

Sygn. akt: I ACa 511/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Tomaszewska

Sędziowie: SA Barbara Lewandowska

SA Marek Machnij (spr.)

Protokolant: sekretarz Emilia Kułakowska

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2017 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 27 stycznia 2016 r. sygn. akt IX GC 9/11

1) prostuje niedokładność pisarską w nazwie pozwanego w rubrum zaskarżonego wyroku przez wpisanie w miejsce błędnego słowa (...) prawidłowego słowa (...),

2) oddala apelację,

3) zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 11.559,60 zł (jedenaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych i sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Marek Machnij SSA Ewa Tomaszewska SSA Barbara Lewandowska

Sygn. akt: I ACa 511/16

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwoty 430.146,38 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 21 listopada 2008 r. z tytułu wynagrodzenia za wykonanie określonych bliżej w pozwie robót dodatkowych, twierdząc, że konieczności ich wykonania nie można było przewidzieć w chwili zawarcia przez strony umowy w oparciu o przedstawioną przez pozwaną dokumentację projektową.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa, kwestionując twierdzenia powoda, że przekazana mu dokumentacja projektowa została sporządzona wadliwie i w konsekwencji zaprzeczała, aby był on uprawniony do żądania wynagrodzenia za wskazane przez niego prace dodatkowe, ponieważ jej zdaniem powinien on uwzględnić w swojej ofercie ryzyko ich wystąpienia i skalkulować to w jej treści. Ponadto pozwana kwestionowała żądanie powoda również co do wysokości (ilość wykonanych robót dodatkowych i ich zasadność).

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 27 stycznia 2016 r. oddalił powództwo i uznał powoda za przegrywającego spór w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

W pisemnym uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy ustalił, że w czerwcu 2007 r. powód przystąpił do przetargu nieograniczonego prowadzonego w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych – Budowa (...) Sanitarnej dla dzielnicy K. – (...). W trakcie tego postępowania powód wystąpił do zamawiającego z pytaniem: „Czy zamawiający posiada w dokumentację z badań geologicznych przedmiotowego obszaru oraz czy zostanie ona udostępniona”, na co zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający posiada dokumentację z badań geologicznych. Zamawiający nie przewiduje przekazania przedmiotowej dokumentacji z uwagi na fakt, iż wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom.” Ponadto powód zwrócił się z pytaniem: „Czy zamawiający posiada oraz czy udostępni projekt odwodnienia przedmiotowego terenu”, na co zamawiający odpowiedział: „zamawiający nie posiada wyżej wymienionej dokumentacji technicznej.”

Pozwana nie chciała umieszczać badań gruntowych na tej inwestycji jako elementu (...) (dalej: (...)) dlatego, że wszystkie elementy niezbędne do wyceny zostały przeniesione do dokumentacji projektowej. Dla pozwanej bezcelowe było zatem rozszerzanie (...) o ten element, który powielalby te informacje. Takie pytanie złożył tylko powód jako oferent.

Opis przedmiotu zamówienia znajdował się w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (dalej: (...)). W przedmiarze robót w (...) wskazano, że „ceny jednostkowe wystawiane do przedmiaru robót powinny być wartościami globalnymi dla robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne do wykonania opisanych robót razem z wszystkimi robotami, które mogą okazać się niezbędne (w tym robotami tymczasowymi) oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w kontrakcie lub z niego wynikające”. W (...) zawarty był punkt dotyczący „opisu sposobu obliczania ceny”. W dokumencie tym znajdowały się m. in. opis przedmiotu zamówienia, oczekiwania zamawiającego wobec podmiotów ubiegających się o otrzymanie zamówienia i wymogi odnośnie do sposobu przygotowania ofert.

W wyniku powyższego postępowania przetargowego strony zawarły w dniu 11 września 2007 r. umowę Nr (...)1. Jej przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej dla dzielnicy K. – (...) Powód, jako wykonawca, zobowiązał się wykonać roboty i usunąć z nich wszelkie wady z pełnej zgodności z postanowieniami kontraktu. Zgodnie z umową przysługiwało mu wynagrodzenie w kwocie 1.873.074,77 Euro łącznie z podatkiem VAT. Akt umowy (tj. kontrakt) składał się z: aktu umowy, Warunków Szczególnych Kontraktu, Warunków Ogólnych Kontraktu (tzw. (...)), Opisu Przedmiotu Zamówienia, w tym dokumentacja projektowa: I.1 – opis techniczny i I.2 – część graficzna, (...) i (...) w części dotyczącej przedmiotu zamówienia, Wyjaśnień i modyfikacji do (...) oraz Oferty wykonawcy wraz ze wszystkimi załącznikami. W umowie wskazano, że słowa i wyrażenia użyte w kontrakcie będą miały takie znaczenie, jakie przypisano im w warunkach kontraktu wymienionych w jego treści. Określono także następującą kolejność ważności, odczytywania i interpretacji w/w części kontraktu: Akt umowy, Warunki Szczególne Kontraktu (część II), Warunki Ogólne Kontraktu (część I), Opis przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa, (...), (...) w części dotyczącej przedmiotu zamówienia), Wyjaśnienia i modyfikacje do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferta wykonawcy ze wszystkimi załącznikami.

Umowa stron obejmowała postanowienia dotyczące robót dodatkowych w klauzuli 13.1 i robót stałych w klauzuli 1.1.5.4. W części opisowej autorzy projektu budowlanego „Sieci Kanalizacyjnej dla dzielnicy K. – zadanie V opis techniczny” zastrzegali, że woda gruntowa występuje w utworach piaszczystych i jej zwierciadło stabilizuje się na

różnych głębokościach w zależności od miejsca badań oraz że na niektórych odcinkach istnieje konieczność wykonania prac odwodnieniowych na czas prowadzenia robót. Wskazano ponadto, że na terenie projektowanej kanalizacji sanitarnej niektóre wykopy będą wymagały odwodnienia na czas prowadzenia robót. Odwodnienie wykopów miało być prowadzone przy pomocy igłofiltrów, których oddziaływanie nie wyjdzie poza obręb działki drogowej.

W części dotyczącej uszczegółowienia rozwiązań projektowych autorzy wskazali, że dla objętego projektem terenu wykonano dokumentację geologiczną, a otwory z tej dokumentacji naniesiono na profile kolektorów. Z dokumentacji geotechnicznej wynika, że na niektórych obszarach występuje wysoki poziom wody gruntowej i ułożenie w tych miejscach kanalizacji wymagać będzie odwodnienia wykopów. Badania geotechniczne wykazały również występowanie miejscami gruntów słabonośnych (torfy), które po wydobyciu z wykopu należy wywieźć na wysypisko śmieci. Projekt zawierał również opis budowy geologicznej i stosunki wodne oraz wskazywał, że woda gruntowa występuje w zwierciadle swobodnym, napiętym i jako sączenia. Podano, że woda gruntowa występuje w warstwie II i III, a rzędne poziomu zwierciadła wody wahają się od 130,20 do 154,85 m n.p.m. i mogą ulegać zmianie w zależności od pory roku i występujących opadów. Na znacznej części obszaru nie nawiercono wody gruntowej.

Ponadto w dokumentacji projektowej autorzy wskazali, że miejsca wymagające odwodnienia i przyjętą metodologię odwodnienia na poszczególnych kolektorach podano w części graficznej opracowania na rysunku od nr 3 do nr 20. Jako niezbędne wskazano odwodnienie wykopów na kolektorach: A,B,C,D,E,E1,G,N i R.

W dokumentacji geotechnicznej dla budowy kanalizacji sanitarnej w G. – K. zwrócono uwagę na fakt, że ze względu na duże odległości pomiędzy otworami budowa geologiczna podłoża między nimi może się nieco różnić od przedstawionej na profilach otworów. Możliwe jest zwłaszcza lokalnie występowanie wody w rejonach obniżen gruntów. Podobnie mogą ulec zmianie warunki wodne mogące spowodować np. konieczność odwodnienia wykopu. W przypadkach wątpliwych zalecano odbiór geotechniczny wykopu. Na niektórych odcinkach mogła zaistnieć konieczność wykonania prac odwodnieniowych na czas prowadzenia robót. Powyższa dokumentacja geotechniczna została wykonana w maju 2006 r.

W projekcie budowlanym uwzględniono całość dokumentacji geotechnicznej. Wskazano na możliwość wahania rzędu poziomu lustra wody gruntowej oraz występowanie wody w różnych stadiach, tj. wodę napiętą, swobodną i sączenia. Uwzględniono wszystkie informacje o wodzie gruntowej, stwierdzone w badaniach geotechnicznych. Na profilach rurociągów zostały umieszczone profile geologiczne. W miejscach, gdzie miały przebiegać główne ciągi, zostały wykonane odwierty w celu stwierdzenia rodzaju gruntu i jeżeli występowała tam woda, to zostało to określone, ale mogła ona wystąpić w miejscach, gdzie nie były wykonane otwory. W projekcie wskazano, że są to miejsca orientacyjne.

W (...) w „wymaganiach ogólnych” podano, że niezależnie od budowy urządzeń stanowiących elementy systemów odwadniających, ujętych w dokumentacji projektowej, wykonawca powinien, o ile wymagają tego warunki terenowe, wykonać urządzenia, które zapewnią odprowadzenie wód gruntowych i opadowych poza obszar robót ziemnych tak, aby zabezpieczyć grunt przed jego przewilgoceniem i nawodnieniem. Wykonawca miał obowiązek takiego wykonania wykopów, aby powierzchniom gruntu nadawać w całym okresie trwania robót spadki, zapewniające prawidłowe odwodnienie. Podczas montażu przewodu wykop powinien być odwodniony i zabezpieczony przed zalewaniem przez wody opadowe. Przy poziomie wody gruntowej powyżej dna wykopu należało zapewnić odwodnienie wykopu na czas robót.

Powód przygotował cenę ofertową, zgodnie z otrzymaną dokumentacją i specyfikacją, na formularzach sporządzonych przez zamawiającego, które wymieniały poszczególne kolektory. W swojej ofercie uwzględnił on wszystkie odcinki, na których miały być odwodnienia. W przypadku kolektorów, na których nie zachodziła konieczność dokonania odwodnienia, powód przyjął niższą stawkę. Prace odwodnieniowe wpływały na wysokość stawki wskazanej przez powoda. Powód opracował koszty pompowania on na podstawie dokumentacji projektowej. Nie posiadał jednak dokumentacji geologicznej, ale dokładnej dokumentacji nie posiadała również pozwana.

Podczas realizacji robót wystąpiła woda gruntowa uniemożliwiająca wykonanie wykopu i montażu rurociągu kanalizacji sanitarnej w miejscach niewskazanych w dokumentacji projektowej. Było tak przez cały okres prowadzenia

inwestycji. W związku z tym powód wykonywał odwodnienia zgodnie ze wskazaniami zawartymi w dokumentacji technicznej, czyli przy zastosowaniu igłofiltrów lub metody drenowania. Warunki terenowe były ciężkie, ponieważ występowały grunty gliniaste, gliny piaszczyste i ilaste. Woda gruntowa występowała często w formie napiętego zwierciadła, tzn. między dwoma warstwami gliny znajdowała się warstwa piasków, w których znajdowała się woda gruntowa pod ciśnieniem. Był to główny problem w trakcie prowadzenia robót, bowiem występowały przypadki, w których pracownicy powoda prowadzący roboty na kolektorze w dolnej części napotykali wodę, natomiast w górnych partiach wzdłuża mieli problem natrafiając na niezlokalizowane pokłady wód gruntowych.

Pracownicy powoda, realizując przedmiot umowy, prowadzili odwodnienia zgodnie z zapisami projektu. Z uwagi na informację zamawiającego o niedostępności dokumentacji geologicznej i że wszystkie szczegóły są zawarte w dokumentacji przetargowej, powód przyjął podane ilości robót odwodnieniowych jako obowiązujące. Powód nie mógł przeprowadzić inwestycji bez dokonania odwodnienia dodatkowych odcinków. Były to roboty konieczne do ukończenia inwestycji. Powód nie traktował tych prac jako roboty tymczasowe, bowiem w jego ocenie robotami takimi są wszelkiego rodzaju grodzienia wykopów i czynności pomocnicze, niemające bezpośredniego wpływu na wykonanie robót.

W przypadku prac odwodnieniowych w miejscach, które nie były wskazane w dokumentacji projektowej, pracownicy powoda prowadzili pompowania w nocy z uwagi na wymogi technologiczne tych prac, ponieważ obniżanie zwierciadła wód gruntowych trwało nawet do 5 – 7 godzin od rozpoczęcia odwodnienia. Odwodnienie zatem wykonuje się wcześniej, ponieważ dopiero po obniżeniu wód gruntowych do poziomu umożliwiającego wykonanie robót rozpoczynane są prace na odwodnionym odcinku. W związku z tym powód przystępował do wykonania rurociągu po uprzednim odwodnieniu danego odcinka.

Sporne roboty odwodnieniowe zostały wykonane przez powoda na odcinkach, które nie były wyrysowane na profilach. Były one konieczne do zakończenia wszystkich prac związanych z przedmiotową inwestycją.

W dniu 23 stycznia 2008 r. powód skierował do pozwanej wniosek o roboty dodatkowe, w którym prosił o wyrażenie zgody na wykonanie odwodnienia igłofiltrem na odcinku kanalizacji sanitarnej G6 – G7 za studnią G6, wskazując, że zaistniały nieprzewidywalne warunki techniczne, ponieważ wystąpiła woda gruntowa uniemożliwiająca wykonanie wykopu i montażu rurociągu kanalizacji sanitarnej, czego na danym odcinku projekt techniczny nie przewidywał. Powód oszacował te roboty na kwotę 1.810,72 Euro. Pozwana odpowiedziała, że nie widzi podstaw do pozytywnego zatwierdzenia tego wniosku, ponieważ mimo tego, że podczas spotkania w dniu 30 stycznia 2008 r. inżynier wstępnie zakwalifikował w/w roboty jako roboty dodatkowe, to po głębszej analizie dokumentacji przetargowej i stosownych przepisów prawa uznano wniosek powoda za bezzasadny.

W dniu 27 lutego 2008 r. powód skierował do pozwanej kolejny wniosek o roboty dodatkowe, wskazując, że odcinku O1 – O2 zaistniały nieprzewidywalne warunki techniczne, polegające na wystąpieniu wody gruntowej uniemożliwiającej wykonanie wykopu i montażu rurociągu kanalizacji sanitarnej, mimo że projekt techniczny nie przewidywał takich warunków na tym odcinku. Koszt powyższych robót powód wycenił na kwotę 4.846,55 Euro plus VAT. Inżynier kontraktu poprosił o złożenie wniosku o roboty dodatkowe, uwzględniające roboty odwodnieniowe na tym odcinku, potwierdzając ich zasadność, ale ostatecznie pozwana odmówiła zatwierdzenia robót odwodnieniowych na odcinku O1 – O2 jako dodatkowych.

Następnie powód składał analogiczne wnioski do prac odwodnieniowych na innych odcinkach (w dniu 8 lipca 2008 r. na odcinku B1 – B2, B2 – B3 i B4 – B5, w dniu 15 września 2008 r. na odcinku D8 – D9 – D10 – D11 – D12, w dniu 13 lutego 2009 r. na odcinku B7 – B10, w dniu 1 czerwca 2009 r. na odcinku (...) – B13), ale nie uzyskał od pozwanej zgody na uznanie tych prac za roboty dodatkowe.

