

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 07 maja 2012 roku powodowie (...) SA, (...)S., (...)S. wnieśli o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa w związku z Umową nr (...) kwoty 114.604.497,20 zł. wraz z odsetkami szczegółowo wskazanymi w pozwie.

Jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia powodowie wskazali art. 353 KC w związku z art. 647 KC. Wykonawca twierdził, że „zgodnie z postanowieniami pkt 4.12, 12.3, 13.1 oraz 17.3 i 17.4 Umowy, wykonawca jest uprawniony do żądania, aby zamawiający ustalił ceny jednostkowe za wykonanie prac dodatkowych według cen rynkowych i wypłacił na jego rzecz wynagrodzenie”. Dodatkowo, z ostrożności procesowej wskazano, że okoliczności faktyczne sprawy umożliwiają zasądzenie roszczenia również na podstawie przepisów o odpowiedzialności kontraktowej za nienależyte wykonanie umowy. Jako podstawę żądania odszkodowania powodowie wskazali na art. 471 kc.

Strona pozwana powództwa nie uznała i wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania z tym, że koszty zastępstwa prawnego na rzecz Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

Na podstawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jako inwestor zawarł 22 grudnia 2009 r. Umowę nr (...) z konsorcjum firm: (...)j (...) S.A. (...)S. (...)S. –jako wykonawcą. Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających I na „Budowie autostrady (...) na odcinku od węzła S. do węzła B. w km 455+900 - 479+000. Umowa została zmieniona Aneksem nr (...) i Aneksem nr (...). Na podstawie Aneksu nr (...) z 10 marca 2011 r., wykonawca zobowiązał się do zakończenia przedmiotu Umowy w terminie do 24 lutego 2012 r. Z kolei, w Aneksie nr (...), strony ustaliły, że wynagrodzenie wykonawcy za roboty wykonane do 31 grudnia 2010 r. w wysokości (...) zł. brutto, zaś wynagrodzenie wykonawcy za roboty wykonane od 1 stycznia 2011 r. (...)zł., co w sumie stanowiło kwotę brutto(...)zł. Ponadto, wykonawca zobowiązał się do zakończenia przedmiotu umowy w terminie do 15 września 2012 r., strony ustaliły również, że Maksymalna Wartość Zobowiązania wnosi (...) zł. i pozostaje bez zmian.

Umowa zawarta między stronami została oparta na wzorcu umownym opracowanym przez (...) Stowarzyszenie (...) zatytułowanym Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, wydanie (...) z 1999 r.

Strony zmieniają postanowienia Warunków Ogólnych Kontraktu w odrębnym dokumencie nazywanym Warunkami Szczególnymi Kontraktu wskazując, które S. nie będą miały zastosowania lub podając postanowienia, będą traktowane jako modyfikujące treść Warunków Ogólnych Kontraktu.

Zgodnie z ust. 2 Umowy następujące dokumenty są uważane za część Kontraktu to: Aneks nr (...), Aneks nr Umowa, Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”, (...) wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999, Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacja Projektowa, Oferta Wykonawcy z 27 października 2009 wraz z załącznikami, Wniosek Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 16 lutego 2009 r. wraz z formularzem „Potencjał kadrowy” wraz z załącznikiem do formularza, Umowa konsorcjum (umowa z dnia 22.12.2009r. k. 49-50, Szczególne Warunki Kontraktu k. 51-70, Warunki kontraktu na budowę dla robót inżynierskich projektowanych przez zamawiającego k. 71-196, aneks nr (...) i aneks nr (...) k. 197-200).

Istotą sporu w rozpoznawanej sprawie jest twierdzenie strony powodowej że „ceny jednostkowe na realizację prac objętych Poleceniem Zmiany nr 5 powinny zostać ustalone w oparciu o Katalog Nakładów Rzeczowych oraz (...),

gdyż ceny te stanowią pochodną elementów odnośnych stawek ustalonych w Umowie z uzasadnionymi korektami uwzględniającymi okoliczności wprowadzenia zmian, ich zakres oraz koszty wykonania takiej roboty przy określonym dostępie do dóbr, jak również umiarkowany zysk" i w związku z tym, powinny kształtować się następująco:

cena jednostkowa dla pozycji 152 (...) obejmującej ułożenie warstwy odcinającej z geotkaniny w podstawie korpusu drogowego (...) >5 kN wytrzymałości na rozciąganie wzdłuż/wszerz pasma >40 kN wraz z osuszaniem podłoża pod geotkaninę - 43,11 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 153 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 5 cm - 6,59 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 154 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 20 cm - 20,60 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 155 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 30 cm - 29,94 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 156 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem geosyntetyku i warstw kruszywa 20 cm - 96,62 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 157 (...) obejmującej wzmocnienie podstaw korpusu drogowego z - cena jednostkowa dla pozycji 158/4 (...) obejmującej wzmocnienie podłoża gruntowego z zastosowaniem kolumn kamiennych wykonywanych metodą wymiany dynamicznej o średnicy 1,8-2,2 m - 589,72 zł/mb netto.

