

Sygnatura akt I C 1288/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Wrocław, dnia 1 marca 2016 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu I Wydział Cywilny w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Urbaniak

Protokolant: Irmina Szawica

po rozpoznaniu w dniu 1 marca 2016 r. we Wrocławiu

sprawy z powództwa M. W.

przeciwko Operze (...)

o zapłatę

I zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 121.649,58 zł (sto dwadzieścia jeden tysięcy sześćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt osiem groszy) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 16 maja 2013 r. do dnia zapłaty;

II dalej idące powództwo oddala;

III zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 13.921 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV nakazuje stronie pozwanej, aby uiściła na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego we Wrocławiu) kwotę 444,63 zł tytułem kosztów sądowych.

Sygn. akt I C 1288/13

UZASADNIENIE

Powódka M. W. wniosła w pozwie o zasądzenie od strony pozwanej Opery (...) kwoty 134.070 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 16.05.2013 r. do dnia zapłaty. Domagała się także zasądzenia na jej rzecz od strony pozwanej kosztów procesu, w tym kwoty 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadniając żądanie pozwu powódka podała, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą (...) - W. przystąpiła do przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbiórka dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi” w ramach projektu: „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy dla Opery (...) na terenie (...) S.A.”, Priorytet 6: wykorzystanie i promocja potencjału turystycznego i kulturowego D., Działanie 6.4: Turystyka kulturowa. W toku postępowania przetargowego strona pozwana zwróciła się do niej o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi powódka wyjaśniła kalkulację ceny i poszczególnych czynności wpływających na zakres zamówienia. Powódka wskazała nadto, że jej obowiązkiem jest także wyrównanie terenu z uwzględnieniem zapisów pkt 2.2 cz. III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, uwzględniając, że pozostałe masy ziemi miały być wywiezione na odkład rozumiany jako wyznaczone miejsce w obrębie placu budowy poza miejscem zasadniczych prac budowlanych. Podała zatem, że wykonanie zamówienia nie obejmuje wywozu mas ziemi poza teren placu budowy. W ocenie powódki brak uwzględnienia kosztów wywozu ziemi uzasadniają w szczególności zapisy (...). Powódka wskazała, że wywóz gruntu z terenu budowy nie stanowi normalnego elementu prac budowlanych polegających na rozbiórce, jak również prac ziemnych, a nie został wyszczególniony jako dodatkowy element zamówienia w umowie na wykonanie

zadania jak i w żadnym innym składniku umowy. Powołując się na część opisową projektu budowlanego podała, że etapy prac rozbiórkowych zostały podzielone na: wygrodzenie terenu, odkopanie zbiornika podziemnego, demontaż elementów niekonstrukcyjnych, załadunek i transport porzbiórkowego gruzu betonowego i stali złomowej w miejsce ich zagospodarowania oraz uprzątnięcie terenu rozbiórki. Dalej wyjaśniła powódka, że prace ziemne traktowane są jako część prac rozbiórkowych, których zakres został odzwierciedlony w pkt I.1.1 I.1.2 przedmiaru robót. Przedmiar robót zaś nie może kształtować nowych elementów zamówienia, nie określonych w opisie przedmiotu zamówienia a ten nie uwzględniał wywozu ziemi. Świadczy o tym jej zdaniem szereg zapisów Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (Stwor, część III.3 (...)), albowiem do prac rozbiórkowych zalicza wprost wywóz i utylizację gruzu, nie wspominając o wywozie mas gruntu. Zamawiający nie przewidział więc transportu innych materiałów (poza gruzem), w tym zwłaszcza mas ziemi. Nie można także twierdzić, że wywóz ziemi stanowi element prac związanych z uporządkowaniem terenu, gdyż zgodnie z Przedmiarem robót w pozycji uporządkowanie terenu wyszczególnia się wyrównanie, ale już nie wywóz gruntu. Zamówienie zatem nie obejmowało transportu innych materiałów, w tym gruntu, skoro nie zostało ujęte w żadnym dokumencie przedmiotowej umowy. Powódka podniosła, że strona pozwana, jako podmiot publiczny miała obowiązek, co wynika bezpośrednio z art. 29 p.z.p., wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a zatem powinna wprost odnieść się także do transportu innych materiałów, w szczególności gruntu, albo nie wymieniać w żadnym miejscu (...) transportu gruzu, a odnosić się do transportu jedynie ogólnie.

Dalej powódka wskazała, że złożona przez nią oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i w dniu 6.12.2012 r. doszło do zawarcia między stronami umowy nr (...) na realizację zamówienia publicznego pn. „Rozbiórka dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi” w ramach przedsięwzięcia „Rozbudowanie istniejącego budynku pompowni wraz ze zmianą sposobu jego użytkowania na cele magazynowe przy ul. (...) ((...)) po uprzedniej rozbiórce dwóch zbiorników retencyjnych” w ramach projektu „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy dla Opery (...) na terenie (...) S.A.”. Powódka podała, że zgodnie z umową wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określono ryczałtowo w kwocie 134.070 zł brutto. Podkreśliła, że należycie wykonywała przedmiot zamówienia w postaci prawidłowej rozbiórki 2 zbiorników wraz z wyrównaniem terenu oraz wycinki drzew i należycie uporządkowała teren. Wykonała także na rzecz strony pozwanej drobne prace rozbiórkowe nieobjęte umową, za co nie domagała się wynagrodzenia. Wskazała, że pismem z 7.03.2013 r. notyfikowała pozwaną zakończenie wszystkich robót składających się na wykonanie zadania stanowiącego przedmiot powołanej wyżej umowy i zgłosiła gotowość do przystąpienia do odbioru końcowego oraz na podstawie § 11 ust. 4 pkt 4 umowy wniosła o podjęcie czynności zmierzających do jego przeprowadzenia w terminie i przekazała dokumentację podlegającą przekazaniu zamawiającemu po zakończeniu robót. Podniosła, że strona pozwana uchylała się od przystąpienia do odbioru wykonanych robót pomimo wielokrotnych wezwań. Strona pozwana przedstawiała w odpowiedzi nowe żądania, jak wywóz mas ziemnych z terenu budowy, przedłożenie dokumentów w postaci bilansu mas ziemnych i wyczenia wskaźnika zagęszczenia gruntu oraz bliżej niesprecyzowanej dokumentacji geodezyjnej budowy. Powódka wskazała, że kompletna dokumentacja została pozwaną przedłożona w dniu 7.03.2013 r., co uwidacznia protokół przekazania dokumentów sporządzony i podpisany przez obie strony. Podkreśliła, że wymienione w nim dokumenty stanowią określone w § 11 ust. 4 pkt 3 umowy „wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania przedmiotu odbioru”. Powódka podniosła, że postanowienia umowy, jak i zapisy innych znajdujących do niej zastosowanie dokumentów nie nałożyły na nią obowiązku sporządzenia, pozyskania i przedłożenia żądanych przez pozwaną dokumentów. Jej zdaniem możliwość żądania od wykonawcy dowolnego dokumentu przydanego w ocenie zamawiającego do prawidłowości wykonania prac prowadziłyby do jednostronnego kształtowania stosunku prawnego zamówienia, czynionego po zakończeniu wykonywania umowy a tak rozumiany zapis § 11 ust. 4 pkt 3 umowy prowadziłby nadto do oczywistej jej nieekwiwalentności sprzeciwiając się naturze stosunku prawnego i sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i jako taki musiałby zostać uznany za nieważny. Zdaniem powódki forsowane przez pozwaną rozumienie zapisów § 11 umowy pozostaje w sprzeczności z treścią stosunku prawnego łączącego strony, kształtowanego poza umową także przez opis przedmiotu zamówienia – część III (...). Powódka wskazała, że pkt 6.8 nie wymienia dokumentacji żądanej przez pozwaną, wskazując jedynie na dokumenty dotyczące ilości i jakości prac oraz materiałów. Żądane dokumenty nie zostały ujęte także w pkt 8.4 ppkt 2 (...) wymieniającym w

sposób enumeratywny „dokumenty do odbioru ostatecznego (końcowe)” oraz w definicjach dokumentacji budowy i dokumentacji powykonawczej (odpowiednio pkt 1.4 ppkt 13 i 14 (...)).