W dniu 27 listopada 2009 r. powód oświadczył, że ukończył wszystkie roboty, a wartość wszystkich wykonanych robót zgodnie z umową wyniosła 1.602.088,47 Euro + VAT. Ponadto wskazał, że szacunkowa wartość innych kwot, które uważa za należne mu na mocy kontraktu, wynoszą 352.579 zł plus VAT. Na tę kwotę składały się roboty odwodnieniowe, zgłoszone w powyższych wnioskach, które zostały odrzucone przez pozwaną, w kwocie 337.579 zł

+ VAT i kwota 15.000 zł + VAT z tytułu kosztu opinii wydanej na zlecenie wykonawcy. Następnie pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 430.146,38 zł brutto tytułem prac dodatkowych i kosztów wykonania prywatnej opinii, ale pozwana wskazała, że nie znajduje podstaw do zapłaty tej kwoty.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że powyższy stan faktyczny ustalił przede wszystkim na podstawie przedstawionych przez strony dokumentów, których prawdziwość nie budziła wątpliwości, a przy tym wynikające z nich okoliczności znajdowały odzwierciedlenie w zeznaniach świadków i stron. Co do dzienników pompowań i prywatnej opinii sporządzonej przez J. Z. Sąd ten wziął pod uwagę, że stanowiły one jedynie dokumenty prywatne, które nie korzystają z domniemania zgodności z prawdą zawartych w nich oświadczeń, a pozwana kwestionowała ich moc dowodową, wskazując, że są one wewnętrznymi dokumentami powoda i nie miał wpływu na ich treść, więc stanowią w istocie wyłącznie oświadczenie powoda o ilości i czasie wykonanych przez niego pompowań. Także prywatna opinia ma jedynie moc dokumentu prywatnego, a przy tym nie miała znaczenia w tej sprawie, ponieważ Sąd Okręgowy oparł się w tym zakresie na opinii biegłego sądowego i instytutu, które zostały sporządzone na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Ponadto Sąd Okręgowy uwzględnił zeznania świadków K. K., P. R., J. N. (1), K. S., H. W. (1) i K. M., wskazując szczegółowo, z jakich przyczyn i co do jakich okoliczności dał tym świadkom wiarę. Natomiast odnośnie do zeznań stron Sąd ten wskazał, że generalnie nie wniosły nic do sprawy, ponieważ stanowiły powielenie twierdzeń stron przedstawionych w pismach procesowych, niemniej znajdowały potwierdzenie w dokumentów i zeznaniach świadków, w związku z czym w tym zakresie nie budziły wątpliwości odnośnie do ich wiarygodności.

Sąd Okręgowy wskazał następnie, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia miała opinia Instytutu (...) w (...) Wydział (...) Politechniki (...), ale częściowo oparł się także na opinii biegłej sądowej M. S. (1). Opinię w/w Instytutu uznał za wiarygodną, mimo że została zakwestionowana przez powoda.

Co do opinii biegłej sądowej M. S. (1) Sąd Okręgowy wskazał, że poddała ona analizie poszczególne odcinki sieci kanalizacyjnej, wskazując fragmenty, na których nie było możliwości przewidzenia poziomu wód gruntowych i odcinki, na których można było spodziewać się wód gruntowych pod dnem wykopu. Zwróciła uwagę na treść dokumentacji projektowej, warunków technicznych wykonania i odbioru sieci kanalizacyjnych, zauważając, że w załączniku do oferty, stanowiącej przedmiary robót, powód ujął wysokość wynagrodzenia wraz z rezerwą 10 %, przeznaczoną na roboty wynikające ze zwiększonego obmiaru robót podstawowych w wysokości 132.406,96 Euro. Ponadto wskazała na postanowienia zawarte we wstępie do przedmiaru w zakresie ujęcia cen jednostkowych wstawianych do przedmiaru robót. Odniosła się też do postanowienia dotyczącego rzędnych poziomu zwierciadła wody wahających się od 130,20 m do 154,85 m n.p.m. oraz charakteru tego postanowienia i opisała położenie dzielnicy K..

Biegła wskazała, że przy kalkulowaniu kosztów odwodnienia powód powinien oprzeć się przede wszystkim na zatwierdzonej dokumentacji projektowej, biorąc pod uwagę całą zawartość projektu, zarówno część opisową, jak i graficzną. Powinien był również przewidzieć, że poziom wód gruntowych nie jest stały i w ciągu roku może się zmienić nawet o +/- 1 m, ponieważ poziom wód nie był stały i mógł ulegać zmianom na skutek oddziaływania czynników atmosferycznych i ingerencji człowieka.

Powód zarzucał, że powyższa opinia była błędna i niespójna, a biegła nie miała odpowiednich uprawnień do sporządzenia opinii w zakresie sieci sanitarnych. Zdaniem powoda, biegła wybiórczo zapoznała się z dokumentacją, a jej wnioski były chybione i bezpodstawne. Nie zgadzał się zwłaszcza z tym, że powinien był przewidzieć występowanie wód gruntowych na profilach, które nie były zaznaczone w dokumentacji projektowej.

W związku z tym biegła sporządziła opinię uzupełniającą, w której wyjaśniła swoje kwalifikacje oraz odpowiedziała na pozostałe zarzuty powoda. Opinia uzupełniająca także została zakwestionowana przez powoda. Następnie biegła M. S. złożyła na rozprawie ustne wyjaśnienia, które również zostały zakwestionowane przez powoda. W związku z jego zarzutami Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że opinia biegłej nie jest wyczerpująca i jednoznaczna, wobec czego

zachodzi potrzeba dopuszczenia dowodu z opinii Instytutu, którą sporządziła Politechnika K. Wydział (...) Instytut (...) (...).

Powyzsza opinia została zakwestionowana przez powoda, który wniósł o jej uzupełnienie. W konsekwencji na żądanie Sądu Okręgowego biegli przedstawili na rozprawie ustne wyjaśnienia tej opinii. Ostatecznie Sąd ten uznał opinię Instytutu za miarodajną i wiarygodną.

Następnie Sąd Okręgowy uznał, że na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Zawarta między stronami umowa była umową o roboty budowlane, a ich spór sprowadzał się do tego, czy powodowi przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za prace odwodnieniowe wykonane na kolektorach, na których występowanie wód gruntowych nie było wyrysowane na profilach. Powód twierdził, że w skalkulowanej przez niego cenie uwzględnił roboty odwodnieniowe w tych miejscach, w których odwodnienie było ujęte w dokumentacji projektowej, a objęte pozwem roboty odwodnieniowe zostały wykonane w miejscach, w których dokumentacja przetargowa nie przewidywała odwodnień, w związku z czym nie mogły one zostać uwzględnione przez niego w przyjętych cenach jednostkowych. W konsekwencji, jego zdanie, sporne roboty należało uznać jako roboty dodatkowe, ponieważ nie były przewidziane w projekcie i nie wynikały z niego, a on nie mógł przewidzieć konieczności ich wykonania w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

W tej sytuacji należało ustalić, czy w umowa stron obejmowała sporne roboty i konieczność ich wykonania, czy też miały one charakter robót dodatkowych w stosunku do zamówienia podstawowego.

Zgodnie z klauzulą nr 13 roboty dodatkowe mogły być wykonane na podstawie protokołu konieczności zatwierdzonego przez zamawiającego i po podpisaniu dodatkowej umowy. W klauzuli nr 12 strony przewidziały sposób ustalenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe, co miało zostać ustalone kosztorysem szczegółowym ze stosowaniem przewidzianych w umowie czynników cenotwórczych i zasad. Istotna była ponadto treść klauzuli 4.10, zgodnie z którą zamawiający powinien udostępnić wykonawcy wszelkie posiadane informacje na temat warunków hydrologicznych i powierzchniowych na terenie budowy, włącznie z ich aspektami środowiskowymi. Zamawiający miał również udostępnić wykonawcy wszelkie dane, które uzyska w późniejszym okresie. Wykonawca był natomiast odpowiedzialny za interpretację tych danych.

W umowie przyjęto, że wykonawca uzyskał wszystkie konieczne informacje odnoszące się do ryzyka, koniecznych rezerw i innych okoliczności, które mogą wpływać na ofertę lub na roboty, a także że wykonawca dokonał inspekcji i badania terenu budowy, jego otoczenia, dostępnych informacji i przed złożeniem oferty upe-wnił się co do wszystkich istotnych spraw m. in. do kształtu i charakteru terenu budowy, włącznie z warunkami pod powierzchnią ziemi, warunków hydrologicznych i klimatycznych, zakresu i charakteru pracy oraz dostaw koniecznych do wykonania i ukończenia robót.

W umowie stron wskazano również definicję nieprzewidywalnych warunków fizycznych, zgodnie z którą „warunki fizyczne” oznaczały warunki fizyczne, zarówno naturalne jak i stworzone przez człowieka oraz inne fizyczne przeszkody i skażenia, które wykonawca napotkał na terenie budowy w trakcie wykonywania robót, włącznie z warunkami pod powierzchnią ziemi i hydrologicznymi, ale z wyłączeniem warunków klimatycznych. Jeśli wykonawca napotkał na niekorzystne warunki fizyczne, które uznał za nieprzewidywalne, to powinien jak najszybciej powiadomić o tym inżyniera. W przypadku nieprzewidywalnych warunków fizycznych umowa przewidywała wydłużenie czasu z powodu takiego opóźnienia i pokrycie poniesionych w związku z tym kosztów. Jednak z umowy wynikało, że pojęcie „nieprzewidywalna”, należy rozumieć jako niedająca się w racjonalny sposób przewidzieć przez doświadczonego wykonawcę przed dniem złożenia oferty.

Niezależnie od tego w celu rozstrzygnięcia, czy sporne roboty można uznać za dodatkowe należało uwzględnić treść dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. W dokumentacji projektowej zastrzeżono w części opisowej sieci kanalizacyjnej, że woda

gruntowa występuje w utworach piaszczystych, a jej zwierciadło stabilizuje się na różnych głębokościach w zależności od miejsca badań i na niektórych odcinkach powstanie konieczność wykonania prac odwodnieniowych na czas prowadzenia robót.

W części dotyczącej uszczegółowienia rozwiązań projektowych wskazano, że dla terenu objętego projektem wykonano dokumentację geotechniczną, a otwory z tej dokumentacji naniesiono na profile kolektorów. Podano, że na niektórych obszarach występuje wysoki poziom wody gruntowej i ułożenie w tych miejscach kanalizacji wymagać będzie odwodnienia wykopów. Ponadto badania geotechniczne wykazały również występowanie miejscami gruntów słabonośnych. Autorzy podkreślili budowę geologiczną i stosunki wody występujące na tym terenie. Woda gruntowa występowała w drugiej i trzeciej warstwie w postaci zwierciadła swobodnego lub napiętego oraz jako sączenia. Autorzy projektu zwrócili uwagę, że rzędne terenu są bardzo zróżnicowane i wahają się od 134,7 do 158,90 m n.p.m. Jako niezbędne odwodnienia wskazano kolektory (...).

Pozwana wskazała, że nie posiada szczegółowej dokumentacji dotyczącej odwodnienia terenu, o czym poinformowała wykonawców, odpowiadając na jedno z zadanych pytań. Posiadała jedynie dokumentację geotechniczną, ale nie udostępniła jej oferentom, ponieważ wszystkie dane z tej dokumentacji, niezbędne do przygotowania oferty i wyceny robót, zostały ujęte w dokumentacji projektowej stanowiącej część (...).

Świadek H. W. (1), która sporządzała powyższą dokumentację, zeznała, że wskazano w niej na możliwość wahaniami poziomu lustra wody gruntowej. Dokumentacja geotechniczna została stworzona w kwietniu 2006 r., a uzupełniona we wrześniu 2006 r. Wynikało z niej, że na obszarze inwestycji występuje woda w różnych stadiach. W rejonie, gdzie miał przebiegać rurociąg, zostały wykonane odwierty w celu stwierdzenia rodzaju występującego gruntu i we wszystkich miejscach, w których woda występowała, zostało to wykazane, jednak mogła ona występować również w miejscach, gdzie nie były wykonane odwierty. W projekcie napisano, że są to miejsca orientacyjne. Teren, na którym była prowadzona inwestycja, był terenem morenowym, specyficznym dla wód gruntowych i zawsze mogła ona pojawić się na dnie gruntu. Nawet jeśli wykonawca nie znał dokładnie miejsc występowania wody gruntowej, to – znając rodzaj gruntu – mógł sobie procentowo przyjąć, na jakiej części woda może jeszcze dodatkowo wystąpić. Przy takich gruntach nie jest możliwe dokładne określenie obszaru, na którym woda będzie występować. Tego problemu nie rozwiązałoby nawet wykonanie większej ilości otworów.

Także świadek K. K., która pełniła na tej inwestycji funkcję inspektora nadzoru, zeznała, że na osiedlu, na którym powód wykonywał roboty, dynamicznie rozwijało się budownictwo i zmieniały się rzędne terenu, co miało wpływ na poziom wód gruntowych. W takich wypadkach bardzo często zdarza się, że występuje różnica między stanem dróg i wód gruntowych, opisanym w projekcie a stanem rzeczywistym. Również biegli z instytutu podkreślili, że treść dokumentacji projektowej świadczy o złożoności warunków gruntowych i o tym, że miejscami występuje wysoki poziom wód gruntowych, co powinno uczulić wykonawcę na ostrożną wycenę, uwzględniającą ryzyko wystąpienia wód gruntowych. Biegli wskazali wprawdzie, że dokumentacja projektowej mogła być myląca, ponieważ w jej części opisowej zaznaczono miejsca wymagające odwodnienia i przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach, w związku z czym byłoby lepiej, gdyby projektant profili w ogóle nie zaznaczył tych miejsc. Nie świadczy to jednak o wadliwości dokumentacji projektowej, ponieważ obowiązujące przepisy nie regulują szczegółowo, jak powinien zostać sporządzony projekt budowlany lub projekt wykonawczy. Projektant nie miał więc obowiązku, aby w części graficznej wyrysować wszystkie odcinki, gdzie według niego powinny zostać wykonane roboty odwodnieniowe.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że w punkcie dziewiątym specyfikacji technicznej zamawiający umieścił informacje na temat składników ceny za 1 m³ wykonania robót ziemnych, zgodnie z czym „cena wykonania robót ziemnych 1 m³ zawiera m. in. odwodnienie wykopu na czas jego wykonania, przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w specyfikacji technicznej”. Ponadto specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych w zakresie robót przygotowawczych przewidywała, że przed lub w trakcie prowadzenia robót ziemnych należy zainstalować instalacje i urządzenia odwodnieniowe, zabezpieczając wykopy przed wodami pokładowymi, powierzchniowymi i gruntowymi. W punkcie 5.2.3 zamawiający wskazał, że niezależnie od budowy urządzeń stanowiących element systemów odwodnienia, ujętych w dokumentacji projektowej, wykonawca powinien,

o ile będą wymagały tego warunki terenowe, wykonać urządzenie zapewniające odprowadzenie wód gruntowych i opadowych poza obszar robót ziemnych.

Wykonawca miał zatem obowiązek wykonania wykopów i nasypów, aby powierzchnia gruntu w całym okresie trwania robót zawierała spadki zapewniające prawidłowe odwodnienie. W punkcie 5.2. 3 (...) Kanalizacja sanitarna, przepompownia zaznaczono, że z uwagi na możliwość zalania wykopów w czasie robót należy wykonać ich właściwe odwodnienie. W tym celu zamawiający zalecił wykonanie drenaży poziomych lub użycie igłofiltrów.