Z kolei pozwany podnosił, że prace objęte Poleceniem Zmiany nr 5 powinny być rozliczane w sposób przewidziany w Kontrakcie, i tak powinny wynosić odpowiednio: cena jednostkowa dla pozycji 152 (...) obejmującej ułożenie warstwy odcinającej z geotkaniny w podstawie korpusu drogowego (...) >5 kN wytrzymałości na rozciąganie wzdłuż/wszerz pasma >40 kN - 43,11 zł/m³ - 3,84 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 153 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 5 cm - 2,53 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 154 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 20 cm - 7,64 zł/m² netto,

cena jednostkowa dla pozycji 155 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/31,5 gr. 30 cm - 11,04 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 156 (...) obejmującej wzmocnienie podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem geosyntetyku i warstw kruszywa 20 cm - 23,80 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 157 (...) obejmującej wzmocnienie podstaw korpusu drogowego z zastosowaniem geosyntetyku i warstw kruszywa 15 cm - 22,44 zł/m² netto, cena jednostkowa dla pozycji 158/4 (...) obejmującej wzmocnienie podłoża gruntowego z zastosowaniem kolumn kamiennych wykonywanych metodą wymiany dynamicznej o średnicy 1,8 m - 231,20 zł/mb netto

Za wyborem takiej metody wyceny robót przemawiają zapisy Umowy (S. 12.3 pkt b) w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego na zapytania nr 8 i 9, które zostały udzielone w trybie art. 38 ust. 2 Ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych Dodatkowo, w wyjaśnieniu nr 17, Zamawiający wskazał, że nie przewiduje waloryzacji cen (wyjaśnienia skierowane do wszystkich wykonawców k. 799).

Pozwany nie kwestionował zakresu robót objętych Poleceniem Zmiany nr 5, ani faktu ich wykonania przez powodów. W przedmiotowej sprawie podstawą wydania Polecenia Zmiany nr 5 była konieczność opracowania dokumentacji zamiennej wzmocnienia podłoża gruntowego wynikająca z faktu wystąpienia odmiennych warunków gruntowych i wodnych w podłożu trasy zasadniczej, dróg dojazdowych jak i dróg poprzecznych, a nie błąd czy nieprawidłowość projektu, którą wskazywali powodowie. Dokumentacja geologiczno-inżynierska jak i hydrogeologiczna zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami oraz zostały w roku 2005 przyjęte do zasobów (...) Urzędu Wojewódzkiego. Ponadto, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział konieczność przeprowadzenia przez Powodów badań kontrolnych dotyczących aktualnych warunków gruntowych - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (...).00.00.00 Wymagania Ogólne pkt 9.2. Projekt pierwotny przewidywał wzmocnienie podłoża na drogach dojazdowych (Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych k. 1663-1684).

Powodowie prowadzili ww. badania, a wyniki tych badań wykazały występowanie w podłożu warunków innych od opisanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, stanowiącej podstawę opracowania Projektu Budowlanego. Wystąpienie odmiennych warunków gruntowych w podłożu było wynikiem działania sił natury, a w szczególności spowodowane zostało obfitymi opadami śniegu w okresie zimy 2009/2010, roztopami wiosennymi oraz ponadnormatywnymi opadami deszczu i powodzią. Wszystkie te zdarzenia zostały zanotowane na południu Polski w 2009 i 2010 r. Sytuacja ta spowodowała utrzymanie się wysokich poziomów zwierciadła wody gruntowej i doprowadziła do zmiany parametrów gruntu z twaroplastycznych lub półzwarłych na plastyczne i miękkoplastyczne (pismo Wykonawcy z 24 marca 2010 r. k. 1686, pismo Wykonawcy z 27 kwietnia 2010 r. k. 1689, zestawienie pomiarów opadów (...) wraz z Załącznikiem nr 4 do PZ 5 „Dobowe i miesięczne sumy opadów atmosferycznych k. 1693-1696, sprawozdania z badań hydrogeologicznych wód podziemnych wraz z Załącznikiem nr 3 k. 1698, Polecenie Zmiany nr 5 k. 1701-1717)

Z uwagi na zaobserwowane pogorszenie się cech fizyko - mechanicznych gruntu wskutek silnego nawodnienia podjęto decyzję o prowadzeniu przez Wykonawcę dalszego sondowania podłoża gruntowego (sondy (...) i (...)) i szczegółowego monitoringu warunków gruntowych i wodnych. Wykonawca wykonywał badania kontrolne podłoża gruntowego sukcesywnie do potrzeb natomiast poziomu wód gruntowych w cyklu comiesięcznym od czasu wystąpienia powodzi. Zdarzało się, że Inżynier wzywał Wykonawcę do uzupełnienia badań podłoża, ponieważ były one niewystarczające bądź sprawozdania z odcinków próbnych nie były przekazywane. Z uwagi na dwukrotne wystąpienie intensywnych opadów deszczu i fal powodziowych, badania były utrudnione ze względu na dostępność terenu. Badania były przekazywane na bieżąco Projektantowi celem przeanalizowania zaistniałej sytuacji i opracowania zamiennych rozwiązań projektowych (pisma Inżyniera k. 1719-1779).