Zdaniem pozwanej interpretacja zapisów § 11 ust. 4 pkt 3 umowy przedstawiona przez pozwaną stanowiłaby naruszenie art. 29 prawa zamówień publicznych poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia. Podkreśliła, że zasadą zamówień publicznych jest ściśle oznaczenie wymaganego od wykonawcy świadczenia, co także wynika z ugruntowanego orzecznictwa (...) i sądów powszechnych. Zwróciła także uwagę na kody (...) służące określeniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i pozwalający na identyfikację przedmiotu zamówienia. W sprawie przedmiotowego zamówienia zastosowane zostały przez pozwaną kody (...) – wycinka drzew i (...) – usługi w postaci robót w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych i roboty ziemne. Jej zdaniem zamawiający powinien posłużyć się dostępnymi bardziej precyzyjnymi kodami (...) (roboty w zakresie usuwania gleby) i (...), które wyeliminowałyby ewentualne wątpliwości. Powódka podniosła, że wykonała wszelkie wynikające z umowy obowiązki tak w zakresie realizacji przedmiotu umowy jak i przedłożenia odpowiedniej dokumentacji zgodnie z § 11 ust. 4 pkt 3 umowy. Wskazała, że do odbioru strona pozwana przystąpiła dopiero w dniu 16.03.2013 r., jednakże odbiór nie został przeprowadzony w sposób prawidłowy, gdyż pozwana wskazała w protokole jako wady, okoliczności związane z brakiem wywozu mas ziemi i przedłożenia żądanych bezpodstawnie dokumentów. Podkreśliła, że powyższe nie może niweczyć konsekwencji wykonania przez nią obowiązków na mocy umowy, w tym zwłaszcza w zakresie wymagalności należnego za to wynagrodzenia.

Powódka wskazała, że strona pozwana w toku realizacji zamówienia zrezygnowała z części prac objętych zakresem zamówienia w postaci rozbiórki płyt dennych. Powódka podała, że zabiegała o zgodne z umową uwzględnienie redukcji zakresu prac w wysokości wynagrodzenia umownego i przedstawiła w dniu 25.02.2013 r. i ponownie w dniu 18.03.2013 r. zamienny kosztorys prac, który nie został zaakceptowany przez pozwaną. Wskazała, że wedle wyliczeń pozwanej niewykonane prace zostały wycenione na kwotę 132.661,86 zł, zaś wykonane dodatkowo przez powódkę prace polegające na rozbiórce łącznika na kwotę 44.865,79 zł, podczas gdy wynagrodzenie przewidziane umową wynosiło 109.000 zł netto. Przyjęcie kosztorysu zaproponowanego przez pozwaną powodowałoby całkowitą nieekwiwalentność umowy, na co powódka nie mogła przystać. Podkreśliła, że zmiana zakresu umowy i w konsekwencji wynagrodzenia umownego mogła odbyć się jedynie w trybie przewidzianym § 8 umowy, którego pozwana nie dochowała. Podniosła, że powódka była uprawniona i zobowiązana do wystawienia pozwanej faktury VAT opiewającej na wynagrodzenie określone łączącą strony umową, co też uczyniła w dniu 15.04.2013 r. i przedłożyła fakturę pozwanej w dniu 16.04.2013 r. Strona pozwana jednakże zakwestionowała prawidłowość wystawienia rzeczowej faktury i jednocześnie wezwała powódkę do podpisania aneksu do umowy na zmianę wynagrodzenia z uwzględnieniem sporządzonego przez pozwaną kosztorysu zamiennego. Podniosła, że pomniejszenie wynagrodzenia o ponad 81% w wyniku zmniejszenia zakresu prac o zaledwie 3% następującego wyłącznie z inicjatywy zamawiającego jest niesprawiedliwe dla wykonawcy i prowadzi do jego pokrzywdzenia. Powódka wskazała, że proponowała pozwanej zawarcie aneksu w zakresie uwzględniającym obniżenie wynagrodzenia w związku z odstąpieniem od rozbiórki płyt dennych i pomniejszenie wynagrodzenia o 3% do poziomu 131.928,88 zł, na co pozwana nie przystała. Jednocześnie wskazała, że strona pozwana wystawiła notę księgową nr (...) z 16.05.2013 r. na kwotę 154.164,68 zł, którą obciążyła powódkę karą umowną o bliżej niesprecyzowanych podstawach. Podała, że w dniu 10.06.2013 r. pozwana doręczyła jej oświadczenie z 4.06.2013 r. o potrąceniu wierzytelności przysługującej jej od powódki, wynikającej z rzeczowej noty obciążeniowej z wierzytelnością powódki wobec pozwanej z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana Opera (...) wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu strona pozwana potwierdziła przystąpienie powódki do przetargu na realizację zamówienia prac rozbiórkowych i w wyniku przeprowadzonego postępowania zawarcie umowy. Podkreśliła, że świadomość co do możliwości ograniczenia zamówienia przez pozwaną i tym samym zmniejszenia wynagrodzenia w oparciu o postanowienia § 8 ust. 3 umowy stanowiła element ryzyka, na które powódka się zgodziła. Strona pozwana wskazała, że zgodnie z zapisem § 8 ust. 3 umowy, zmiany umowy skutkujące zmniejszeniem wynagrodzenia miały być wyliczone przez wykonawcę w ramach kosztorysu zamiennego robót, który miał zostać wykonany metodą kalkulacji szczegółowej. Kosztorys miał

