

Sygn. akt XXV C 1619/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXV Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bożena Lasota

Protokolant: sekretarz sądowy Marta Stelmasiak

Po rozpoznaniu w dniu 25 lutego 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa Zakładów (...)sp. z o.o. w W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W.

o zapłatę

1. oddala powództwo;
2. ustala, że powód ponosi koszty postępowania zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, przy czym szczegółowe rozliczenie w tym zakresie pozostawia referendarzowi sądowemu.

Sygn.akt. XXV C 1619/10

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 29 grudnia 2010r. skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad Zakłady Budownictwa (...) spółka z o.o. w W. wniosła o zasądzenie od pozwanego kwoty 5 992 331 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem roszczenia odszkodowawczego za odstąpienie od umowy w przedmiocie świadczenia usług w zakresie zarządzania, kontroli i nadzoru nad realizacją umowy o roboty budowlane w ramach budowy obwodnicy A.. W uzasadnieniu pozwu powód podniósł między innymi, że pozwany Skarb Państwa nie miał prawa odstąpić od umowy z powołaniem się na art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych i dlatego też tytułem odszkodowania domaga się kwoty wskazanej w pozwie, która to kwota odpowiada wysokości wcześniej ustalonego wynagrodzenia powoda za usługi zarządzania i nadzoru, które miały być pełnione w ramach kontraktu, gdyby kontrakt nie został wcześniej zakończony.

W odpowiedzi na pozew z dnia 22 lutego 2011r. pozwany Skarb Państwa zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa wniosł o oddalenie powództwa w całości (vide k. 2869-2881). W uzasadnieniu swego stanowiska pozwany podniósł między innymi, że powód nie jest legitymowany czynnie, aby występować w tym postępowaniu w imieniu całego konsorcjum, a jedynie co swojego udziału w 95%, nadto według pozwanego skutecznie odstąpił on od umowy, albowiem uchylene decyzji o pozwoleniu na budowę stanowi istotną zmianę okoliczności w rozumieniu art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozwany zwrócił też uwagę na fakt, iż istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest tożsama z nadzwyczajną zmianą stosunków wymaganą przez art. 357¹ k.c. Pozwany podniósł także argumenty braku przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z uwagi na fakt, że pomiędzy odstąpieniem od umowy a domniemaną szkodą nie ma adekwatnego związku przyczynowego. Pozwany zarzucił także powodowi, że w trakcie wykonywania umowy powód dopuścił się nieprawidłowości między innymi w zakresie opóźnienia podjęcia czynności nadzorowania robót przez część osób

z personelu powoda, nienależytych wypełnianiu obowiązków przez inspektora nadzoru robót geotechnicznych oraz dokonywaniu odbioru robót obarczonych wadami jakościowymi.

Do końca procesu strony podtrzymały swoje stanowiska.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 16 lutego 2007r. strony zawarły umowę nr (...)mocą której pozwany zlecił powodowi działającemu jako Konsorcjum firmy powoda z (...) spółki z o.o.wykonanie usługi polegającej na świadczeniu usług w zakresie zarządzania, kontroli i nadzoru nad realizacją umowy o roboty budowlane w ramach Budowy Obwodnicy A.w ciągu drogi krajowej nr (...)granica państwa – W.– B.- S.– granica państwa od miejscowości G.do skrzyżowania dróg krajowych nr (...)w A.o długości 17, 116 km (I etap realizacji – budowa jezdni wschodniej oraz budowa dwóch jezdni o przekroju docelowym w rejonie mostu przez dolinę rzeki (...)i obrębie skrzyżowania z drogą powiatową nr (...)). Integralnymi częściami umowy były: oferta konsultanta wraz z formularzami „potencjał kadrowy” i „potencjał techniczny”, specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z warunkami ogólnymi umowy, organizacja i metodologia zarządzania projektem oraz umowa konsorcjum. Konsultant zgodnie z umową miał wykonywać czynności przypisane Inżynierowi w Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich Projektowanych przez Zamawiającego (FIDIC- 1999) w Warunkach Szczególnych, stanowiących część umowy o roboty budowlane nad realizacją których sprawowany będzie nadzór oraz czynności określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wynikające z aktualnych przepisów ustawy prawo budowlane. Zgodnie z umową Konsultant miał pełnić swoje usługi od daty podpisania umowy, w trakcie trwania robót przez 33 miesiące oraz w okresie zgłaszania wad wynoszącym 48 miesięcy dla obiektów inżynierskich i 24 miesiące dla pozostałych robót. Strony umowy zastrzegły, że planowany termin rozpoczęcia robót budowlanych nad którymi sprawowany miał być nadzór to I kwartał 2007r. Czas realizacji przedmiotu umowy strony określiły na 85 miesięcy licząc od daty rozpoczęcia realizacji umowy i czas ten obejmował czynności sprawdzenia dokumentacji, czynności nadzoru w okresie prowadzenia robót oraz prace w okresie zgłaszania wad. W § 4 umowy strony określiły wysokość wynagrodzenia za wykonane usługi na kwotę netto do wysokości 8 472 695 zł, zaś kwotę brutto w wysokości 10 336 687, 90 zł, przy czym kwota mogła ulec zmianie na wypadek zmiany stawki procentowej VAT. Jednocześnie strony postanowiły, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie następowało w okresach miesięcznych w oparciu o zatwierdzony przez zamawiającego Raport miesięczny, na podstawie faktur wystawianych przez Konsultanta, potwierdzonych przez kierownika projektu po spełnieniu przez konsultanta wymagań określonych w art. 22 Warunkach Ogólnych Umowy. Obie strony zastrzegły sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadkach i na warunkach określonych w art. 26 i 27 Warunków Ogólnych (§ 6 umowy). Na wypadek odstąpienia od umowy przez jedną ze stron z przyczyn, za które druga strona nie odpowiada, strona odstępująca od umowy miała zapłacić drugiej stronie kary umowne w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, z zastrzeżeniem jednakże art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych (vide k. 391). Prawo odstąpienia od umowy wedle postanowień art. 26 i 27 Warunków Ogólnych strony określiły w sposób szczegółowy przewidując między innymi, że zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Odstąpienie od umowy w tym przypadku mogło nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim przypadku konsultant mógł żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy. Nadto zgodnie z art. 26 ust. 4 Warunków Ogólnych konsultant nie ma prawa żądać, oprócz kwot należnych za wykonanie usługi, rekompensaty za wszelkie poniesione straty lub szkody (vide k. 402-403). Z kolei konsultant mógł odstąpić od umowy z zachowaniem 30 – dniowego okresu wypowiedzenia, jeżeli zamawiający konsekwentnie nie wywiązałby się ze swoich zobowiązań po wielokrotnych upomnieniach bądź też zawieszał wykonanie usługi lub dowolnej ich części na okres dłuższy niż 60 dni. Postanowienia stron w zakresie warunków odstąpienia od umowy przez zamawiającego w trybie art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały także wpisane do szczególnych warunków kontraktu (FIDIC) w pkt. 15, były one tożsame z postanowieniami Ogólnych Warunków Umowy (vide k. 418-419).