Wykonawca od marca 2010 roku prowadził stały monitoring poziomu wód gruntowych 30 piezometrach zlokalizowanych wzdłuż i w pobliżu trasy projektowanej inwestycji. W wyniku przeprowadzonej analizy z okresu marzec - grudzień 2010 w stosunku do okresu 2005-2007 stwierdzono, że poziom wody gruntowej w 27 piezometrach z 30 badanych był wyższy o 0,27 m - 2,34 m (Sprawozdania 1-5 z badań hydrogeologicznych wód podziemnych w rejonie projektowanej autostrady (...) odcinek (...) k. 1786-1919)

Inwestor dokonał również analizy warunków atmosferycznych na podstawie zestawienia opadów opublikowanych przez (...) T. w 2010 r. Wynika z niej, że opady deszczu w okresie maj - wrzesień 2010 odbiegały od danych z lat poprzednich mierzonych w analogicznych okresach czasowych.

W oparciu o wykazane przesłanki oraz zaktualizowane dane dotyczące stanu podłoża gruntowego na trasie realizowanej inwestycji Projektant opracował zamienny „Zamienny Projekt Wykonawczy dotyczący wzmocnienia podłoża gruntowego na całej trasie zasadniczej oraz wybranych drogach poprzecznych i dojazdowych” dla całej trasy realizowanej inwestycji. Dokumentacja została przekazana stronom 28 grudnia 2010 r. (pismo Projektanta nr 28 grudnia 2010 r. k. 1921)

Opracowywanie Zamiennego Projektu Wykonawczego wymagało przeprowadzenia szeregu badań podłoża w wyjątkowo trudnych warunkach gruntowych i atmosferycznych spowodowanych powodzią. Miejsca sondowania podłoża gruntowego były każdorazowo ustalane, następnie uzyskane wyniki badań podlegały opracowaniu i następnie przekazywane do Projektanta. Na tej podstawie Projektant przyjmował rozwiązania wzmocnienia podłoża i analizował ich efektywność przy danym stanie gruntu i poziomie zwierciadła wody gruntowej. Zamawiający dokładał starań, aby Wykonawca na bieżąco otrzymywał rozwiązania fragmentów trasy z uwzględnieniem wskazywanych przez Wykonawcę priorytetów. Konieczność przyjęcia rozwiązań projektowych dla 75% trasy głównej, było skomplikowanym przedsięwzięciem projektowym, szczególnie w sytuacji, której nie dało się przewidzieć. Opracowanie Zamiennego Projektu Wykonawczego wymagało odpowiedniego czasu dla przyjęcia uzasadnionych technicznie i ekonomicznie rozwiązań wzmocnienia podłoża.

W związku z powyższymi okolicznościami Inżynier Rezydent, w porozumieniu z Zamawiającym przekazał (Wykonawcy 24 stycznia 2011 r. Polecenie Zmiany nr 5 „Zmiana sposobu wzmocnienia podłoża gruntowego iv związku

z faktem wystąpienia odmiennych warunków gruntowych i wodnych w podłożu Trasy zasadniczej, wybranych dróg poprzecznych i dróg dojazdowych na kontrakcie w km 455+900 - 479+000 z wyłączeniem km 457+900 - 458+520 objętych odrębnym Poleceniem Zmiany"

Zamienny Projekt Wykonawczy przewidywał doprowadzenie podłoża na odcinkach stwierdzonego występowania gruntów słabonośnych do parametrów opisanych w (...) poprzez zwiększenie zakresu wzmocnień podłoża z zastosowaniem technologii przewidzianych w dokumentacji ofertowej. W rejonach kolizji konstrukcji wzmocnień podłoża, głównie realizowanych metodą wymiany dynamicznej, z siecią urządzeń infrastruktury technicznej (sieć wodociągowa, gazowa, kanalizacyjna) z uwagi na możliwość uszkodzenia ich dokumentacja zamienna w miejscach tych wprowadziła technologię wzmocnienia podłoża metodą tzw. „jet-groutingu” oraz wzmocnienie podłoża gruntowego materiałem kamiennym grubookruchowym frakcji 0/350mm. Zgodnie z art. 36a ustawy Prawo budowlane roboty wprowadzone na podstawie Zamiennego Projektu Wykonawczego zakwalifikowane zostały, w rozumieniu zapisów ustawy Prawo budowlane jako zmiany nieistotne k. 2043.