określić cenę jednostkową i być oparty o następujące czynniki cenotwórcze: Robocizna-R, materiały-M, sprzęt-S, koszty pośrednie-Kp, zysk-Z, przyjęte na poziomie średnim wynikającym z publikacji kwartalnych S. z kwartału poprzedzającego zmiany. Podniosła, że powódka kalkulując cenę oferty, która stanowiła ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy musiała uwzględnić jako elementy ryzyka sytuacje opisane w § 8 ust. 1 pkt 5 lit. e) oraz jego skutki opisane w § 8 ust. 3 umowy stanowiącej część 2 (...). Zawarcie umowy nastąpiło po uprzednim wypełnieniu wszystkich etapów postępowania dla przetargu nieograniczonego a powódka w przypadku wątpliwości mogła skorzystać z trybu art. 38 ustawy prawo zamówień publicznych i złożyć stosowne pytanie o wyjaśnienie treści (...). Odnosząc się do zarzutu uprawnienia po stronie pozwanej do jednostronnego kształtowania warunków umowy, pozwana podniosła, że zamiana postanowień umownych przebiegała w sposób określony w § 8 ust. 2-5 umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami zmiana umowy miała nastąpić w drodze sporządzonego przez wykonawcę kosztorysu zamiennego podlegającego weryfikacji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego i następnie po jego pozytywnym zaopiniowaniu i zatwierdzeniu przez zamawiającego. Wobec rezygnacji przez pozwaną z rozbiórki płyt dennych zbiorników strony w dniu 4.02.2013 r. ustaliły konieczność sporządzenia przez powódkę kosztorysu zamiennego uwzględniającego roboty zaniechane, na złożenie którego termin zgodnie z prośbą powódki został przedłużony do dnia 22.02.2013 r. Wskazała, że kosztorys zamienny został przez powódkę złożony 3 dni po terminie, a także w dniu 14.03.2013 r. Podniesiono, że forma kosztorysu jak i treść w żaden sposób nie uwzględnia zobowiązań powódki i wymagań z § 8 ust. 3 umowy. Wskazała, że zmuszona była do sporządzenia kosztorysu zamiennego na koszt i ryzyko powódki i pismem z dnia 5.04.2013 r. przedstawiła powódcie kosztorys zamienny, z którego wynika, iż koszt wykonania zaniechanych robót wyniósł kwotę 89.196,47 zł netto. W ocenie pozwanej po uwzględnieniu wartości tych robót zaniechanych, wysokość wynagrodzenia powódki winna wynieść kwotę 19.803,53 zł netto (24.358,34 zł brutto) i dlatego też odesłała powódcie wystawioną przez nią fakturę VAT na kwotę 134.070 zł, proponując jednocześnie podpisanie stosownego aneksu zmniejszającego wynagrodzenie powódki. Strona pozwana podniosła, że powódka nie sprzeciwiała się rezygnacji przez zamawiającego z części robót. W przypadku zaś uznania, że ograniczenie zakresu umowy przy zastosowaniu procedury wyceny zmian określonej w umowie stanowić będzie przejaw naruszenia ekwiwalentności świadczeń, powinna była na tym etapie realizacji inwestycji przedstawić swoje stanowisko i oświadczyć, że w tej sytuacji zlecone jej prace wykona w całości za kwotę wynagrodzenia ryczałtowego określonego umową.

Strona pozwana nadto podniosła zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej pozwanej od powódki w kwocie 154.164,68 zł wynikającej z noty księgowej nr (...) z 16.05.2013 r. z wierzytelnością powódki dochodzoną pozwem. Wskazała, że nota ta wystawiona została tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie postanowień umowy nr (...) z 6.12.2012 r. i podała, że w dniu 4.06.2013 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności. Wyjaśniła, że istnienie wierzytelności wywodzi w oparciu o koszty poniesione przez nią w związku z uporządkowaniem terenu i wywozem mas urobku pozostawionego na placu budowy przez powódkę, pomimo, iż taki obowiązek obciążał powódkę. Wskazała, że zmuszona była do przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji na realizację zamówienia publicznego pod nazwą: „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy Opery (...) na terenie (...): Zadanie 3: Usunięcie zalegającego nadmiaru ziem w terenie placu budowy przy ul. (...) (...)u we W.”. Strona pozwana podała, że powyższe prace zlecone zostały (...) Sp. z o.o., która po wykonaniu zlecenia wystawiła pozwanej fakturę VAT na kwotę 154.164,68 zł brutto, którą pozwana zapłaciła. Dalej strona pozwana wskazała, że szczegółowy zakres robót, w tym wywóz mas ziemi, określała dokumentacja projektowa oraz (...) w specyfikacji technicznej. Strona pozwana powołała się na pkt 5.6 specyfikacji technicznej, zgodnie z którym w ramach robót porządkowych powódka była zobligowana „powstałe po rozbiórce wykopy zasypać gruntem piaszczystym z ubijaniem warstwami [...] teren oczyścić z resztek materiałów i splantować”. Wskazała też na pkt 2.2 specyfikacji, zgodnie z którym wszystkie pozostałe elementy i materiały z rozbiórek powinny być usunięte z terenu budowy i odwiezione na odpowiednie stanowiska w sposób i terminie nie kolidującym z wykonaniem innych robót i nieutrudniającym ruchu drogowego. Zdaniem pozwanej liczne zapisy zamieszczone wprost w specyfikacji technicznej będącej integralną częścią umowy stanowią o istnieniu danego zobowiązania.

Strona pozwana ponadto wskazała na szczegółową procedurę końcowego odbioru robót, która przewidywała ścisły podział praw i obowiązków stron umowy opisany w § 11 umowy. Odbiór końcowy miał być dokonany po zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych

czynności przewidzianych przepisami ustawy prawo budowlane, potwierdzonych przez nadzór inwestorski, zaś inwestor nadzoru złożył oświadczenie pozwanej, iż przedmiot umowy nie jest przygotowany do końcowego odbioru robót. Strona pozwana podniosła, że przedłożona przez powódkę dokumentacja nie pozwalała na ocenę prawidłowości wykonania przedmiotu odbioru. Wskazała, że powódka zobowiązana była po myśli § 3 pkt 10 ust. 1 umowy do bieżącej obsługi geodezyjnej, a na wniosek pozwanej również do przedłożenia bilansu mas ziemnych, dokumentacji geodezyjnej budowy oraz wyliczonego wskaźnika zagęszczenia gruntu. Jej zdaniem do dokonania tej oceny niezbędna była dokumentacja geodezyjna, o którą pozwana wносиła.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Strona pozwana Opera (...) zarejestrowana w Rejestrze (...) w Urzędzie Marszałkowskim Województwa (...) ogłosiła w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przetarg nieograniczony na realizację zadania pod nazwą: „Rozbiórka dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi” w ramach projektu: „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy dla Opery (...) na terenie (...) S.A.”, Priorytet 6: wykorzystanie i promocja potencjału turystycznego i kulturowego D., Działanie 6.4: Turystyka kulturowa”.

Zgodnie z częścią 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia klasyfikacja przedmiotu zamówienia oznaczona została kodem wiodącym CPV (...). Do rozbiórki przeznaczono dwa jednakowe zbiorniki retencyjne zlokalizowane na terenie starej pompowni (...). Do prac rozbiórkowych zaliczyć należy również prace ziemne związane z odkopaniem zbiorników, usunięciem muru oporowego zabezpieczającego skarpe przed osuwaniem się i innych elementów wyposażenia dodatkowego. W zakres zamówienia wchodzi także wycinka drzew zgodnie z załączoną decyzją. Szczegółowy opis robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia przedstawiono w dokumentacji projektowej i (...), które zamieszczono w części 3 (...). (pkt II (...)).

W pkt XII (...) wskazano sposób obliczenia ceny. Cena oferowana stanowi wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy za przedmiot umowy i miała obejmować całość robót zgodnie z opisem części 1, 2 i 3 (...) oraz obejmować wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z przepisami prawa realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazano, że cenę ofertową podaną w formularzu oferty należy podać jako sumę wszystkich wycenionych pozycji przedmiaru robót, które będą uwzględniały w szczególności: wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót, ryzyko obciążające wykonawcę i kalkulowany zysk, wszelkie inne opłaty, koszty i należności związane z wykonywaniem robót wymienione lub wynikające ze specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych. Wskazano, że nawet jeżeli nie podano, należy przyjmować, że roboty muszą być wykonane według: - (...) i obowiązujących przepisów technicznych, - rysunków i wykazów zawartych w dokumentacji projektowej - wiedzy technicznej (pkt XII (...)).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia może zwrócić się do wykonawcy w formie pisemnej o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pkt XIII (...)).