/ dowód: umowa z dnia 16 lutego 2007r. k. 390-391, warunki ogólne umowy k. 392-405, szczególne warunki kontraktu k. 406-546 (FIDIC), specyfikacja istotnych warunków zamówienia z dnia 27 listopada 2006r. k. 59-129/.

Sporna umowa została zawarta na skutek wygrania przez Konsorcjum przetargu ograniczonego w trybie ustawy Prawo o zamówieniach publicznych, do którego to przetargu powód przystąpił wspólnie z innym podmiotem – spółką z o.o. (...). W dniu 1 grudnia 2006r. powód zawarł z tą spółką umowę konsorcjum i na podstawie tej umowy powód reprezentował podmioty wchodzące w skład konsorcjum wobec pozwanego, w tym złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a następnie podpisał i koordynował wykonanie umowy. Zgodnie z postanowieniami umowy konsorcjum strony tej umowy w § 3 postanowiły, że upoważniają powoda jako lidera do bezpośredniego kontaktowania się i współdziałania z zamawiającym oraz reprezentowania interesów podmiotów występujących wspólnie wobec zamawiającego i innych ewentualnych uczestników kontraktu oraz wszelkich instytucji, w tym też państwowych (vide k. 132 i następne). W ramach tej umowy członkowie konsorcjum postanowili, iż procentowy udział finansowy stron w realizacji kontraktu wynosi 95% po stronie powoda i 5% po stronie (...) (vide k. 134), nadto umowa została zawarta zgodnie z § 13 na okres realizacji jej przedmiotu, kończącego się wraz z upływem okresu gwarancji i rękojmi. W dacie podpisania umowy konsorcjum (...) udzieliła także powodowi pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy między innymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy (vide k. 137-138).

/ dowód: wniosek powoda o dopuszczenie do udziału w postępowaniu k. , umowa konsorcjum z dnia 1 grudnia 2006r. k. 131-136, opis z KRS powoda k. 36-45, odpis z (...) k. 140-144/.

Zgodnie z wymogiem pozwanego powód wniósł wadium w wysokości 90 000 zł w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...)Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Jeszcze przed podpisaniem umowy pismem z dnia 5 lutego 2007r. pozwany zwrócił się do powoda z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu ważności oferty złożonej w przetargu oraz terminu ważności udzielonego wadium o 60 dni w związku z oczekiwaniem na uzyskanie pozwolenia na budowę (vide k. 385). Powód wyraził na powyższe zgodę o czym poinformował pozwanego pismem z dnia 6 lutego 2007r (vide k. 387). Ostatecznie jak już wskazano w stanie faktycznym umowa została podpisana w dniu 16 lutego 2007r., w tym też dniu powód wniósł jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy gwarancję ubezpieczeniową na kwotę 310 101 zł (vide k. 548), która została udzielona przez (...) Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

/ dowód: gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wraz z aneksami k. 375-376 oraz k. 378-380, pismo pozwanego z dnia 5 lutego 2007r. k. , pismo powoda z dnia 6 lutego 2007r. k. 387, gwarancja ubezpieczeniowa k. 548/.

W czasie wykonywania usług objętych umową powód na żądanie pozwanego wydawał podmiotowi wykonującemu roboty budowlane przy budowie obwodnicy ((...) S.A.) tzw. polecenia Inżyniera dotyczące realizacji robót budowlanych. W dniu 14 czerwca 2007r. powód na żądanie pozwanego wydał wykonawcy robót budowlanych (...) S.A.polecenie wstrzymania robót budowlanych na odcinku trasy od 0+000 do 4+450 km. Z kolei w dniu 17 lipca 2007r. powód na żądanie pozwanego polecił (...)wznović roboty budowlane na wskazanym odcinku i prowadzić je z należyтым pośpiechem bez opóźnienia, po czym w dniu 9 sierpnia 2007r. powód na żądanie pozwanego wydał wykonawcy robót budowlanych polecenie zawieszenia rozpoczęcia robót budowlanych na odcinku trasy przechodzącym przez obszar natura 2000 do odwołania. Na podstawie polecenia Inżyniera nr 12 powód na żądanie pozwanego polecił (...) S.A.zawiesić roboty budowlane na odcinku trasy od 0+000 do 4+085 km z dniem 8 lutego 2008r. Kolejnym poleceniem Inżyniera nr 16 z dnia 13 sierpnia 2008r. powód na żądanie pozwanego polecił (...)zawiesić roboty na odcinku od km 11+325 do km 13+000 z dniem 14 sierpnia 2008r. Następnie w dniu 13 stycznia 2009r. pozwany przesłał do powoda pismo, w którym powołując się na wyrok Sądu Administracyjnego w W.z dnia 15 grudnia 2008r. uchylający decyzję Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 21 maja 2007r. oraz poprzedzającą ją decyzję Wojewody (...)z dnia z dnia 9 lutego 2007r. w przedmiocie zatwierdzenia projektu zagospodarowania przestrzennego terenu kompensacji przyrodniczej oraz zatwierdzenia projektu budowlanego w przedmiocie udzielenia pozwolenia na budowę ObwodnicyA.dla pozwanego oświadczył, że dalsza budowa obwodnicy A.nie leży w interesie publicznym i dlatego też na podstawie § 6 ust. 1 umowy z dnia 16 lutego 2007r. odstępuje od umowy z dniem 13 stycznia 2009r. mając na uwadze art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozwany uzasadniając swoje stanowisko wskazał na konieczność ponownego uruchomienia przez siebie procedury uzyskania