Podkreślenia wymaga również, że wbrew twierdzeniom powodów, zakres zmian objętych Poleceniem Zmiany Nr 5 nie wykraczał poza określenie przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem Umowy. W Aneksie nr (...) ustalono, że dokumentacja zamienna stanowi część dokumentacji projektowej (pkt 2 f). Należy jeszcze raz podkreślić, że przedmiotem Umowy było wykonanie obiektu o określonych parametrach, tj. wybudowanie Autostrady (...) na odcinku od węzła S. do węzła B. (km (...) - 900 - 479+000). Polecenie Zmiany nr 5 nie wprowadzało do Kontraktu, za wyjątkiem iniekcyjnego wzmocnienia gruntu metodą „jet-grouting” (pozycja 158/5 (...) - załącznik 2.4 do PZ nr 5) oraz wzmocnienia podłoża materiałem kamiennym grubookruchowym frakcji 0/350mm (pozycja 25/ Zm 5 - załącznik 2.4 do PZ nr 5), co do których wysokości wynagrodzenia Powodowie nie kwestionują, nowych asortymentów robót, a technologia wykonania robót nie odbiegała w zasadniczy sposób od technologii założonych w Projekcie.

Roboty opisane w Zamiennym Projekcie Wykonawczym dotyczącym wzmocnienia podłoża gruntowego na całej trasie zasadniczej oraz wybranych drogach poprzecznych i dojazdowych" zawierały się w przedmiocie zamówienia podstawowego i nie zachodziły przesłanki nakazujące wdrożenie procedur o udzielenie odrębnego zamówienia w trybie PZP.

Mając powyższe na uwadze Inżynier, ustalając zgodnie z S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu stawki na potrzeby wyceny robót objętych Poleceniem Zmiany nr 5, które występowały w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, przyjął stawki kontraktowe. Kierował się faktem, iż roboty te są analogiczne do robót występujących już w Kontrakcie i wycenione przez Wykonawcę w ofercie. Za wyborem takiej metody wyceny robót przemawiały zapisy S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu, w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego na zapytania nr 8 i 9 udzielonymi w trybie art. 38 ust. 2 PZP, a przekazanych za pismem nr (...)/KR-R-2at/284/96wl/2008 z 15 września 2009 r. Określono w nich, że na potrzeby wyceny robót zamiennych/dodatkových w pierwszej kolejności przyjmowane będą stawki kontraktowe. Zaś dla cen, które nie były przewidziane w Umowie, a dotyczyło to podłoża gruntowego z zastosowaniem technologii kolumn cementowych fi 80 cm jet-grouting oraz wzmocnienia podstawy korpusu drogowego z zastosowaniem warstw kruszywa frakcji 0/350 mm, strony ustaliły ceny jednostkowe (protokół negocjacji w sprawie ustalenia nowej ceny jednostkowej na wzmocnienie podłoża gruntowego z zastosowaniem technologii kolumn cementowych fi 80 cm (...)) z 12 kwietnia 2011 r. wraz z kalkulacją ceny jednostkowej k. 2051, kalkulacja ceny jednostkowej k. 2054, pismo P.- (...) z 14 grudnia 2010 r. k. 2056).

Powodowie kwestionowali ceny jednostkowe na potrzeby wyceny robót objętych PZ nr 5. Zarówno Inżynier, jak i pozwany zwracał się do powodów o przedstawienie wiarygodnych dowodów uzasadniających tak radykalny wzrost cen jednostkowych (uzasadnione korekty). Powodowie nie przedłożyli, pomimo pisemnego wezwania Inżyniera oraz deklaracji na spotkaniu 15 lutego 2012 r. w przedmiocie zawiązania do próby ugodowej dotyczącej Polecenia Zmiany nr 5, wiarygodnych dokumentów uzasadniających tak radykalną zmianę cen jednostkowych (protokół ze spotkania z 15 lutego 2012 r., stanowisko Inżyniera zawarte w raporcie Roszczenia z 31 marca 2011 r, pismo (...) z 14 lipca 2011 r., k. 2060-2097)

Nigdzie w Poleceniu Zmiany nr 5, Zamawiający nie stwierdził, że wartość Polecenia Zmiany nr 5, Inżynier wycenił na (...) zł., co stanowiło 7,4% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Wykonawca wystąpił do Komisji Rozjemczej o rozstrzygnięcie sporu (k. 475). Komisja Rozjemcza w decyzji (k. 508-555) nie wskazała, że do rozliczenia PZ nr 5 mają zostać przyjęte stawki rynkowe. Komisja Rozjemcza ustaliła, że „Wykonawca winien udowodnić, iż poniósł dodatkowe koszty w stosunku do tych które winien był zakładać na podstawie wytycznych w pierwotnej Dokumentacji Projektowej”. Dodatkowo, Komisja Rozjemcza zaznaczyła, że „do czasu przedstawienia dokumentów uzasadniających zmiany cen jednostkowych, zastosowane przez Inżyniera podejście w przedmiotowej sprawie jest uzasadnione i zgodne z Warunkami Kontraktu” (k. 546) Komisja Rozjemcza podtrzymała swoje stanowisko w Uszczegółowieniu Decyzji Komisji Rozjemczej nr 4 i wskazała, że „do czasu uzasadnienia przez Wykonawcę żądanej należności, brak jest uzasadnienia zgodnego z S. 12.3. (b) oraz 20.1 na dzień wydania Decyzji przez komisję”.

