

Sygn. akt VIA Ca 1183/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA – Agata Zajac

Sędzia SA – Teresa Mróz (spr.)

Sędzia SA – Krzysztof Tucharz

Protokolant – sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 19 kwietnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W. (następcy prawnego (...) Sp. z o.o. w W.)

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 11 czerwca 2012 r.

sygn. akt XXV C 567/11

I oddala apelację;

II zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VIA Ca 1183/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 24 maja 2011 roku (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. wnosila o zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 2.479.049,76 zł z odsetkami ustawowymi do dnia zapłaty – od kwoty 1.714.095,93 złotych od dnia 5 kwietnia 2009 roku, od kwoty 203.625,32 złotych od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania w sprawie, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że w dniu 10 sierpnia 2009 roku pozwany Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiający oraz konsorcjum, składające się z następujących spółek: (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T., jako wykonawca, zawarli umowę nr (...) na wykonanie zamówienia publicznego – robót obejmujących budowę drogi ekspresowej (...) – odcinek K. P. wraz

z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W. w etapie II/1 – droga ekspresowa (...) na odcinku od węzła L. do węzła M. i w etapie II/2 – droga ekspresowa (...) na odcinku węzeł (...) – węzeł (...). W trakcie wykonywania robót między stronami wystąpił spór, co do sposobu obliczania wynagrodzenia należnego za wybudowanie ekranu akustycznego (...) (roszczenie C-37) oraz spór, co do sposobu obliczania wynagrodzenia za prace polegające na wykonaniu podsypki filtracyjnej z piasku pod ekran ziemno-betonowy (...) (roszczenie C-39).

W ocenie powódki, w odniesieniu do roszczenia C-37, za jednostkę obmiarową ekranu (...) przyjęć należy 1 metr długości kręgu zgodnie z pozycją 60 kosztorysu ofertowego. Zdaniem powódki skoro wykonała ona montaż łącznie 2.274 kręgów betonowych oznacza to że, obliczając wynagrodzenie należy pomnożyć liczbę zamontowanych kręgów przez stawkę 934,50 zł, co daje w sumie kwotę 2.125.053 zł, co przy uwzględnieniu podatku od towarów i usług w stawce 22% daje kwotę 2.592.564,66 zł. W ocenie powódki kwota zapłacona jej przez pozwanego stanowi w istocie wynagrodzenie za zamontowanie jedynie 154 m (154 sztuk) kręgów betonowych, a wobec tego powódce należy się wynagrodzenie uzupełniające w dochodzonej pozwem kwocie 2.416.990,80 zł.

Odnosząc się do roszczenia C-39 powódka podniosła, iż w pozycji 56 kosztorysu ofertowego stwierdzono, że planowane jest wykonanie koryta głębokości 20 cm pod podsypkę filtracyjną dla ekranu ziemno-betonowego (...), w pozycji 57 podano, że planuje się wykonanie podsypki filtracyjnej z piasku – „grubość warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm)”, zaś w pozycji 58 przewidziano dopłatę „za każdy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm)”. Za jednostkę obmiarową podsypki przyjęto metr kwadratowy, cena została określona na 4,50 zł zarówno dla pozycji 57 (10-centymetrowa warstwa podsypki) jak i 58 (każdy kolejny 1 cm podsypki, ponad warstwę 10 cm z pozycji 57). Zdaniem powódki powyższe zapisy oznaczają, że planowe wykonanie dotyczyło jedynie 10 cm podsypki, zaś następne 10 cm wykonane miało być w ramach dopłaty. Żądanie pozwu w części dotyczącej wykonania dodatkowej warstwy podsypki filtracyjnej, ponad warstwę 10 cm podsypki opiewa na kwotę 62.058,96 zł (w tym 22% VAT).

Powódka podniosła, iż odrzucenie przez inżyniera kontraktu roszczenia C-37, po zmianie sposobu obmiaru i rozliczenia, dotyczącego dopłaty za montaż kręgów betonowych stanowiło naruszenie art. 144 prawa zamówień publicznych, albowiem pozwany dopuścił się jednostronnej, nieuprawnionej zmiany umowy, w szczególności dotyczącej treści oferty. Powyższe w ocenie powódki daje jej podstawy do dochodzenia roszczenia na podstawie art. 647 k.c.

Odnosząc się do odrzucenia przez pozwanego roszczenia C-39, dotyczącego rozliczenia drugiej warstwy podsypki filtracyjnej powódka podniosła, że odrzucenie przez inżyniera kontraktu roszczenia C-39 ze względu na niedochowanie terminu było bezzasadne. Okoliczność powodująca to roszczenie to niezakwestionowany, niezatwierdzony w dniu 27 stycznia 2011 roku wniosek (...) i (...) nr (...), lecz dopiero szczegółowe uzasadnienie przyczyn skreślenia zgłoszonej do odbioru przez powódkę ilości robót. Zdaniem powódki 14-dniowy termin rozpoczął bieg od dnia doręczenia powodowi uzasadnienia, co do przyczyn zakwestionowania bądź niezatwierdzenia obmiaru, czyli od dnia 25 lutego 2011 roku, wobec powyższego powódka nie uchybiła 14-dniowemu terminowi.

Zdaniem powódki nieuzasadnione jest również odrzucenie roszczenia C-39 z przyczyn merytorycznych. Zdaniem powódki Kosztorys Ofertowy opisuje sposób obliczenia wynagrodzenia za wykonanie podsypki filtracyjnej zgodnie z dokonanymi przez nią obliczeniami wynagrodzenia. Jej zdaniem jedynie w pozycji 57 przewidziano położenie podsypki filtracyjnej o grubości 10 cm za 4,50 zł za m². Pozycja 58 nie przewiduje już wyłożenia podsypki 10 cm lecz każdy kolejny centymetr ponad warstwę z pozycji 57 winien być liczony w sposób opisany w pozycji 58, czyli po 4,50 zł za każdy centymetr.

Uzasadniając swoją legitymację czynną do występowania w charakterze powódki w niniejszej sprawie, powódka podniosła, iż zgodnie z postanowieniami umowy konsorcjum i ustalonego w niej podziału zadań, do powódki należały prace polegające na montażu kręgów betonowych oraz wykonaniu warstwy podsypki pod te kręgi, które to roboty są podstawą roszczenia wysuniętego w pozwie inicjującym przedmiotowe postępowanie.

Pozwany – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wnosił o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany podnosił, że w jego ocenie wynagrodzenie za wybudowanie ekranu akustycznego obliczone winno być z uwzględnieniem nie ilości 2.791 m odzwierciedlającej ilości kręgów betonowych użytych do wybudowania ekranu (...), lecz z uwzględnieniem faktycznej długości kranu (...) czyli 380m. Pozwany podał, że już w trakcie robót – budowy ekranu (...) między stronami wystąpiły rozbieżności, co do sposobu rozliczania wynagrodzenia należnego za montaż kręgów betonowych jak również za wykonanie podsypki filtracyjnej. Po przeanalizowaniu sprawy projektant przedstawił przedmiar zamienny, zgodnie z którym korekcie uległ zapis pozycji 60 dotyczącej przedmiaru montażu kręgów betonowych, tj. w rubryce ilość (m) liczbę 2.791 zastąpiono liczbą 380, przy niezmienionej jednostce rozliczeniowej – metrze bieżącym ekranu akustycznego. Pozwany podniósł, że w dniu 24 listopada 2010 r. Inżynier Kontraktu zatwierdził wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru (...) nr (...) dla elementu robót – montażu kręgów betonowych fi 100 cm, wraz z komentarzem zawartym w notatce, w której to Inżynier Kontraktu stwierdził, iż rozliczenie i obmiar robót zgodnie z zapisami (...)07.08.04d pkt 7.2 powinien dotyczyć metra bieżącego całego ekranu zbudowanego z kręgów betonowych, jednakże do czasu przeanalizowania sprawy i wyjaśnienia jej z projektantem inżynier kontraktu zgodnie z warunkiem 3.5 określenia i warunkiem 12.3 wyceny, ustalił cenę tymczasową dla wystawienia przejściowego świadectwa płatności. Notatka zawierała również zastrzeżenie, że zgodnie z klauzulą 14.6 warunków kontraktu inżynier kontraktu będzie mógł dokonać poprawek i modyfikacji przejściowego świadectwa płatności w kolejnych przejściowych świadectwach płatności. Ostatecznie po uzgodnieniu z pozwanym przedstawionego przez inżyniera kontraktu sposobu rozliczania robót w zakresie ekranów akustycznych Inżynier zakwestionował przyjęty przez powódkę sposób interpretacji jednostki obmiarowej ekranów ziemno-betonowych. Również projektant potwierdził stanowisko inżyniera kontraktu co do zmiany sposobu obmiaru i rozliczenia robót przy budowie ekranów ziemno-betonowych. Pozwany jednoznacznie stwierdził, że żądanie powódki, oparte na wyliczeniu wynagrodzenia za montaż kręgów betonowych w oparciu o metr bieżący kręgów betonowych użytych do budowy ekranów akustycznych, jest bezpodstawne, bowiem jest niezgodne z wiążącą strony umową, w myśl której ekran akustyczny jest „naturalną lub sztuczną przeszkodą na drodze rozprzestrzeniania się dźwięku od źródła do odbiorcy, powodującą zmniejszenie jego poziomu”. Żądanie powódki jest sprzeczne z przytoczoną powyżej definicją, albowiem ekranem akustycznym nie jest jeden krąg betonowy, lecz cała budowla, której elementami składowymi są kręgi betonowe, a w pkt 7.2 (...) ustalono, że jednostką obmiarową ekranu akustycznego jest jeden metr długości ekranu. Pozwany podkreślił różnice między metrem bieżącym ekranu a metrem bieżącym kręgów betonowych, albowiem ekran zbudowany jest z kilku warstw kręgów betonowych, na 1 warstwę składają się 4 rzędy kręgów, na 2 – 3, na 3 – 2 zaś ostatnią warstwę stanowi 1 rząd kręgów. W ocenie pozwanego żądanie powódki jest również sprzeczne z projektem wykonawczym, tomem 6 – projektem zabezpieczeń ekologicznych. Pozwany podniósł, że wynagrodzenie kosztorysowe ma charakter wynagrodzenia orientacyjnego i nieostatecznego. Na etapie zamówienia i zawarcia umowy ilość robót ustalana jest na podstawie przedmiaru, tj. zestawienia planowanych prac. Ostateczna wysokość wynagrodzenia ustalana jest po zakończeniu robót na podstawie rzeczywistego obmiaru wykonanych prac. W ocenie pozwanego wiążąca strony umowa ma charakter obmiarowy, a co za tym idzie przyjęcie jednostki obmiarowej metra bieżącego ekranu ma charakter ostateczny i niepodważalny. W ocenie pozwanego fakt, że ilość metrów bieżących wskazana w przedmiarze została zweryfikowana w toku prac nie zmienia faktu, że bez względu na założenia ilościowe ujęte w przedmiarze robót, ostatecznie płatność wynagrodzenia następuje w oparciu o rzeczywiste ilości wykonanych prac.