decyzji uchylonych wskazanymi wyrokami, niepewność wariantu przebiegu obwodnicy oraz na ponoszenie kosztów zawieszenia robót (vide k. 556-557). Pismem z dnia 26 stycznia 2009r. powód poinformował pozwanego, że wskazane przez niego przyczyny odstąpienia od umowy są bezpodstawne i nie mogą stanowić podstawy do skutecznego odstąpienia od umowy (vide k. 559). Powód jednocześnie wskazał, że przyjął do wiadomości zamiar rozwiązania umowy, zażądał też od pozwanego zapłaty odszkodowania na podstawie art. 471 k.c. w kwocie 7 670 500, 44 zł. Pomiędzy stronami trwała dalsza korespondencja dotycząca skuteczności odstąpienia od umowy, strony powoływały w jej treści swoje argumenty.

/ dowód: polecenia Inżyniera k. 550-554, pismo pozwanego z dnia 13 stycznia 2009r. o odstąpieniu od umowy k. 556-557, pismo powoda z dnia 26 stycznia 2009r. k. 559, korespondencja pomiędzy stronami k. 561-569/.

W toku postępowania o uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na budowę obwodnicy A.toczącego się przed Wojewodą (...)w dniu 14 lipca 2006r. Minister Środowiska wydał postanowienie w sprawie uzgodnienia realizacji przedsięwzięcia i określające warunki do uwzględnienia na etapie realizacji przedsięwzięcia i w projekcie budowlanym. Powyższe postanowienie zostało zaskarżone przez organizacje ekologiczne do WSA w następstwie czego zostało uchylone przez Sąd w dniu 26 kwietnia 2007r. Uchylenie postanowienia Ministra Środowiska stanowiło z kolei przesłankę do uchylenia wcześniejszej decyzji Wojewody (...)z dnia 18 października 2006r. Ta decyzja została zmieniona decyzją Ministra Środowiska z dnia 2 lutego 2007r. Sama decyzja o pozwoleniu na budowę obwodnicy A.została wydana przez Wojewodę (...)w dniu 9 lutego 2007r., z jednoczesnym jej opatrzeniem rygorem natychmiastowej wykonalności. Od tej decyzji odwołali się: Rzecznik Praw Obywatelskich oraz organizacje ekologów, jednakże Główny Inspektor Nadzoru utrzymał tę decyzję w mocy. W następstwie zaskarżenia decyzji Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego skargą do WSA tenże Sąd najpierw w dniu 26 października 2007r. wstrzymał wykonanie decyzji zaskarżonej decyzji w części dotyczącej obszaru Natura 2000, po czym w dniu 10 grudnia 2007r. uchylił decyzję środowiskową Ministra Środowiska z dnia 2 lutego 2007r. Pozwany w piśmie z dnia 21 grudnia 2007r. poinformował powoda, że złożył zażalenie na postanowienie WSA w sprawie wstrzymania decyzji co do obszaru Natura 2000, pozwany poinformował także pozwanego, że pozwolenie na budowę jest ważne i funkcjonuje w obrocie. W dalszej kolejności wobec wyroku NSA z dnia 16 września 2008r. oddalającego skargę kasacyjną od wyroku WSA w przedmiocie uchylenia decyzji środowiskowej w dniu 15 grudnia 2008r. WSA uchylił decyzję GINB oraz poprzedzającą ją decyzję Wojewody (...)z dnia 9 lutego 2007r. o pozwoleniu na budowę (okoliczności niesporne).

/ dowód: postanowienie Ministra Środowiska z dnia 18 10 2006r. k. , decyzja Wojewody (...) z dnia 18 10 2006r. k. 2815-2853, wyrok SA z dnia 26 kwietnia 2007r. – akta administracyjne, decyzja Ministra Środowiska z dnia 2 lutego 2007r. – akta administracyjne, decyzja Wojewody (...) o pozwoleniu na budowę akta administracyjne, postanowienie WSA z dnia 26 października 2007r. k. 628-632, pismo pozwanego z dnia 21 grudnia 2007r. k. 635-636/.

Budowa obwodnicy A.od samego początku wzbudzała protesty organizacji ekologicznych, które bardzo aktywnie działały na rzecz wstrzymania budowy i uchylenia decyzji o pozwoleniu na budowę. Do działań ekologów przyłączył się także Rzecznik Praw Obywatelskich składając skargę na decyzję środowiskową. Budowa obwodnicy wzbudzała też ogromne zainteresowanie mediów co znalazło odzwierciedlenie w licznych artykułach prasowych. To ogromne zainteresowanie mediów oraz licznych organizacji ekologicznych, a tym samym części społeczeństwa i to nie tylko lokalnego miało wpływ na sposób realizacji kontraktu zarówno przez wykonawcę, czyli (...), a tym samym także przez powoda. Cały odcinek obwodnicy A.był podzielony na trzy odrębne fragmenty, z tym, że prace w trakcie trwania kontraktu były utrudnione na środkowym odcinku, który obejmował Dolinę(...). O ile na pozostałych odcinkach budowy wykonawca został wprowadzony na teren budowy, o tyle protokołu wprowadzenia do Doliny(...)nie było. Praktyczne wyłączenie Doliny(...)nie miało jednak wpływu na możliwość prowadzenia robót na pozostałych odcinkach. Generalnie prace na budowie obwodnicy A., poza obszarem Doliny(...)przebiegały w miarę sprawnie i do dnia ich faktycznego zakończenia, czyli do dnia 13 stycznia 2009r. zakres wykonanych robót przedstawiał się następująco z podziałem na roboty, na które zamawiający uzyskał pozwolenie na użytkowanie: wiadukt nr 11 wraz z niezbędną infrastrukturą, wiadukt nr (...)zlokalizowany w ciągu drogi lokalnej, rondo tj., skrzyżowanie dróg krajowych nr (...)w A.oraz roboty na które zamawiający nie miał pozwolenia na użytkowanie, jednakże objęte gwarancją wykonawcy. Dodatkowo były także wykonane roboty na tzw. odcinkach zawieszonych, czyli odcinki