Powodowie składali roszczenia m.in. roszczenia nr 4 (drogi dojazdowe - parametry nośności i zagęszczenie podłoża) i nr 9 (odmienne warunki geologiczne i hydrogeologiczne w podłożu gruntowym). Inżynier wskazywał, że wskazane jest potraktowanie Roszczeń nr 4 i 9 jako przejściowych. Inżynier uznał jako badania dodatkowe: sondy (...) w ilości 70 szt. o długości 484,7 m, sondy (...) w ilości 7 szt. o długości 52,4 m, wiercenia geotechniczne na trasie głównej w ilości 136 szt. oraz wiercenia geotechniczne na drogach poprzecznych i dojazdowym w ilości 84 szt. W związku ze zgłaszanymi przez Wykonawcę roszczeniami, Zamawiający przedłużył Czas na Ukończenie do 15 września 2012 r. Znalazło to wyraz w Aneksie nr (...) (aneks k. 198). Zwiększono również Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową o 4.252.143,15 zł. Płatność za dodatkowe badania hydrogeologiczne zrealizowana została w Przejściowym Świadectwie Płatności nr 20 za okres 1 marca 2012 r-31 marca 2012 i w fakturze VAT nr (...) Referencja (...) z 31 marca 2012 r. Pozwany złożył powiadomienie o niezadowoleniu z Decyzji nr (...) Komisji Rozjemczej.

Wykonawca w ramach ww. roszczeń 4 i 9 zgłaszał roszczenie z tytułu „kosztu stabilizacji podłoża ze względu na duże nawilgocenie podłoża”. Powyższe koszty nie zostały uznane ponieważ Inżynier stwierdził, że „Wykonawca na etapie przygotowania oferty, winien założyć wykonanie prac zmierzających do osuszenia nawilgoconego podłoża pod geowłókniną i geomateracem i koszt ich uwzględnić w cenie jednostkowej robót. Inżynier ponadto wyjaśnił, że „obecna zmiana wynikająca z ilości robót, wynikająca z Polecenia Zmiany nr 5 nie wpływa na podstawę wyceny pozycji i tym samym nie stanowi podstawy do renegotjowania ofertowych stawek jednostkowych” (Pismo Inżyniera z 8 października 2010 r., z 16 lutego 2011 r. k. 2099-2115

Wykonawca podczas wykonywania robót kwestionował również metodę obmiaru wzmocnienia podłoża kolumnami kamiennymi. Zamawiający informował Wykonawcę, że rozliczenie kosztów wykonywanych kolumn należy prowadzić zgodnie z Warunkami Kontraktu (Pismo Inżyniera z 28 lutego 2011 r wraz z pismem (...) z 25 stycznia 2011 r. k. 2129-2129).

Powyższe sąd ustalił w oparciu o dokumentację powołaną powyżej oraz na podstawie zeznań świadków F. B., F. K., M. O., A. K., R. G., J. B., K. C., S. D., K. L., H. G., T. P., A. W..

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo jako niezasadne należało oddalić w całości.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że sformułowanie przez Powodów żądań o solidarne zasądzenie od Pozwanego wskazanych kwot jest bezpodstawne. Zgodnie z przepisem art. 369 KC zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Solidarności nie można domniemywać. Z kolei, art. 141 PZP przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie. W zakresie roszczeń o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia ma zastosowanie norma wyrażona w art. 379 § 1 KC, według której jeżeli jest kilku wierzycieli a świadczenie podzielne

to dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części ilu jest wierzycieli lub według udziałów określonych w umowie konsorcjum.

Pozwany nie uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 18 ust. 1 pkt Prawa budowlanego

Należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy, że rozwiązania zamiennie wprowadzone Poleceniem Zmiany nr 5 nie wynikają z błędów projektowej dokumentacji ofertowej, a jedynie z nieprzewidzianej na etapie projektowania zmiany warunków gruntowo-wodnych.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 1 Prawa Budowlanego, do obowiązków inwestora, należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie opracowania projektu budowlanego i, stosownie do potrzeb, innych projektów. Pod pojęciem „innych projektów” należy rozumieć takie projekty, które powinny być sporządzone w razie konieczności, która może się ujawnić w toku procesu budowlanego. Taka konieczność pojawiła się w toku procesu budowlanego w rozpoznawanej sprawie.

Pozwany nie uchybił obowiązkowi dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowej. Pozwany ponownie podkreśla, że opracowywanie Zamiennego Projektu Wykonawczego wymagało przeprowadzenia szeregu badań podłoża w wyjątkowo trudnych warunkach gruntowych i atmosferycznych spowodowanych powodzią. Miejsca sondowania podłoża gruntowego były każdorazowo ustalane, następnie uzyskane wyniki badań podlegały opracowaniu i następnie przekazywane do Projektanta. Na tej podstawie Projektant przyjmował rozwiązania wzmocnienia podłoża i analizował ich efektywność przy danym stanie gruntu i poziomie zwierciadła wody gruntowej. Dlatego też nieuprawnione jest twierdzenie Powoda jakoby Zamawiający uchybił swoim obowiązkom wynikającym art. 18 ust. 1 pkt Prawa budowlanego, a w dalszej konsekwencji art. 647 KC.