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia , część 1 Instrukcja dla Wykonawców, k. 27-39

Projekt budowlany dla inwestycji „Rozbudowa istniejącego budynku pompowni wraz ze zmianą jego sposobu użytkowania na cele magazynowe, po uprzedniej rozbiórce dwóch zbiorników retencyjnych w ramach zadania: „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy dla Opery (...) na terenie (...)” został wykonany przez Biuro (...) Sp. z o.o. we W.. W części dotyczącej opisu technicznego budynku określono sposób prowadzenia prac rozbiórkowych (3.11). Wskazano, że do rozbiórki zakwalifikowane są dwa obiekty budowlane – zbiorniki podziemne wyłączone z użytkowania . Całość porozbiórkowego gruzu betonowego oraz stali złomowej pochodzących z rozbiórki zostanie zagospodarowana zgodnie ze stosownymi przepisami i rozporządzeniami Ustawy o odpadach. Stal porozbiórkowa zostanie pocięta na odcinki wsadowe i przetransportowana do koncesjonowanego punktu skupu. Do prac rozbiórkowych należy zaliczyć również prace ziemne związane z odkopaniem zbiorników, usunięciem muru oporowego zabezpieczającego skarpe przed osuwaniem się i innych elementów wyposażenia dodatkowego. Wskazano, że rozbiórkę należy prowadzić sukcesywnie, wycinkami w kształcie „podziału pomarańczy” wyznaczonymi pomiędzy

słupami podporowymi, poczynając od płaszcza zewnętrznego. Po skruszeniu betonu młotem pneumatycznym należy powycinać pręty zbrojeniowe i usunąć powstały gruz. Teren, na którym prowadzone będą prace rozbiórkowe należy ogrodzić i oznakować w sposób uniemożliwiający wstęp na budowę osobom postronnym. Wyznaczono kolejność wykonywania prac rozbiórkowych, która była następująca: - wygrodenie terenu rozbiórki, - odkopanie zbiornika podziemnego, - demontaż elementów niekonstrukcyjnych, - załadunek i transport porozbiórkowego gruzu betonowego i stali złomowej w miejsce ich zagospodarowania, - uprzątnięcie terenu rozbiórki.

Dowód: projekt budowlany tom 1/1

Opis przedmiotu zamówienia w części 3 (...) zawierał Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót (część 3/3). Jej przedmiotem był zbiór wymagań niezbędnych do określenia standardu i jakości wykonania robót w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót związanych z planowaną inwestycją.

W pkt 1.4 zawiera słowniczek wyjaśniający znaczenie pojęć, w tym 13) dokumentacji budowy – przez co należy rozumieć pozwolenie na budowę wraz z załączonym projektem budowlanym, dziennik budowy, protokoły odbiorów częściowych i końcowych, w miarę potrzeby, rysunki i opisy służące realizacji obiektu, operaty geodezyjne i książkę obmiarów, oraz 27) materiały – czyli wszelkie materiały naturalne i wytwarzane jak również różne tworzywa i wyroby niezbędne do wykonania robót, zgodnie z DP i ST, zaakceptowane przez inspektora nadzoru.

W części dotyczącej materiałów zapisano m.in., że zastosowanie materiałów z odzysku może nastąpić jedynie za zgodą zamawiającego i użytkownika realizowanej inwestycji. Wszystkie pozostałe elementy i materiały z rozbiórek powinny być usunięte z terenu budowy i odwiezione na odpowiednie składowiska. Wskazano, że humus i nakład czasowo zdjęte z terenów wykopów, ukopów i miejsc pozyskiwania piasku i żwiru będą formowane w hałdy i wykorzystywane przy zasypce i rekultywacji terenu po ukończeniu robót. Wszelkie odpowiednie materiały pozyskane z wykopów na terenie budowy lub innych miejsc wskazanych w dokumentach umowy będą wykorzystane do robót lub wywiezione na okład odpowiednio do wymagań umowy lub wskazań inspektora nadzoru. (pkt 2.1 i 2.2)

W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót określone zostały zasady odbioru końcowego, który polegał na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do zakresu (ilości) oraz jakości robót. Odbiór ostateczny robót nastąpi w terminie ustalonym w dokumentach umowy, licząc od dnia potwierdzenia przez Inspektora nadzoru zakończenia robót i przyjęcia dokumentów, o którym mowa w pkt 8.4(2). Komisja odbierająca roboty dokona ich oceny jakościowej na podstawie przedłożonych dokumentów, wyników badań i pomiarów, oceny wizualnej oraz zgodności wykonywania robót z dokumentacją projektową ST.

W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót ST B.01.01, Roboty rozbiórkowe, kod CPV (...) wskazano zakres robót objętych Specyfikacją Techniczną (ST). Zapisano, że w ramach rozbiórki ma nastąpić (pkt 1.3):

- rozbiórka murów oporowych i ogrodzenia,
- rozbiórka schodów przy pomieszczeniu 0/2 wraz z zasypaniem przestrzeni po schodach,
- rozbiórka podestu od strony południowo-zachodniej,
- demontaż stolarki drzwiowej i okiennej,
- rozebranie konstrukcji biegów schodowych, spoczników i podestów z elementów stalowych,
- wywóz i utylizacja gruzu.

Zgodnie z pkt 2 ST B.01.01 do robót objętych niniejszą specyfikacją materiały nie występują. Materiały uzyskane z rozbiórek do ewentualnego wykorzystania zakwalifikuje przedstawiciel Inwestora. W zakresie transportu wykonawca był zobowiązany do stosowania jedynie takich środków transportu, które nie wpłyną niekorzystnie na jakość

wykonywanych robót i bezpieczeństwa przewożonych materiałów (gruzu). Wybór środków transportowych oraz metod transportu powinien być dostosowany do kategorii gruzu (materiału), jego objętości, technologii odspajania i załadunku oraz odległości transportu (pkt 4).

W ramach robót porządkowych wykonawca zobowiązany był powstałe po rozbiórce wykopy zasypać gruntem piaszczystym z ubijaniem warstwami, teren oczyścić z resztek materiałów i splantować (pkt 5.6).

W pkt 9 ST B.01.01 określono sposób płatności i ustalono, że podstawą płatności jest cena ryczałtowa skalkulowana przez wykonawcę. Kwoty ryczałtowe robót będą obejmować: - robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami, - wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy, - wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami - koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko - koszty związane z organizacją ruchu.

Dowód: część 3 (...) Opis przedmiotu zamówienia, Dokumentacja projektowa i Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót ST B.01.00 i ST B.01.01, k. 40-55

W związku z wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 6.12.2012 r. Opera (...) we W. jako Zamawiający zawarła z powódką M. W. prowadzącą działalność pod firmą (...) we W. jako wykonawcą umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi (zadanie nr 1) w ramach przedsięwzięcia „Rozbudowanie istniejącego budynku pompowni wraz ze zmianą sposobu jego użytkowania na cele magazynowe przy ul. (...) ((...)) po uprzedniej rozbiórce dwóch zbiorników retencyjnych w ramach projektu „Utworzenie powierzchni magazynowej na dekoracje i kostiumy dla Opery (...) na terenie (...) S.A.”, Priorytet 6: wykorzystanie i promocja potencjału turystycznego i kulturowego D., Działanie 6.4: Turystyka kulturowa.