północny i południowy. Pozwany nie zgłaszał większych zastrzeżeń do sposobu wykonywania tego kontraktu przez powoda, zaś przy odbiorze końcowym pozwany potwierdził wykonanie robót zgodnie z dokumentacją, specyfikacjami technicznymi, zmianami wprowadzonymi przez projektanta i zaakceptowanymi przez Inżyniera Kontraktu oraz kierownika projektu. Zakres wykonanych robót odpowiadał także zapisom w dzienniku budowy i obmiarami zatwierdzonymi przez Inżyniera Kontraktu. Pozytywnie oceniono także przy odbiorze końcowym jakość materiałów użytych do produkcji. Generalnie pozytywna ocena wykonania umowy między innymi przez powoda zawierała także przy odbiorze końcowym, ale też w początkowym etapie kontraktu uwagi zamawiającego, niektóre z tych zastrzeżeń skutkowały potrąceniem wynagrodzenia należnego powodowi, niektóre były objęte robotami poprawkowymi (vide k. 2889-2890). Dotyczyły one w szczególności konieczności zabezpieczenia barierami betonowymi podpór środkowych wiaduktów nr 10 i 11, zamontowania na obiektach mostowych reperów, poprawienia humusowania na obiekcie nr 11 i naprawienia skarp na tym obiekcie, uzupełnienia na nim spoiny, napraw poboczy na drogach dojazdowych nr (...) oraz uzupełnienia ubytków betonu w przepustach żelbetowych. Wskazane roboty poprawkowe miały zostać wykonane już po 13 stycznia 2010r. a mianowicie do 30 czerwca 2010r. Pewne wady stwierdzono także w dokumentacji powykonawczej, określono je bardzo szczegółowo w załączniku nr 2 do protokołu odbioru końcowego. Niektóre z tych wad należały do kategorii, którą można określić jako wady formalne np. brak pieczętki, brak karty obmiaru, niektóre zaś zwracały uwagę na niezgodność zapisu z zakresem wykonanych prac, czy też na brak inwentaryzacji geodezyjnej np. do osadzenia elementów wpustów. Zwracano tam także uwagę na braki w sprawozdaniach technicznych wykonawcy i nadzoru poprzez nieuwzględnienie w tych sprawozdaniach wykonanych programów naprawczych. Wady dokumentacji powykonawczej odnosiły się także do Raportu Inżyniera Kontraktu w zakresie w jakim ten raport nie zawierał zmian, których dokonano w stosunku do projektu budowlanego dotyczącego robót na skrzyżowaniu dróg krajowych nr (...)w A.. Na początku, tuż po podpisaniu umowy w II kwartale 2007r. pozwany zgłaszał nadto powodowi zbyt małą ilość inspektorów, w szczególności dotyczyło to pracy Inspektora Robót Geotechnicznych. Powód nie wskazał nadto na początku trwania kontraktu pełnego schematu organizacyjnego, który zgodnie z warunkami umowy miał być przedłożony przed rozpoczęciem robót. W dniu 8 marca 2007r. powód przedłożył częściowy schemat organizacyjny podając w nim 13 osób, zamiast wykazywanych w ofercie 29 osób. Z tego tytułu pozwany kierował uwagi do powoda na piśmie, jednakże nie wiązało się to z konkretnymi potrąceniami finansowymi. Braki te zostały przez powoda usunięte zgodnie z wymaganiami pozwanego, wcześniej jednak powód dwukrotnie na piśmie zwracał się do zamawiającego o ograniczenie kadry wobec braku realizacji całego zadania (wyłączona Dolina(...)). Na początku kontraktu powód opóźniał się nadto w przedłożeniu niektórych dokumentów takich jak raportu otwarcia, raportu ze sprawdzenia dokumentacji projektowej i oceny stanu technicznego budynków położonych w obrębie budowanej drogi i dróg zlokalizowanych obok. Pozwany zgłaszał także zastrzeżenia do jakości betonu, uziarnienia i zawartości asfaltu w mieszankach mineralno – asfaltowych, z którymi to zastrzeżeniami powód się nie zgadzał. Ostatecznie jednak z tego tytułu pozwany dokonał potrącenia kwoty 364 878, 33 zł z wynagrodzenia wykonawcy. W trakcie samej realizacji kontraktu miało miejsce wadliwe wykonanie ronda przez wykonawcę. Wada polegała na źle wykonanych lukach zjazdowych i wjazdowych na rondo i była skutkiem wykonania luków niezgodnie z projektem. Wada ta została usunięta w połowie 2009r., z tym, że inspektor robót geodezyjnych z ramienia powoda oparł się w tym przypadku na pomiarach geodezyjnych wykonawcy nie sprawdzając poprawności wykonania spornych luków na rondzie. Niezależnie od wskazanych wyżej uchybień pozwany nie składał uwag do raportów miesięcznych powoda, nie nakładał także na powoda kar umownych wynikających z umowy. Pozwany wypłacał też na bieżąco powodowi wynagrodzenie miesięczne wynikające z umowy uzależnione od wynagrodzenia wykonawcy, z tym, że kontrakt rozliczany był ryczałtowo od obrotu wykonawcy. W chwili składania swojej oferty Powód ocenił zysk z kontraktu na poziomie 10-15%.

/ dowód: artykuły prasowe k. 571-610, protokół odbioru ostatecznego z dnia 23 marca 2010r. k. 2889-2891 wraz z załącznikami k. 2892-2897, zeznania świadka Z. S. k. 2954-2959, zeznania świadka A. C. k. 2975-2979, zeznania świadka A. J. k. 3002- 3006, zeznania świadka C. K. k. 3054-3056, zeznania świadka E. C. k. 3063-3065, zeznania świadka W. Ł. k. 3111-3112/.