S. 4.12 [Nieprzewidywalne warunki fizyczne] definiuje „nieprzewidywalne warunki fizyczne następująco:

„W niniejszej S. „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które napotyka Wykonawca na Placu (...) przy realizacji (...), włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne”.

Z powyższego wynika, że „warunki fizyczne” wykluczają „warunki klimatyczne”, a tym samym wykluczają hydrologiczne następstwa warunków klimatycznych na Placu (...).

Stąd też, powodowie bezpodstawnie powołują się na S. 4.12 WK jako podstawę ich roszczeń.

Niezasadne jest również roszczenie w świetle S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu

Strony w Umowie przewidziały i uregulowały możliwość wprowadzania zmian, w szczególności wynikających ze względów technicznych - a takim niewątpliwie była okoliczność ujawnienia odmiennych warunków gruntowo - wodnych.

Interpretacja S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu dokonana przez powodów jest nie tylko dowolna i oderwana od okoliczności wskazujących na wolę stron przy formułowaniu zapisów umowy, przejawiającą się w szczególności w odpowiedzi Zamawiającego na pytania do Kontraktu w przetargu.

Brzmienie S. 12.3 [Wycena] jest następujące:

„Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to w celu uzgodnienia lub ustalenia Ceny Kontraktowej Inżynier, winien postępować zgodnie z S. 3.5 [Określenia] przez wycenę każdego elementu robót, stosując pomiary uzgodnione lub ustalone zgodnie z powyższymi S. 12.1 i 12.2 oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego elementu.

Odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tego elementu lub, jeśli takiego nie ma, to ustalona dla podobnej roboty. Dla elementu roboty będzie jednak ustalona nowa stawka lub cena jeśli:

(b) -robota jest objęta poleceniem zmiany na mocy Klauzuli 13 [Zmiany i korekty]

-dla danego elementu nie jest w Kontrakcie przewidziana żadna stawka, ani cena, oraz

-żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dany element roboty nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywany w warunkach podobnych do żadnego elementu w Kontrakcie".

Każda nowa stawka lub cena winna być pochodną elementów odnośnych stawek lub cen ustalonych w Kontrakcie z uzasadnionymi korektami dla uwzględnienia spraw opisanych powyżej w pkt. (a) (wykreślony) - i/lub (b), odpowiednio do przypadku. Jeśli dla wyprowadzenia nowej stawki lub ceny brak jest podstaw w Kontrakcie, to należy ją wyliczyć na mocy uzasadnionego Kosztu wykonania takiej roboty wraz z umiarkowanym zyskiem, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności towarzyszące.

Akapit drugi S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu wbrew twierdzeniom Powodów nie wyklucza w żaden sposób S. 12.3 (b), a poza tym nie ma to znaczenia, gdyż zastosowanie w przypadku wyceny roboty objętej poleceniem zmiany z S. 13.1 [Prawo do zmieniania] Warunków Kontraktu ma akapit łzeci klauzuli S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu, zgodnie z którym każda nowa stawka lub cena winna być pochodną elementów odnośnych stawek lub cen w kontrakcie z uzasadnionymi korektami [...].

Ponadto, należy zauważyć, że S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu, przewiduje, że tylko dla prac, których brak jest w kosztorysie odpowiedniej pozycji stawki lub ceny winny zostać wycenione na nowo. Kompletnie chybiona jest zatem interpretacja S. 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu dokonana przez powodów, zgodnie z którą zaistnienie którejkolwiek z przesłanek przewidzianych w S. 12.3 punkt (b) Warunków Kontraktu uzasadnia żądanie Powodów do ustalenia nowej stawki robót przewidzianych w PZ nr 5.

Wreszcie, S. 12.3. (b) Umowy wskazuje na trzy nierozdzielnie związane ze sobą przesłanki, które dopiero jeżeli spełnią się jednocześnie legitymują powoda do występowania z roszczeniem o ustalenie [nowych stawek. Oznacza, to że żądając ustalenia nowych stawek muszą być spełnione następujące przesłanki: (i) robota jest objęta poleceniem na mocy Klauzuli 13 [Zmiany i korekty], : (ii) dla danego elementu nie jest w Kontrakcie przewidziana żadna stawka, ani cena, oraz ((...)) żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dany element roboty nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywany w warunkach podobnych do żadnego elementu w Kontrakcie.