Zgodnie z § 3 pkt 1 umowy do obowiązków wykonawcy należało w szczególności m.in. wykonanie robót stanowiących przedmiot niniejszej umowy na podstawie decyzji pozwolenia na budowę, w oparciu o zatwierdzoną dokumentację projektową i (...) oraz przyjętą przez zamawiającego ofertę wykonawcy, bieżąca obsługa geodezyjna oraz wykonanie inwentaryzacji powykonawczej wraz z naniesieniem na mapę zasadniczą (ppkt 10 i 19). Do obowiązków zamawiającego należało pełnienie funkcji inwestora, ustanowienie nadzoru inwestorskiego w branży konstrukcyjno-budowlanej i dokonanie czynności odbioru na zasadach określonych w §11 umowy (pkt 2).

Termin realizacji przedmiotu umowy strony ustaliły na 3 miesiące od dnia podpisania umowy. Rozpoczęcie robót nastąpić miało w dniu 6.12.2012 r., a zakończenie do dnia 5.03.2013 r., czego potwierdzeniem będzie pisemne zgłoszenie przez wykonawcę i potwierdzone przez inspektora nadzoru gotowości do przystąpienia do czynności odbioru końcowego robót. Termin zakończenia robót może ulec zmianie w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 8 umowy (§ 5 umowy).

Strony ustaliły (§ 6 umowy), że za wykonanie przedmiotu umowy obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, które zostało ustalone na kwotę netto 109.000 zł, co stanowi 134.070 zł brutto na podstawie wycenionego przedmiaru robót stanowiącego załącznik do formularza oferty. Strony nie przewidziały wzrostu wynagrodzenia umownego za wyjątkiem sytuacji opisanych w § 8 umowy. Zgodnie z ust. 8 po zakończeniu czynności odbioru końcowego zostanie wystawiona faktura końcowa, której podstawę wystawienia stanowić będą: - bezusterkowy protokół odbioru końcowego robót lub protokół stwierdzający usunięcie usterek, - pozostałe załączniki, o których mowa w ust. 4, - wykaz wszystkich zatrudnionych przy realizacji umowy podwykonawców wraz z ich dokumentami rejestrowymi, - oświadczenia podwykonawców, że wszystkie należne im płatności z tytułu realizacji świadczeń składających się na przedmiot umowy zostały na ich rzecz już zrealizowane. W razie wątpliwościyczytuje się, że wynagrodzenie umowne w pełni pokrywa koszt prawidłowego przedmiotu wykonania umowy, w tym ukończenie robót w terminie oraz zgodnie z umową, usunięcie wad, wykonanie przez wykonawcę wszelkich innych obowiązków określonych lub wynikających z umowy.

W § 8 umowy strony ustaliły procedurę zmian umowy w stosunku do oferty wykonawcy i określiły warunki takiej zmiany. Zgodnie z ust. 1 pkt 5 lit. e) możliwa była rezygnacja przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami. Zmiana do umowy miała być dokonana poprzez sporządzenie aneksu i podpisana przed upływem terminu zakończenia robót.

Jak ustalono w ust. 3 zmiany do umowy skutkujące zmianą wynagrodzenia umownego zostaną przez wykonawcę wyliczone według określonej procedury nazwanej wyceną zmian. Wskazano, że jeżeli jest mowa o zmianach należy przez to rozumieć kosztorys zamienny sporządzony przez wykonawcę tych robót metodą kalkulacji szczegółowej opisaną w nieobowiązujących postanowieniach rozp. Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z 13.07.2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych a przyjętych do stosowania na zasadach określonych w art. 384 § 2 k.c. Kosztorys zamienny określający cenę jednostkową opracowany ma być w oparciu o składniki cenotwórcze jak: R(robocizna), M(materiał), S(sprzęt), Kp(koszty pośrednie), Z(zysk), przy czym ceny czynników cenotwórczych R, M, S, Kp, Z zostaną przyjęte na poziomie średnim wynikającym z publikacji kwartalnych (...) z kwartału poprzedzającego wprowadzone zmiany. Jeżeli nie będzie możliwe zastosowanie powyższych zasad, brakujące ceny materiałów zostaną przyjęte jako ceny hurtowe konkretnego producenta za kwartał poprzedzający wprowadzone zmiany a podstawą do określenia nakładów rzeczowych będą normy zawarte w wytycznych producenta. Sporządzony kosztorys zamienny podlega weryfikacji inspektora nadzoru inwestorskiego a następnie po jego pozytywnym zaopiniowaniu, zatwierdzeniu przez zamawiającego.

W § 11 ustalono odbiór końcowy, którego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy PB, potwierdzonych przez nadzór inwestorski. Przed rozpoczęciem odbioru końcowego wykonawca dostarczy inspektorowi nadzoru inwestorskiego wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania przedmiotu robót, a w szczególności sporządzone podczas przebiegu robót protokoły i notatki.

Dowód: umowa nr (...) z dnia 06.12.2012 r. o roboty budowlane, k. 56-67

Pismem z dnia 6.11.2012 r. strona pozwana zwróciła się do powódki jako wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w formie pisemnej dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powódka wskazała, że kalkulacja budżetu wykonania zamówienia została przeprowadzona w oparciu o obecnie istniejące na rynku stawki wynagrodzeń za wykonanie usług związanych z zamówieniem, zakres obowiązków wykonawcy i związane z tym koszty przy uwzględnieniu przychodów związanych z utylizacją pozyskanych odpadów nadających się do ponownego wykorzystania, a także mając na uwadze cel osiągnięcia zysku w wymiarze ekonomicznym jak i w postaci korzyści płynących z budowania wizerunku przedsiębiorstwa konkurencyjnego cenowo. Powódka wskazała, że obowiązkiem wykonawcy w ramach zamówienia jest także wyrównanie terenu i w tym kontekście należy uwzględnić zapisy z pkt 2.2 cz. III (...), umożliwiające wykonawcy wykorzystanie do tego materiałów pochodzenia miejscowego. Przywołała w wyjaśnieniach za umową, że humus i nakład czasowo zdjęte z terenów wykopów, ukopów i miejsc pozyskiwania piasku i żwiru będą formowane w hałdy i wykorzystywane przy zasypce i rekultywacji terenu po ukończeniu robót. Wszelkie odpowiednie materiały pozyskane z wykopów na terenie budowy lub innych miejsc wskazanych w dokumentach umowy będą wykorzystane do robót lub wywiezione na okład. Powódka wyjaśniła, że przeanalizowano ilość możliwego do uzyskania w ten sposób urobku i uznano, że jest ona wystarczająca do wyrównania terenu. W toku ustalania ceny ofertowej założono brak powstania w związku z tym kosztów wywozu ziemi usuniętej z miejsca rozbiórki i jego utylizacji, co uwzględniono w sporządzonej kalkulacji, nie wymieniając w niej dostawy dodatkowych mas ziemi.