Za okres począwszy od stycznia 2009r. do maja 2010r. powód działając łącznie jako konsorcjum z tytułu nadzoru inwestorskiego przy budowie obwodnicy A. mógłby osiągnąć zysk w kwocie 365 570, 22 zł, przy czym zysk ten

uwzględnia koszty powoda i jest to zysk kalkulacyjny przy ustalaniu ceny ofertowej przez powoda. Za ten sam okres utracone wynagrodzenie netto przez powoda wynosi 2 588 817 zł jako przychody powoda, na które składają się koszty i narzut z zysku. Biorąc pod uwagę datę ustania umowy na 13 stycznia 2009r. i odliczając połowę zysku z miesiąca stycznia 2009r. zysk powoda z kontraktu wyniósłby kwotę 351 719, 27 zł. Strata powoda za lata 2007-2008 wyniosła kwotę 2 976 261 zł i stanowi ona różnicę pomiędzy uzyskanymi według faktur przychodami a poniesionymi łącznie przez powoda kosztami.

/ dowód: opinia biegłego M. W. k. 3136-3196 oraz opinia uzupełniająca k. 3261-3266, zeznania biegłego k. 3356-3357/.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o powołane wyżej dowody w postaci dokumentów złożonych przez strony oraz zeznań świadków, a także w oparciu o opinię biegłego. Stan faktyczny co do zasady pozostawał pomiędzy stronami bezsporny, spór koncentrował się na kwestiach prawnych, które będą analizowane w rozważaniach prawnych Sądu.

W szczególności pozwany nie kwestionował okoliczności związanych z podpisaniem umowy, w tym także z faktem, że podpisał ją z konsorcjum, a nie z samym powodem, pozwany nie kwestionował także czasookresu w którym konsultant pełnił faktycznie swoje zadania, ani okoliczności, że zapisy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 27 listopada 2006r. w zakresie w jakim dotyczyły czasookresu pełnienia funkcji przez konsultanta pozostawały w zgodzie z postanowieniami umowy stron z dnia 16 lutego 2006r.

Kwestią sporu nie była także objęta w rozumieniu faktycznym kwestia odstąpienia od umowy przez pozwanego z dniem 13 stycznia 2009r..

Pozwany nie kwestionował także, że w chwili zawarcia umowy z powodem istniała decyzja Wojewody (...) z dnia 9 lutego 2007r. o pozwoleniu na budowę opatrzoną rygiem natychmiastowej wykonalności, która stała się ostateczna wobec decyzji Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, po czym uchylona na skutek wyroku WSA.

Sporne w sprawie pozostawało jedynie ustalenie, czy powód w sposób należyty wykonywał swoją usługę w okresie obowiązywania umowy. Ustalony stan faktyczny co do zasady potwierdza właściwe wykonanie umowy przez powoda za wyjątkiem niedopilnowania prawidłowego wykonania łuków na rondzie, użycia niewłaściwej mieszanki mineralno – bitumicznej oraz pewnych braków osobowych po stronie powoda w zakresie kadry technicznej na początku umowy. Wbrew twierdzeniom powoda wskazane wyżej uchybienia zostały potwierdzone przedstawionymi przez pozwanego dokumentami w postaci protokołu końcowego odbioru robót i załącznikami do tego protokołu, zaś dodatkowo powód godząc się na obniżenie wynagrodzenia za użycie złej mieszanki w istocie przyznał, że popełnił tu błąd. W ocenie Sądu pozwany wykazał także, iż na początku kontraktu po stronie powoda występowały braki kadrowe, dotyczyły one w szczególności składu osobowego nadzoru – zbyt mały i braku obecności na budowie inżyniera geotechnika. Pomijając już kwestię oceny powoda co do zasadności tych zarzutów oraz oceny, czy inżynier geotechnik powinien być obecny na budowie, czy też nie, świadkowi wskazani przez powoda potwierdzili treść zarzutów pozwanego, która była kierowana pod adresem powoda w pierwszym etapie budowy. Nadto potwierdzili, że skład uległ częściowej zmianie zgodnie z wymaganiami pozwanego, tym samym powód przyjął za uzasadnione uwagi pozwanego jako zamawiającego.

Oceniając zeznania świadków należy stwierdzić, że Sąd dał wiarę ich zeznaniom z zaznaczeniem, iż wiara ta dotyczy podanych przez świadków faktów, a nie ich ocen, albowiem niektórzy świadkowie wskazani przez powoda kwestionowali fakt użycia wadliwej mieszanki, ewentualnie nie mieli na ten temat wystarczającej wiedzy. W zakresie zaś wadliwego wykonania łuków, czy też właściwie niedopilnowania tej kwestii ze strony powoda Sąd zwraca uwagę na zeznania świadka A. C., pracownika powoda, który pracował na kontrakcie na stanowisku zastępcy inżyniera kontraktu, który wprost w swoich zeznaniach przyznał, że źle wykonane łuki na rondzie umknęły nadzorowi, czyli powodowi (vide k. 2979). Z kolei świadek A. J. pełniący na kontrakcie funkcję Inżyniera Rezydenta potwierdził, iż w II kwartale 2007r. zamawiający zgłaszał uwagi do w zakresie niedostatecznej obsady nadzoru oraz stwierdzonych przez pozwanego nieobecności na budowie inżyniera geotechnika.

Niezależnie jednak od uchybień jakich dopuścił się powód przy wykonywaniu umowy stwierdzić należy, że zebrany materiał dowodowy potwierdza, iż generalnie powód prawidłowo świadczył swoją usługę w ramach umowy, o czym świadczy przede wszystkim fakt braku uwag pozwanego do tzw. raportów miesięcznych, nienakładanie na powoda kar umownych wynikających z umowy oraz dokumenty przedstawione przez samego pozwanego z odbioru końcowego, który niezależnie od zawartych tam uchybień i wad wskazywał na przyjęcie robót przez pozwanego, bez większych zastrzeżeń.

Zeznania takich świadków jak S. K., C. M., S. N., A. T., R. N., C. Ł., J. W. i M. O. nic nie wniosły do sprawy, dlatego też Sąd nie powoływał ich zeznań w stanie faktycznym.