W rozpoznawanej sprawie, poza iniekcyjnym wzmocnieniem gruntu metodą „jet-grouting” oraz wzmocnieniem podłoża materiałem kamiennym grubookruchowym frakcji 0/350mm, co do których wysokości wynagrodzenia Powodowie nie kwestionują, sporne PZ nr 5 nie przewidywało robót niewystępujących w kosztorysie powodów, tj. ustalonych w kontrakcie. Inżynier, a następnie pozwany nie miał zatem żadnej podstawy do ustalania nowych stawek i cen w oderwaniu od tych określonych w Kontrakcie.

Brzmienie S. 13.1 [Prawo do zmieniania] jest następujące:

Jeżeli będzie to konieczne dla realizacji Kontraktu zgodnie z Dokumentacją Projektową lub zasadami wiedzy technicznej, Wykonawca zgłosi konieczność wprowadzenia Zmiany. Jeżeli Inżynier uzna zmianę za konieczną, zainicjuje, z uwzględnieniem S. 3.1 wprowadzenie zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu".

Z kolei w akapicie trzecim, strony ustaliły, że „Każda Zmiana może obejmować: zmiany ilości każdego elementu roboty objętej Kontraktem (jakakolwiek taka zmiana niekoniecznie stanowi zmianę, zmianę jakości i innych cech charakterystycznych któregośkolwiek elementu roboty, zmianę poziomu, pozycji, i/lub wymiarów którejkolwiek części

(...), pominięcie jakiegokolwiek roboty (jednak bez prawa zlecenia jej osobom trzecim), wszelkie dodatkowe roboty, Urządzenia, (...) lub usługi konieczne dla (...) Stałych, włącznie z towarzyszącymi im P. Końcowymi, wierceniami i innymi próbami i pracami badawczymi, lub

zmiany w kolejności i terminach wykonywania (...).

Jak wynika z powyższego, w S. 13.1 [Prawo do zmieniania] Warunków Kontraktu strony przewidziały i dopuściły możliwość wprowadzenia zmiany polegającej m.in. na zmianie ilości każdego elementu roboty objętej kontraktem, zmianę poziomu, pozycji i/lub wymiarów którejkolwiek z części robót, pominięcie roboty, a także wszelkie dodatkowe roboty. Urządzenia, (...) lub usługi konieczne dla (...) Stałych jeżeli będzie to konieczne dla realizacji kontraktu zgodnie z Dokumentacją Projektową lub zasadami wiedzy technicznej, nie zastrzegając w jakim stopniu czy procencie zmiana ta może nastąpić. A zatem w przypadku wydania polecenia obejmującego zmianę (zwiększenie) ilości elementu roboty objętej kontraktem oraz wykonanie dodatkowych robót wynikające z Dokumentacji Projektowej, tak jak w przypadku przedmiotowego Polecenia Zmiany nr 5, nie można mówić o zakresie nieobjętym przedmiotowym kontraktem. Konsekwencją powyższego jest sposób wyceny robót objętych Poleceniem Zmiany nr 5.

Na marginesie należy wskazać, że, strony w strony ustaliły w Warunkach Szczególnych Kontraktu, że S. 12.3 [Wycena] punkt (a) nie będzie miała zastosowania, co ma również istotne znaczenie w rozpoznawanej sprawie. Wniosek, jaki wynika z tego, jest taki, że Wykonawca przyjął na siebie ryzyko wynikające ze zmiany pomierzonej ilości danego elementu o więcej niż 10% w stosunku do ilości ustalonej dla tego elementu w Przedmiarze (...) lub innym Wykazie. Strony ustaliły również, że przy realizacji Umowy nie będzie miała zastosowania S. 13.8 [Korekty wynikające ze zmiany kosztu] Warunków Kontraktu, co jednoznacznie wskazuje na przyjęcie na siebie przez powodów ryzyka wynikającego z potencjalnej zmiany kosztu Robocizny, (...) i (...) wykorzystywanych do realizacji umowy, także dla robót zamiennych czy dodatkowych.

Niezasadne są również roszczenia w świetle S. 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] i 17.4 [S. zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego] Warunków Kontraktu

S. 17.4 WK brzmi następująco:

„Jeżeli, i w takim zakresie, w jakim jakiegokolwiek z zagrożeń wyliczonych powyżej w S. 17.3, spowoduje stratę lub szkodę w Robotach, D. lub Dokumentach Wykonawcy, Wykonawca bezzwłocznie da Inżynierowi powiadomienie i naprawi tę stratę lub szkodę w stopniu wymaganym przez Inżyniera. Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z tytułu naprawy tej straty lub szkody, to Wykonawca da dalsze powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem S. 20,1 [Roszczenia Wykonawcy], do:

(a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według S. 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie], jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz

b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej. W przypadku podpunktu (f) i (g) S. 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego], włączony będzie także rozsądny zysk odniesiony do Kosztu.

Po otrzymaniu tego dalszego powiadomienia, Inżynier będzie postępował zgodnie z S. 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić te sprawy."

W niniejszej sprawie strony dokonały modyfikacji w pkt (b) S. 17.4 [S. zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego] Warunków Ogólnych poprzez wykreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu zdania: „W przypadku podpunktu (f) i (g) S. 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] Warunków Kontraktu, wyłączony będzie także rozsądny zysk odniesiony do Kosztu".