Dowód: pismo strony pozwanej z 6.11.2012 r., k. 21; pismo powódki z 9.11.2012 r., k. 22-26

Pismem z dnia 25.02.2013 r. powódka zawiadomiła stronę pozwaną o zakończeniu rozbiórki zbiorników retencyjnych i wezwała do odbioru tych prac. Jednocześnie wniosła o wskazanie miejsca składowania nadmiaru mas ziemnych, które powstały w wyniku odkopywania zbiorników, wskazując, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powstały materiał miał być wywieziony na odkład lub rozplantowany na terenie budowy. Zwróciła się z prośbą o natychmiastową odpowiedź z uwagi na pozostały do wykonania uporządkowanie i wyrównanie terenu.

Dowód: pismo z 25.02.2013 r., k. 71

W dniu 6.03.2013 r. powódka oświadczyła, że zakończyła wszystkie roboty składające się na wykonanie zadania stanowiącego przedmiot umowy i zgłosiła gotowość do dokonania odbioru końcowego i na podstawie § 11 ust. 4 pkt 4 umowy wniosła o podjęcie czynności zmierzających do jego przeprowadzenia w przepisany terminie. Zgłosiła także gotowość przekazania dokumentacji, która zgodnie z umową podlega przekazaniu zamawiającemu po zakończeniu robót. Powódka jednocześnie wskazała, że grunt na placu budowy został odpowiednio rozplantowany a doły po miejscach rozbiórki zostały zgodnie z umową i wskazaniem inspektora nadzoru wypełnione warstwowo odpowiednim gruntem do poziomu otaczającego terenu i zagęszczone, określone umową materiały pochodzące z rozbiórki wywieziono poza teren budowy a on sam został uporządkowany. Oświadczyła, że na terenie budowy po zakończonym zadaniu pozostały – wywiezione na odkład – masy gruntu w ilości 3200 m³, którego wywóz z terenu budowy wbrew wskazaniom inspektora nadzoru inwestorskiego nie spoczywa na wykonawcy. Powódka wskazała, że wywóz gruntu z terenu budowy nie stanowi normalnego elementu prac budowlanych polegających na rozbiórce, jak również prac ziemnych a nie został wyszczególniony w umowie na wykonanie przedmiotowego zadania jak też w żadnym znajdującym do niej zastosowanie dokumencie, w szczególności dokumentacji projektowej czy (...).

Dowód: pismo powódki z 06.03.2013 r., k. 74-77

W dniu 7.03.2013 r. sporządzony został protokół z przekazania dokumentów podpisany przez wykonawcę i inspektora nadzoru inwestorskiego. Na całość dokumentacji składała się teczka zawierająca dokumentację odbiorową, dziennik budowy, projekt budowlany, projekt konstrukcyjny rozszerzony i kosztorys inwestorski.

Dokumentacja odbiorowa złożona przez wykonawcę obejmowała: oświadczenie kierownika rozbiórki, zgłoszenie pracy geodezyjnej, informację od (...), że awaria rurociągu nie jest wynikiem prac wykonawcy oraz protokół przekazania odpadu gruzu betonowego, protokół przekazania odpadu drewna, karta przekazania odpadu – żelazo i stal. Drogą elektroniczną wysłano także wyniki pomiaru geodezyjnego i mapę.

Dowód: protokół przekazania dokumentów z 7.03.2013 r. wraz z załączoną dokumentacją odbiorową, k. 78-92; w tym pomiary geodezyjne i mapa, k. 88-92

Pismem z dnia 8.03.2013 r. inwestor Opera (...) oświadczyła, że nie może przystąpić do czynności odbiorowych z uwagi na brak koniecznych dokumentów wskazanych w § 11 ust. 4 pkt 3 umowy. Wskazano, że na podstawie przekazanych dokumentów inspektor nadzoru nie może dokonać oceny prawidłowości wykonania przedmiotu odbioru. Wykazano brak dokumentów w postaci:

- bilansu mas ziemnych, wskazując, że przekazany operat geodezyjny stanowi jedynie inventaryzację masy ziemnej na dzień jego sporządzenia,
- dokumentacji potwierdzającej prawidłowość zagęszczenia gruntu,
- dokumentacji z obsługi geodezyjnej.

Strona pozwana wezwała powódkę do niezwłocznego dostarczenia tych dokumentów.

W odpowiedzi na pismo pozwanej powódka podniosła, że kompletna dokumentacja, którą przewidywała umowa, została przedłożona w dniu 7.03.2013 r., co zostało stwierdzone protokołem. Wskazała, że wymienione w protokole dokumenty stanowią określone w zapisie § 11 ust. 4 pkt 3 umowy wszystkie dokumenty pozwalające na ocenę

prawidłowości wykonania przedmiotu odbioru. Podkreśliła, że żadne z postanowień umownych jak i innych znajdujących do niej zastosowanie regulacji nie nakładają na wykonawcę obowiązku wykonania czynności, które musiałyby znaleźć odzwierciedlenie w dokumentacji żądanej przez zamawiającego.

Dowód: pismo strony pozwanej z 08.03.2013 r., k. 93; pismo powódki z 12.03.2013 r., k. 95-97

Strona pozwana w piśmie z dnia 12.03.2013 r. wskazała, że w jej ocenie wykonawca nie zakończył realizacji umowy i nie dopełnił obowiązków wynikających z zapisu § 11 ust. 4 umowy, gdyż nie dostarczył bilansu mas ziemnych, dokumentacji geodezyjnej budowy i wyliczonego wskaźnika zagęszczenia gruntu. Zaznaczyła, że bezpodstawne jest odstąpienie przez wykonawcę od wykonania przedmiotu umowy w części dotyczącej wywozu nadmiaru mas ziemnych z terenu budowy i twierdzenie, że wykracza to poza zakres przedmiotu umowy. Zamawiający wyznaczył spotkanie komisji odbioru na budowie na dzień 14.03.2013 r.

W dniu 14.03.2013 r. sporządzony został protokół odbioru prac. Inspektor nadzoru oświadczył, że wykonawca nie złożył wymaganej umową i przepisami prawa kompletu dokumentacji powykonawczej budowy oraz stwierdził, że przedmiot odbioru nie został wykonany w terminie umownym. Stwierdzono też, że prace nie zostały wykonane zgodnie z umową, gdyż wprowadzono zmiany na podstawie decyzji o odstąpieniu od rozbiórki płyt dennyh. Zobowiązano wykonawcę do złożenia podpisanego kosztorysu na rozbiórkę płyt dennyh do dnia 18.03.2013 r. i wyznaczono na ten dzień czynności komisji odbioru.

W dniu 18.03.2013 r. ponowiono czynności odbioru końcowego przedmiotu umowy. Odnośnie wykonania prac zgodnie z umową zapisano, że komisja nie ma jednoznacznego stanowiska w tej sprawie. Według zamawiającego prace nie zostały wykonane zgodnie z umową gdyż nie wykonano zagęszczenia gruntu i wywozu mas ziemnych. Zapisano, że niewykonane prace zostaną zlecone na koszt i ryzyko wykonawcy.