Pozwany dodał, że na etapie postępowania przetargowego powódka nie zgłaszała zastrzeżeń co do przyjętej jednostki obmiarowej- metra bieżącego ekranu. Zgodnie z pkt 9.4 (...)Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Przedmiarach Robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert”.

Odnosząc się do żądania zapłaty za wykonanie dodatkowych robót związanych z wykonaniem podsypki filtracyjnej pozwany podniósł, że z kosztorysu ofertowego wynika, że pozycja nr 56 „mechaniczne wykonanie koryta głębokości 20

cm - pod podsypkę dla ekranów ziemno-betonowych”, dotyczy wykopu głębokości 20 cm na zakładanej powierzchni 6.342,88 m⁽²⁾. Pozycja nr 57 „podsypka filtracyjna z piasku pod ekrany ziemno-betonowe - grubość warstwy po zag. 10 cm” dotyczy wykonania warstwy grubości 10 cm na powierzchni 6.342,88 m⁽²⁾, tj. na powierzchni wykonanego koryta zgodnie z pozycją 56 . Natomiast pozycja nr 58 „dopłata za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zag. (+10 cm)” dotyczy dopłaty za wykonanie kolejnej warstwy o grubości po zagęszczeniu +10 cm, na powierzchni 6.342,88 m⁽²⁾, czyli takiej samej co wykonane koryto wg pozycji 56 oraz pierwszej warstwy wg pozycji 57. Zdaniem pozwanego powyższe pozycje kosztorysu ofertowego tworzą konstrukcyjną całość więc muszą być interpretowane łącznie. Opis pozycji wyraźnie określa, że dopłata za każdy 1 cm warstwy grubości po zagęszczeniu +10 cm, powinna być uwzględniona w cenie jednostkowej tej pozycji. Dopłata powinna zatem dotyczyć każdego 1 cm warstwy grubości 10 cm i dla takiej grubości warstwy powinna być uwzględniona w cenie jednostkowej pozycji. Zdaniem pozwanego potwierdzeniem tego jest skalkulowana przez wykonawcę na etapie postępowania przetargowego, cena jednostkowa, która dla wykonania warstwy 10 cm wg pozycji 57 jest taka sama jak dla warstwy 10 cm w pozycji 58. Pozwany podniósł, że przedstawiony przez powódkę wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru (...) nr (...) nie miał podstaw i naruszał postanowienia wiążącej strony umowy w zakresie sposobu rozliczania podsypki pod ekrany ziemno-betonowe, powodującą dziesięciokrotne zwiększenie wartości robót.

Ponadto pozwany podniósł, iż powódka nie zachowała umownej procedury określającej sposób powiadomienia o roszczeniach, albowiem w myśl klauzuli 20.1 warunków kontraktu „jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem, to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 14 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni, to czas na wykonanie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Umawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku i takim roszczeniem”. Powyższy sposób powiadamiania oparty jest na wzorcach (...). W ocenie pozwanego zdarzeniem, które powinno pokazać rozbieżne interpretowanie postanowień umowy i jednocześnie rozpocząć procedurę roszczeniową, jest wpływ wniosku o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru (...) nr (...), a więc dzień 27 stycznia 2011 roku, który jest więc początkiem liczenia 14 dniowego terminu. Zatem termin na złożenie powiadomienia o roszczeniu upłynął w dnia 10 lutego 2011 roku, zaś powódka złożyła powiadomienie o roszczeniu w dniu 25 lutego 2011 roku a więc z ponad 2 tygodniowym uchybieniem kontraktowego terminu na jego wniesienie.

Odnosząc się do zarzutu braku legitymacji czynnej po stronie powodowej, co do dochodzenia całości roszczeń objętych pozwem pozwany podał, iż powódka nie jest uprawniona do dochodzenia całej wierzytelności, albowiem była tylko jednym z trzech członków konsorcjum, które zawarło przedmiotowy kontrakt. Zdaniem pozwanego postanowienia umowy konsorcjum wskazujące, jaki zakres zamówienia powinni wykonać poszczególni wykonawcy w żadnym stopniu nie wiążą go jako zamawiającego. Powyższe zostało w ocenie pozwanego potwierdzone przez samą powódkę, która stwierdziła, iż „nie został opracowany szczegółowy podział zadań i obowiązków przewidywany w § 4 ust. 2 umowy konsorcjum”. Pozwany podniósł, iż powódka domaga się wykonania świadczenia pieniężnego, które jest zawsze świadczeniem podzielnym, a co za tym idzie zastosowanie znajduje przepis art. 379 § 1 k.c., zgodnie z którym jeśli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne to dług dzieli się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli. W ocenie pozwanego bez znaczenia jest, że powódka jest liderem konsorcjum. Zdaniem pozwanego przepis art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie. Również upoważnienie lidera do prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie w wystawianiem faktur nie może być poczytywane, jako upoważnienie do dochodzenia na drodze sądowej od zamawiającego roszczeń łączącej strony umowy.

Wyrokiem z dnia 11 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i orzekł o kosztach postępowania.

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu pierwszej instancji:

W dniu 11 maja 2004 roku Generalna Dyrekcja Dróg Publicznych, Oddział (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., zawarli umowę nr (...), której przedmiotem było „Opracowanie stadium projektu budowlanego budowy drogi ekspresowej w korytarzu zarezerwowanym pod autostradę (...) na odcinku Południowej Obwodnicy W. (POW) od węzła (...) do węzła (...) długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł (...) z węzłem (...) wraz z materiałami przetargowymi wg wymogów przewidzianych dla Funduszy Strukturalnych współfinansowanych przez UE”.

Lokalizacja dla realizacji części w/w projektu, obejmującej budowę drogi ekspresowej (...) od węzła (...) do węzła (...) w W. wraz z przebudową infrastruktury technicznej na odcinku: węzeł (...) – węzeł (...), została ustalona na mocy Decyzji nr (...) z dnia 29 grudnia 2005 roku.

Lokalizacja dla budowy drogi ekspresowej (...) od węzła (...) do węzła (...) w W. wraz z przebudową infrastruktury technicznej na odcinku: węzeł (...) – ul. (...), została ustalona na mocy Decyzji nr (...) z dnia 29 grudnia 2005 roku.

Lokalizacja dla realizacji części w/w projektu, obejmującej budowę drogi ekspresowej (...) od węzła (...) do węzła (...) w W. wraz z przebudową infrastruktury technicznej na odcinku: węzeł (...) – ul. (...), została ustalona na mocy Decyzji nr (...) z dnia 29 grudnia 2005 roku.

Decyzją Wojewody (...) z dnia 30 maja 2008 roku o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia - budowy odcinka Drogi Ekspresowej (...), ustalono m.in. wymagania dotyczące ochrony środowiska konieczne do uwzględnienia w projekcie budowlanym. Do wymagań tych należała m.in. budowa ekranów akustycznych: ekranu ziemnego nr (...), ekranu ziemnego nr (...), ekranu ziemnego nr (...), ekranu ziemnego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr (...), ekranu ziemno-betonowego nr (...), ekranu ścienno-ziemnego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr (...), ekranu ściennego przezroczystego odbijającego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr (...), ekranu ściennego przezroczystego odbijającego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr (...), ekranu ściennego metalowego pochłaniającego nr 64.