W punkcie (h) S. 17.3 WK tak określono zagrożenie związane z działaniem sił natury: „Nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw

niemu wystarczających środków ostrożności". Zgodnie z S. 1.1.6.8 [Nieprzewidywalne] „Nieprzewidywalne oznacza racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę do daty składania Dokumentów Ofertowych”.

Natomiast w odniesieniu do S. 17.4 WK, Wykonawca nigdy nie wykazał, że poniósł koszty związane z usunięciem zniszczeń spowodowanych działaniami sił natury, bądź związane z projektowaniem jakiegokolwiek części (...) przez Personel Zamawiającego. Ponadto w przypadku zgłoszenia przedmiotowego roszczenia nie został zachowany również tryb przewidziany w S. 17.4 WK. Przykładowo, samo wystąpienie sił natury opisanych w S. 17.3 (h) WK nie oznacza bowiem automatycznego przyznania Wykonawcy, na tej tylko podstawie, Kosztów wymienionych w S. 17.4 (b) WK, czy też przedłużenia czasu z S. 17.4 (a) WK, gdyż te Koszty czy przedłużenie Czasu należą się w ściśle określonych sytuacjach i po spełnieniu określonych warunków. Wykonawca może bowiem zgłosić roszczenie o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub o Koszt na podstawie S. 17.4 WK, jeżeli Roboty, Dostawy lub Dokumenty Wykonawcy zostaną uszkodzone przez zdarzenie zaliczone do ryzyka Zamawiającego wymienionego w S. 17.3 WK.

A zatem, Wykonawca w pierwszej kolejności powinien był zidentyfikować ryzyko Zamawiającego i wynikłe straty lub szkody w Robotach, D. /Dostawach lub Dokumentach. Powyższe umożliwiłyby Inżynierowi podjęcie obserwacji skutku ryzyka Zamawiającego oraz wydanie ewentualnego polecenia co do zakresu, w jakim wymaga się od Wykonawcy naprawy straty lub szkody. Dopiero jeżeli zastosowanie się do takiego polecenia Inżyniera spowodowałoby opóźnienie bądź koszt, to Wykonawca miałby prawo do wystosowania powiadomienia o roszczeniu w celu otrzymania zwrotu kosztów poniesionych w wyniku tej naprawy. Przy dochowaniu opisanej powyżej procedury Wykonawca na podstawie S. 17.4 WK byłby zatem uprawniony wyłącznie do kompensaty za naprawę straty lub szkody w Robotach (jeżeli takowe by wykazał), D./Dostawach lub Dokumentach.

Inaczej mówiąc, celem S. 17.4 WK jest zapobieżenie zniszczeniom i uszkodzeniom w robotach już wykonanych i dotyczy likwidacji skutków tych zdarzeń.

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający poniósł ryzyko, gdyż dokonał korekty Dokumentacji Projektowej, uruchomił, wdrożył i zapłacił za roboty objęte PZ nr 5, a Wykonawca otrzymał wydłużenie Czasu na Ukończenie do 15 września 2012 r. Gdyby tego ryzyka nie ponosił, to na Wykonawcy ciążyłby obowiązek wprowadzenia zmian projektowych i wykonania robót z tego wynikających w ramach wynagrodzenia umownego, tzn. bez dodatkowego wynagrodzenia. Z Umowy, a w szczególności z przywołanych Klauzul i S. nie wynika, aby Zamawiający miał obowiązek dopłacenia takiej kwoty, jakiej bezpodstawnie domaga się Wykonawca.

Bezpodstawne są również żądania dotyczące odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy przez Skarb Państwa, a to przede wszystkim z tej przyczyny, że w świetle powyżej przedstawionego stanu faktycznego i dowodów nie można przypisać pozwanemu nienależytego wykonania zobowiązania. Co więcej działanie Skarbu Państwa w tej sprawie nie było działaniem bezprawnym, lecz w pełni zgodnym z zawartą pomiędzy stronami Umową. Rzekoma szkoda powodów to w rzeczywistości ryzyko gospodarcze, które zgodnie z Umową i złożoną ofertą powinien ponieść Wykonawca, a które stara się on przerzucić na pozwanego. Mając na uwadze treść Umowy, złożoną ofertę Wykonawcy oraz przebieg postępowania przetargowego, a w szczególności wyjaśnienie Zamawiającego dotyczące sposobu wyceny robót zamiennych/dodatkowych, o którym była mowa powyżej, korespondencję i przebieg negocjacji stron w przedmiocie ustalenia cen na roboty objęte PZ nr 5, nie sposób przypisać Skarbowi Państwa nienależytego wykonania Umowy, czy tym bardziej bezprawnego działania, czynu niedozwolonego, ani też złej woli i braku współdziałania w wykonywaniu Umowy

Wobec treści wyroku o kosztach postępowania orzeczono po myśli art. 98 k.p.c. zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności za skutki procesu.