Dowód: pismo strony pozwanej z 12.03.2013 r., k. 98-99; protokół odbioru prac nr (...) z 14.03.2013 r., k. 447-449; protokół odbioru prac nr (...) - Bud Część 2 z 18.03.2013 r., k. 465-467

W toku prac inwestor odstąpił od wykonania części robót w zakresie rozbiórki płyt dennyh zbiorników. W dzienniku budowy dokonano 4.01.2013 r. zapisu o wyrażeniu zgody na pozostawienie płyt dennyh zbiorników żelbetowych. Odstąpienie od wykonania tych prac nie będzie kolidowało z możliwością posadowienia fundamentów hal magazynowych. W dniu 4.02.2013 r. spisany został protokół konieczności, w którym stwierdzono, że projektant wyraził zgodę na pozostawienie płyt dennyh dwóch zbiorników. Ustalono, że wykonawca prześle kosztorys na zaniechane roboty do 6.02.2013r.

Dowód: protokół konieczności, k. 180

Zgodnie z zakresem prac do rozebrania były: 2 zbiorniki retencyjne, schody zewnętrzne 10x19x26, część muru oporowego i ogrodzenia. Dzieląc wartość wszystkich rozbiórek czyli 58.025 zł netto przez zakładaną przez powódkę ilość konstrukcji żelbetowej do rozbiórki (1804,32m³ gruzu) koszt rozbiórki, odwóz i utylizacja 1m³ gruzu wynosi 32,16 zł netto/m³. Objętość płyt dennyh, których rozbiórki zaniechano, wynosiła 314 m³.

Koszt prac niewykonanych w postaci płyt zbiorników wynosił 10.097,90 zł netto plus podatek VAT 23%, co daje kwotę 12.420,42 zł. Sposób wyliczenia jest następujący: 314m³ x 32,16 zł = 10.097,90 zł.

Cena rynkowa wywozu ziemi we W. oscyluje w granicach 26-28 zł netto/m³. Faktyczna rynkowa wartość wywozu ziemi jest tożsama z kosztami poniesionymi przez pozwaną i wynosi 125.337,14 zł netto (154.164,68 zł brutto).

Technologia wykonania rozbiórek była zupełnie inna niż określona w KNR przez co nie można zastosować do wyliczenia wartości prac rozbiórkowych przez analogię pozycji KNR (...). Do wyliczenia wartości prac zaniechanych należy wykorzystać kalkulację ofertową.

Dowód: opinia biegłej sądowej z zakresu budownictwa ogólnego A. K., k. 527533; opinia uzupełniająca, k. 572-576

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie w przeważającej mierze.

Niewątpliwie strony łączyła umowa o roboty budowlane, do której zawarcia doszło w wyniku przeprowadzonego uprzednio przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne realizowane przez stronę pozwaną Operę (...). Stosownie do art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Spór stron umowy sprowadzał się do kwestii należytego wykonania umowy zgodnie z jej zapisami oraz z treścią (...). Spór ten w zasadniczej części dotyczył obowiązkowego zakresu prac będących przedmiotem zamówienia i mających być wykonanych przez wykonawcę. Strona pozwana bowiem zarzucała, że powódka nie dokonała wywozu mas ziemnych z terenu budowy, co jej zdaniem było obowiązkiem wykonawcy i wynikało bezpośrednio z zapisów (...), wobec czego nie mogła dokonać odbioru prac. Strona pozwana negocjowała także należyte wykonanie przez powódkę dopełnienie obowiązku w zakresie sporządzenia dokumentacji porozbiorowej.

W ocenie Sądu przedmiot zamówienia co do podnoszonego przez stronę pozwaną zarzutu niewykonania przedmiotu umowy w zakresie obowiązku wykonawcy również wywozu (transportu) mas ziemnych z terenu budowy nie wypełnia normy prawnej art. 29 ust. 1 p.z.p. Obowiązek ten nie został bowiem w żaden sposób skonkretyzowany w opisie przedmiotu zamówienia, a nadto, nie wymienia go także Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (zwana dalej (...)).

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 29 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z tego przepisu wypływa wniosek, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia – jakie dokładnie prace składają się na żądane roboty budowlane – i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Jeżeli chodzi natomiast o uwzględnienie wymogów prawa budowlanego w określeniu zamówienia to zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Jednakże sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych określony w art. 31 p.z.p. przez wymóg sporządzenia określonej dokumentacji, nie oznacza, że dla tych robót nie stosuje się podstawowego przy przygotowaniu postępowania przepisu art. 29 p.z.p. określającego zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia (tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy (...) z dnia 12.08.2015 r., (...)).

W wyroku z dnia 18.05.2015 r., (...), Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że art. 29 ust. 1 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców, co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej

informacji w (...). Z kolei w innym orzeczeniu (...) wyjaśniła, że sformułowanie "za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń" należy odnieść do języka fachowego używanego w branży, w której działają podmioty zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ma umożliwić wykonawcom obliczenie ceny oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Jeśli nie zrobi tego zgodnie z art. 29-31, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok (...) z dnia 24.08.2011 r., (...), www.uzp.gov.pl).

Mając powyższe rozważania na uwadze należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie strona pozwana jako inwestor nie objęła umową wywozu mas ziemnych przez wykonawcę. Wszelkie bowiem nieścisłości i wątpliwości w określeniu przedmiotu zamówienia działają na niekorzyść inwestora. Nie można wymagać od wykonawcy udzielonego zamówienia rozszerzonego rozumienia jego przedmiotu i wyjścia poza ramy zamówienia w przypadku pojawienia się takich wątpliwości i żądań ze strony inwestora. W tym miejscu należy przywołać odpowiednie zapisy (...), które wprost odnoszą się do materiałów pozyskanych z dokonywanych wykopów. Jak stanowi pkt 2.2 (...), humus i nakład czasowo zdjęte z terenów wykopów, ukopów i miejsc pozyskiwania piasku i żwiru będą formowane w hałdy i wykorzystywane przy zasypce i rekultywacji terenu po ukończeniu robót. Wszelkie odpowiednie materiały pozyskane z wykopów na terenie budowy lub innych miejsc wskazanych w dokumentach umowy będą wykorzystane do robót lub wywiezione na odkład odpowiednio do wymagań umowy lub wskazań inspektora nadzoru. Pojęcie „odkład” oznacza dosłownie „zbędną ziemię odkładaną wzdłuż wykopu podczas jego wykonywania” (tak Słownik Języka Polskiego PWN, źródło: www.sjp.pwn.pl). Jak podnosiła powódka w języku fachowym obowiązującym w branży budowlanej odkład funkcjonuje jako miejsce składowania gruntów pozyskanych w czasie wykonywania wykopów a nie wykorzystanych do budowy. Powódka zatem należycie zrozumiała zapisy (...) w części zawierającej (...). Błędnie strona pozwana zarzuca powódce, że nie wykonała zadania (przedmiotu zamówienia) zgodnie z zapisami łączącej strony umowy. Podczas wykonywania robót pracownicy powódki składowali bowiem nadmiar wydobytego gruntu na terenie budowy, tworząc zarazem tzw. odkład. Przede wszystkim zauważyć także należy, że w żadnym innym miejscu (...) ani też w samej umowie nie ma mowy o wywozie gruntu (mas ziemnych). Analiza całokształtu uregulowań (...) przemawia za tym, iż wywóz gruntu znajdował się poza zakresem robót przewidzianych dla wykonawcy w ramach łączącej strony umowy o roboty budowlane, której przedmiotem była rozbiórka dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi. Świadczą o tym chociażby zapisy (...).01.01 określające roboty rozbiórkowe, które obok rozbiórki poszczególnych elementów wskazują wyłącznie na wywóz i utylizację gruzu. Skoro strona pozwana będąca inwestorem twierdzi, że miała ona w zamiarze objęcie pracami rozbiórkowymi także wywóz mas ziemnych poza teren budowy, to winna ona wyszczególnić (opisać) ten element prac w opisie przedmiotu zamówienia, chociażby tak jak uczyniła to w zakresie wycinki drzew, a przynajmniej scharakteryzować te prace w ramach (...) będącego częścią składową (...) i umowy (analogicznie jak to uczyniła odnośnie gruzu). Wykonawca bowiem przystępując do procedury zamówienia publicznego powinien wiedzieć jakie konkretnie prace składające się na przedmiot zamówienia ma do wykonania, by je móc należycie wycenić. Mało tego, w świetle materiału dowodowego uznać należy, że strona pozwana doskonale wiedziała, jak powódka rozumie sporne zapisy umowy i w jaki sposób kalkuluje konkretne prace wskazywane w (...). W toku postępowania przetargowego pozwana zwróciła się bowiem do powódki o wyjaśnienie elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powódka w sposób wyczerpujący w ocenie Sądu wyjaśniła wątpliwości strony pozwanej w piśmie z 9.11.2012 r. Powódka dokładnie opisała wszelkie czynności, w tym postępowanie z ziemią uzyskaną podczas prac rozbiórkowych. Wskazała, że po dokonaniu analizy (...) powódka uznała i skalkulowała złożenie ziemi na odkład na terenie budowy oraz użycie jej do rozplantowania celem wyrównania terenu. Powódka wyraźnie zaznaczyła, że nie ujęła kosztów związanych z wywozem ziemi i jej utylizacją ani z dostawą materiału do zasypek. Jak wskazała, „założono brak powstania w związku z tym kosztów wywozu ziemi usuniętej z miejsca rozbiórki i jego utylizacji”. Skoro strona pozwana jako zamawiająca wybrała ofertę powódki i zawarła z nią umowę to należało uznać, że jednocześnie zaakceptowała sposób kalkulacji ceny ofertowej jak też zakres prac ujęty w złożonych wyjaśnieniach. Tym samym zamawiający posiadał pełną wiedzę, że wykonawca nie kalkulował prac związanych z wywozem gruntu