Sąd przyjął także opinię biegłego w zakresie w jakim biegły wyliczył należne powodowi wynagrodzenie za czas po odstąpieniu od kontraktu oraz zysk jaki powód osiągnąłby w ramach tej umowy, gdyby umowa była kontynuowana. W tym miejscu konieczna jest jedynie uwaga dotycząca zysku za styczeń 2009r., faktycznie chodziłby tu o zysk z daty po 13 stycznia 2009r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo jako nieuzasadnione podlegało oddaleniu.

Strony niniejszego sporu były związane umową zawartą w warunkach przetargu ograniczonego, której przedmiotem było wykonanie przez powoda usługi polegającej na świadczeniu usług w zakresie zarządzania, kontroli i nadzoru nad realizacją umowy o roboty budowlane w ramach budowy obwodnicy A..

Powód określił swoje roszczenie jako roszczenie odszkodowawcze wynikające z niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy, ze wskazaniem podstawy prawnej roszczenia w postaci art. 471 k.c. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik jest zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Ocena zasadności roszczenia powoda jest możliwa po ustaleniu ewentualnej skuteczności odstąpienia pozwanego od umowy.

Pozwany twierdzi, że odstąpienie od umowy dokonane pismem z dnia 13 stycznia 2009r. było skuteczne i tym samym doprowadziło do rozwiązania umowy, a tym więc także do ustania obowiązku zapłaty wynagrodzenia dla powoda.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt. 1 pkt. h warunków ogólnych umowy zamawiający mógł odstąpić od umowy w przypadku wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Postanowienia umowy stron odpowiadają tu regulacji z art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie strony postanowiły, że oświadczenie o odstąpieniu powinno być dokonane w ciągu 30 dni od powzięcia wiadomości o powstaniu istotnej okoliczności uzasadniającej odstąpienie.

Pytanie jakie rodzi się na tle postanowień umownych stron oraz na tle art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to pytanie co oznacza pojęcie „istotna zmiana okoliczności”, a dalej, czy uchylenie decyzji o pozwoleniu na budowę stanowi taką właśnie istotną zmianę okoliczności.

I tak pojęcie istotnej zmiany okoliczności należy odróżnić od pojęcia nadzwyczajnej zmiany stosunków określonego w art. 357¹ k.c. Gdyby bowiem ustawodawca traktował te pojęcia w sposób tożsamy to nie wprowadzałby pojęcia dodatkowego do ustawy o zamówieniach publicznych uznając za wystarczające regulacje z kodeksu cywilnego, ewentualnie użyłby takiego samego sformułowania. Pojęcia te zresztą nie są także tożsame w znaczeniu językowym. O ile bowiem słowo „istotny” oznacza „duży, znaczny”, o tyle wcale nie musi oznaczać, że istotna zmiana będzie jednocześnie zmianą nadzwyczajną. Tak więc rację ma strona pozwana, że w konkretnym stanie faktycznym może

istnieć okoliczność, która jest wprawdzie istotna, ale nie nadzwyczajna, a także odwrotnie okoliczność może być nadzwyczajna, ale nie istotna.

Podsumowując ten wątek należy stwierdzić, że uchylenie decyzji o pozwoleniu na budowę stanowiło istotną zmianę okoliczności w rozumieniu postanowień umowy oraz w rozumieniu art. 145 ustawy prawo zamówień publicznych. Uchylenie tej decyzji uniemożliwiało dalsze roboty budowlane, a tym samym bezprzedmiotowy stał się nadzór inwestorski nad tymi robotami.

Dla skutecznego odstąpienia od umowy oprócz przesłanki wystąpienia istotnej zmiany okoliczności niezbędne było spełnienie kolejnych przesłanek. Drugą z przesłanek jest przesłanka interesu publicznego rozumiana w ten sposób, że dalsze wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Generalnie pojęcie to oznacza, że każda umowa realizowana przez Skarb Państwa, w tym również umowa dotycząca budowy dróg i autostrad jest umową realizowaną w interesie publicznym. Przemawia za tym nie tyle okoliczność statusu Generalnej Dyrekcji co fakt, że pozwany dysponuje środkami publicznymi, a więc środkami z podatków obywateli polskich i unijnych. Prawdą jest, że sporna obwodnica była budowana w interesie społeczności lokalnej a także dla ogółu społeczeństwa. Pozwany odpowiadał za realizację tego zadania i dlatego też po utracie pozwolenia na budowę nie mógł już dalej w interesie publicznym kontynuować swojego zadania. Kontynuowanie tego zadania byłoby nielegalne, niecelowe, niegospodarne a nadto niezgodne z interesem publicznym, który od tej chwili oznaczał konieczność bezwzględnej ochrony zasobów naturalnych D.(...).

Najbardziej ważką i trudną do oceny przesłanką pozostaje ocena przesłanki przewidywalności omówionych wyżej przesłanek na datę zawarcia umowy.

Powód konstruując swój pozew stanął na stanowisku, iż pozwany ogłaszając przetarg a następnie zawierając z powodem umowę pomimo braku ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę oraz pomimo zaskarżenia aktów administracyjnych stanowiących podstawę wydania pozwolenia na budowę podjął ryzyko rozpoczęcia realizacji inwestycji w takim stanie faktycznym i prawnym, a tym samym powinien ponieść konsekwencje takiego działania. Powód podnosi jeszcze kwestię podpisania umowy w warunkach istnienia decyzji o pozwoleniu na budowę z tzw. rygorem natychmiastowej wykonalności uważając, że ten kto wykonuje taką decyzję i z takiego rygoru korzysta czyni to na własne ryzyko.