W czerwcu 2008 roku wydano projekt budowlany zabezpieczeń ekologicznych w związku z budową Drogi Ekspresowej (...) – odcinek K.- (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W.. Planowany odcinek drogi przebiegać miał m.in. przez grunty rolne i zabudowy, zaś na odcinku od węzła L. do węzła (...) wzdłuż planowanej drogi występują obiekty zabudowy jednorodzinnej gospodarczej i obiekty usługowe, które winny być chronione przed zanieczyszczeniami wiążącymi się z ruchem pojazdów. Projektowany odcinek drogi (...) zawierać miał następujące urządzenia ochrony środowiska: ekrany akustyczne (chroniące zabudowę przed uciążliwościami hałasu), pasy zieleni izolacyjnej (chroniące środowisko przed zanieczyszczeniem powietrza, gleby, upraw i hałasem), przejście dolne dla małych zwierząt, osadniki wpustowe, separatory oczyszczające spływy opadowe z jezdni. W celu zapewnienia ochrony akustycznej zaplanowano budowę ekranu ziemnego (...), ekranu ziemnego (...), ekranu ziemnego (...), ekranu ziemnego(...), ekranu ściennego (...), ekranu ziemno-betonowego (...), ekranu ścienno-ziemnego (...), ekranu ściennego (...), ekranu ściennego (...), ekranu ściennego (...), ekranu ściennego (...), ekranu ściennego (...). Ekran ziemno-betonowy (...) miał mieć formę wału schodkowego gazonowego obsadzonego krzewami. Miał znajdować się w miejscowości K. po prawej (południowej) stronie trasy (...), od km 468+530 do 469+740, o długości 1 210 m i wysokości 4 m. Ekran ten chronić miał tereny mieszkaniowe w L., w dzielnicy W.-U. w rejonie ul. (...), ul. (...) oraz ul. (...).

W październiku 2008 roku wydano projekt wykonawczy zabezpieczeń ekologicznych, którego postanowienia były zgodne z postanowieniami projektu budowlanego zabezpieczeń ekologicznych.

W lutym 2009 roku Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wydała Szczegółowe Specyfikacje (...) ((...)) dotyczące „Budowy Drogi Ekspresowej (...) – odcinek K.- (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W.”.

Zgodnie z pkt 1.4.1 SIT ekran akustyczny to naturalna lub sztuczna przeszkoda na drodze rozchodzenia się dźwięku od źródła do odbiorcy, powodująca zmniejszenie jego poziomu. Dodano, iż w szczególności, ekrany akustyczne stosowane są do ochrony ludzi i obiektów przed nadmiernym hałasem. Odnosząc się do sposobu wykonania ekranów betonowych w pkt 5.3 ustalono, że krany te należy układać warstwowo, rozpoczynając od pierwszej warstwy składającej się z 4 rzędów, aż do czwartej składającej się z 1 rzędu betonów. W pkt 7.2 podano, iż jednostką obmiarową jest m (metr) długości ekranu.

W dniu 8 maja 2009 roku (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T. jako konsorcjum złożyli ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia – (...) Drogi Ekspresowej (...) odcinek K. – (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W., w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...). Projekt wykonawczy obejmował m.in. zestawienie ekranów akustycznych, zaś w odniesieniu do ekranu ziemno-betonowego oznaczonego jako (...) po prawej stronie trasy (...) w kilometrach 468+530 – 469+740 przewidziano jego wykonanie na podsypce filtracyjnej, z 2.791 sztuk kręgów betonowych o wymiarach fi 100, wypełnionych ziemią urodzajną i obsadzonych roślinnością.

W pozycji 56 kosztorysu ofertowego wskazano, iż koryto pod podsypkę filtracyjną pod ekrany ziemno-betonowe będzie miało głębokość 20 cm. W pozycji 57 podano, iż pierwsza warstwa podsypki filtracyjnej będzie wynosiła 10 cm. W kolejnej pozycji (58) podano, że przewiduje się położenie kolejnej dziesięciocentymetrowej warstwy podsypki, warstwy uzupełniającej koryto głębokości 20 cm. Dodatkowo w pozycji tej ustalono, że w razie zaistnienia takiej potrzeby gdy potrzebna będzie dodatkowa warstwa podsypki, to jej cena obliczana będzie w sposób odmienny od sposobu obliczania warstw podsypki wypełniającej planowane 20 cm koryto, albowiem ustalono, iż każdy dodatkowy centymetr kosztować będzie tyle samo co każda z 10 cm warstw podsypki, planowo umieszczona w korycie, a więc 4,50zł za 1cm.

W pozycji 60 dokumentacji projektowej odnoszącej się do montażu kręgów betonowych na ekranie (...) ustalono, że wynagrodzenie za budowę tego ekranu zostanie ustalone w następujący sposób: w rubryce zatytułowanej „wyszczególnienie elementów rozliczeniowych” wpisano „montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wys. 1 m) – kręgi o śr. 100 cm – ekran (...)”, w kolumnie określającej jednostkę wpisano „m”, zaś w kolumnie „ilość” wpisano liczbę 2.791 co odpowiada liczbie kręgów betonowych, które zgodnie z projektem miały zostać zużyte na budowę ekranu. Powód zaoferował cenę jednostkową w kwocie 934,50 zł., kwota za wybudowanie ekranu miała wynosić w sumie 2.608.189,50 zł. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedlony został w opracowanym przez zamawiającego kosztorysie ofertowym, zgodnie z którym w przedmiarze robót określona została ilość kręgów jako 2.791, przy przyjęciu jednostki obmiarowej 1 m.

W dniu 2 czerwca 2009 roku (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T. zawarły umowę konsorcjum, której celem było zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego „Budowa Drogi Ekspresowej (...) – odcinek K.- (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W.”. Liderem konsorcjum strony ustanowiły (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. powierzając jej uprawnienie do prowadzenia wszelkich spraw konsorcjum, reprezentowania jego partnerów i całego konsorcjum wobec zamawiającego i innych podmiotów w sprawach związanych z celem konsorcjum (§ 2 umowy). Ponadto strony konsorcjum ustaliły, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zobowiązana była do wykonania robót drogowych, (...) powierzono świadczenie usług polegających na wzniesieniu zabezpieczenia należącego do wykonania umowy, zaś (...) Sp. z o.o. zobowiązana była do wykonania robót mostowych (§ 4 ust. 3 umowy).

W dniu 1 lipca 2009 roku oferta tego konsorcjum została uznana przez pozwanego za najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 10 sierpnia 2009 roku pozwany Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, jako zamawiający oraz (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T., jako wykonawca, na podstawie rozstrzygnięcia przetargu ograniczonego, zawarli umowę nr (...) na wykonanie robót obejmujących „Budowę Drogi Ekspresowej (...) – odcinek K.- (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W.” w etapie II/1 – Droga Ekspresowa (...) na odcinku od węzła L. do węzła M. i w etapie II/2 – Droga Ekspresowa (...) na odcinku węzeł L. – węzeł P..

Strony ustaliły, iż częścią zawartego kontraktu będą następujące dokumenty (pkt 2 umowy):

- a) Umowa;
- b) Oferta Wykonawcy z załącznikami;
- c) Szczególne Warunki Kontraktu;
- d) „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”; tłumaczenie wydania (...) 1999;
- e) Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia;
- f) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych;
- g) Dokumentacja projektowa – Rysunki;
- h) Harmonogram robót;
- i) Harmonogram płatności;
- j) Umowa konsorcjum (jeśli występuje).

Zgodnie z warunkiem 1.5 Szczególnych Warunków Kontraktu dla celów interpretacji dokumenty będą miały pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością:

- 1) Umowa;
- 2) Oferta Wykonawcy z załącznikami;
- 3) Szczególne Warunki Kontraktu;
- 4) Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, (...) tłumaczenie z 1999;
- 5) Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia
- 6) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych;
- 7) Dokumentacja projektowa – Rysunki;
- 8) Harmonogram robót;
- 9) Harmonogram płatności;
- 10) Umowa konsorcjum (jeśli występuje).

W myśl klauzuli 13.1 Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (...), zmiany mogą być zainicjowane przez Inżyniera w jakimkolwiek momencie przed wystawieniem Świadectwa Przejścia dla (...) (...) każda zmiana może obejmować:

(a) zmiany ilości każdego elementu roboty objętej Kontraktem (jakkolwiek taka zmiana niekoniecznie stanowi Zmianę).

Zgodnie z klauzulą 14.1. pkt c pkt (c) (...) wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych:

(i) Robót, których wykonania wymaga się od Wykonawcy, ani

(ii) dla celów Klauzuli 12 [Obmiary i wycena] (k. 390).

Pozwany, jako zamawiający wyznaczył inżyniera kontraktu, którym został A. I. z konsorcjum (...) S.A./ (...) Sp. z o.o. Inżynier Kontraktu posiadał uprawnienie do działania w imieniu pozwanego w granicach przewidzianych w warunkach szczególnych kontraktu.

W dniu 4 września 2009 roku plac budowy został przekazany powódce. Prace zostały przez nią rozpoczęte w dniu 9 września 2009 r.

W dniu 1 października 2009 roku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zawarł z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie roboty budowlanej w zakresie zabezpieczeń przeciwhałasowych, których przedmiotem był m.in. montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) kręgi o średnicy 100 cm – ekran nr (...).

