone przez Wykonawcę, w tym roszczenie o numerze (...), uznała, że powiadomienie o nim zostało dokonane w terminie (k. 1819). Dokonywanie na tym etapie odmiennych ustaleń w ocenie Sądu byłoby sprzeczne z naturą stosunku umownego i wskazywałoby, iż strona pozwana weryfikuje już uznaną kwestię tylko z uwagi na wszczęcie postępowania sądowego. Z uwagi na powyższe brak jest również podstaw do dokonywania oceny prawnej terminu zastrzeżonego w subklauzuli 20.1, który w ocenie Sądu ma charakter nie terminu przedawnienia lecz terminu zawitego, przy czym jednak dla jego zachowania wystarczające jest złożenie w określonym terminie powiadomienia o roszczeniu a nie roszczenia ostatecznego. Dodać również wypada, iż termin określony w subklauzuli 20.1 ma znaczenie wyłącznie dla roszczeń opartych na kontrakcie.

W zakresie kosztów postępowania Sąd orzekł mając na uwadze zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, zgodnie z którą strona powodowa, jako strona przegrywająca, obowiązana jest zwrócić pozwanemu, na jego żądanie, poniesione przez pozwanego koszty procesu (art. 98 § 1 k.p.c.). Koszty te obejmują wyłącznie wynagrodzenie jednego radcy Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, wyliczone według przepisów o wynagrodzeniu adwokata (art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c.), a zatem wynoszące 7.200 zł (§ 6 pkt. 7 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, Dz. U. nr 163 z 2002 r., poz. 1348 ze zm. zw. z art. 21 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie Dz. U. z 2015 r. poz. 1800).

Wskazane koszty przysługują Skarbowi Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, Dz. U. nr 169 z 2005 r., poz. 1417 ze zm.). Z uwagi na współuczestnictwo materialne powodów Sąd zgodnie z zapisami art. 105 § 1 k.p.c. obciążył każdego z nich kosztami zastępstwa procesowego w równych częściach, tj. po 3 600 zł.

W przedmiotowej sprawie ponadto strona powodowa powinna zwrócić Skarbowi Państwa wydatki tymczasowo przez niego poniesione w łącznej kwocie 94 149,70 zł tytułem części nieuiszczonej opłaty od pozwu, tj. od rozszerzonego roszczenia (max. opłata 100 000 zł – 6 452 zł – opłata uiszczona od pierwotnego roszczenia), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia tłumaczowi przysięgłemu w wysokości 169,71 zł (56,57 zł k. 1873 + 56,57 zł k. 1589 + 56,57 zł k. 1376) i tytułem zwrotu kosztów stawiennictwa świadków łącznie w kwocie 432 zł (216 zł + 216 zł k. 1566). Ze względu na wynik procesu, kosztami tymi należało ostatecznie obciążyć każdego z powodów w równych częściach, tj. po 47 074,85 zł zgodnie z art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t. jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 623) w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. i art. 105 § 1 k.p.c. oraz art. 130³ § 2 k.p.c.