W swoich rozważaniach powód pominął jedną bardzo istotną kwestię, a mianowicie fakt, że sporna decyzja po pierwsze nie została wydana przez pozwanego, a jedynie na jego wniosek. Konsekwencją tej okoliczności jest fakt, że pozwanemu nie można przypisać odpowiedzialności za treść decyzji. Po drugie faktem jest wprawdzie, że na datę zawierania umowy decyzja ta nie była ostateczna, stała się taką dopiero po decyzji Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 21 maja 2007r., jednakże przez okres ponad półtora roku od zawarcia umowy była decyzją ostateczną, która zgodnie z prawem mogła stanowić podstawę do kontynuowania budowy i tym samym kontynuowania umowy z powodem. Nadto wbrew twierdzeniom powoda wymogiem prawa budowlanego jest uzyskanie przez inwestora właśnie decyzji ostatecznej, a nie prawomocnej. Taka decyzja jak zauważyła strona pozwana nie musi być prawomocna, albowiem nie musi być poddana kontroli na drodze sądowo – administracyjnej. W chwili zawarcia umowy pozwany także dysponował decyzją zgodną z prawem właśnie z powodu nadania jej rygoru natychmiastowej wykonalności. Tok rozumowania powoda w zakresie ponoszenia ewentualnego ryzyka skorzystania z rygoru natychmiastowej wykonalności byłby słuszny, gdyby decyzja została uchylona w administracyjnym toku postępowania przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Gdyby teoretycznie rzecz biorąc tak się właśnie stało, to wtedy zarzut braku decyzji ostatecznej można by ocenić jako rzeczowy.

Nieskuteczne pozostają więc twierdzenia powoda jakoby pozwany mógł przewidzieć przed zawarciem umowy, że protesty organizacji ekologicznych oraz Rzecznika Praw Obywatelskich okażą się skuteczne, pozwany nie mógł po prostu przewidzieć efektu końcowego sporów sądowych, nie powinien także mając w normalnym toku instancji wydaną decyzję o pozwoleniu na budowę zwlekać z podejmowaniem decyzji, w tym decyzji o podpisaniu umowy z powodem. Raz jeszcze warto zauważyć, że decyzja zaopatrzona w rygor natychmiastowej wykonalności wydana przez uprawniony do tego organ obligowała wręcz pozwanego jako organ publiczny do realizacji inwestycji. Powód

nie wykazał przecież w toku tego postępowania, że pozwany dopuścił się jakiegoś bezprawnego działania związanego z uzyskaniem pozwolenia na budowę.

Dodatkowo zauważyć należy, że nieskuteczne są także twierdzenia powoda jakoby pozwany znał także stanowisko Komisji Europejskiej w sprawie budowy spornej obwodnicy. Skarga ze strony tej Komisji do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości trafiła w marcu 2007r., a więc już po podpisaniu umowy. Oczywiście jest także i to, że nie każda skarga, tak jak nie każde postępowanie sądowe jest skuteczne dla odwołujących się, a już na pewno trudno jest przewidzieć jego wynik. Rację ma więc strona pozwana, kiedy twierdzi, że nie może odpowiadać za „nie przewidzenie wyników postępowań sądowych”, zwłaszcza w sytuacji istnienia wokół budowy obwodnicy A. tak sprzecznych interesów różnych grup społecznych. Z jednej strony istniał bardzo ważny interes mieszkańców A. a z drugiej strony interes reprezentowany przez organizacje ekologiczne, a dotyczący zasobów przyrodniczych. Rozważenie tych interesów przez pozwanego w ramach tzw. przewidywalności w ocenie Sądu na datę podpisywania umowy nie było możliwe, zwłaszcza w kontekście istnienia interesu nadrzędnego za jaki mimo wszystko należy uznać bezpieczeństwo mieszkańców A. oraz zapewnienie bezpiecznego transportu od strony polskiej granicy wschodniej i w drugą stronę. Nie bez znaczenia pozostaje także wyjątkowo duża presja społeczna miejscowej społeczności oraz bardzo długi okres oczekiwania na realizację tej inwestycji. Warto także zauważyć, że sam pozwany powołując się na brak przesłanek do odstąpienia od umowy po stronie pozwanego i wskazując na tok prowadzonych wówczas postępowań administracyjnych oraz sądowych zdecydował się na branie udziału w przetargu, podpisanie umowy z pozwanym oraz zaakceptował postanowienia umowy o możliwości odstąpienia przez pozwanego od umowy na wypadek wystąpienia okoliczności z art. 26 umowy. Trudno przyjąć, aby powód jako liczący się na rynku podmiot gospodarczy dokonujący także własnych analiz zysków i strat z danego kontraktu nie dokonywał oceny ryzyka podpisania spornej umowy.

Po uznaniu iż zostały spełnione przesłanki do odstąpienia od umowy z art. 26 umowy konieczne pozostaje ustosunkowanie się do twierdzenia powoda, jakoby pozwany nie dochował terminu 30 – dniowego do odstąpienia od umowy. Ten zarzut w ocenie Sądu nie jest zarzutem konsekwentnym, a tym samym skutecznym. Z treści tego zarzutu wynika bowiem logicznie, że gdyby pozwany odstąpił od umowy wcześniej, czyli w terminie 30 dni po prawomocnym uchyleniu decyzji środowiskowej, która przesądzała los decyzji o pozwoleniu na budowę to miałby prawo powołać się na wystąpienie istotnej przesłanki. Otóż decyzja o pozwoleniu na budowę istniała dalej w obrocie prawnym i stanowiła podstawę do kontynuowania kontraktu oraz budowy. Dalej była to decyzja ostateczna i odstąpienie pozwanego w takich okolicznościach faktycznych trudno byłoby uznać za spełniające przesłanki z art. 26 umowy. Fakt, że decyzja o pozwoleniu na budowę miała cały czas przymiot legalności i tym samym skuteczności upoważniał pozwanego do kontynuowania umowy, wręcz nakazywał kontynuowanie tej umowy, po czym dopiero uchylenie tej decyzji stanowiące istotną przesłankę w rozumieniu umowy dawało podstawę do odstąpienia od umowy. Słusznie podniósł także pozwany, że wszelkie jego działania miały na celu kontynuowanie budowy i umów pozawieranych w związku z tą umową. Pozwany podejmował bardzo wiele starań mających na celu utrzymanie pozwolenia na budowę, co przeczy tezie powoda jakoby pozwany mógł zakładać przy podpisywaniu umowy, że dojdzie do jej zakończenia poprzez odstąpienie. Są to bardzo ważne okoliczności faktyczne, które stanowią o woli powoda, a które jednocześnie przeczą tezie, że powód od samego początku mógł i powinien zakładać, że decyzja o pozwoleniu na budowę będzie uchylona. Dla wzmocnienia argumentacji Sądu warto jeszcze zauważyć, że każda jedna decyzja administracyjna może zostać potencjalnie uchylona lub unieważniona i nie sposób obarczać za to odpowiedzialnością stronę stosunku cywilnoprawnego, lecz istotne jest, czy można było przewidzieć, że pozwolenie na budowę zostanie uchylone. Rację na więc pozwany, iż przewidywalność dotyczy tu efektu postępowań odwoławczych w trybie postępowania sądowo – administracyjnego. Jedynym wyjątkiem w tej sytuacji, o którym wspomniano już wyżej byłoby uzyskanie tej decyzji w sposób bezprawny, czego to postępowanie dowodowe nie wykazało.