W (...) w części dotyczącej przedmiaru robót zamawiający wskazał, że „ceny jednostkowe wstawiane do przedmiotu robót powinny być wartościami globalnymi dla robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne do wykonania opisanych robót razem ze wszystkimi robotami, które mogą okazać się niezbędne (w tym robotami tymczasowymi) oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w kontrakcie lub z niego wynikające”.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych do wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programów funkcjonalno – użytkowego dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składała się m. in. z projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w przypadku, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. W/w rozporządzenie w § 9 ust. 2 przewiduje roboty tymczasowe, którymi są roboty projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i które są usuwane po wykonaniu robót podstawowych z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania.

W tym kontekście autorzy opinii wskazali, że roboty odwodnieniowe w pełni spełniały definicję robót tymczasowych, więc zgodnie z (...) wykonawca zobowiązany był ująć je w cenach jednostkowych robót podstawowych. W kosztorysie nie występowała osobna pozycja dotycząca odwodnienia, co oznacza, że roboty odwodnieniowe zostały potraktowane jako roboty tymczasowe, a ich koszt uwzględniono w robotach podstawowych w postaci budowy kolektora sanitarnego. Wykonane przez powoda roboty odwodnieniowe były niezbędne do wykonania robót podstawowych i były usuwane po dokonaniu prac podstawowych.

Sąd Okręgowy wziął pod uwagę również zeznania prezesa zarządu pozwanej spółki, który wskazał, że nie wyszczególniła ona robót odwodnieniowych, ponieważ był to element robót tymczasowych, takich jak np. oszalowanie wykopu. W związku z tym wystarczała klauzula, że w cenie jednostkowej należy ująć roboty tymczasowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Okręgowy uznał, że zamawiający nakazał skalkulować w cenie oferty koszt robót tymczasowych, które wchodziły w zakres robót podstawowych, jakie powód miał wykonać. Powód kwestionował, że roboty odwodnieniowe należy traktować jako tymczasowe, a Sąd ten oparł się na w/w rozporządzeniu i na opinii Instytutu, przyjmując tymczasowy charakter prac odwodnieniowych, co do których na profilach nie było wyrysowane występowanie wód gruntowych. Roboty te nie były przekazywane zamawiającemu i były wykonywane jako prace potrzebne do przeprowadzenia robót podstawowych.

W części opisowej dokumentacji technicznej zostały wyszczególnione kolektory, na których mogła wystąpić woda gruntowa. W części graficznej na profilach pokazano, na jakiej rzędnej znajduje się woda w stosunku do rzędnej położenia kolektora. Z opinii biegłych wynika, że robót odwodnieniowych z całą pewnością nie można było ująć jako dodatkowych w stosunku do przedmiotu zamówienia.

O charakterze spornych robót może również świadczyć stopień nieprzewidywalności wystąpienia wody gruntowej na poszczególnych odcinkach w oparciu o dokumentację przekazaną wykonawcy przez zamawiającego. Powód, jako wykonawca, powinien kompleksowo odczytywać wszelką dokumentację, którą otrzymał od zamawiającego. Ze wszystkich omówionych wyżej zapisów w dokumentacji umownej wynika, że można było podejrzewać konieczność

odwodnienia również w innych miejscach niż tylko w zaznaczonych w części graficznej dokumentacji projektowej. Zamawiający zaznaczył bowiem na profilach tylko te miejsca, w których z dużym prawdopodobieństwem mogła wystąpić woda gruntowa.

Ponadto powód w toku postępowania przetargowego zwrócił się z zapytaniem, czy zamawiający posiada i udostępni projekt odwodnienia terenu, na co pozwany odpowiedział, że takiej dokumentacji nie posiada. Powód powinien więc ostrożnie wyliczyć koszty uwzględniające ryzyko związane z wystąpieniem niekorzystnych warunków gruntowo – wodnych. Mimo że projektant wyrysował profile, na których przewidziano wystąpienie wód gruntowych, to ewidentnie zachodziło ryzyko wystąpienia wód gruntowych także na pozostałych profilach. O istnieniu takiego ryzyka świadczyły zapisy dokumentacji mówiące o poziomie wody gruntowej, ponieważ ta informacja sugerowała wystąpienie powyższego ryzyka.

Konieczność wykonania robót odwodnieniowych została przez zamawiającego określona zarówno w projekcie, jak i (...), specyfikacji technicznej i przedmiarze. Chociaż w tym ostatnim dokumencie zamawiający nie wyróżnił robót odwodnieniowych, to jednak nakazał ich uwzględnienie w cenie jednostkowej w pozycji związanej z wykonaniem robót ziemnych. W opinii Instytutu zwrócono uwagę, że roboty liniowe, do których należy zaliczyć wykonanie kanalizacji sanitarnej, są szczególnie ryzykowne z uwagi na dużo większe zróżnicowanie warunków gruntowych na obszarze prowadzenia takich robót, w szczególności występować może zróżnicowanie warstw gruntowych. Zdaniem biegłych, z całości dokumentacji wynika, że ryzyko wystąpienia wód gruntowych w miejscach niezaznaczonych na dokumentacji należało uznać za wysokie.

Z zeznań świadków J. N. i H. W. wynikało, że teren K. charakteryzuje się urozmaiconą rzeźbą terenu, a woda gruntowa utrzymuje się zawsze w warstwie wodonośnej, więc przy tego typu gruntach nie można dokładnie określić obszaru, na którym woda będzie występować. Zresztą z zeznań prezesa zarządu powoda wynikało, że miał on świadomość, że sytuacja hydrogeologiczna terenu, na którym prowadzona była przedmiotowa inwestycja, jest trudna. Zeznał, że doświadczenie powoda [Sąd Okręgowy omyłkowo napisał „pozwaną spółkę”] z odwodnieniami było duże. Należało zatem przyjąć, że powód, jako profesjonalny wykonawca budowlany realizujący roboty o takiej skali jak w tym wypadku, był w stanie określić na podstawie dokumentacji zakres robót objętych zamówieniem, w tym również roboty tymczasowe.

W konsekwencji Sąd pierwszej instancji stwierdził, że skoro teren, na którym powód realizował przedmiotowe roboty, był bardzo zróżnicowany, to powinien był on liczyć się z możliwością wystąpienia wód gruntowych. Z dokumentacji wynikało bowiem, że poziom wód gruntowych, w zależności od otworu, wahał się od 130,20 m n.p.m. do 154 m n.p.m., ale wbrew powodowi nie oznaczało to, że poziom zwierciadła wody w danym utworze ulegał wahaniom wynoszącym 24 m.

Kalkulując swoją ofertę, powód powinien oprzeć się zarówno na dokumentacji projektowej (w tym warunkach geotechnicznych), jak i na specyfikacjach technicznych, założeniach wyjściowych do kosztorysowania i sposobie obliczania ceny podanym w (...). Liniowość prac powoduje znaczne zwiększenie ryzyka wystąpienia wody gruntowej na trasie robót, więc wykonawca musi założyć, zwłaszcza przy mało precyzyjnie wykonanych badaniach geotechnicznych, wysokie ryzyko wystąpienia wód gruntowych.

Wobec tego powód, jako wykonawca, powinienem był liczyć się z koniecznością wykonania prac odwodnieniowych również na tych profilach, na których wystąpienie wód gruntowych nie było wyrysowane. Analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że ryzyko wystąpienia wód gruntowych także na innych profilach było wysokie. Brak było podstaw do przyjęcia, że pozwana w sposób enumeratywny wskazała w części graficznej projektu jedynie te profile, na których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnieniowych, ponieważ zamawiający także nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc, w których zachodziła konieczność przeprowadzenia odwodnień. W związku z tym w projekcie podano, że badania gruntowe są orientacyjne i należy tak je traktować, ustalając każdorazowo poziom wprowadzenia igłofiltrów. Orientacyjny charakter badań potwierdziła w swoich zeznaniach świadek H. W. (3).

Dodatkowo należy podkreślić, że dane dotyczące poziomu wód gruntowych odnosiły się do okresu badań z kwietnia 2006 r. Z zeznań prezesa zarządu pozwanej wynika, że nie wykonywano badań hydrologicznych dotyczących poziomu wód gruntowych, ponieważ wykonuje się je przy robotach punktowych, a nie liniowych, bowiem w ich wypadku dokładne badania hydrogeologiczne mogłyby przekroczyć wartość koniecznych robót odwodnieniowych.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, zarówno powód, jak i pozwana zdani byli na ryzyko z uwagi na niepełny stan wiedzy o poziomie wód gruntowych na obszarze planowanej inwestycji. Powód został jednak poinformowany o tym ryzyku, ale błędnie założył, że przekazana dokumentacja przedstawia pełną informację o koniecznym zakresie odwodnień, chociaż faktycznie tak nie było, więc powinien on założyć ryzyko wykonania robót odwodnieniowych, tym bardziej, że jako profesjonalista działający od wielu lat w branży budowlanej powinien był przeanalizować całą dokumentację, a nie poprzestawać jedynie na części graficznej projektu, uznając, że wody gruntowe, co za tym idzie konieczność dokonania odwodnień, wystąpią wyłącznie na profilach, na których było wyrysowane wystąpienie tych wód. Oparcie się tylko na części graficznej projektu bez dokładnej analizy pozostałych dokumentów nie uwzględniało wszystkich informacji przekazanych przez zamawiającego i było sprzeczne z umową, która nakazywała wymienione w niej dokumenty odczytywać i interpretować jako integralną całość.

Ponadto jeżeli powód miał jakiegokolwiek wątpliwości po zapoznaniu się z pełną dokumentacją przetargową, to mógł zgłosić zamawiającemu stosowne pytania i wyjaśnić wątpliwości w toku postępowania przetargowego. Jednak poprzestał on na odpowiedzi, że zamawiający nie przekaze dokumentacji geologicznej, ponieważ wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom. Udzielona przez zamawiającego informacja musiała być satysfakcjonująca dla powoda, ponieważ nie składał dalszych pytań. Poza tym prezes zarządu powoda zeznał, że dokumentacja była bardzo szczegółowa i powód przyjął, że wskazuje miejsca, w których należy wykonać odwodnienie. Miejsca, w których miały nastąpić pompowania, były bardzo precyzyjnie wskazane na profilach w części graficznej projektu. Powód nie brał jednak pod uwagę ryzyka, że woda może wystąpić wszędzie.

W związku z tym Sąd Okręgowy uznał, że chociaż na etapie postępowania przetargowego powód niewątpliwie zapoznał się z całością dokumentacji, to jednak co do prac odwodnieniowych skupił się głównie na części graficznej dokumentacji projektowej, przyjmując, że tylko na określonych w niej profilach wystąpi konieczność przeprowadzanie tych prac, mimo że zakres powierzonych mu prac został określony w całej dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej przedmiotu zamówienia.

Nie można więc zgodzić się z powodem, że umowa stron nie obejmowała wykonania spornych prac odwodnieniowych, a pozwana zamówiła wykonanie tych prac jedynie na tych odcinkach, które zostały wskazane w części graficznej dokumentacji projektowej. W konsekwencji nie można uznać, że sporne prace stanowiły roboty dodatkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z umową jej przedmiot należało wykonać zgodnie z projektem, biorąc pod uwagę nie tylko jego część graficzną, ale również opisową, z uwzględnieniem specyfikacji technicznych, przedmiaru robót i (...), czytając te dokumenty łącznie.

Niezasadne było więc twierdzenie powoda, że przedmiotem zamówienia były objęte prace odwodnieniowe tylko na tych profilach, które zostały wyrysowane w części graficznej dokumentacji projektowej, a w innych miejscach odwodnienie nie było zamówione przez pozwanego. Nielogiczna i niezgodna z doświadczeniem życiowym byłaby taka wykładnia umowy stron, z której wynikałoby, że tylko część graficzna projektu określa przedmiot zamówienia w zakresie prac odwodnieniowych. Sporne roboty odwodnieniowe były integralnie związane z wykonaniem całego przedmiotu umowy, więc nie mogły stanowić robót dodatkowych. Z całości dokumentacji, którą wykonawca dysponował w postępowaniu przetargowym, jednoznacznie wynika, że z przedmiotem zamówienia łączył się obowiązek wykonania prac odwodnieniowych, i to nie tylko na profilach, na których wystąpienie wód gruntowych zostało wyrysowane. Skoro zamawiający sam nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc, w których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnienia, trudno uznać, że zamówił prace odwodnieniowe tylko na niektórych profilach, tym

bardziej, że wykonawca mógł założyć, że wody gruntowe będą występować na całym terenie i konieczne będzie ich pompowanie, ale wówczas cena byłaby zupełnie inna niż w kosztorysie ofertowym.

Analizując całość dokumentacji przekazanej powodowi na etapie postępowania przetargowego, można było założyć wystąpienie wód gruntowych także w innych miejscach niż te, które zostały przedstawione w części graficznej dokumentacji projektowej. Ryzyko ich wystąpienia było bowiem wysokie. Nie można przyjąć za powodem, że pierwszeństwo miała część graficzna dokumentacji projektowej przed jej częścią opisową. Powód powinien był więc wliczyć w cenę jednostkową robót wszystkie roboty, które mogą okazać się niezbędne (w tym roboty tymczasowe) oraz objąć wszelkie ogólne ryzyka, obciążenia i obowiązki wymienione w kontrakcie lub z niego wynikające.

W konsekwencji nie można uznać, że chodziło o nieprzewidywalne warunki fizyczne, o jakich była mowa w umowie stron. Ryzyko wystąpienia wód gruntowych istniało bowiem także na innych profilach i było ono wysokie, a przy tym można było je przewidzieć czytając całą dokumentację. Powód na podstawie całej dokumentacji mógł ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować wynikające z niej zobowiązanie i ocenić związane z nim koszty. W ocenie tej powinno zostać ujęte ewentualne ryzyko wystąpienia wód gruntowych na profilach innych niż wymienione w części graficznej projektu.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., powoływanej dalej w skrócie jako: „P.z.p.”) przedmiot zamówienia powinien zostać dokładnie opisany, a więc uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym oszacowania ceny oferty.

Sąd Okręgowy uznał, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w sposób dokładny za pomocą całej dokumentacji projektowej, tj. w części opisowej i graficznej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej przedmiotu zamówienia. Powyższe dokumenty należało traktować jako wzajemnie wyjaśniające się. Z tych przyczyn powód, jako profesjonalista, przy ocenie zakresu umówionych robót budowlanych, w szczególności rozmiaru prac odwodnieniowych, nie mógł abstrahować od całości dokumentacji i powinien zdawać sobie sprawę, że konieczność ich wykonania pojawi się także na innych profilach niż te, które zostały przewidziane w projekcie. Nie można przyjąć za prawidłowe wybiórcze powoływanie się na część graficzną dokumentacji projektowej w oderwaniu od innych dokumentów.

W konsekwencji sporne roboty nie mogą zostać uznane za roboty dodatkowe nieobjęte przedmiotem umowy. Wszystkie dodatkowe roboty wykonane przez powoda mieściły się w ramach umowy i dały się przewidzieć w chwili jej zawarcia. Nie może być też mowy o bezpodstawnym wzbogaceniu się pozwanego w sytuacji, gdy powód wykonał przedmiot zamówienia zgodnie z umową i otrzymał za to wynagrodzenie.