Pismem z dnia 31 stycznia 2010 roku powódka poinformowała powoda o ciągłym charakterze roszczenia z tytułu braku zapłaty za montaż kręgów betonowych fi 100 cm zlokalizowanych na trasie (...), ekran (...), łączna ilość zamontowanych kręgów 2 120 m, za łączną kwotę 1 981 140 zł.

Pismem z dnia 31 stycznia 2010 roku powódka wystąpiła do pozwanej z wnioskiem o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru o nr (...) tytułem dopłaty za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu.

W dniu 29 października 2010 roku do (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wpłynął wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru za montaż kręgów betonowych na ekranie (...), na podsypce 20 cm. Przy obliczaniu kwoty należnej za wybudowanie dwóch pierwszych warstw ekranu pomnożono liczbę rzędów kręgów na danej warstwie (odpowiednio 4 i 3) przez liczbę kręgów użytych do wybudowania danego rzędu. Przy tej metodzie obliczania kwota należna za wybudowanie ekranu równa się liczbie kręgów zużytych na jego wybudowanie.

Do wniosku tego dołączona została notatka sporządzona przez Inspektora Kontraktu A. I., w której stwierdzono, iż obmiar i rozliczenie ekranów akustycznych zbudowanych z kręgów betonowych, w tym ekranu (...), powinny zostać dokonane zgodnie z zapisem (...) pkt 7.2. oraz zgodnie z przedmiarem zamiennym opracowanym przez projektanta i przekazanym wykonawcy pismem z dnia (...), powinien dotyczyć metra bieżącego całego ekranu zgodnie z dokumentacją projektową. Zgodnie z warunkiem 3.5 na podstawie warunku 12.3 inżynier do czasu przeanalizowania sprawy przyjął cenę tymczasową za prace wykonane przy budowie ekranu (...).

W piśmie z dnia 3 listopada 2010 roku inżynier kontraktu A. I. odpowiadając na: wystąpienie wykonawcy (...), wystąpienie wykonawcy (...) oraz pismo projektanta (...) poinformował powódkę, że w związku z brakiem zgodności kosztorysu ofertowego z projektem wykonawczym inżynier kontraktu polecił projektantowi dokonanie weryfikacji przedmiaru robót związanych z wykonaniem ekranów akustycznych. W odpowiedzi na powyższe projektant podał, że istniejące w przedmiarze zapisy:

- co do pozycji (...) – Formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych o wysokości do 10 m z ziemi dostarczanej samochodami – ekran (...) i (...) ilość 45762;
- co do pozycji (...) – Załadunek i dowóz gruntu do zapór – odległość do 1 km ilość 45762;
- co do pozycji (...) – Dopłata za każde 0,5 km transportu gruntu ilość 45762;
- co do pozycji (...) – Planowanie skarp i korony nasypów – kategoria gr. I-III ilość 32864, 1;
- co do pozycji (...) – Umocowanie powierzchni wału biowłókniną ilość 32864;
- co do pozycji (...) – Mechaniczne wykonanie koryta głębokości 20 cm – pod podsypkę dla ekranów ziemno-betonowych ilość 6342, 8 8;
- co do pozycji (...) – Podsypka filtracyjna z piasku pod ekrany ziemno betonowe – grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm ilość 6342, 8 8;
- co do pozycji (...) – Dopłata za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm) ilość 6342, 8 8;
- co do pozycji (...) – Montaż kręgów betonowych fi 120 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 120 cm – ekran (...) ilość 5235;
- co do pozycji (...) – Montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 100 cm – ekran (...) ilość 2791;
- co do pozycji (...) – Napędzanie kręgów ziemią urodzajną – 50%, kompostem 50% ilość 4556, 0 4

Powinny zostać zastąpione następującymi zapisami:

- co do pozycji (...) – Formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych o wysokości do 10 m z ziemi dostarczanej samochodami – ekran (...) i (...) ilość 23760;
- co do pozycji (...) – Załadunek i dowóz gruntu do zapór – odległość do 1 km ilość 23760;
- co do pozycji (...) – Dopłata za każde 0,5 km transportu gruntu ilość 23760;
- co do pozycji (...) – Planowanie skarp i korony nasypów – kategoria gr. I-III ilość 22248;
- co do pozycji (...) – Umocowanie powierzchni wału teokratą komórkową wypełnioną humusem ilość 22248;
- co do pozycji (...) – Mechaniczne wykonanie koryta głębokości 20 cm – pod podsypkę dla ekranów ziemno-betonowych ilość 11276;
- co do pozycji (...) – Podsypka filtracyjna z piasku pod ekrany ziemno betonowe – grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm ilość 11276;
- co do pozycji (...) – Dopłata za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm) ilość 11276;
- co do pozycji (...) – Montaż kręgów betonowych fi 120 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 120 cm – ekran (...) ilość 1550;
- co do pozycji (...) – Montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 100 cm – ekran (...) ilość 380;
- co do pozycji (...) – Napędzanie kręgów ziemią urodzajną – 50%, kompostem 50% ilość 14572;

Do powyższego dodano pozycję (...) Ułożenie geowłókniny nietkanej, igłowanej ilość 23.652.

W piśmie z dnia 15 listopada 2010 r. powódka poinformowała inżyniera kontraktu, iż nie zgadza się z przedstawionym w piśmie z dnia 3 listopada 2010 roku sposobem rozliczania robót związanych z wykonaniem ekranów akustycznych.

W dniu 25 listopada 2010 r. inżynier kontraktu, na podstawie rozliczenia złożonego w dniu 5 listopada 2010 r. wystawił przejściowe świadectwo płatności nr 14, w którym uwzględnione zostało wynagrodzenie za montaż kręgów betonowych w ilości 1.479, co obejmowało roboty wykonane w okresie rozliczeniowym obejmującym październik 2010 r., za łączną kwotę 1.382.125,50 zł.

Na podstawie powyższego w dniu 25 listopada 2010 r. wystawiono faktury nr (...) i (...). Za pomocą tych faktur pozwany opłacił koszt wybudowania ekranu (...), w zakresie montażu 1.479 kręgów betonowych.

W dniu 30 listopada 2010 r. powódka dokonując rozliczenia prac za listopad 2010 r., złożyła wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru za montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 100 cm – ekran (...) za 795 mb.

Wpisem do dziennika budowy z dnia 1 grudnia 2010 r. powódka zgłosiła od odbioru wykonanie ekranu ziemno-betonowego na podsypce i w 60% wypełnionej w km 469+411 – 469+663 po stornie prawej (ekran (...)).

Na podstawie faktury nr (...) wystawionej w dniu 1 grudnia 2010 r. pozwany zapłacił wynagrodzenie podwykonawcy tych robót, tj. spółce (...) Sp. z o.o.

Zgodnie z dziennikiem budowy nr (...), wydanym w dniu 19 października 2010 r., z powodu rozbieżności, co do sposobu rozliczania prac wykonanych podczas budowy ekranu (...) w dniu 3 grudnia 2010 r. wstrzymano pracę.

W przejściowym świadectwie płatności nr 15 z dnia 15 grudnia 2010 r. inżynier kontraktu nie uwzględnił w/w robót. Wobec powyższego powódka nie miała podstaw do wystawienia faktury za montaż 795 m kręgów betonowych.

Pismem z dnia 28 grudnia 2010 r. powódka powiadomiła inżyniera kontraktu o roszczeniu wynikającym z braku zapłaty za montaż kręgów fi 100 cm zlokalizowanych na trasie (...). W piśmie tym powódka podniosła, że nie doszło do zatwierdzenia wniosku o zatwierdzenie robót nr (...), na mocy którego powódka domagała się zapłaty za montaż kręgów na ekranie (...) w ilości 795 m, za łączną kwotę 742.927,50 zł.

W dniu 31 grudnia 2010 r. powódka dokonując rozliczenia za miesiąc grudzień 2010, złożyła wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru za montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 100 cm – ekran (...) za 154 mb.

W dniu 31 grudnia 2010 r. powódka złożyła wniosek (...) nr (...) o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru za dopłatę za każdy dalszy 1 cm podsypki ponad warstwę 10 cm podsypki po zagęszczeniu.

W dniu 26 stycznia 2011 r. inżynier kontraktu wystawił przejściowe świadectwo płatności nr 16. W świadectwie tym inżynier kontraktu dokonał korekty obmiaru poprzednio zatwierdzonego na 1.471 m (w przejściowym świadectwie płatności nr 14) zmieniając go (o 1.325 m) na 154 m montażu kręgów betonowych, z kwoty 1.382.125,50 zł na 143.913,00 zł, odnosząc to do całości dotychczas wykonanych robót.

Na podstawie w/w przejściowego świadectwa płatności inżynier kontraktu dokonał również korekty obmiaru należności za podsypkę filtracyjną z pozycji (...), która poprzednio zatwierdzona została w ilości 8.320 za kwotę 37.440 zł na ilość 1.256 (pomniejszając o 7.064) za kwotę 5.652 zł.

Na podstawie przejściowego świadectwa płatności nr 16 w dniu 26 stycznia 2011 r. wystawiono fakturę nr (...) i (...).