i akceptując złożoną przez niego ofertę na to się godził. Nie można mimo tego pomijać faktu, co wyżej ustalono, że prace te nie były przedmiotem zamówienia, jako że nie zostały opisane zarówno w umowie jak też w (...) i (...).

W kwestii prac zaniechanych (rozbiórka płyt dennych) strona pozwana podnosiła nadto, że forma kosztorysu jak i treść w żaden sposób nie uwzględnia zobowiązań powódki i wymagań z § 8 ust. 3 umowy. Zgodnie z zapisem § 8 ust. 3 umowy, zmiany umowy skutkujące zmniejszeniem wynagrodzenia miały być wyliczone przez wykonawcę w ramach kosztorysu zamiennego robót, który miał zostać wykonany metodą kalkulacji szczegółowej. Wbrew twierdzeniom strony pozwanej należało uznać, że powódka dopełniła ostatecznie swego obowiązku i złożyła kosztorys zamienny, który był sporządzony w sposób prawidłowy. W tym zakresie Sąd oparł się na opinii biegłej sądowej, która to zagadnienie wyjaśniła w sposób szczegółowy i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Powódka sporządziła bowiem kosztorys zamienny opierając się na kalkulacji ofertowej. Prace zaniechane stanowiły część pozycji 1; powódka pomniejszyła tę pozycję o 3%. Biegła wyjaśniła, że nie można tu zastosować kalkulacji opartej na KNR, jak tego żądała strona pozwana. Wskazała, że zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania metoda ustalania nakładów rzeczowych przez analogię polega na doborze nakładów z określonej tablicy KNR, które pod względem charakteru robót i technologii są bardzo zbliżone do robót wycenianych zarówno pod względem organizacji jak i technologii wykonania. W przedmiotowej sprawie rozbiórki nie były prowadzone ręcznie lecz za pomocą specjalistycznego sprzętu. Zatem technologia wykonywania prac była zupełnie inna niż ta określona w KNR i nie można zastosować do wyliczenia wartości prac rozbiórkowych przez analogię wskazanej pozycji KNR. Strona pozwana zatem winna w ocenie Sądu przyjąć sporządzony przez powódkę kosztorys zamienny i rozliczyć zgodnie z nim zaniechane z inicjatywy inwestora prace. Wartość zatem prac, których powódka na wniosek pozwanej nie wykonała, wynosiła 12.420,42 zł. Zgodnie z ust. 1 pkt 5 lit. e) możliwa była rezygnacja przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy miało zostać pomniejszone, przy czym zamawiający winien zapłacić za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami. W ocenie Sądu powódka wykonała należycie przedmiot zamówienia w postaci dokonania rozbiórki dwóch zbiorników retencyjnych wraz z robotami ziemnymi. W tym miejscu należy zaznaczyć, że zarzut potrącenia podnoszony przez pozwaną na kwotę 154.164,68 zł stanowiącą równowartość kosztów wywozu ziemi z terenu inwestycji okazał się niezasadny. Do obowiązków powódki nie należał bowiem wywóz gruntu pozostającego na terenie budowy. Pozwana nie mogła zatem żądać wykonania zastępczego i obciążać tymi kosztami powódki.

W konsekwencji powyższych ustaleń Sąd zasądził od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 121.649,58 zł jako należne powódce wynagrodzenie z tytułu wykonanych prac rozbiórkowych. Od pierwotnej bowiem kwoty umownego wynagrodzenia należało odjąć ustaloną wartość prac zaniechanych (pozostawienie płyt dennych), których wartość wyniosła 12.420,42 zł.

Do należnych powódce kosztów Sąd nie doliczył kosztów rozbiórki łącznika (2.966,66 zł według opinii biegłego), które nie były przewidywane w umowie. Albowiem z jednej strony powódka nie wskazywała, że kosztów tych żąda, z drugiej gdyby nawet takie roszczenie zgłosiła to z uwagi na treść art. 632 kc nie mogłoby zostać uwzględnione (wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy i jego podwyższenie byłoby możliwe tylko w wypadku istnienia po stronie wykonawcy zagrożenia rażąco strata-za taką nie może być uznana strata sięgająca nieco ponad 2 % wartości kontraktu).

O odsetkach Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 455 kc. Strony w umowie ustaliły, że należność za jej wykonanie zostanie zapłacona w ciągu 30 dni od wystawienia faktury po zakończeniu prac. Faktura została wystawiona 15.04.2013 r. Termin 30 dni od tej daty minął 15.05.2013 r. wobec czego od 16.05.2013 r. pozwana pozostawała w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia dochodzonego przez powódkę.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c. Stosownie do tego przepisu w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań, koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznaczącej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny Sądu. W przedmiotowej sprawie powódka uległa tylko nieznacznie przeciwnikowi, tj. co do kwoty 12.420,42 zł, co uzasadniało zastosowanie normy

art. 100 zd. 2 k.p.c. Dodać należy, że zgodnie z wnioskiem pełnomocnika powódki koszty zastępstwa procesowego Sąd przyjął według dwukrotności stawki minimalnej ze względu na skomplikowany charakter sprawy i nakład pracy pełnomocnika.