Jako podstawa prawna oddalenia powództwa wskazane zostały przepisy art. 628 k.c. a contrario i art. 405 k.c. a contrario, a orzeczenia o kosztach procesu art. 108 k.p.c., zgodnie z którym Sąd pierwszej instancji rozstrzygnął jedynie o zasadzie poniesienia przez powoda kosztów procesu, uznając go za przygrywającego spór w całości i pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości apelacją przez powoda w oparciu o zarzuty:

I. naruszenia przepisów prawa materialnego:

1) art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 P.z.p. oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 P.z.p. i w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c., co spowodowało również błędne zastosowanie art. 630 k.c. i odmowę zastosowania art. 405 k.c., przez ich niewłaściwe zastosowanie i błędną wykładnię, które skutkowały uznaniem, że dostarczona przez zamawiającego dokumentacja projektowa, mimo pominięcia w niej odwodnienia na spornych odcinkach, zawierała prawidłowy i wyczerpujący oraz jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, w którym zakres robót wykonawcy obejmował również dodatkowe roboty odwodnieniowe, mimo że na podstawie tej dokumentacji nie dało się przewidzieć ich wystąpienia i w konsekwencji

błędne uznanie przez Sąd, że tak opisane (pominięte) roboty były objęte umową stron i tym samym nie były robotami dodatkowymi, wobec czego nie przysługuje za nie dodatkowe wynagrodzenie,

2) art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 1 P.z.p. i art. 647 k.c. w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 P.z.p. i w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c., co spowodowało ponadto błędne zastosowanie art. 630 k.c. i odmowę zastosowania art. 405 k.c., przez dokonanie wykładni treści umowy stron na korzyść zamawiającego, który jednostronnie przygotował treść tej umowy i dostarczył dokumentację projektową, co narusza zasadę wykładni „in dubio contra proferentem”, w szczególności przez całkowite pominięcie znaczenia precyzyjnych wskazań części opisowej projektu, że „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania rys. nr 3 – 20” oraz „Wykopy wymagające odwodnienia zostały wskazane na profilach poszczególnych kolektorów” i uznanie, że inny ogólnikowy zapis o możliwości wahań wód gruntowych jest ważniejszy niż w/w odesłanie oraz przede wszystkim ważniejszy niż precyzyjne rysunki (profile) w dokumentacji projektowej, która wyraźnie wskazuje miejsca, w których należy wykonać odwodnienie w ślad za w/w odesłaniem z części opisowej, co spowodowało, że Sąd Okręgowy uznał, że jednym ogólnikowym zapisem pozwany mógł przerzucić całość ryzyka za roboty dodatkowe na powoda, zaś precyzyjne rysunki dokumentacji projektowej były tylko orientacyjne i nie określały zakresu zobowiązania wykonawcy,

3) art. 29 ust. 1 P.z.p. przez jego błędną wykładnię i uznanie w sposób całkowicie wadliwy, że przez precyzyjne wskazania w części opisowej projektu, iż „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania tys. nr 3 – 20” oraz „Wykopy wymagające odwodnienia zostały wskazane na profilach poszczególnych kolektorów”, zamawiający wcale nie określił jednoznacznie, gdzie wymaga wykonania odwodnienia przez odesłanie do profili,

4) art. 67 ust. 1 pkt 5 P.z.p. przez jego niezastosowanie i brak uznania, że sporne odwodnienia, które nie były wrysowane do profili, stanowiły roboty dodatkowe,

5) art. 140 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie i uznanie, że zakres świadczenia wykonawcy mógł przekraczać zobowiązanie zawarte w ofercie, które jednoznacznie odnosiło się jedynie do wykonania odwodnienia wrysowanego do profili, jako części dokumentacji projektowej, a tym samym uznanie, że umowa obejmowała wykonanie zakresu prac, który obojętnie z jakich przyczyn, został pominięty na etapie projektowania,

6) art. 630 k.c. przez jego niezastosowanie (mimo dopuszczalności stosowania go przez analogię do umowy o roboty budowlane) i całkowicie błędne uznanie przez Sąd I instancji, że mimo, iż dokumentacja przetargowa była przygotowywana przez pozwanego, jako zamawiającego i że w toku wykonywania dzieła zaszła konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, powód nie ma prawa żądać z tego tytułu podwyższenia wynagrodzenia, pomimo jednoczesnego ustalenia przez Sąd, że:

a) sporne odwodnienie nie mogło zostać przewidziane nawet przez zamawiającego, który był w posiadaniu dokumentacji geotechnicznej, której nie udostępnił w toku przetargu,

b) powód nie posiadał na etapie ofertowym w/w dokumentacji i nie mógł przy ocenie ryzyka opierać się na niej,

c) w sprawie zastosowanie znajduje tzw.(...) (...), który jednoznacznie wskazuje, że ryzyko w zakresie dokumentacji ponosi zamawiający, a wykonawca otrzymuje projekt, który ma wykonać,

7) art. 630 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. przez ich niezastosowanie i błędną wykładnię umowy wskutek uznania, że zakres zobowiązania wykonawcy określa tylko przedmiar/kosztorys wskazujący określone odcinki z ogólnikowym opisem w części ogólnej, co obejmują stawki jednostkowe w ogóle, przy braku uznania przez Sąd, że zakres zobowiązania wykonawcy robót budowlanych określa w szczególności dokumentacja projektowa (rysunki), zatem jeśli wskazują one, że na niektórych kolektorach ma być wykonane odwodnienie, a w innych jest pominięte – to wykonawca miał prawo (i obowiązek) uznać, że jego zakres zobowiązania odpowiada dokumentacji projektowej,

8) art. 31 ust. 1 P.z.p. w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (dalej zwanego „rozporządzeniem”) przez jego błędną interpretację i nieuzasadnione przyjęcie, że sporne roboty mają charakter robót tymczasowych w rozumieniu tego przepisu, podczas gdy przepis ten stanowi, że roboty tymczasowe to roboty, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych, podczas gdy sporne roboty nie zostały „zaprojektowane”, gdyż projekt w żaden sposób ich nie przewidywał, a nadto fizycznie niemożliwe jest „usunięcie” wykonanego odwodnienia, co dodatkowo świadczy o tym, że roboty odwodnieniowe nie są robotami tymczasowymi,

9) art. 65 § 2 k.c. przez:

a) całkowicie błędną wykładnię łączącego strony kontraktu i nieuzasadnione przyjęcie (podążając za nieuprawnioną oceną prawną kontraktu dokonaną przez biegłych sądowych Instytutu), że ryzyko wykonania robót nieprzewidzianych w kontrakcie spoczywa na wykonawcy, podczas gdy strony oparły kontrakt na czerwonej książce (...), a co za tym idzie ryzyko dotyczące pojawienia się nieprzewidzianych robót obciążało zamawiającego, a nie wykonawcę,

b) błędne ustalenie, że kontrakt umożliwił pozwanemu przerwaniu ryzyka wystąpienia konieczności wykonania nieprzewidzianych robót odwodnieniowych na powoda, podczas gdy wątpliwości co do znaczenia oświadczeń zawartych w dokumencie powinny być tłumaczone na niekorzyść jego autora (zasada in dubio contra proferentem), tj. ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, niedających usunąć się w drodze wykładni, powinna ponieść strona, która zrehabilitowała umowę (w tym przypadku pozwany), a ponadto w zamówieniach publicznych niezwykle ważne jest stosowanie zasady tzw. sprawiedliwości kontaktowej polegającej na potrzebie równomiernego rozkładu uprawnień i obowiązków, jak i korzyści i ciężarów, wobec czego niemożliwe jest przerzucanie na wykonawcę własnych zaniedbań w zakresie przygotowania dokumentacji przetargowej przy jednoczesnym przyjęciu przez Sąd, że ryzyka wystąpienia wód gruntowych nie można było przewidzieć,

10) art. 65 § 2 k.c. w zw. z klauzulą 4.10 Warunków Ogólnych (...) przez ich niezastosowanie i brak ustalenia, jakie znaczenie miało naruszenie przez pozwanego treści klauzuli 4.10, zgodnie z którą zamawiający powinien udostępnić do wiadomości wykonawcy wszelkie posiadane dane na temat warunków hydrologicznych i powierzchniowych na terenie budowy oraz brak wyprowadzenia przez Sąd konsekwencji z nieprzekazania dokumentacji geotechnicznej przez pozwanego,

11) art. 65 § 2 k.c. w zw. z klauzulą 4.12 Warunków Ogólnych (...) przez ich niezastosowanie i brak uznania, że w sprawie wystąpiły nieprzewidziane „warunki techniczne”, które oznaczają warunki fizyczne, zarówno naturalne, jak i stworzone przez człowieka oraz inne fizyczne przeszkody i skażenia, które wykonawca napotka na terenie budowy w trakcie wykonywania robót, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i hydrologicznymi, ale z wyłączeniem warunków klimatycznych, z wszelkimi tego konsekwencjami w zakresie dodatkowego wynagrodzenia dla powoda,

12) art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie i całkowicie błędne ustalenie, że na skutek wykonania przez powoda odwodnienia, które nie zostało wskazane w części opisowej (wskazującej kolektory, gdzie jest przewidziane odwodnienie) ani graficznej (profile), do których odsyłała ta pierwsza, zamawiający nie jest wzbogacony na skutek wykonania przez powoda odwodnienia również w miejscach nie-wskazanych w dokumentacji opisowej i profilach oraz nie jest zobowiązany do zapłaty powodowi wynagrodzenia z tego tytułu, a także błędne uznanie, że roboty te były objęte kontraktem na zasadzie ryzyka wykonawcy, mimo ustalenia, że:

a) nie dało się przewidzieć konieczności wykonania spornego odwodnienia, więc nie można ustalić, że powód ponosił ryzyko w tym zakresie, skoro nie dało się go przewidzieć, a w konsekwencji oszacować,

b) wykonanie tego odwodnienia było konieczne do wykonania całej inwestycji,

c) odwodnienie zostało wykonane prawidłowo i bez uwag,

13) art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie i odmowę przyznania powodowi wynagrodzenia w dochodzonej kwocie, mimo że z kosztorysu sporządzonego w ramach opinii Instytutu wynika, że wartość odwodnienia, które określono w tym kosztorysie jako „nieuwzględnione w projekcie”, wynosi ponad 510.000 zł brutto, a zatem pozwany uzyskał korzyść majątkową w takiej wysokości, przy czym ustalona przez biegłych Instytutu wartość robót jest większa niż żądana przez powoda, który dochodzi zapłaty za wykonane odwodnienie nieuwzględnione w projekcie po niższych stawkach, niż wyliczone przez biegłych jako wartość rynkowa,

14) art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie i odmowę przyznania powodowi wynagrodzenia w dochodzonej kwocie i błędne łączenie możliwości wzbogacenia jedynie z wykonaniem robót „stałych” przy pominięciu robót „tymczasowych”, chociaż wzbogaceniem zamawiającego jest wykonanie na jego rzecz przez wykonawcę wszelkich robót nieujętych w dokumentacji projektowej, za które zamawiający niewątpliwie musiałby zapłacić, gdyby w dokumentacji zostały prawidłowo ujęte i nie ma w tym wypadku jakiegokolwiek znaczenia charakter takich robót,

II. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy:

1) art. 278 § 1 k.p.c. przez:

a) oparcie wyroku na niedozwolonej ocenie prawnej wyrażonej przez biegłych sądowych przy braku własnej oceny prawnej Sądu, w szczególności odnośnie do rozkładu ryzyka między stronami i całkowicie bezpodstawne przypisanie wykonawcy ryzyka wykonania dodatkowego odwodnienia nieprzewidzianego w projekcie, jak również w zakresie interpretacji prawnej umowy co do ujęcia w umowie spornych prac, co miało kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia, mimo że Sąd wskazał, że „nie wziął pod uwagę oceny biegłych co do rozkładu ryzyka wynikającego z realizacji przedmiotu umowy” i uznał, że w tym zakresie nie jest związany opinią,

b) błędne uznanie opinii Instytutu za „okoliczność”, podczas gdy opinia sądowa nie jest okolicznością sprawy, lecz środkiem dowodowym, a w konsekwencji błędne uznanie, że w szczególności ta „okoliczność” „nie może w żaden sposób prowadzić do przyjęcia, że umowa nie obejmowała prac odwodnieniowych objętych przedmiotem niniejszego sporu”,

2) art. 233 § 1 k.p.c. przez całkowicie dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, niezgodną z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym oraz art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wystarczającego wyjaśnienia, na których dowodach Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie i wskazania przyczyn, dla których pewnym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a mianowicie:

a) uznanie za wiarygodne w całości wszystkich dowodów z dokumentów, w tym z dokumentacji przetargowej przy jednoczesnym wybiórczym i bezpodstawnym braku uwzględnienia ich precyzyjnych postanowień z części opisowej projektu, o treści: „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania rys. nr 3 – 20” oraz „Wykopy wymagające odwodnienia zostały wskazane na profilach poszczególnych kolektorów” i uznaniu tych zapisów jedynie za „wprowadzające w błąd” i bez ustalenia jakichkolwiek konsekwencji takiego stanowiska w świetle opinii biegłych o ich mylącym charakterze oraz całkowicie bezpodstawne ustalenie, że wykonawca mimo treści w/w zapisów wraz z profilami miał założyć konieczność wykonania odwodnienia również w innych wskazane niż w ten sposób,

b) uznanie w/w zapisów za takie, które mogą „wprowadzać w błąd” i „mogą być mylące” oraz uniknięcie dokonania oceny ich wartości prawnej przy jednoczesnym braku wyprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek konsekwencji dla stron umowy, w tym powoda,

c) całkowicie sprzeczne z wiarygodnymi dowodami przyjęcie, że z dokumentacji przetargowej można było wywnioskować więcej, niż było w niej zapisane, przy jednoczesnym daniu wiary dowodowi z dokumentu w postaci zapytania powoda i odpowiedzi pozwanego na etapie ofertowania, że „wszystkie dane potrzebne do przygotowania

oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom” oraz uznanie, że miejsca, w których woda mogła wystąpić, były miejscami „orientacyjnymi”, tzn. zamawiający zaznaczył na profilach tylko te miejsca, w których z dużym prawdopodobieństwem wystąpi woda gruntowa, podczas gdy w części opisowej dokumentacji projektowej zostało jasno wskazane, że „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania rys. nr 3 – 20” oraz „Wykopy wymagające odwodnienia zostały wskazane na profilach poszczególnych kolektorów”, a co więcej biegły z Instytutu na rozprawie wycofał się w tym zakresie z opinii pisemnej, stwierdzając, że „być może jakiś skrót myślowy z naszej strony nastąpił” (k. 1513),

d) brak jakiegokolwiek wyjaśnienia, dlaczego Sąd nie uwzględnił twierdzeń powoda o spójności dokumentacji i konieczności jej interpretacji a maiori ad minus, która znajdowała odzwierciedlenie w dokumentach (tj. dokumentacja projektowa opisowa i część graficzna oraz odpowiedź na pytanie nr 3), przy jednoczesnym wskazaniu, że Sąd dał wiarę wszystkim dowodom z dokumentów,

e) brak wyrażenia w treści uzasadnienia oceny dowodu z prywatnej opinii biegłego J. Z. mimo jednoczesnego wskazania, że Sąd takiej oceny dokonał, a przy tym na opinii tej się „nie oparł”, chociaż jednocześnie Sąd dał wiarę wszystkim dowodom z dokumentów,

f) błędne i całkowicie nielogiczne ustalenie, że powód kierował się tylko przekrojami, podczas gdy swoją ofertę oparł on na całości dokumentacji przetargowej, również na jej części opisowej, w której w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wskazano, że „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania rys. nr 3 – 20” (str. 26 Projektu) oraz „Wykopy wymagające odwodnienia zostały wskazane na profilach poszczególnych kolektorów”, jak również odpowiedzią w trybie zamówień publicznych na jego pytanie nr 3, którego znaczenie Sąd całkowicie pominął,

g) oparcie się przez Sąd „częściowo” na opinii biegłej sądowej M. S. (1) bez zaznaczenia, w jakiej części się oparł, a w jakiej nie i z jakiego powodu nie wziął pod uwagę wskazań z jej opinii, że „projekt budowlany nie zawiera informacji o konieczności odwodnienia odcinków sieci kanalizacyjnej wskazanych w pozwie” oraz „odwierty dokonywane w pobliżu spornych odcinków nie wykazały występowania wody, a jedynie występowanie utworów piaszczystych”,