W dniu 31 stycznia 2011 r. powódka złożyła wniosek o odbiór robót i zatwierdzenie obmiaru za montaż kręgów betonowych fi 100 cm (kręgi wysokości 1 m) – kręgi o średnicy 100 cm – ekran (...) za łącznie 2.274 m (przyjmując sztukę zamontowanego kręgu betonowego za 1 m).

Pismem z dnia 8 lutego 2011 r. powódka zgłosiła do inżyniera kontraktu roszczenie zapłaty kwoty 1 981 140 zł z tytułu braku zapłaty za montaż kręgów betonowych fi 100 cm zlokalizowanych na trasie (...), w łącznej ilości 2.120 sztuk (przyjmując je za metry).

Pismem z dnia 8 lutego 2011 r. powódka zgłosiła inżynierowi kontraktu roszczenie C-37 stosownie do warunków (...) i wystąpiła o prawidłowe rozliczenie wykonanych i odebranych robót, podnosząc, że jej zdaniem pozycja 58 nie zawiera w sobie zapłaty za 10 cm podsypki lecz jedynie za każdy kolejny centymetr podsypki wykonany, ponad podsypkę opisaną pod pozycją 57.

Pismem z dnia 15 lutego 2011 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że nie widzi podstaw do zmiany sposobu rozliczania należności. Inżynier kontraktu podniósł, że z kosztorysu wynika, że koryto pod ekrany ziemno-betonowe będzie miało głębokość 20 cm, zaś dopłata za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu dotyczy drugiej warstwy po zagęszczeniu, zgodnie z pozycją 58, zaś pozycja 57 dotyczy pierwszej warstwy podsypki. Zdaniem inżyniera kontraktu od początku planowano, że podsypka będzie miała grubość 20 cm, tak jak koryto na nią, jednakże rozpisano ją na dwie pozycje 57 i 58 po 10 cm każda. Dopłata zaś dotyczy jedynie podsypki przekraczającej 10 cm podsypki z pozycji 58 czyli 20 cm całości podsypki.

Pismem z dnia 25 lutego 2011 r. powódka powiadomiła inżyniera kontraktu o roszczeniu z tytułu braku rozliczenia wykonanych i odebranych robót określonych pod pozycją 58 kosztorysu ofertowego – wykonania podsypki filtracyjnej pod ekran ziemno-betonowy. Żądanie powódki opiewało w tym zakresie na kwotę 50 868 zł.

W dniu 11 marca 2011 r. powódka skierowała do inżyniera kontraktu roszczenie z tytułu rozliczeń wykonanych i odebranych robót określonych w pozycji 58 kosztorysu ofertowego, tj. dotyczące dopłaty za każdy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm) za wykonanie dodatkowej ilości podsypki filtracyjnej z piasku pod ekrany ziemno-betonowe. Roszczenie to dotyczy zapłaty kwoty 50.868 zł. W piśmie tym powódka potwierdziła brak zapłaty na jej rzecz za wykonanie roboty określonej w pozycji 58 kosztorysu ofertowego, tj. dopłaty za każdy dalszy 1 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (+ 10 cm) odebrane i zatwierdzone wpisami do dziennika budowy nr (...).

W dniu 21 marca 2011 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że roszczenie zgłoszone w związku z brakiem zapłaty za montaż kręgów betonowych fi 100 cm zlokalizowanych na trasie (...) jest niezasadne. Wobec powyższego inżynier kontraktu zgodnie z warunkiem 20.1 warunków kontraktu odrzucił roszczenie w całości. Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, który ustalił, iż wynagrodzenie za montaż 2 791 kręgów ustalony został przy przyjęciu jednostki obmiarowej 1 m, jako 1 sztuka, inżynier podniósł, że ustalenie wykonawcy jest wadliwe albowiem na etapie przetargowym wykonawca dysponował dokumentacją projektową służącą do opisu przedmiotu zamówienia oraz kosztorysem ofertowym, służącym do ustalenia wartości zamówienia, które za jednostkę przyjmowały 1 m bieżący ekranu. Inżynier kontraktu przyznał racje wykonawcy, że w kosztorysie ofertowym, jako jednostkę obmiarową kręgów betonowych fi 100 przyjęto 1 m, co zdaniem inżyniera mogłoby sugerować niedoświadczonemu przedsiębiorcy, że przyjętą jednostką obmiarową ekranów akustycznych jest 1 metr kręgu. Zdaniem inżyniera jest to najprawdopodobniej błąd projektanta, który skorygowany powinien być na etapie postępowania przetargowego. Ponadto inżynier kontraktu podniósł, że dokument nadrzędny w hierarchii ważności dokumentów, czyli (...) w pkt 7.2 jako jednostkę nadrzędną wskazywał m (metr) długości ekranu, co stoi w sprzeczności z określeniem jednostki obmiarowej jako metr kręgu betonowego. Ponadto inżynier kontraktu przytoczył treść projektu wykonawczego, tomu 6 – projektu zabezpieczeń ekologicznych, który stwierdzał, że ekran akustyczny (...) będzie miał długość 1.210 m i będzie składał się z 2.791 sztuk kręgów betonowych, co wskazuje na to, że jako jednostkę obmiarową rozumieć należy metr bieżący ekranu w rozliczeniu na ilość sztuk zawartych w metrze. Powyższe zostało przyjęte przez Projektanta w piśmie z dnia 25 stycznia 2011 r. o nr (...).

W dniu 11 kwietnia 2011 r. inżynier kontraktu zajął stanowisko dotyczące roszczenia z tytułu dopłaty za każdy kolejny 1 cm podsypki filtracyjnej. Zdaniem inżyniera kontraktu roszczenie wykonawcy należało odrzucić z przyczyn zarówno formalnych jak i merytorycznych albowiem zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 20.1 warunków kontraktu jeżeli wykonawca nie da zawiadomienia o roszczeniu w ciągu 14 dni, to czas na wykonanie nie będzie przedłużony, a wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, natomiast zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. Inżynier kontraktu podniósł ponadto, że także sposób interpretacji zapisów kosztorysu ofertowego zaproponowany przez wykonawcę jest błędny, co musiało skutkować odrzuceniem roszczenia. Dodatkowo inżynier zwrócił uwagę na to, że całość prac nie została wykonana a co za tym idzie nie da się jeszcze ustalić całości roszczenia, które w chwili składania wniosku było jedynie roszczeniem przejściowym.

W wystąpieniu z dnia 25 listopada 2009 r. powódka poinformowała inżyniera kontraktu, że w kontrakcie w części dotyczącej konstrukcji wału ziemnego nie uwzględniono wykonania i wyceny geokraty komórkowej wypełnienia humusem w wysokości 10 cm. Wobec powyższego powódka zgłosiło żądanie uzupełnienia kosztorysu o odpowiednią pozycję. W dniu 26 maja 2010 r. powódka ponowiła wystąpienie.

W wystąpieniu z dnia 8 lipca 2010 r. powódka przedstawiła inżynierowi kontraktu wycenę za roboty dodatkowe polegające na wykonaniu umocowania skarp geokratą w wysokości 10 cm wypełnioną humusem.

W sprawozdaniu technicznym z dnia 29 października 2010 r. powódka podała, że obliczyła długość całkowitą wykonanego ekranu poprzez dodanie długości 1 warstwy (4 kręgi w rzędzie), tj. 24,72 m do 2 warstwy (3 kręgi w rzędzie), tj. 98,69 m do 3 warstwy (2 kręgi w rzędzie), tj. 152,87 m do 4 warstwy (1 krąg w rzędzie), tj. 94,62 m.

W piśmie z dnia 25 stycznia 2011 r. kierownik projektu podał, odpowiadając na wniosek inżyniera kontraktu, że po uzgodnieniu stanowiska z inżynierem kontraktu w dniu 8 grudnia 2010 r., że rozliczenie ekranów akustycznych z kręgów betonowych według pozycji 59 i 60 kosztorysu ofertowego należy rozliczać w oparciu o jednostkę rozliczeniową 1 metr całości długości ekranu.

W piśmie z dnia 25 stycznia 2011 r. projektant podał, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko co do tego, iż jednostką obmiarową ekranu akustycznego jest 1 metr długości ekranu. Powyższe zostało potwierdzone na spotkaniu w dniu 13 stycznia 2011 r., jedynie wykonawca zgłaszał zastrzeżenia do powyższego ustalenia.

Pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. inżynier kontraktu poinformował powódkę, że po przeanalizowaniu (...) i kosztorysu ofertowego oraz po rozpatrzeniu wystąpień wykonawcy i wyjaśnień projektanta przyjął, że ekran akustyczny z kręgów betonowych według pozycji 59 i 60 należy rozliczać w oparciu o jednostkę rozliczeniową 1 m całości ekranu. Zgodnie z warunkiem 3.1 (f) stanowisko inżyniera kontraktu zostało uzgodnione przez kierownika projektu.