Reasumując po uznaniu, że odstąpienie od spornej umowy spełniało przesłanki z art. 26 umowy Sąd uznał jednocześnie, iż postanowienia umowne stron zawarte w art. 26 umowy wykluczyły możliwość żądania rekompensaty za wszelkie poniesione straty lub szkody, co skutkuje oddaleniem powództwa o odszkodowanie. Tego rodzaju postanowienia stron pomiędzy dwoma profesjonalnymi podmiotami umowy są zgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego, albowiem strony mogą sobie ułożyć swój stosunek umowny wedle

własnego uznania, nadto mogą postanowić, że wyłączają odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu podpisanej umowy. Nieważne pozostaje jedynie zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie (art. 473 § 2 k.c.).

Ocena roszczenia powoda wymaga jeszcze przytoczenia treści art. 395 k.c., który w § 2 stanowi, że w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To co strony już świadczyły podlega zwrotowi, chyba, że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Zaś za świadczone usługi należy się drugiej stronie wynagrodzenie, które zresztą powód otrzymał zgodnie z zawartą umową. Po 13 stycznia 2009r. powód nie świadczył już usług pozwanemu w ramach kontraktu, nadto umowa stron zakładała, że „świadczenie powoda wyprzedzało obowiązek świadczenie pozwanego. W takiej sytuacji jak zauważyła strona pozwana po jej stronie nie istnieje już wymagalne świadczenie względem powoda. Nie ma natomiast racji strona pozwana, iż gdyby w hipotetycznym stanie faktycznym pozwany pozwolił powodowi na wykonywanie obowiązków umownych tzn. gdyby nie odstąpił od umowy, to przy konstrukcji umowy w zakresie wynagrodzenia, która uzależniała wynagrodzenie powoda od każdorazowego wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych to powód nie miałby żadnego zysku. W tym miejscu należy poczynić jednak pewną krytyczną uwagę do tych rozważań pozwanego, a to wobec faktu, że strony ustaliły w umowie wynagrodzenie całkowite, zaś opisana wyżej konstrukcja była jedynie sposobem zapłaty wynagrodzenia w czasie trwania kontraktu uwarunkowanego jego długotrwałością. Nadto taki sposób wynagradzania jest przyjęty także w innych umowach zawieranych przez pozwanego.

Pomimo oddalenia powództwa co do zasady Sąd krótko ustosunkuje się do żądania powoda w zakresie żadanego odszkodowania.

Po pierwsze o odszkodowanie wystąpił sam powód, co wykluczałby teoretycznie zapłatę całej kwoty na rzecz konsorcjum. Uprawnienia członków konsorcjum nie stanowią wierzytelności solidarnej, która zgodnie z art. 369 k.c. wynika z ustawy albo czynności prawnej. W tym konkretnym przypadku, ani ustawa, ani umowa konsorcjum nie ustanowiła pomiędzy konsorcjantami solidarności wierzycieli i faktycznie jak twierdzi pozwany w § 2 umowy konsorcjum ustanowiono jedynie solidarność bierną członków konsorcjum wobec zamawiającego. Nadto konsorcjum nie ma odrębnej od członków osobowości prawnej, tak więc każdy członek konsorcjum działa na własny rachunek i we własnym imieniu. W treści pozwu wskazany jest jedynie powód jasno określony jako Zakłady (...). Skoro więc udział powoda w zyskach konsorcjum określony został na 95%, to ewentualne odszkodowanie na rzecz powoda odpowiadałoby 95% ustalonej kwoty.

Po drugie wysokość ewentualnego odszkodowania dla powoda nie mogłaby zawierać się w różnicy pomiędzy wynagrodzeniem wypłaconym już powodowi a pozostałym wynikającym z umowy jak chce tego powód.

Wskazany sposób rozumowania powoda wymaga bliższego wyjaśnienia pojęcia szkody w rozumieniu art. 361 § 2 k.c., który stanowi, że naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Szkoda polega więc albo na stracie, którą poniósł poszkodowany, albo pozbawieniu go korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono. O ile stratą jest pomniejszenie majątku poszkodowanego, czyli uszczupleniu aktywów, albo przybyciu pasywów, o tyle szkoda związana z utraconymi korzyściami zawsze pozostaje stratą hipotetyczną. Ta ostatnia może np. oznaczać w przypadku przedsiębiorcy utracony zysk przewidywany do osiągnięcia w ramach wykonania danej umowy. Strata powoda zaś mogłaby teoretycznie oznaczać powstanie nowych zobowiązań na skutek braku realizacji tej konkretnej umowy, ich zwiększenie, obniżenie wartości firmy. Jak widać z powyższego powód poza utraconym zyskiem na który mógł liczyć w związku z realizacją spornej umowy innych składników odszkodowania nie udowodnił tak jak wymaga tego art. 6 k.c.

Reasumując zgłoszone roszczenie zostało oddalone po uznaniu, że pozwany skutecznie odstąpił od kontraktu po wypełnieniu przesłanek z art. 26 umowy.

Wobec treści wyroku o kosztach postępowania orzeczono po myśli art. 98 k.p.c. zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności za skutki procesu, pozostawiając szczegółowe rozliczenie w tym zakresie referendarzowi sądowemu.