h) uznanie pisemnej i ustnej opinii Instytutu za miarodajną, pełną, jasną i jednoznaczną w swoich wnioskach, z jednoczesnym pominięciem i brakiem wskazania konsekwencji wyjaśnień biegłych w zakresie nierównej wiedzy stron z uwagi na nieudostępnienie przez pozwanego powodowi dokumentacji geotechnicznej, przedstawionych ustnie na rozprawie, że „w tym przypadku zamawiający mógł mieć nieco większą wiedzę, tak jest kwestia tej dokumentacji, która... Tak, nie została przekazana w pełni w procesie przetargowym” (k. 1493), „nie neguje, iż błędy popełniła strona też zamawiającego... W przygotowaniu samej, samego opisu przedmiotu zamówienia. ... Bo za takie, no uznają między innymi to, że dysponując dokumentacją powiedzmy sobie pełniejszą, tak, nie przekazała jej w procesie, tak, przetargowym, jako przedmiot, jako fragment ... opisu przedmiotu zamówienia” (k. 1493) i tym samym całkowicie błędne ustalenie, niezajdujące jakichkolwiek podstaw w zebranych materiale dowodowym, że „zarówno powód jak i pozwany zdani byli na ryzyko realizacji w niepełnym stanie wiedzy, a o tym ryzyku powód był poinformowany”, bowiem zamawiający posiadał większą wiedzę, dysponował bowiem badaniami geologicznymi, których nie udostępnił powodowi, a ponadto nadto z zebranego materiału dowodowego nie wynika, aby powód – wykonawca był o takim ryzyku poinformowany, lecz wręcz przeciwnie został powiadomiony, że „wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom”, a ponadto chociaż Sąd Okręgowy wskazał, że obie strony były zdane na ryzyko, to oddalając powództwo jednocześnie w całości przerzucił całe ryzyko na wykonawcę, czyli podmiot, który nie sporządził dokumentacji, która okazała się nie odzwierciedlać stanu faktycznego terenu budowy i tym samym nie obejmowała niezbędnego odwodnienia na odcinkach objętych niniejszym postępowaniem,

i) uznanie pisemnej i ustnej opinii Instytutu za miarodajną, pełną, jasną i jednoznaczną w swych wnioskach, z jednoczesnym pominięciem i bez wskazania konsekwencji wyjaśnień biegłych przedstawionych ustnie na rozprawie

w zakresie błędu projektanta, polegającego na przedstawieniu rysunków niezawierających całego wymaganego odwodnienia: „Moim zdaniem, projektant w ogóle popełnił błąd, wrysowując na fragmencie profili odwodnienie, czyli tak naprawdę wprowadził w błąd uczestników procesu ogólnie budowlanego, i między innymi wykonawcę. Jakby ich nie zaznaczył, myślę, że nie byłoby tu tak w ogóle problemu” (k. 1496), „Projektant niepotrzebnie to zrobił i wprowadził w błąd w pewnym sensie takim rysunkiem” (k. 1497) i bezpodstawne wywiedzenie z powyższych ustnych wyjaśnień biegłego, że pomimo, iż projektant wyrysował miejsca, gdzie istniała konieczność odwodnienia, to zamawiający jako odpowiedzialny za dokumentację nie powinien ponieść konsekwencji, że konieczność odwodnienia powstała również w innych miejscach nieujętych w profilach, jak również przyjęcie przez Sąd, że niewątpliwe wskazanie miejsc koniecznych odwodnień przez projektanta na profilach nie ma żadnego znaczenia dla umownego zakresu prac w ramach zamówienia publicznego i z niewiadomych przyczyn ma obciążać powoda również co do konieczności wykonania wszelkich innych odwodnień niewrysowanych, zamiast stanowić dla niego jednoznaczny informację odnośnie do zakresu koniecznych prac objętych umową,

j) dokonanie całkowicie nielogicznej i błędnej oceny zeznań świadka H. W. (1) (będącej głównym projektantem) w zakresie, w jakim świadek sama nie była w stanie określić procentowo, na jakiej części dodatkowo może woda wystąpić, mimo że przygotowując projekt miała do dyspozycji dokumentację geotechniczną, której powód nigdy nie otrzymał, ale uznała, że wykonawca powinien był to zrobić i w ślad za nią całkowicie bezpodstawnie takie założenie przyjął Sąd,

k) pominięcie znaczenia części zeznań świadka K. M. i brak ich oceny w tym zakresie, przy jednoczesnym daniu wiary zeznaniom tego świadka w całości, podczas gdy świadek zeznał również, że: „wykonanie zamówienia nie byłoby możliwe bez wykonania wszelkiego niezbędnego odwodnienia, tj. przewidzianego i nieprzewidzianego w projekcie, w szczególności w części graficznej”, gdzie świadek przyznał, że istniało odwodnienie nieprzewidziane w projekcie, „dokumentacja zawierała wszelkie niezbędne elementy do wyceny, nie dało się natomiast dokładnie określić warunków gruntowych i możliwości wystąpienia wód gruntowych”, gdzie świadek przyznał, że zamawiający nie mógł dokładnie określić możliwości wystąpienia wód gruntowych,

3) art. 233 § 1 k.p.c. przez wysnuć z ustaleń faktycznych nielogicznych i całkowicie dowolnych wniosków, a mianowicie:

a) ustalenie przez Sąd, że dokumentacja nie przewidywała spornych robót, a nawet zamawiający nie mógł być ich przewidzieć, ale konieczność ich wykonania była niewątpliwa – całkowicie wadliwy wniosek Sądu, że wykonawca powinien wykonać te roboty w ramach kontraktu i nie należało mu się za to dodatkowe wynagrodzenie,

b) ustalenie przez Sąd w ślad za biegłymi, że treść dokumentacji projektowej mogła być myląca i wprowadzająca w błąd – błędny wniosek Sądu, że konsekwencje zaniedbań zamawiającego przy sporządzaniu dokumentacji obciążają wykonawcę, mimo że dokumentacja była przygotowywana przez Zamawiającego,

c) ustalenie Sądu, że zamawiający sam nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc, w których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnienia – błędny wniosek Sądu, że pozwany zamówił prace odwodnieniowe wszędzie, choć wskazał w części opisowej, że woda może pojawić się tylko na niektórych profilach oraz wskazał, że „Miejsca wymagające odwodnienia oraz przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano w części graficznej opracowania rys. nr 3 – 20” (str. 26 Projektu),

d) ustalenie, że powód, kalkulując swoją ofertę, miał oprzeć się m. in. na warunkach geotechnicznych, mimo że pozwany odmówił mu udostępnienia tej dokumentacji, a ponadto przyjęcie, że powód w swoich kalkulacjach miał założyć przy „mało precyzyjnie wykonanych badaniach geotechnicznych, wysokie ryzyko wystąpienia wód gruntowych”, podczas gdy wykonawca nie był w stanie stwierdzić, czy badania geotechniczne są mało precyzyjne, ponieważ nie otrzymał do wglądu tej dokumentacji (nawet w toku procesu została ona złożona tylko w okrojonym zakresie, tj. jedynie część opisowa), a zatem nawet Sąd nie mógł tego zweryfikować,

e) błędne ustalenie w ślad za zeznaniami prezesa pozwanej spółki, że „pozwany udzielił odpowiedzi na pytanie powoda, wskazując, że nie przekazał dokumentacji, co powodowało, że zarówno zakres wiedzy zamawiającego i wykonawcy

był ograniczony, bowiem sam zamawiający takiej pełnej dokumentacji nie posiadał”, podczas gdy jest to całkowicie nielogiczne, ponieważ skoro zamawiający miał do wglądu dokumentację, której nie przekazał, to w sposób oczywisty posiadał większą wiedzę o warunkach hydrologicznych niż powód; ustalenie to pozostaje również w sprzeczności z doświadczeniem życiowym i narusza przepisy Prawa o zamówieniach publicznych, wymagające jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a nie sygnalizacji sytuacji,

f) całkowicie błędne ustalenie w ślad za zeznaniami pozwanego, że „zamawiający zasygnalizował sytuację przez całość dokumentacji przekazanej oferentom. Przekazał przez nią wyobrażenie o sytuacji w zakresie odwodnienia w tym rejonie”, mimo że pozostaje to w całkowitej sprzeczności z dokumentacją, w której w części opisowej precyzyjnie odsyłano do części graficznej, gdzie należy wykonać odwodnienia i co było następnie sprecyzowane na profilach oraz jest sprzeczne z art. 29 § 1 P.z.p., zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący,

g) pomimo ustalenia, że „zamawiający sam nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc na których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnienia” całkowicie błędne wskazanie, że „analizując całość dokumentacji przekazanej powodowi na etapie postępowania przetargowego można było założyć wystąpienie wód gruntowych także w innych miejscach niż te, które zostały przedstawione w części graficznej dokumentacji projektowej, nie wyjaśniając w żaden sposób jak, skoro Sąd wskazał, że sam zamawiający nie mógł; zatem pomimo prawidłowego uznania, że sporne roboty nie zostały przewidziane w kontrakcie i że zamawiający nie był w stanie przewidzieć, gdzie będzie konieczne odwodnienie, Sąd błędnie znał, że brak przewidzenia tych robót w dokumentacji nie obciąża zamawiającego, lecz wykonawcę,

4) art. 479¹⁴ k.p.c. przez dopuszczenie przez Sąd i oparcie się na sprekludowanym dowodzie, a mianowicie na Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (k. 513 – 584), która została zgłoszona przez pozwanego dopiero w toku sprawy (nie w odpowiedzi na pozew ani nawet w następnym piśmie procesowym, lecz dopiero z pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r., złożonym ponadto z uchybieniem czternastodniowego terminu, wynikającego z art. 479¹⁴ k.p.c.

Na tych podstawach powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach procesu za instancję odwoławczą według norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć wypada, że chociaż powód zgłosił w apelacji liczne i bardzo obszerne zarzuty apelacyjne, obejmujące zarówno kwestie naruszenia prawa materialnego, jak i prawa procesowego, to powyższe zarzuty nie były w stanie doprowadzić do skutecznego zakwestionowania podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku i oceny prawnej zasadności żądania powoda dokonanej przez Sąd pierwszej instancji na podstawie przyjętych przez niego ustaleń faktycznych. Wskazać ponadto należy, że jeśli chodzi o zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego, to z ich treści i sposobu sformułowania bardzo często wynika, że w istocie odnoszą się one przede wszystkim nie tyle do prawidłowości zastosowania lub niezastosowania wskazanych w nich przepisów prawa materialnego, ale przede wszystkim do podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku. Zarzuty te niejednokrotnie są bowiem tak zredagowane, że zdaniem skarżącego doszło do naruszenia prawa materialnego, dlatego że Sąd pierwszej instancji nieprawidłowo pominął wskazane przez skarżącego okoliczności lub uznał je za nieudowodnione, mimo że według niego wynikały one z zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W związku z tym na pierwszy plan wysuwa się kwestia okoliczności faktyczności, które zostały ustalone przez Sąd pierwszej instancji oraz ich prawidłowości i zgodności z powyższym materiałem, również w kontekście prawidłowości oceny tego materiału z treścią art. 233 § 1 k.p.c. Zarówno powyższe ustalenia faktyczne, jak i wnioski prawne tego Sądu były bowiem niewątpliwie konsekwencją dokonanej przez niego oceny wiarygodności i mocy dowodowego zebranego w sprawie materiału dowodowego. Mimo więc, że kwestie materialnoprawne zostały przedstawione w apelacji w pierwszej kolejności, a kwestie procesowe pojawiły się dopiero na drugim planie, to rozważania zacząć należy od zagadnień procesowych.

W tym zakresie wskazać najpierw trzeba, że niezasadny był zarzut naruszenia art. 479¹⁴ k.p.c. w brzmieniu, które – z uwagi na datę wniesienia pozwu (tj. 28 grudnia 2010 r. – k. 4) – ma zastosowanie w niniejszej sprawie. Chodzi zwłaszcza o § 2 w/w artykułu, z którego wynikało, że w odpowiedzi na pozew pozwany obowiązany był podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikała później, a takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny zostać powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania.

Z tego punktu widzenia wziąć trzeba pod uwagę, wbrew powodowi wcale nie jest oczywiste, że już w chwili składania odpowiedzi na pozew pozwana mogła i powinna zdawać sobie sprawę z konieczności powołania kwestionowanego w apelacji dowodu z dokumentu w postaci Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Uwzględnić należy okoliczność, że rozstrzygana sprawa niewątpliwie miała charakter bardzo złożony i zawily, a przedmiot sporu i jego zakres kształtowały się także jeszcze w toku postępowania. Nie można więc wymagać od pozwanej, i to ze skutkiem w postaci prekluzji, czyli utraty możliwości powoływania się w toku dalszego procesu, aby już w chwili formułowania odpowiedzi na pozew przewidziała ona, jakie mogą być wszystkie okoliczności, które okażą się sporne między stronami i jakie ewentualnie powinna w związku z tym zgłosić wnioski dowodowe.

Podkreślić przy tym można, że zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa obowiązujące poprzednio przepisy o prekluzji w sprawach gospodarczych nie powinny być interpretowane w sposób nadmiernie rygorystyczny, który prowadziłby do pozbawienia sądu możliwości wszechstronnego i rzetelnego wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności. Skoro zatem Sąd pierwszej instancji dopuścił kwestionowany przez skarżącego dowód oraz oparł na nim swoje ustalenia i wnioski, to nie można ich kwestionować w gruncie rzeczy tylko z tej przyczyny, że okazały się one niekorzystne dla tej strony. Pierwszeństwo przyznać bowiem należy względowi na rozstrzygnięcie sprawy zgodnie z rzeczywistą treścią stosunku prawnego między stronami, a nie ewentualnemu uchybieniu pozwanej w powołaniu się na kwestionowany dowód na odpowiednim etapie procesu. W przeciwnym razie należałoby zgodzić się z możliwością zaakceptowania orzeczenia, które jest wprawdzie niezgodne z prawdziwym stanem rzeczy, ale rygorystycznie odpowiada formalnemu podejściu do gromadzenia materiału dowodowego.

Bezpodstawny był także zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zauważyć zwłaszcza należy, że był on połączony z zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a z treści tego zarzutu i jego uzasadnienia wynika, że istocie skarżącemu nie chodzi o to, że pisemne uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie odpowiadało wymogom, wynikającym z art. 328 § 2 k.p.c., lecz o to, że nie było ono wystarczające w takim znaczeniu, że nie ujmowało wskazanych w tym zarzucie okoliczności i zagadnień w taki sposób, w jaki zdaniem skarżącego należało prawidłowo to uczynić. Jeszcze dokładniej rzecz ujmując, skarżącemu chodzi o to, że stanowisko Sądu pierwszej instancji, przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie odpowiada w pełni jego oczekiwaniom i twierdzeniom, stanowiącym podstawę dochodzonego żądania.