W piśmie z dnia 5 kwietnia 2011 r. projektant poinformował inżyniera kontraktu, że zgodnie ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi ((...)) i przedmiarem robót (PR) jednostką obmiarową wykonania ekranów akustycznych z kręgów betonowych jest m (metr) długości ekranu. Jednocześnie projektant wyjaśnił, że użyte w (...) w pkt 9.2. „cena wykonania 1 sz ekranu” jest jedynie błędem edycyjnym - nie ma jednostki miary oznaczonej „sz” - a zgodnie z pkt 7.2. jednostką obmiarową jest metr długości ekranu. Zdaniem projektanta należy uwzględnić nadrzędność (...) nad dokumentacją techniczną, brak zastrzeżeń oferentów do wyżej opisanej kwestii na etapie zadawania pytań przed złożeniem oferty oraz obowiązujące na kontrakcie obmiarowe wynagrodzenie wykonawcy. Projektant podtrzymał swoje stanowisko, iż zgodnie z (...) i PR jednostką obmiarową wykonania ekranów akustycznych z kręgów betonowych jest 1 m (metr) długości ekranu, przez co należy rozumieć wykonanie metra ekranu składającego się z 4 kręgów betonowych pierwszej warstwy, trzech w drugiej, dwóch w trzeciej i jednego w czwartej – zgodnie z dokumentacją techniczną.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd wskazał, że przedmiotem postępowania było ustalenie sposobu obliczania wynagrodzenia za dwa elementy składające się na ogół robót, jakie powódka wykonała wykonując roboty budowlane polegające na budowie ekranu

ziemno-betonowego (...), który powstał w trakcie realizacji zamówienia publicznego – budowy drogi ekspresowej (...) – odcinek K.- (...) wraz z budową łącznika z (...) i ul. (...) w W. w etapie II/1 – droga ekspresowa (...) na odcinku od węzła L. do węzła M. i w etapie II/2 – droga ekspresowa (...) na odcinku węzeł L. – węzeł (...). Potrzeba sądowego rozpoznania sporu powstała na tle różnego, przez każdą ze stron postępowania, interpretowania treści kontraktu w zakresie obliczenia wynagrodzenia za montaż kręgów betonowych fi 100 cm na ekranie ziemno-betonowym (...) - zdaniem powódki jednostką miary winien być 1 m kręgu betonowego, zdaniem pozwanego 1 m długości ekranu, co powódka zgłosiła inżynierowi kontrakt jako rozszczenie C-37, jak również w zakresie kwoty należnej za wykonanie 1/2 podsypki filtracyjnej pod ekran ziemno-betonowy, zdaniem powódki rozliczenie za koryto powinno być rozdzielone na dwie warstwy -warstwę 10cm po zagęszczeniu i każdy kolejny 1 cm powyżej tej wysokości płatny oddzielnie, zdaniem pozwanego druga warstwa podsypki filtracyjnej winna być opłacona jako cała 10 cm warstwa tak jak pierwsza.

Odnosząc się do najdalej idącego zarzutu przedstawionego przez pozwanego, a mianowicie do zarzutu braku legitymacji czynnej, Sąd Okręgowy uznał, że jest on uzasadniony. Zgodnie z umową konsorcjum, powódka jest jego liderem (§ 2 ust. 1). Bycie liderem rozumieć należy jako uprawnienie do reprezentowania i prowadzenia spraw, na równi z posiadaniem umocowania do reprezentowania stron konsorcjum (§ 2 ust. 4). Jednakże powyższe nie wyłącza solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wobec pozwanego (§ 5). Ponadto strony w umowie konsorcjum wskazały, że ustalą szczegółowy zakres podziału prac i zadań między członków konsorcjum (§ 4). Strony jedynie faktycznie podzieliły się pracami, wbrew przywołanemu postanowieniu nie zawarły aneksu do umowy, który szczegółowo określałby podział prac, tym samym powódka nie jest uprawniona do dochodzenia całości roszczeń z tytułu przedmiotowego kontraktu w pełnym zakresie. Powódka nie jest uprawniona do dochodzenia całej wierzytelności, albowiem była tylko jednym z trzech członków konsorcjum, które zawarło przedmiotowy kontrakt i ani z czynności prawnej ani z ustawy nie wynika solidarność czynna konsorcjantów. Zdaniem Sądu bez znaczenia pozostaje też okoliczność, że na podstawie umowy konsorcjum powódka stała się jego liderem. Sąd wskazał, że w przypadku uznania oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w trybie prawa zamówień publicznych za najkorzystniejszą i zawarcia umowy na podstawie art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych, ponoszą oni zgodnie z art. 23 ustawy prawo zamówień publicznych solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Stosunek prawny łączący takich wykonawców jest skuteczny jedynie dla stron i nie rodzi żadnych skutków prawnych wobec osób trzecich. Nawet postanowienia umowy łączącej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wskazujące jakie części zamówienia powinni wykonać poszczególni wykonawcy w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego. Przepis art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie. Do powstania tego typu solidarności konieczne byłoby istnienie przepisu ustawy, tymczasem wskazany przepis art. 141 odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia. Jednocześnie należy wskazać, iż potencjalny dług zamawiającego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego. Świadczenie pieniężne jest zawsze świadczeniem podzielnym, co oznacza, że do ewentualnej odpowiedzialności zamawiającego przed wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia znajdowałby zastosowanie przepis art. 379 § 1 k.c., zgodnie z którym jeśli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne to dług dzieli się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli.

W realiach niniejszej sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego, należało uznać, że zawarcie umowy konsorcjum i następnie wspólne wykonywanie umowy nie decyduje o tym, że lider konsorcjum jest legitymowany do wystąpienia przeciwko zamawiającemu o zapłatę całej wierzytelności. Podobnie upoważnienie lidera do prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie w wystawianiem faktur nie może być poczytywane, jako upoważnienie do dochodzenia na drodze sądowej od zamawiającego roszczeń z kontraktu. Czynności te mają charakter czynności faktycznych. Samo wystawienie faktury nie kreuje bowiem zobowiązania cywilnoprawnego.

W konsekwencji Sąd przyjął, że powódka jest uprawniona do dochodzenia należności we własnym imieniu i wyłącznie w zakresie 33% (1/3) tego co przysługuje wszystkim członkom konsorcjum. W umowie konsorcjum nie został określony ogólny udział powoda w konsorcjum, ani też nie określono szczegółowych zasad rozliczeń pomiędzy członkami konsorcjum. Zdaniem Sądu Okręgowego zastosowanie znajduje przepis art. 379 § 1 k.c., zgodnie z

którym jeśli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne to dług dzieli się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli. Oznacza to, że gdyby powód wykazał zasadność zgłoszonego w niniejszej sprawie roszczenia co do zasady, to pod względem ilościowym powództwo to mogłoby zostać ewentualnie uwzględnione jedynie w wysokości 33 % dochodzonej kwoty.

W ocenie Sądu analiza okoliczności przedstawionych w sprawie nie pozwala jednak na uznanie, aby powódka była uprawniona chociażby do części dochodzonej kwoty. Zdaniem Sądu powództwo podlega oddaleniu w całości niezależnie od kwestii legitymacji czynnej.

W sprawie niniejszej należało odnieść się także do innego zarzutu przedstawionego przez stronę pozwaną, a polegającego na twierdzeniu, iż roszczenie powódki wobec pozwanego związane z wykonaniem dodatkowej warstwy podsypki filtracyjnej wygasło wobec przekroczenia 14 dniowego terminu na powiadomienie o tym roszczeniu w trybie przewidzianym w warunkach umowy (...).

Odnosnie do zarzutu wygaśnięcia roszczenia powódki za wykonanie dodatkowej warstwy podsypki filtracyjnej Sąd Okręgowy, że jest on chybiony, mimo że ma rację pozwany, że to dzień złożenia wniosku (...) nr (...), tj. 27 stycznia 2011 r. zaktualizował po stronie powódki bieg 14 terminu na złożenie powiadomienia o roszczeniu, który upłynął w dniu 10 lutego 2011 r., a zgłoszenie powódki było dokonane w dniu 25 lutego 2011 roku.

Zgodnie z klauzulą 20.1 (...) wykonawca powinien notyfikować inżynierowi kontraktu żądania dotyczące przedłużenia czasu na ukończenie w rozumieniu subklauzuli 1.1.3.3 (...), jak również żądania dodatkowej płatności wynikającej z postanowień umowy lub pozostających z nią w związku w terminie wskazanym w w/w subklauzuli.

Skutki braku notyfikacji przewidziane są w subklauzuli 20.1 ust. 2 (...) zmodyfikowanej przez Szczególne Warunki Kontraktu, który stanowi, że „Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 14 dni (w tym zakresie strony zmodyfikowały 28 dniowy termin na 14 dniowy na podstawie szczególnych warunków kontraktu), to czas na wykonanie nie będzie przedłużony, wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem”.

W ocenie Sądu klauzulę 20.1 ust. 2 (...) rozumieć należy, jako łączną regulację wprowadzającą umowny termin prekluzyjny powodujący wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego, obejmujące swym zakresem także ograniczenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej. Zdaniem Sądu obie części tej regulacji klauzuli 20.1 ust. 2 (...) winny być rozpatrywane łącznie, nie stanowią one odrębnych regulacji, lecz służą temu samemu celowi: przesądzeniu, że powód po upływie terminu traci określone roszczenia.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Sądu na gruncie prawa polskiego żadna z tych umownych konstrukcji rozpatrywanych również odrębnie nie jest dopuszczalna, a w konsekwencji takie umowne postanowienie jest nieważne.