Oznacza to, że w rzeczywistości powód nie kwestionuje sposobu sporządzenia uzasadnienia orzeczenia, lecz treść tego uzasadnienia, w szczególności dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyprowadzone z niego ustalenia faktyczne i wnioski prawne. Takie kwestie mieszczą się zaś w zakresie innych zarzutów apelacyjnych, w szczególności naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Dodać można, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sposób obszerny i wyczerpujący, abstrahując w tym miejscu od oceny prawidłowości stanowiska Sądu pierwszej instancji, obejmowało wszystkie zagadnienia, które były przedmiotem sporu między stronami i w pełni pozwalało Sądowi Apelacyjnemu skontrolować zarówno tok rozumowania w/w Sądu, jak i podstawy wydania zaskarżonego wyroku. Nie można więc uznać, że doszło do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., które mogłoby stanowić podstawę uwzględnienia apelacji. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że naruszenie w/w przepisu może mieć wpływ na treść orzeczenia jedynie wtedy, gdy z pisemnego uzasadnienia orzeczenia w ogóle nie wynika, na jakich podstawach faktycznych i prawnych zostało ono wydane, przez co niemożliwe staje się dokonanie jego kontroli przez sąd drugiej instancji. Taka sytuacja, niezależnie od szczegółowych zarzutów apelacyjnych powoda, niewątpliwie nie miała miejsca w niniejszej sprawie.

Decydujące znaczenie dla oceny apelacji miały zatem zarzuty dotyczące naruszenia zasad oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a mianowicie naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a także art. 278 § 1 k.p.c. W związku z tym wskazać należy, że Sąd Apelacyjny po wszechstronnym i dokładnym rozważeniu wszystkich zarzutów apelacyjnych doszedł do przekonania, że zebrany przez Sąd pierwszej instancji materiał dowodowy – mimo zastrzeżeń powoda – jest wystarczający do dokonania merytorycznej oceny zasadności dochodzonego przez niego żądania. Ponadto, także wbrew odmiennemu stanowisku skarżącego, wyrażonemu zarówno w zarzutach, które były określone jako zarzuty naruszenia prawa procesowego i bezpośrednio były wymierzone przeciwko prawidłowości podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku, jak i w tych zarzutach, które formalnie odnosiły się do naruszenia prawa materialnego, ale w istocie bardzo często miały charakter procesowy, ponieważ dotyczyły prawidłowości podstawy faktycznej zaskarżonego rozstrzygnięcia, stwierdzić należy, że powyższe zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Podkreślić należy, że Sąd Apelacyjny, jak sąd merytorycznie rozpoznający sprawę, samodzielnie zapoznał się zgodnie z art. 382 k.p.c. z całością zebranego w sprawie materiału dowodowego i poddał go gruntownej analizie, a w rezultacie doszedł do wniosku, że w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia może aprobować zarówno dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę zebranego materiału, jak i przyjąć za własne dokonane przez ten Sąd ustalenia faktyczne i ostatecznie – także przyjętą przez niego wnioski prawne co do niezasadności żądania powoda.

W tej sytuacji w pierwszej kolejności zwrócić trzeba uwagę na to, jaka była podstawa faktyczna żądania dochodzonego przez powoda w niniejszej sprawie. Z tego punktu widzenia wskazać należy, że w pozwie powód domagał się zasądzenia od pozwanej na jego rzecz zapłaty za dodatkowe roboty odwodnieniowe, powołując się na to, że nie były one objęte przedmiotem umowy stron, ponieważ dokumentacja projektowa, którą przedstawił mu zamawiający na etapie postępowania przetargowego, była wadliwa i dlatego nie mógł on przewidzieć na jej podstawie konieczności wykonania robót, o jakie chodzi w sprawie, w związku z czym do tych mają zastosowanie te postanowienia kontraktu zawartego między stronami, w szczególności tzw. Czerwonego (...)u, z których powód wywodził, że były to roboty dodatkowe z uwagi na wystąpienie tzw. nieprzewidzianych warunków fizycznych w rozumieniu stosownej klauzuli Czerwonego (...)u i w konsekwencji powinien otrzymać dodatkowe wynagrodzenie za te roboty.

W pozwie była zatem eksponowana przez powoda kwestia wadliwości dokumentacji projektowej, przygotowanej na zlecenie pozwanej (zamawiającego), która stanowiła najpierw podstawę przygotowania przez skarżącego oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie – zawarcia przedmiotowej umowy. W konsekwencji właśnie takich zagadnień, związanych z zarzutem wadliwości przedstawionej powodowi przez pozwaną dokumentacji projektowej, dotyczyło toczące się przed Sądem pierwszej instancji postępowanie dowodowe.

W związku z tym zaskakujące było stwierdzenie powoda w uzasadnieniu apelacji (na dziesiątej stronie – k. 1635), że w niniejszym sporze nie chodziło o to, czy dokumentacja projektowa była wadliwa w tym rozumieniu, że projektant zrobił błąd. Mogłoby to bowiem oznaczać, że aktualnie powód nie opiera swojego żądania na zarzucie wadliwości powyższej dokumentacji, ale na tym, że sporne roboty były nieprzewidziane, jednak nie z uwagi na wadliwość dokumentacji projektowej, lecz ze względu na to, że zamawiający nieprawidłowo sformułował czy opisał przedmiot zamówienia, czego dotyczyły podniesione w apelacji zarzuty naruszenia przepisów Prawa o zamówieniach publicznych, zwłaszcza art. 29 ust. 1 P.z.p.

Zauważyć jednak należy, że taka argumentacja skarżącego w rzeczywistości jest niekonsekwentna i nieprzekonująca. Mimo wyraźnego stwierdzenia w apelacji, że nie chodzi o wadliwość dokumentacji projektowej i że nie z tego wyprowadza on swoje żądanie, w wielu miejscach apelacji – zarówno w treści zarzutów apelacyjnych, jak i w jej uzasadnieniu – powód w dalszym ciągu wskazywał bowiem, że w istocie podtrzymuje swoje pierwotne twierdzenie, że przekazana mu przez pozwaną dokumentacja projektowa nie pozwalała mu na uwzględnienie spornych robót w swojej ofercie, na podstawie której doszło do określenia przedmiotu umowy i wysokości wynagrodzenia przysługującego mu za wykonanie tego przedmiotu.

Odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów, zauważyć należy, że w gruncie rzeczy sprowadzają się one do tego, że powód w sposób bardzo obszerny i rozbudowany kreuje w nich korzystną dla siebie tezę, z której wyprowadza następnie wnioski mające wskazywać na zasadność jego żądania. Inaczej mówiąc, jedynie przy prawidłowości założonej przez niego tezy o braku jakiegokolwiek możliwości przewidzenia przez niego ewentualnej konieczności wykonania spornych robót odwodnieniowych, ponieważ – według jego stanowiska – była ona konsekwencją wyłącznie niewystarczającego lub wręcz wadliwego zakresu informacji wynikających z przekazanej mu dokumentacji projektowej, można byłoby zaakceptować zasadność wszystkich zarzutów naruszenia prawa procesowego i prawa materialnego, dotyczących nieprawidłowej oceny przez Sąd pierwszej instancji żądania powoda i nieuwzględnienia prezentowanej przez niego argumentacji, że powyższa dokumentacja była wadliwa, w związku z czym jego żądanie powinno zostać uznane za uzasadnione. Podkreślić można, że wspólną cechą powyższych zarzutów jest to, że opierają się one na próbie przedstawienia własnego, alternatywnego wobec Sądu pierwszej instancji, stanowiska co do oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i wynikających z niego ustaleń faktycznych, a w ślad za tym – także oceny prawnej zasadności żądania powoda.

W związku z tym wskazać jednak należy, że bezzasadne są zarzuty procesowe, kwestionujące prawidłowość ustalenia przez Sąd pierwszej instancji, że brak jest podstaw do uznania, że dokumentacja projektowa, która została przekazana powodowi przez zamawiającego, była wadliwa. Zresztą, jak już wyżej zauważono, ostatecznie dostrzegł to, aczkolwiek niekonsekwentnie i nieprzekonująco, również sam skarżący, który w apelacji stwierdził, że w sprawie nie chodzi o wadliwość powyższej dokumentacji, lecz o to, jak został skalkulowany (oszacowany) zakres, a co za tym idzie – także wartość prac, niezbędnych do wykonania zamówienia, objętego przedmiotowym zamówieniem publicznym, które powód przedstawił w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym, na podstawie którego została następnie zawarta umowa między stronami, o jaką chodzi w niniejszej sprawie. Na tej podstawie powód twierdzi, że sporne roboty nie zostały przez niego uwzględnione w kosztorysie, a skoro konieczne okazało się ich wykonanie, to powinny one zostać uznane za roboty dodatkowe, za które powinien otrzymać dodatkowe wynagrodzenie.

Powyższa kwestia ma decydujące znaczenie dla określenia istoty rozstrzyganego w tej sprawie sporu. W gruncie rzeczy nie chodzi bowiem o to, czy na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej można było przewidzieć konieczność wykonania robót odwodnieniowych także na tych odcinkach budowanej kanalizacji sanitarnej, na których powyższa dokumentacja wprost i wyraźnie tego przewidywała, ale o to, że powyższe prace niewątpliwie nie zostały uwzględnione przez powoda w złożonym przez niego podczas postępowania przetargowego kosztorysie ofertowym, w związku z czym przede wszystkim należy dokonać oceny, czy wynikało to z przyczyn usprawiedliwionych, tj. leżących po stronie zamawiającego (pozwanej), czy z przyczyn obciążających powoda.

Powód eksponuje bowiem w zarzutach apelacyjnych (zarówno naruszenia prawa materialnego, jak i prawa procesowego), że przedmiot zamówienia nie był określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (czyli nie był zgodny z art. 29 ust. 1 P.z.p.), a dostarczona dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, wbrew art. 31 ust. 1 P.z.p., nie pozwalały mu na stwierdzenie, że konieczność wykonania prac odwodnieniowych może powstać także na innych odcinkach niż te, w których wyraźnie wynikało to z dokumentacji projektowej (jej części opisowej i części graficznej). W konsekwencji uważa on, że były to roboty, które powinny zostać uznane za dodatkowe, ponieważ nie można było przewidzieć konieczności ich wykonania na podstawie udostępnionej mu przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

W tym kontekście zauważyć należy, że powód, zarzucając Sądowi pierwszej instancji dokonanie wybiórczej oraz niewszechstronnej oceny i analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego, w istocie sam postępuje dokładnie w zarzucany sposób, ponieważ decydujące znaczenie dla poparcia swoich zarzutów i wywodów nadaje jedynie wybranej przez siebie części materiału dowodowego, a dokładniej – części dokumentacji projektowej przekazanej mu przez zamawiającego przed zawarciem umowy i na tej podstawie twierdzi, że z niezależnych od niego przyczyn w ogóle nie mógł przewidzieć konieczności wykonania spornych prac i dlatego nie uwzględnił ich w kosztorysie ofertowym, który zgodnie z art. 140 ust. 1 P.z.p. stanowił podstawę określenia przedmiotu jego świadczenia, a w ślad za tym – wysokości wynagrodzenia przysługującego mu za wykonanie umówionych prac.

Powód eksponuje bowiem przede wszystkim znaczenie tej części dokumentacji projektowej, która zarówno w części graficznej (wyrysowanych profilach z zaznaczonymi odwodnieniami), jak i części opisowej, dokładnie i jednoznacznie podawała, na jakich odcinkach konieczne miało być wykonanie prac odwodnieniowych. W związku z tym skarżący szczegółowo przytacza wybrane fragmenty dokumentacji projektowej. Podobnie postępuje on z innymi dowodami, w tym z pisemną opinią Instytutu i ustnymi wyjaśnieniami przez biegłych Instytutu na rozprawie przed Sądem Okręgowym. W rezultacie skarżący wywodzi, że powołane przez niego dowody w pełni potwierdzają jego stanowisko, że skoro tak w części graficznej, jak i w części opisowej dokumentacji graficznej zostały dokładnie określone miejsca, w których należy wykonać prace odwodnieniowe, to nie był on w stanie przewidzieć konieczności wykonania robót odwodnieniowych na spornych odcinkach budowanej kanalizacji sanitarnej.

Twierdzi on ponadto, że skoro zgodnie z dokumentacją projektową w innych miejscach nie było na analogicznych zasadach wskazane, że także w nich może zachodzić konieczność wykonania prac odwodnieniowych, to taka okoliczność powinna obciążać pozwanego (zamawiającego), na którego zlecenie została przygotowana powyższa dokumentacja projektowa. Tak samo skarżący domaga się, aby także na niekorzyść pozwanego – według zasady in dubio contra proferentem – interpretować treść umowy zawartej między stronami, twierdząc, że powinien on ponieść konsekwencje nieprecyzyjnego i mogącego wprowadzać w błąd sporządzenia dokumentacji projektowej, jak również konsekwencje braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (o czym mowa w zarzutach naruszenia art. 31 ust. 1 P.z.p. i art. 29 ust. 1 P.z.p.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma uzasadnionych podstaw do zaakceptowania takiego stanowiska powoda.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że nie ma przekonujących podstaw do uznania, że sporne prace odwodnieniowe w ogóle nie były przewidziane w dokumentacji projektowej jako konieczne do wykonania w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji, objętej umową stron. Wziąć trzeba pod uwagę, że zgodnie z tą umową jej przedmiotem nie było wykonanie prac odwodnieniowych jako takich, lecz budowa kanalizacji sanitarnej dla dzielnicy K. – zadanie V, przy czym wskazano jednocześnie, że zamawiający przyjął ofertę wykonawcy na wykonanie i wykończenie robót oraz usunięcie w nich wszelkich wad (k. 44). Nie jest więc możliwe do przyjęcia, że zakres umowy nie obejmował wszelkich robót budowlanych, jakie okażą się konieczne do osiągnięcia celu w postaci wykonania i wykończenia robót polegających na budowie powyższej kanalizacji. Można oczywiście dywagować i niuansować co do tego, jakie wykonawca mógł zastosować konkretne rozwiązania techniczne – wykonawcze dla osiągnięcia tego celu, ale z punktu widzenia zamawiającego nie chodziło przecież jedynie o zamówienie konkretnej ilości i rodzaju prac budowlanych, lecz przede wszystkim o uzyskanie zamówionego rezultatu w postaci wykonanej kanalizacji sanitarnej na określonym odcinku robót (zadanie V dla dzielnicy K. w G.).

Nie ma zwłaszcza żadnych podstaw do uznania, że pozwany wskazał, że na spornych odcinkach robót na pewno nie będzie konieczne wykonanie jakichkolwiek robót odwodnieniowych. Stwierdzić bowiem należy, że z uwagi na przedmiot umowy i związany z nim charakter robót budowlanych roboty odwodnieniowe niewątpliwie były przewidziane do wykonania w ramach umowy stron. Można co najwyżej rozważać, jaki był zakres tych robót, a mianowicie, w jakich miejscach trzeba było te roboty wykonać, a w jakich miejscach okazało się, że nie było konieczności ich wykonania. Nie chodzi więc o to, jak wskazywano w apelacji i wcześniej w toku postępowania przed

Sądem pierwszej instancji, że roboty odwodnieniowe nie były zamówione przez zamawiającego, lecz o to, jaki był zakres tego zamówienia.

Oznacza to, że istotna była kwestia oszacowania ilości zamówionych przez pozwanego prac odwodnieniowych, które powód był zobowiązany wykonać w ramach realizacji uzgodnionego przedmiotu umowy. Inaczej mówiąc, jak powód powinien oszacować i uwzględnić zakres oraz wartość prac odwodnieniowych w kosztorysie ofertowym złożonym zamawiającemu przed zawarciem umowy. W tym kontekście powód niezasadnie, jak już wcześniej wskazano, nadaje decydujące znaczenie jedynie części dokumentacji projektowej, a mianowicie powoływanym szczegółowo w apelacji fragmentom części opisowej oraz części graficznej, twierdząc, że na ich podstawie nie mógł on przewidzieć, że wykonanie robót odwodnieniowych może być konieczne także w innych miejscach niż te, które zostały dokładnie wskazane w cytowanych przez niego elementach dokumentacji projektowej.

Na takiej podstawie powód formułuje tezę, że w związku z tym prace odwodnieniowe, które wystąpiły na tych odcinkach inwestycji, które nie były wyraźnie wskazane w części opisowej i części graficznej dokumentacji projektowej, wynikały one z nieprzewidzianych warunków fizycznych, o których mowa w powołanych w apelacji postanowieniach tzw. Czerwonego (...)u, a w konsekwencji powinny zostać uznane za roboty dodatkowe, nieobjęte wynagrodzeniem ustalonym w umowie za wykonanie jej przedmiotu.

Sąd Apelacyjny doszedł jednak do przekonania, że powyższe stanowisko powoda nie zasługuje na akceptację. Wziąć bowiem trzeba pod uwagę, że ze względu na wskazywane przez Sąd pierwszej instancji elementy dokumentacji, stanowiącej podstawę zawarcia umowy stron, a które z kolei są pomijane lub kwestionowane przez powoda, już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istniały podstawy do nieprzyjmowania w sposób kategoriyczny, że jedynie w tych miejscach, które zostały dokładnie wskazane przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, wystąpi konieczność wykonania prac odwodnieniowych. Z całości dokumentacji, odczytywanej – jak trafnie podkreślał Sąd pierwszej instancji – w sposób łączny i całościowy wynika, że występowały w niej również takie elementy, na które wskazywali m. in. biegli z Instytutu (...) (...) (...) Politechniki (...), zawierające informacje lub stwierdzenia – które szczegółowo zostały wymienione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – które co najmniej podawały w wątpliwość możliwość przyjęcia, że jedynie te odcinki prac, które zostały wyraźnie wymienione czy to w sposób werbalny w części opisowej, czy to rysunkowo w części graficznej dokumentacji projektowej, na które skarżący powołuje się szczegółowo w zarzutach apelacyjnych, będą wymagały wykonania prac odwodnieniowych.

W związku z tym zauważyć należy, że skarżący w sposób wybiórczy i jednostronny twierdzi, że można byłoby mu ewentualnie postawić zarzut wadliwego nieuwzględnienia innych elementów dokumentacji projektowej, o których była mowa wyżej w ślad za Sądem pierwszej instancji, dopiero wtedy, gdyby strona pozwana w odpowiedzi na zadane przez niego w toku postępowania przetargowego pytanie nr 3, informując go, że posiada dokumentację geotechniczną dla obszaru planowanej inwestycji, jednocześnie udostępniła mu, i to optymalnie w całości, tę dokumentację, ale tego nie uczyniła.

W odniesieniu do takiej argumentacji wskazać można, że z jednej strony powód, powołując się na nieprzekazanie mu dokumentacji geotechnicznej i wyprowadzając z tego wniosek, że w konsekwencji w żaden sposób nie mógł przewidzieć konieczności wykonania spornych prac odwodnieniowych, jednocześnie w toku niniejszego postępowania, kiedy ta dokumentacja geotechniczna ostatecznie została złożona (przynajmniej częściowo), nie wskazywał, że właśnie z tej dokumentacji wynikały inne konkretne informacje, które wbrew stanowisku pozwanej nie zostały w całości przeniesione do dokumentacji projektowej, a które umożliwiałyby mu odmienną ocenę konieczności wykonania prac odwodnieniowych również w miejscach, które nie zostały wyraźnie wskazane w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej. Sąd Apelacyjny, zapoznając się z całością materiału znajdującego się w aktach sprawy, nie znalazł wyraźnych i kategoriycznych stwierdzeń powoda, z których wynikałoby, że w dokumentacji geotechnicznej były takie informacje, które, po pierwsze, nie zostały przeniesione do udostępnionej mu dokumentacji projektowej i które, po drugie, pozwalałyby mu stwierdzić, że odwodnienie może być konieczne także w innych miejscach niż wskazano w dokumentacji projektowej.

Oznacza to, że nieuzasadnione i nieprzekonujące są zarzuty powoda, związane z niewyciągnięciem przez Sąd Okręgowy wniosków z faktu nieudostępnienia mu przez pozwaną posiadanej dokumentacji geotechnicznej. Powód nie wskazał bowiem informacji lub okoliczności, które wynikały z dokumentacji geotechnicznej, a których nie mógł on uwzględnić przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego z uwagi na nieprzekazanie mu tej dokumentacji.

Jednocześnie wynika z tego, że chybiony jest także – wyprowadzany m. in. z cytowanych w apelacji fragmentów wypowiedzi biegłych z Instytutu – zarzut nieuwzględnienia przez Sąd pierwszej instancji faktu, że pozwany, który nie przekazał powodowi posiadanej dokumentacji geotechnicznej, rzekomo posiadał większą od powoda wiedzę o konieczności wykonania robót odwodnieniowych również na innych odcinkach, które nie zostały wyraźnie wskazane w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej. Powód nie wskazał bowiem jakichkolwiek informacji, wynikających z dokumentacji geotechnicznej, które stawałyby pozwanego w sytuacji korzystniejszej od osób uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w tym od samego powoda).

Dodać można, powód przemilcza okoliczność, że według ustaleń Sądu pierwszej instancji wykonanie dokładniejszych badań niż w powyższej dokumentacji geotechnicznej było wprawdzie hipotetycznie możliwe, ale byłoby niecelowe i w praktyce nie jest stosowane w odniesieniu – tak to miało miejsce w tym wypadku – do robót budowlanych o charakterze liniowym, ponieważ koszt takich badań byłby bardzo wysoki i zbliżony niemal do kosztów wykonania samych prac budowlanych.

W konsekwencji powoływanie się na dokumentację geotechniczną i twierdzenie, że jej brak po stronie powoda doprowadził do nieuwzględnienia przez niego spornych robót w kosztorysie ofertowym, jest o tyle nieskuteczne i nieprzekonujące, o ile brakuje wykazania na podstawie udostępnionej obecnie dokumentacji geotechnicznej, że znajdowały się w niej takie informacje, które nie były mu znane, a które mógłby wziąć pod uwagę przy ustalaniu zakresu i wartości złożonej oferty, gdyby miał możliwość zapoznania się z tą dokumentacją.

Z drugiej strony wziąć trzeba pod uwagę pomijaną – w przeciwieństwie do pozwanej, która konsekwentnie na to powoływała się – przez powoda kwestię, że oprócz pytania nr 3, dotyczącego posiadania i udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji geotechnicznej, zadał on zamawiającemu także pytanie nr 4, odnoszące się bezpośrednio do tego, czy zamawiający posiada projekt robót odwodnieniowych, na które uzyskał odpowiedź, że zamawiający nie posiada takiego projektu.

Pozwala to uznać, że powód na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i składania oferty na wykonanie robót objętych tym postępowaniem sam powziął wątpliwości, które wyraził w zadanych przez niego pytaniach nr 3 i nr 4. Miał on zatem świadomość, że może istnieć dokumentacja geotechniczna i projekt robót odwodnieniowych, z których mogą wynikać dla niego istotne i przydatne informacje, pozwalające określić zakres oferty i jej wartość. Wbrew twierdzeniom eksponowanym w toku procesu, wcale nie jest więc pewne, że po zapoznaniu się z przekazanymi przez zamawiającego materiałami, w tym dokumentacją projektową, nie miał on żadnych wątpliwości co do zakresu prac odwodnieniowych z uwagi na to, że – jak próbuje obecnie przekonać – dokumentacja projektowa (w części opisowej i graficznej) w sposób wyraźny i jednoznaczny ujmowała wszystkie niezbędne informacje na temat zakresu prac odwodnieniowych, jakie będą konieczne do wykonania przedmiotu umowy. Takie twierdzenia skarżącego są bowiem sprzeczne z jego zachowaniem, polegającym na zadaniu w/w pytań nr 3 i nr 4.

Co więcej, po uzyskaniu od zamawiającego odpowiedzi, że posiada on dokumentację geotechniczną, której jednak nie udostępni oferentom oraz że nie posiada projektu robót odwodnieniowych, powód nie domagał się od zamawiającego dalszych wyjaśnień, lecz poprzestał na udzielonych mu odpowiedziach. Pozwala to uznać, że widocznie uznał te odpowiedzi za wystarczające do rozwiania swoich wątpliwości zgłoszonych po zapoznaniu się z dokumentacją projektową, a zatem również z powoływanymi w apelacji fragmentami tej dokumentacji, zawartymi w części opisowej i graficznej, odnoszącymi się do prac odwodnieniowych.

W szczególności nie domagał się dalszego wyjaśnienia przez zamawiającego – w ślad za powyższymi pytaniami i odpowiedziami, z których wynikało, że istnieje dokumentacja geotechniczna, ale nie ma projektu robót odwodnieniowych – jak w takiej sytuacji ma rozumieć część opisową i graficzną dokumentacji projektowej, a mianowicie, czy ma uwzględnić i wycenić konieczność wykonania prac odwodnieniowych jedynie w miejscach, które zostały dokładnie wskazane w tej dokumentacji, a zatem czy ma ona w tym zakresie charakter zupełny i wyczerpujący, czy też ma brać pod uwagę – jak jest mowa w toku postępowania – ryzyko wystąpienia konieczności wykonania robót odwodnieniowych także w miejscach niewskazanych wyraźnie w dokumentacji projektowej, aczkolwiek zamiast ryzyka można byłoby raczej mówić po prostu o możliwości wystąpienia takiej konieczności w innych miejscach lub o stopniu prawdopodobieństwa wystąpienia takiej konieczności.

Wiązało się to zatem nie tyle z losowością wystąpienia takich robót, charakterystyczną dla ryzyka, co z możliwością ich przewidzenia, która z kolei wynikała z ich prawdopodobieństwa, uwzględniającego wszystkie posiadane wówczas informacje o danym terenie i charakterze planowanych robót budowlanych. Inaczej mówiąc, należało brać pod uwagę konieczność racjonalnego przewidywania, że roboty odwodnieniowe mogą wystąpić nie tylko w miejscach, które zostały dokładnie wskazane w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej, ale także w innych miejscach, które nie zostały wyraźnie wskazane w powyższych fragmentach tej dokumentacji.

W tym zakresie wziąć trzeba pod uwagę zarówno profesjonalny charakter działalności gospodarczej powoda, jak i charakter robót objętych umową stron. Nie ulega bowiem wątpliwości dla każdego, a tym bardziej dla profesjonalnego wykonawcy, którym bezspornie był powód, że przebieg wód gruntowych w warstwach wodonośnych nie ma charakteru odcinkowego, rozumianego w ten sposób, że wody te występują wyłącznie do dokładnie wskazanego kreską lub linią miejsca w dokumentacji projektowej, a bezpośrednio za wskazanym miejscem wód gruntowych już z pewnością nie będzie. Takie założenie jest niemożliwe do przyjęcia, biorąc pod uwagę, że woda generalnie przebiega w warstwach wodonośnych w sposób liniowy, ciągły, a nie punktowo.

Uwzględnić też należy okoliczności, na które wskazywali biegli z Instytutu, a także na które powoływała się strona pozwana, że wziąć trzeba pod uwagę również porę roku, warunki atmosferyczne (opady), trwające na tym terenie prace budowlane, które mogły wpływać na zmianę warunków geologicznych, a tym samym przebieg wód gruntowych w warstwach wodonośnych, a wreszcie – upływ czasu od chwili sporządzenia dokumentacji geotechnicznej w kwietniu 2006 r. do chwili wykonywania przedmiotowych robót na przełomie 2007 i 2008 r., kiedy powód zgłosił pozwanemu wnioski o zatwierdzenie spornych robót jako robót dodatkowych.

W tym kontekście podkreślić ponadto można, że z całości dokumentacji projektowej, która – poza korzystnymi dla niego fragmentami – jest pomijana przez powoda, niewątpliwie wynikało, że na terenie inwestycji występują zróżnicowane warunki gruntowe, charakteryzujące się występowaniem wahań poziomu lustra wody gruntowej w różnych miejscach i występowaniem wody gruntowej w różnych postaciach (napiętej, swobodnej i sączeń). Wskazano poza tym, że podane w projekcie miejsca występowania wody gruntowej mają charakter orientacyjny i ulegają wahaniom.

W związku z tym wziąć trzeba ponadto pod uwagę, że powód, jako profesjonalny wykonawca, specjalizujący się w wykonaniu takich robót budowlanych, o jakie chodziło w sprawie, który dokonał oględzin terenu, na którym miały być realizowane przedmiotowe roboty i który zapoznał się z całością dokumentacji przetargowej, a nie tylko z częścią opisową i graficzną dokumentacji projektowej, w następstwie czego bezspornie powziął wątpliwości co do sposobu rozumienia tej dokumentacji lub zakresu robót, które będzie należało wykonać na podstawie udostępnionej mu dokumentacji, ponieważ dał temu wyraz w zadanych zamawiającemu pytaniach nr 3 i nr 4 na etapie zawierania kontraktu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miał wystarczającą i nieograniczoną możliwość uzyskania od zamawiającego wyjaśnień swoich wątpliwości co do zakresu wykonania robót odwodnieniowych i ich skalkulowania w kosztorysie ofertowym. Co więcej, powód podjął nawet próbę wyjaśnienia tych wątpliwości, ale poprzestał na uzyskanych odpowiedziach. Pozwala to uznać, że widocznie uznał powyższe odpowiedzi za wystarczające do rozwiania jego wątpliwości, dotyczących właśnie kwestii zakresu wykonania robót odwodnieniowych.

Wbrew jego twierdzeniom w toku procesu, problem ten nie wiązał się więc ani z rzekomą wadliwością dokumentacji projektowej, ani – jak potem powód wskazywał wprost przeciwnie – z jej rzekomą bardzo dużą dokładnością (w zakresie części opisowej i graficznej), ani wreszcie z jej mylącym charakterem, mającym wynikać z rozbieżności między ogólnymi sformułowaniami na temat warunków geotechnicznych, zwłaszcza stosunków wodnych (wody gruntowej) a dokładnymi informacjami podanymi w części opisowej i graficznej. W istocie chodzi bowiem o to, że posiadając wszystkie powyższe informacje i jednocześnie mając świadomość wynikających z nich wątpliwości, powód – jako oferent, a w przyszłości wykonawca – samodzielnie podjął decyzję co do sposobu rozwiązania swoich wątpliwości, przyjmując w rezultacie, że wykonanie prac odwodnieniowych będzie konieczne jedynie w tych miejscach, które zostały dokładnie wskazane w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej.

Inaczej rzecz ujmując, powód subiektywnie przyjął założenie, że roboty odwodnieniowe wystąpią wyłącznie w miejscach wskazanych w części opisowej i dokładnie zaznaczonych (wyrysowanych) na profilach podłużnych kanalizacji w części graficznej dokumentacji projektowej, a w ślad za tym założeniem – ustalił wartość tych robót w przygotowanej ofercie dla zamawiającego. Wobec tego nieuwzględnienie robót odwodnieniowych na innych odcinkach przedmiotowej kanalizacji nie wiązało się bezpośrednio z treścią dokumentacji przetargowej, w szczególności dokumentacji projektowej, a zatem nie było konsekwencją wadliwości tej dokumentacji lub innych przyczyn leżących po stronie zamawiającego, lecz wynikało z jej samodzielnej oceny przez powoda, który – po otrzymaniu odpowiedzi na zadane pytania – zrezygnował z kontynuowania wyjaśniania swoich wątpliwości, mimo że bezspornie nie zostały one wyczerpująco wyjaśnione przez zamawiającego, o czym świadczyć może zwłaszcza spór, który powstał między stronami na tle konieczności wykonania robót odwodnieniowych również w innych miejscach od wskazanych na profilach podłużnych i w części opisowej dokumentacji.