Brak również podstaw do takiej interpretacji postanowień klauzuli 20.1 (...), zgodnie z którą regulacja ta stanowiłaby swoiste zwolnienie z długu, ponieważ brak tu oświadczeń woli stron wymaganych w art. 508 k.c.

Odnosnie do charakteru terminu z klauzuli 20.1 ust. 2 (...), Sąd Okręgowy wskazał, że warunki umowy o roboty budowlane poddane ogólnym warunkom (...) wywodzą się w swej genezie z systemu common law, zaś same warunki (...) tworzone były z myślą o ich stosowaniu „narodowo”, niezależnie od prawa właściwego dla kontraktu. Z tego też względu przy poddawaniu umowy zawartej w oparciu o (...) danemu systemowi prawnemu, a w szczególności prawu państwa należącego do kontynentalnej kultury prawnej, niedopuszczalne jest bezrefleksyjne, automatyczne inkorporowanie poszczególnych instytucji (...) bez uwzględnienia norm *ius cogens* prawa krajowego.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji przy rozpatrywaniu dopuszczalności w/w umownej regulacji (...) na gruncie prawa polskiego należy dokonać analizy charakteru roszczeń, które w przypadku dopuszczenia ustanawiania umownych

terminów zawitych ulegałyby sprekludowaniu. Na gruncie (...) zastosowanie regulacji 20.1 (...) musiałyby prima facie prowadzić do wygaśnięcia wszelkiego rodzaju roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane, czy też pozostających w związku z nią. Jeżeli przyjąć, że przez „dodatkową płatność” rozumiane są również np. roszczenia o odsetki ustawowe w związku z opóźnieniem w płatności, to prowadziłoby to w ocenie Sądu do niedopuszczalnych na gruncie polskiego prawa konsekwencji. Po pierwsze, wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisu art. 119 k.c. W związku z tym, w ocenie Sądu Okręgowego postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd. 1 k.c. Ustanowienie warunków, których nastąpienie pociąga za sobą przedawnienie roszczenia lub pozbawienie prawa do jego sądowego dochodzenia, a więc tym bardziej również takich warunków, których zaistnienie powoduje jego wygaśnięcie, może być dokonane tylko w drodze przepisu prawnego.

W tym kontekście należy także zważyć, że ustawowe terminy zawite przewidujące wygaśnięcie roszczeń mają, z uwagi na kategorię skutków dawności, charakter wyjątkowy w stosunku do instytucji przedawnienia. Skoro zatem zgodnie z art. 119 k.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną, to tym bardziej nie sposób przyjąć, by w braku ustawowej podstawy prawnej dopuszczalnym było tworzenie umownych terminów zawitych, które powodowałyby wygaśnięcie roszczenia. Z powyższego wynika, że postanowienia klauzuli 20.1 (...), w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłoszenia, są nieważne ponieważ mają one na celu obejście ustawy. Sąd wskazał na naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c.

Sąd zauważył też, że w odróżnieniu od wskazywanych w doktrynie terminów zawitych podlegających modyfikacji wolą stron (np. art. 66 § 2 k.c.), postanowienia klauzuli 20.1 (...) mogłyby znajdować swą podstawę prawną jedynie w kodeksowej zasadzie swobody umów, tj. postanowienie to wprowadzałoby umowny termin zawity sensu stricto.

W ocenie Sądu brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres swobody umów sięga tak daleko, aby można było uznać za dopuszczalne swobodne kreowanie terminów powodujących wygaśnięcie roszczeń o charakterze majątkowym, w szczególności tam, gdzie roszczenie majątkowe podlega ustawowej regulacji instytucji przedawnienia. Z uwagi na powyższe, wprowadzenie umownego terminu zawitego, w szczególności w odniesieniu do roszczeń majątkowych podlegających ustawowej regulacji instytucji przedawnienia, stanowi w ocenie Sądu naruszenie art. 117 § 1 k.c., art. 119 k.c. oraz art. 353¹ k.c. z uwagi na to, że godzi ono w instytucję przedawnienia.

Skoro co do zasady nie jest nawet dopuszczalna umowna regulacja terminu przedawnienia, to tym bardziej nie jest dopuszczalne swobodne kreowanie w umowach terminów zawitych dla roszczeń podlegających przedawnieniu. Ponadto wniosek ten znajduje oparcie również w różnicach pomiędzy skutkami prawnymi upływu terminu przedawnienia oraz terminu zawitego. Skoro pierwsze powoduje jedynie przekształcenie się roszczenia w zobowiązanie naturalne, drugie zaś wygaśnięcie roszczenia, jednoznaczna jest większa dolegliwość tego ostatniego.

Sąd Okręgowy podkreślił również, że określona w kontrakcie hierarchia dokumentów, usystematyzowanie według ich ważności pozwoliła temu Sądowi ustalić, która z przyjętych w nich jednostka obmiaru ekranu ziemno-betonowego (...) jest właściwa celem obliczania wynagrodzenia za zamontowanie kręgów na tym ekranie.

Odnosząc się do zarzutu powódki, iż korekta dokonana przez projektanta była tylko niedopuszczalna w świetle art. 144 prawa zamówień publicznych jak również dokonana przez niewłaściwą osobę Sąd stwierdził, że co do interpretacji postanowień art. 144 prawa zamówień publicznych rację przyznać należy powódce, albowiem słusznie podniosła ona, że dokonanie zmiany umowy przez inżyniera kontraktu jest niedopuszczalne. Art. 144 reguluje dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a mówiąc dokładniej, określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony. Stosownie do postanowień art. 144 ust. 1 (w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r.) zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W świetle postanowień przywołanego przepisu ustawa uzależnia możliwość dokonania istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. A contrario możliwość dokonywania zmiany nieistotnej, a więc takiej, co do której wiedza o jej wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, ani na wynik postępowania, nie jest poddana analogicznym rygorom.

Zdaniem Sądu zmiana ilości wpisanej w rubryce oznaczającej długość ekranu ziemno betonowego nie stanowi zmiany umowy, w szczególności nie może być uznana za zmianę istotnych warunków umowy. W pkt 7.2 (...) wskazano, że jednostką obmiaru montażu kręgów betonowych jest metr długości ekranu. Długość ekranu była powódce doskonale znana, a co więcej była ona wskazana w wielu posiadanych przez nią dokumentach.

Korekta dokonana przez projektanta nie stanowi zmiany postanowień ani warunków umowy, lecz poprawienie błędu w zapisie. Za chybiony Sąd uznał zarzut powódki, co do dokonania korekty długości ekranu przez niewłaściwą osobę. Inżynier kontraktu, do którego zgłoszono rozbieżności w sposobie obliczania należnego wynagrodzenia zwrócił się do właściwej osoby, która zgodnie ze swoimi uprawnieniami dokonała korekty błędu liczbowego. Sąd podkreślił, że nie była ta korekta jednostki, którą pozostał metr bieżący ekranu, lecz była to korekta przypasowująca właściwą liczbowo długość ekranu przy zastosowaniu tej samej jednostki (poprawa błędu matematycznego).

Sąd dokonał wykładni kontraktu łączącego strony celem ustalenia sposobu obliczania wynagrodzenia za montaż kręgów betonowych oraz za wykonanie podsypki filtracyjnej. Zdaniem Sądu Okręgowego dla ustalenia treści stosunku prawnego łączącego strony zastosować należy wykładnię obiektywną.

W tym kontekście Sąd Okręgowy wskazał, że ekran ziemno-betonowy (...) stanowi budowlę o cechach obiektu liniowego. Zgodnie z art. 3 pkt 3 ustawy – Prawo budowlane budowlę stanowi każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. Zgodnie z pkt 3a tego przepisu obiekt liniowy to obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.

Ekran ziemno-betonowy (...) ma 4 m wysokości przy 380 m długości. Proporcje te nadają mu cechy obiektu liniowego.

Odnosząc się do roszczeń dochodzonych w przedmiotowym postępowaniu Sąd stwierdził, że skoro w kluczowych dla kontraktu postanowieniach ustalono, że wynagrodzenie za jego wybudowanie, w odniesieniu do prac polegających na zamontowaniu kręgów budowlanych obliczone zostanie przy uwzględnieniu jednostki metr bieżący to nie sposób przyjąć, iż obiektywny adresat zrozumiałby to, jako przyjęcie za podstawę obliczania wynagrodzenia metr materiału – kręgów betonowych. Posługując się wykładnią normatywną stwierdzić należy, że weryfikacja dokonana przez projektanta była zgodna z ogólnymi założeniami projektu i po jej dokonaniu uzyskano właściwą treść kontraktu. Zgodzić należy się z projektantem, że błąd w (...) polegał na wpisaniu liczby zużytych do budowy ekranu kręgów zamiast długości tego ekranu.

Sąd Okręgowy dodał, że sposób obliczania wynagrodzenia, polegający na ustaleniu długości ekranu poprzez rozłożenie go na części i ustawienie ich w rzędzie stanowi nadużycie, a uzyskane w ten sposób wynagrodzenie stanowiłoby podstawę do skutecznego dochodzenia roszczenia albowiem stanowiłoby bezpodstawne wzbogacanie powódki.