Pomimo więc, że powód rozpoczął zadawanie pytań zamawiającemu co do sposobu rozumienia dokumentacji projektowej w zakresie spornych robót odwodnieniowych, zaniechał następnie upewnienia się, jak należy rozumieć treść opisową i graficzną dokumentacji projektowej w kontekście pozostałych sformułowań zawartych w tej dokumentacji, a także w kontekście odpowiedzi zamawiającego, że nie udostępni mu posiadanej dokumentacji geotechnicznej oraz że nie posiada projektu robót odwodnieniowych.

W związku z tym nie można przyjąć w ślad za skarżącym, który w zarzutach apelacyjnych oraz uzasadnieniu apelacji twierdzi, że podstawowy problem w sprawie polegał na tym, że woda gruntowa wystąpiła w miejscach, w których zgodnie z dokumentacją projektową w ogóle nie miała wystąpić. Takie stanowisko powoda jest dowolne i oparte jedynie na wybiórczej interpretacji korzystnych dla niego fragmentów dokumentacji projektowej (części opisowej i graficznej) z jednoczesnym pominięciem innych fragmentów tej dokumentacji, o których była mowa w opinii Instytutu i streszczonym wcześniej uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Jak już wyżej wskazano, zarówno z uwagi na charakter robót objętych umową stron, jak i na właściwości terenu oraz wód gruntowych, nie można zaakceptować – z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności powoda – tezy, że mógł on zasadnie przyjmować, że w pewnych miejscach (tj. wskazanych dokładnie w części opisowej i graficznej) woda gruntowa wystąpi, a w innych miejscach z pewnością jej nie będzie.

Podkreślić należy, że z całą pewnością nie można odczytywać dokumentacji projektowej w taki sposób, jak czyni powód, który twierdzi, że skoro w pewnych miejscach woda gruntowa była przewidziana, w związku z czym uwzględnił w kosztorysie ofertowym konieczność wykonania robót odwodnieniowych na tych odcinkach budowanej kanalizacji, to według niego jednocześnie można było racjonalnie przyjąć odwrotne założenie, że w innych miejscach, w których nie wskazano na konieczność wykonania prac odwodnieniowych, woda gruntowa z pewnością nie wystąpi. Biorąc bowiem pod uwagę całość dokumentacji, a nie jedynie jej fragmenty wybrane przez skarżącego, stwierdzić należy, że w żadnym miejscu tej dokumentacji zamawiający nie zapewniał (nie gwarantował), że woda gruntowa może wystąpić tylko i wyłącznie w tych miejscach, które wskazane zostały w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej.

Ponadto nawet powód w istocie tak tego rozumiał, ponieważ początkowo dążył do wyjaśnienia, jak należy rozumieć zagadnienia mające wpływ na ustalenie zakresu robót odwodnieniowych. Wobec tego nie można uznać, że zamawiający nie nakazywał kalkulować konieczności wykonania robót odwodnieniowych także w innych miejscach

wyraźnie wskazanych w dokumentacji projektowej. W każdym razie należało te kwestie ewentualnie wyjaśnić z zamawiającym na etapie przygotowywania i składania oferty na wykonanie przedmiotowej kanalizacji w celu upewnienia się, czy rzeczywiście tak należy rozumieć część opisową i graficzną dokumentacji projektowej, że zamawiający jedynie w wynikających z nich miejscach przewiduje uwzględnienie w ofercie kosztów wykonania robót odwodnieniowych.

W tym kontekście istotne jest, że powodowy wykonawca zaniechał dalszego wyjaśnienia kwestii objętych pytaniem nr 4 i w jednostronny sposób skalkulował koszty wykonania robót. Rzeczywiście, na podstawie znajdującego się w aktach sprawy materiału dowodowego można zauważyć, że powód przyjął w kosztorysie ofertowym zróżnicowane koszty wykonania robót w zależności od tego, czy uznał, że na danym odcinku konieczne będzie wykonanie robót odwodnieniowych lub że takiej konieczności nie będzie. W konsekwencji w tych miejscach, w których według dokumentacji projektowej nie było wprost i bezpośrednio przewidziane wystąpienie wód gruntowych, powód nie uwzględnił kosztów wykonania prac odwodnieniowych, wobec czego na tych odcinkach przyjął on niższe koszty wykonania robót. Z tego punktu widzenia nie ulega więc wątpliwości, że uzgodniona cena za wykonanie całego przedmiotu umowy, nie uwzględniała wykonania spornych robót odwodnieniowych. Było to jednak konsekwencją decyzji powoda, a nie treści dokumentacji projektowej.

Inaczej mówiąc, wynikało to z przyjętej przez niego interpretacji treści dokumentacji projektowej, a nie z niewystarczającego lub błędnego charakteru tej dokumentacji. Przy uwzględnieniu wszystkich omówionych wyżej okoliczności należy, że nie można przyjąć, że profesjonalny wykonawca, znający całość dokumentacji projektowej i warunki terenowe planowanej inwestycji oraz posiadający odpowiednie doświadczenie w wykonywaniu takich robót, o jakie chodziło w umowie stron, przy zachowaniu należytej staranności rzeczywiście nie mógł przewidzieć, że konieczność wykonania prac odwodnieniowych może powstać nie tylko w miejscach dokładnie wskazanych w dokumentacji, ale także w innych miejscach. W ocenie Sądu Apelacyjnego, powód miał taką możliwość, ale z sobie znanych przyczyn nie uwzględnił w złożonym zamawiającemu kosztorysie ofertowym możliwości, że prace odwodnieniowe mogą okazać się konieczne w szerszym (a nawet znacznie szerszym) zakresie, niż wynikało to jedynie z części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej.

W tym ujęciu nie można również pominąć kwestii, że wartość złożonej oferty miała decydujące znaczenie dla wyboru przez zamawiającego oferty, w związku z czym oferenci – na podstawie całości udostępnionej im dokumentacji przetargowej – musieli we własnym zakresie dokonać oceny zakresu i wartości prac, jakie należy wykonać w celu zrealizowania przedmiotu konkretnego zamówienia publicznego. Wiąże się to z przyjętymi indywidualnie przez oferentów założeniami co do rodzaju niezbędnych robót, ich charakteru, pracochłonności i kosztowności. W związku z tym istota problemu w niniejszej sprawie polegała na tym, że powód – rezygnując z zadania kolejnych pytań zamawiającemu – założył lub mówiąc językiem używanym w toku niniejszego postępowania – zaryzykował, że wykonanie prac odwodnieniowych będzie konieczne jedynie w tych miejscach, które wynikały z części opisowej i graficznej, a mianowicie na wyrysowanych odcinkach profili podłużnych projektowanej kanalizacji sanitarnej. Podkreślić należy, że powód nie upewnił się u zamawiającego, że rzeczywiście tak ma rozumieć wskazane wyżej części dokumentacji projektowej. Skoro zatem przyjął on takie założenie w sposób jednostronny i w gruncie rzeczy dowolny, to nie może obecnie przerzucać skutków swojej decyzji na zamawiającego i domagać się dodatkowego zapłacenia mu za roboty odwodnieniowe wykonane na tych odcinkach, których nie uwzględnił w swoim kosztorysie ofertowym.

W przeciwnym razie mogłoby to doprowadzić do sytuacji, w której na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferent pomija (być może nawet celowo) część robót, które mogą być niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, dzięki czemu składa najkorzystniejszą ofertę i wygrywa przetarg, ale następnie w toku realizacji zamówienia publicznego zgłasza żądanie dodatkowej zapłaty za roboty, które pierwotnie pominął przy kalkulowaniu złożonej oferty. W związku z tym podkreślić należy, że powyższe uwagi nie mają w niniejszej sprawie charakteru jedynie hipotetycznego, ponieważ ze znajdującego się w aktach sprawy zestawienia ofert wynika, że ich wartość była bardzo zróżnicowana i wahała się od 1.874.023,70 Euro (była to oferta powoda, która okazała się najtańsza) przez kwoty rządu 2.200.000 Euro, 2.400.000 Euro, 2.700.000 Euro, 2.900.000 Euro aż nawet do kwot około 3.400.000 Euro, a najwyższa wynosiła 3.585.871,37 Euro, czyli prawie dwukrotnie więcej od oferty powoda (k. 464 – 466). Nie

ma więc uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że właśnie powód – w przeciwieństwie do pozostałych oferentów – prawidłowo zinterpretował treść dokumentacji prawidłowej i właściwie oszacował koszt wszystkich robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Dostrzec przy tym można kwestię, że w toku postępowania nie zostało wyjaśnione, ponieważ nie było to zresztą niezbędne do rozpoznania niniejszej sprawy, czy w tych miejscach, w których – jak podkreślano w apelacji – przewidziane było wystąpienie wód gruntowych, rzeczywiście one wystąpiły i jaki był koszt wykonania związanych z tym prac odwodnieniowych, a zwłaszcza czy ich zakres i wartość odpowiadała kwotom przyjętym przez powoda w kosztorysie ofertowym lub może była jednak niższa i jakie miałyby to ostatecznie znaczenie dla końcowej oceny, czy istotnie można ustalić, że pozwana bezpodstawnie – po uwzględnieniu kosztów robót odwodnieniowych, które zostały uwzględnione w kosztorysie i robót odwodnieniowych, które nie zostały w nim uwzględnione – wzbogaciła się kosztem powoda, który wskazywał jako podstawę swojego żądania przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.).

W żadnym wypadku nie można przyjąć takiego prostego założenia, na którym opiera się konstrukcja żądania powoda, a obecnie jego zarzuty apelacyjne, że sporne roboty nie mogły zostać przez niego przewidziane, a skoro zostały wykonane, to skutkowały bezpodstawnym wzbogaceniem pozwanej jego kosztem. Irracjonalne jest bowiem założenie powoda, że z niezależnych od niego przyczyn w ogóle nie można przewidzieć, że wody gruntowe mogą wystąpić także w innych miejscach, niż były dosłownie wskazane w dokumentacji projektowej. W każdym zaś wypadku takie założenie wymagało ewentualnej weryfikacji u zamawiającego przed złożeniem oferty.

W rozstrzyganej sprawie nie chodzi więc ani o zarzucane błędne nieuwzględnienie przez Sąd pierwszej instancji rzekomej nieprawidłowości określenia przedmiotu zamówienia publicznego z naruszeniem art. 29 ust. 1 P.z.p. i art. 31 ust. 1 P.z.p., ani o niedopuszczalne przerzucenie na powoda ryzyka konieczności wykonania spornych robót odwodnieniowych w miejscach, które nie wynikały z części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej, lecz o to, że powód w subiektywny sposób nie uwzględnił prawdopodobieństwa pojawienia się wód gruntowych także w innych miejscach i konsekwencji nie oszacował ich kosztów w ramach złożonej oferty. Sytuacja taka nie uzasadniała jednak późniejszego udzielenia mu dodatkowego zamówienia na te roboty w trybie przewidzianym w art. 67 ust. 1 pkt 5 P.z.p. Nie oznacza to również, że zakres świadczenia powoda z naruszeniem art. 140 ust. 1 P.z.p. wykraczał poza zakres jego oferty. Przedmiotem jego oferty było bowiem wykonanie inwestycji objętej konkretnym zamówieniem publicznym, a nie konkretnej ilości robót, wskazanych w kosztorysie ofertowym. Kosztorys ten stanowił przede wszystkim podstawę do określenia treści i wartości oferty powoda, która okazała się wprawdzie najkorzystniejsza cenowo, ale nie oznacza to, że następnie jej wartość mogła ulec prostemu podwyższeniu przez powołanie się na konieczność wykonania prac, które bezspornie były konieczne do wykonania zamówienia publicznego, ale nie zostały uwzględnione przez powoda w swoim kosztorysie.

Wbrew powodowi, nie można więc uznać, że wystąpienie wód gruntowych także w innych miejscach należy w tej sprawie kwalifikować jako nieprzewidywalne warunki fizyczne, które na podstawie tzw. Czerwonego (...)u powinny skutkować uznaniem spornych robót za roboty dodatkowe, uzasadniające wystąpienie z żądaniem dodatkowej zapłaty za ich wykonanie.

Podsumowując, mimo rozlicznych i obszernych zarzutów apelacyjnych, Sąd Apelacyjny nie znalazł dostatecznych podstaw do dokonania ustaleń faktycznych zgodnych z twierdzeniami powoda, a w ślad za tym nie było również podstaw do dokonania odmiennej oceny prawnej zasadności jego żądania. Jak już bowiem zauważono na wstępie, stanowisko skarżącego opierało się na wybiórczym i tendencyjnym eksponowaniu korzystnych dla niego fragmentów zebranego materiału dowodowego, podczas gdy wszechstronne i wyczerpujące uwzględnienie wszystkich zebranych w sprawie dowodów nie pozwalało na akceptację tezy skarżącego, że z niezależnych od niego i usprawiedliwionych przyczyn nie miał on na etapie formułowania oferty i szacowania jej kosztów możliwości uwzględnienia prawdopodobieństwa konieczności wykonania robót odwodnieniowych w szerszym zakresie, niż przyjął on – w istocie samodzielnie – jedynie na podstawie wybranych fragmentów dokumentacji projektowej, mimo że niewątpliwie istniały również takie fragmenty tej dokumentacji, które nasuwały uzasadnione wątpliwości co do przyjętej przez niego interpretacji wybranych fragmentów dokumentacji. Nie ma więc podstaw do uznania,

że rzeczywiście wykonał on roboty dodatkowe, za które powinien otrzymać od pozwanej dodatkowe wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro pozwana odmówiła uwzględnienia jego wniosków o zawarcie dodatkowych umów na te roboty.

Nie można też uznać, że w ustalonych w sprawie okolicznościach istniały podstawy do podwyższenia wynagrodzenia powoda na podstawie art. 630 k.c. Poza przedstawionymi już wyżej kwestiami, dotyczącymi przyczyn nieuwzględnienia spornych robót, obciążających de facto powoda, podkreślić należy przede wszystkim, że przepis ten może mieć zastosowanie wówczas, gdy zestawienie planowanych prac będących podstawą wynagrodzenia kosztorysowego sporządza zamawiający. Tymczasem w tej sprawie zestawienie planowanych prac niewątpliwie sporządził sam powód, aczkolwiek uczynił to na podstawie dokumentacji projektowej udostępnionej przez zamawiającego. Niemniej powód w żaden sposób nie był ograniczony w tym zakresie przez zamawiającego, a ewentualne wątpliwości mógł wyjaśniać przez zadanie pytań zamawiającemu, jednak z tego nie skorzystał w sposób konsekwentny i wystarczający dla uniknięcia obecnego sporu. Nie można również mówić, że ta sytuacja mieści się w hipotezie zdania drugiego art. 630 k.c., ponieważ w świetle przedstawionych rozważań nie ma podstaw do uznania, że powód na etapie przygotowywania kosztorysu ofertowego dochował należytej staranności, ale mimo tego nie był w stanie przewidzieć konieczności wykonania spornych robót, które określa obecnie jako dodatkowe.

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako pozbawioną usprawiedliwionych podstaw. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 109 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. odpowiednio do wyniku sprawy w tej instancji.

Ponadto na mocy art. 350 § 1 i 3 k.p.c. sprostowano niedokładność pisarską w rubrum zaskarżonego wyroku, ponieważ jeden z członów nazwy pozwanej został użyty przez Sąd pierwszej instancji w nieprawidłowej formie deklinacyjnej (...) zamiast (...).

SSA Marek Machnij SSA Ewa Tomaszewska SSA Barbara Lewandowska