Wykładnią obiektywną, zdaniem sądu pierwszej instancji należy posłużyć się również w odniesieniu do podsypki filtracyjnej. Od początku w projekcie przewidywano wykonanie koryta o grubości 20 cm i wypełnienie go podsypką filtracyjną. Stąd też nie może być mowy o tym aby planowaną od początku głębokość koryta wypełniać podsypką w ramach dopłaty. Pozycja 58 z całą pewnością przewidywała wykonanie 10 cm warstwy podsypki filtracyjnej oraz dawała możliwość w razie nagle zaistniałej potrzeby obliczenie wynagrodzenia podsypki ponad planowany poziom koryta.

Sąd zaznaczył, że sens oświadczeń woli ujawnionych w postaci pisemnej, czyli wyrażonych w dokumencie, ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. Tekst dokumentu nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni wyrażonego w nim oświadczenia woli, możliwe są bowiem błędy, które da się skorygować za pomocą właściwej wykładni dokumentu. Nawet biorąc pod uwagę ograniczenia dowodowe wynikające z art. 247 k.p.c., dopuszczalny jest dowód ze świadków lub z przesłuchania stron, jeżeli jest to przydatne do wykładni niejasnych oświadczeń woli zawartych w dokumencie. W takim przypadku dowody osobowe nie są skierowane przeciw osnowie lub ponad osnowę dokumentu, a jedynie służą jej ustaleniu w drodze wykładni. Wobec powyższego Sąd dopuścił dowód z zeznań świadków celem ustalenia właściwego sposobu interpretacji postanowień kontraktu. Zeznania świadków nie były ze sobą zbieżne. Punkt widzenia zależał w gruncie rzeczy od tego, po której stronie sporu znajdował się dany świadek. W celu wykładni treści umowy łączącej strony Sąd miał również na uwadze hierarchię dokumentów ustaloną przez strony. Przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane nie zawierają w konsekwencji regulacji problematyki wynagrodzenia, ponieważ profesjonalny wykonawca z zasady powinien zadbać o to, aby szczegółowo określić tę materię w umowie. W niniejszej sprawie strony umówiły się na wynagrodzenie kosztorysowe. Wysokość wynagrodzenia kosztorysowego zostaje obliczona po ukończeniu robót, według ustalonych w umowie ścisłych zasad, w niniejszej sprawie przy uwzględnieniu jako jednostki obmiarowej 1 m ekranu. Strony dokonały symulacyjnego obliczenia należnego wynagrodzenia biorąc pod uwagę przedmiar robót, jednakże w związku z pomyłkami w zakresie liczby i jednostki symulacja ta nie znalazła odzwierciedlenia w ostatecznej należnej kwocie. Sąd podkreślił, że od początku wiadomym było, że jednostką według której należy naliczać wynagrodzenie należne za wykonanie montażu kęgów ziemno betonowych jest metr bieżący ekranu, wiadomym było również, jakiej długości będzie ekran, stąd też powódka od początku powinna zdawać sobie sprawę, iż przyjęty przez nią sposób liczenia nie jest właściwy a co więcej winna ona przewidywać, iż żądana przez nią kwota zostanie zweryfikowana przez zamawiającego.

Z tych względów Sąd Okręgowy uznał, że powódka nie wykazała roszczenia nawet w zakresie jednej trzeciej roszczenia, co do którego przysługiwała jej legitymacja czynna.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiodła powódka. Zaskarżając wyrok w całości zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 379 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że roszczenie zgłoszone w pozwie przysługuje wszystkim trzem członkom konsorcjum i jako świadczenie podzielne dzieli się między nich, w efekcie czego powódka uprawniona jest jedynie do domagania się 1/3 kwoty wskazanej w pozwie, naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie zeznań świadków wskazanych w apelacji, pominięcie treści warunku 12.2 lit b) Ogólnych Warunków Kontraktu – (...), poprzez pominięcie treści umowy z dnia 1 stycznia 2009 r. zawartej między powódką a (...) spółka z o.o. o podwykonawstwo robót budowlanych. Powódka zarzuciła również Sądowi Okręgowemu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzekania w zakresie przyjętych przez Sąd jednostek pomiaru stanowiących podstawę wynagrodzenia powódki.

Powódka zarzuciła również naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego – art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie jak również art. 647 k.c. poprzez jego nie zastosowanie w niniejszej sprawie.

W konkluzji apelacji powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kwoty 2.479.049,76 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozbawiona jest uzasadnionych podstaw prawnych i jako taka podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazał, że powódce nie przysługuje w sprawie niniejszej legitymacja do wystąpienia o zapłatę całości wynagrodzenia, co najwyżej, mając na uwadze podzielny charakter dochodzonego roszczenia, mogłaby domagać się zasądzenia 1/3 dochodzonej należności, gdyby wykazała zasadność żądania.

Podkreślić należy, że prawo zamówień publicznych w art. 23 dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (ust. 1). Są oni wówczas zobligowani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2), a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (ust. 3). Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub lider Konsorcjum. Prawo zamówień publicznych nie definiuje odrębnie "wykonawcy wielopodmiotowego", lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (por. cyt. postanowienie SN z 27 maja 2010 r., a także m.in. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2008 r., KIO/UZP 1235/08, niepubl. i postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r. KIO/UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170). Jak podkreśla się w literaturze łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z kolei orzecznictwo Zespołu Arbitrów (m.in. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP /ZO/o - 1579/05) jak i orzecznictwo ETS (zob. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C - 129/04, (...) SA i (...) SA (S.) v. (...), (...) 2005, nr 8 - 9A, poz. 1 - 07805) wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego. We wskazanym wyroku ETS podkreślono, że wykładni art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, należy dokonywać w ten sposób, iż przepis ten nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym nie jeden z tych członków indywidualnie, lecz wszyscy razem członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej jako taka osobowości prawnej, którzy uczestniczyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie uzyskali tego zamówienia, mogli wnieść skargę na taką decyzję.

Powyższe stanowisko przyjęte zostało przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 r. w sprawie V CSK 475/10, który stwierdził, że art. 23 prawa zamówień publicznych statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w prawie zamówień publicznych wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konkluzji Sąd Najwyższy skonstatował, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym (w sprawie powyższej przedmiotem postępowania był zwrot wadium). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum.

Taki sam pogląd prezentuje doktryna wskazując, że art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia.

Powódka w sprawie powołuje się na zawartą umowę konsorcjum, w której podmioty tworzące konsorcjum określiły podział zadań, zgodnie z którym powódka obowiązana była wykonać roboty drogowe między innymi ekrany akustyczne z kręgów betonowych. Podkreślić należy, że konsorcjum (stosunek obligacyjny kreowany umową) zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego w nim działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązani są do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Wspólność celu staje się nadrzędną cechą tego typu umowy, umowy nienazwanej, wprost nieuregulowanej w kodeksie cywilnym. W literaturze przedmiotu wskazuje się na podobieństwo do umowy spółki cywilnej, z zasadniczą jednak różnicą, że uczestnicy konsorcjum nie wnoszą wkładów, konsorcjum nie ma wspólnego majątku, nie ma takiej jak spółka cywilna struktury prawno-majątkowej i organizacyjnej, jak również tak ścisłych powiązań partnerów. Prawna natura konsorcjum przejawia się we wzajemnym zobowiązaniu podmiotów w nim uczestniczących do wspólnego dążenia do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych działań. Umowa konsorcjum zawarta między tworzącymi je podmiotami w dniu 2 czerwca 2009 r. określała warunki wzajemnej współpracy w ramach związanych stosunków wewnętrznych. Uczestnicy konsorcjum wstępnie ustalili również podział zadań i obowiązków. Z paragrafu 4 ust. 3 umowy wynika, że liderem konsorcjum jest powódka, która reprezentuje konsorcjum wobec zamawiającego, pełni nadzór merytoryczny nad realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym, prowadzi wszelką dokumentację prawną i finansową związaną z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym, wystawia faktury na zamawiającego dotyczące całości prac wykonanych przez konsorcjum, wykona roboty drogowe w zakresie określonym szczegółowo w aneksie. Powódka aneksu nie przedstawiła. Wbrew zatem stanowisku powódki zawartym w uzasadnieniu apelacji umowa konsorcjum nie może stanowić podstawy do określenia wysokości wynagrodzenia należnego powódce w związku z podzielnością roszczenia

By możliwe było dochodzenie przez lidera konsorcjum całości roszczenia w postępowaniu sądowym konieczne byłoby upoważnienie go przez pozostałych partnerów poprzez udzielenie pełnomocnictwa. Powódka pełnomocnictw takich nie przedstawiła, nie wynika ono również z treści umowy. Przede wszystkim nie stanowi takiego upoważnienia dla lidera konsorcjum zakres wykonywanych przez niego czynności. Możliwość wystawiania faktur na całość prac nie czyni powódki legitymowanej do samodzielnego wystąpienia z przedmiotowym roszczeniem. Jak słusznie bowiem wskazał Sąd Okręgowy samo wystawienie faktury nie kreuje jeszcze zobowiązania cywilnoprawnego.

W tych okolicznościach, wobec braku legitymacji czynnej powódki, bezprzedmiotowe staje się odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji naruszenia prawa procesowego i materialnego.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. stosownie do jego wyniku.