

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 grudnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Edyta Bryzgalska

Protokolant: sekretarz sądowy Weronika Kutyla

po rozpoznaniu w dniu 8 grudnia 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w B.

przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K.

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. kwotę 11.848.033,43 zł (słownie: jedenaście milionów osiemset czterdzieści osiem tysięcy trzydzieści trzy złote i 43/100) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwoty:

- 463.578,93 zł od dnia 22 grudnia 2016 r. do dnia 15 maja 2017 r.,
- 277.807,82 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 431.715,59 zł od dnia 5 maja 2017 r. do dnia 15 maja 2017 r.,
- 258.713,16 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 30.840,61 zł od dnia 29 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2017 r.,
- 18.481,78 zł od dnia 31 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 2.541.027,53 zł od dnia 7 października 2017 r. do dnia zapłaty,
- 3.123.050,25 zł od dnia 6 listopada 2017 r. do dnia zapłaty,
- 256.610,31 zł od dnia 8 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty,
- 3.267.850,58 zł od dnia 6 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty,
- 693.874,97 zł od dnia 30 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty,
- 1.693.602,47 zł od dnia 1 grudnia 2018 r. do dnia 20 marca 2019 r.,
- 1.410.617,03 zł od dnia 21 marca 2019 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w B. kwotę 5.077.728,62 zł (słownie: pięć milionów siedemdziesiąt siedem tysięcy siedemset dwadzieścia osiem złotych i 62/100) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwoty:

- 198.676,69 zł od dnia 22 grudnia 2016 r. do dnia 15 maja 2017 r.,
- 119.060,50 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 185.020,97 zł do dnia 5 maja 2017 r. do dnia 15 maja 2017 r.,
- 110.877,07 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 13.217,40 zł od dnia 29 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2017 r.,
- 7.920,76 zł od dnia 31 maja 2017 r. do dnia zapłaty,
- 1.089.011,80 zł od dnia 7 października 2017 r. do dnia zapłaty,
- 1.388.450,11 zł od dnia 6 listopada 2017 r. do dnia zapłaty,
- 109.975,85 zł od dnia 8 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty,
- 1.400.507,39 zł od dnia 6 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty,
- 297.374,99 zł od dnia 30 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty,
- 725.829,63 zł od dnia 1 grudnia 2018 r. do dnia 20 marca 2019 r.,
- 604.550,16 zł od dnia 21 marca 2019 r. do dnia zapłaty;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. oraz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w B. kwotę 125.034 zł (słownie: sto dwadzieścia pięć tysięcy trzydzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 25.000 zł (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego oraz kwotę 34 zł (słownie: trzydzieści cztery złote) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw

Sygn. akt XXV C 1531/19

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 kwietnia 2021 r. (data prezentaty) skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, powodowie (...) S.A. w (...) S.A. w B. wniosły o:

1. orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany zapłacił (...) S.A. w W. kwotę 11.848.033,43 zł z odsetkami ustawowymi w transakcjach handlowych:
  - a) od kwoty 463.578,93 zł od dnia 22 grudnia 2016 r. do dnia 15 maja 2017 r. włącznie,
  - b) od kwoty 277.807,82 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
  - c) od kwoty 431.715,59 zł od dnia 5 maja 2017 r. do dnia 15 maja 2017 r. włącznie,
  - d) od kwoty 258.713,16 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,

- e) od kwoty 30.840,61 zł od dnia 29 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2017 r. włącznie,
- f) od kwoty 18.481,78 zł od dnia 31 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- g) od kwoty 2.541.027,53 zł od dnia 7 października 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- h) od kwoty 3.123.050,25 zł od dnia 6 listopada 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- i) od kwoty 256.610,31 zł od dnia 8 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- j) od kwoty 3.267.850,58 zł od dnia 6 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty włącznie,
- k) od kwoty 693.874,97 zł od dnia 30 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty włącznie,
- l) od dnia 1.693.602,47 zł od dnia 1 grudnia 2008 r. do dnia 20 marca 2019 r. włącznie,
- m) od kwoty 1.410.617,03 zł od dnia 21 marca 2019 r. do dnia zapłaty włącznie;

2. orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany zapłacił (...) S.A. w W. kwotę 5.077.728,62 zł z odsetkami ustawowymi w transakcjach handlowych:

- a) od kwoty 198.676,69 zł od dnia 22 grudnia 2016 r. do dnia 15 maja 2017 r. włącznie,
- b) od kwoty 119.060,50 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- c) od kwoty 185.020,97 zł od dnia 5 maja 2017 r. do dnia 15 maja 2017 r. włącznie,
- d) od kwoty 110.877,07 zł od dnia 16 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- e) od kwoty 13.217,40 zł od dnia 29 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2017 r. włącznie,
- f) od kwoty 7.920,76 zł od dnia 31 maja 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- g) od kwoty 1.089.011,80 zł od dnia 7 października 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- h) od kwoty 1.338.450,11 zł od dnia 6 listopada 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- i) od kwoty 109.975,85 zł od dnia 8 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty włącznie,
- j) od kwoty 1.400.507,39 zł od dnia 6 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty włącznie,
- k) od kwoty 297.374,99 zł od dnia 30 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty włącznie,
- l) od kwoty 725.829,63 zł od dnia 1 grudnia 2018 r. do dnia 20 marca 2019 r. włącznie,
- m) od kwoty 604.550,16 zł od dnia 21 marca 2019 r. do dnia zapłaty włącznie;

3. zasądzenie na rzecz powodów kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na wypadek wniesienia przez pozwanego sprzeciwu w terminie powodowie wniosli o zasądzenie na ich rzecz od pozwanego wskazanych powyżej kwot.

W uzasadnieniu pozwu strona powodowa podała, że w wyniku przeprowadzonego przez pozwanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego między powodami

a pozwanym w dniu 17 lutego 2016 r. została zawarta umowa nr (...) na realizację inwestycji pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W.-granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km”.

Roszczenie pozwu obejmuje dochodzone przez powodów żądanie zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonanych przez nich w ramach Kontraktu robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej i oparte jest na regulacji art. 647 k.c.

w związku z Subklauzulą 12.1, 12.2 i 12.3 akapit 2 Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu (umowy). Podali, że ustalone w powyższych postanowieniach umowy zasady ustalania wynagrodzenia należnego wykonawcy są jasne i nie budzą wątpliwości,

a wynagrodzenie to jest liczone jako iloczyn faktycznej ilości wykonanych robót oraz przyjętej przez strony w umowie stawki/ceny dla danego elementu robót. Jednostką obmiarową dla rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej określonej grubości był  $m^{(2)}$ . Taka jednostka obmiarowa została określona w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Kosztorysie Ofertowym. Jednocześnie zmianą SIWZ nr 16 z dnia 3 listopada 2015 r. pozwany zmienił treść Specyfikacji (...) w zakresie informacji o postępowaniu z materiałem pochodzącym z rozbiórki kostki granitowej, wskazując, że kostka granitowa stanowi własność Zamawiającego i należy ją odwieźć na odległość max. 100 km.

W pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. zaakceptowanego przez pozwanego, powodowie wskazali cenę jednostkową 204,80 zł/ $m^{(2)}$  za roboty związane z rozbiórką nawierzchni z kostki brukowej kamiennej. Przy dokonywaniu kalkulacji powodowie uwzględnili zmianę SIWZ nr 16 z dnia 3 listopada 2015 r. Wskazali też, że zaoferowana przez powodów cena jednostkowa za rozbiórkę  $m^{(2)}$  nawierzchni z kostki kamiennej o grubości 10 cm była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania odwoławczego wszczętego przez jednego z ubiegających się wykonawców, który zarzucił zaoferowanie przez powodów skrajnie wysokiej ceny. KIO nie podzieliła tego zarzutu w wyroku z dnia 22 grudnia 2015 r. oddalając odwołanie i wskazując, że powodowie w sposób wystarczający wykazali jakie brali pod uwagę czynniki cenotwórcze dla robót na rozbiórce nawierzchni z kostki kamiennej i w sposób rzetelny skalkulowali tę cenę, a cena adekwatnie odzwierciedlała wymogi Zamawiającego. W konsekwencji nie wykluczyła powodów z postępowania. Powodowie podali, że bezsporne jest, że wykonali roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 112.122,40  $m^{(2)}$ , co zostało potwierdzone przez Inżyniera Kontraktu i wprowadzone do wystawianych w trakcie realizacji Przejściowych Świadczeń Płatności. Należne powodom wynagrodzenie za zrealizowanie umowy wynosi 22.962.667,52 zł netto, liczone po cenie jednostkowej 204,80 zł/ $m^{(2)}$ , przyjętej przez strony w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. Pozwany w trakcie realizacji robót nie honorował zawartej umowy i wynikającej z niej stawki jednostkowej. Wielokrotnie podejmował próby jednostronnej zmiany ceny, bez podstawy kontraktowej, powołując się na przekroczenie przedmiaru robót wskazanego w Kosztorysie Ofertowym nr (...) Pozwany rozliczał wykonane przez powodów roboty po jednostronnie przyjętej tymczasowej stawce 82,07 zł/ $m^{(2)}$  netto. W konsekwencji zapłacił powodom jedynie kwotę 9.201.885,37 zł netto. Pozwany nie zapłacił powodom wynagrodzenia w łącznej kwocie 13.760.782,15 zł netto + VAT, tj. 16.925.762,05 zł brutto.

W ocenie powodów postępowanie pozwanego związane z niezastosowaniem przyjętej w umowie ceny jednostkowej i przyjęcie przez niego jednostronnie określonej stawki za wykonane przez powodów roboty przy ustalaniu należnego im wynagrodzenia stoją w sprzeczności z wymienionymi powyżej postanowieniami Umowy (naruszenie art. 65 § 1 k.c.) i nie mają żadnej podstawy prawnej. Podnieśli oni, że po pierwsze postanowienia łączącej strony umowy nie kreuja po stronie pozwanego możliwości zmiany cen jednostkowych zaoferowanych przez powodów i zaakceptowanych przez pozwanego, które

w momencie wyboru oferty powodów stały się częścią składową Umowy. Podkreślili, że pozwany nie zastrzegł na swoją rzecz takich mechanizmów i sam wykreślił ze wzorca (...) Subklauzulę 12.3 lit. (a), która przewidywała taki mechanizm. Po drugie, nie zostały spełnione przewidziane przez strony w Subklauzuli 12.3. (b) przesłanki do ustalenia nowej stawki bądź ceny. Po trzecie, § 9 ust. 2 Umowy wymaga dla zmiany umowy (w tym ustalonej ceny) zawarcia Aneksu w formie

pisemnej, do którego zawarcia między stronami nie doszło. Po czwarte, działania pozwanego na początku sporu i w trakcie uzgadniania Roszczeń nr 24

i 28 są wewnętrznie sprzeczne, ale jednocześnie potwierdzają, że roboty wykonane przez powodów stanowią roboty wycenione w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1 poz. 14. Po piąte, ilości robót wskazane w Przedmiarze Robót nie określają zakresu świadczenia powodów, ponieważ stanowi on niewiążący dla stron szacunek robót podlegających wykonaniu i nie może być wykorzystywany jako uzasadnienie zmiany stawki/ceny robót.

Uzasadniając wysokość dochodzonych odsetek strona powodowa odwołała się do Subklauzuli 14.8 akapit pierwszy WOiSK oraz art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, mającego zastosowanie w sprawie. Powodowie podali, że termin spełnienia świadczenia pieniężnego z tytułu wynagrodzenia został ustalony przez strony w § 4 ust. 6 Umowy (30 dni od otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury) w zw. z Subklauzulą 14.7 lit. (a).

W zakresie podziału pomiędzy powodami dochodzonego roszczenia, powodowie wskazali, że w dniu 16 lutego 2016 r. zawarli porozumienie wykonawcze stanowiące uszczegółowienie postanowień umowy konsorcjum, w szczególności w zakresie podziału rzeczowego robót pomiędzy stronami – 70% (...) i 30% (...). Z uwagi na podzielność świadczenia z tytułu zapłaty wynagrodzenia (art. 379 § 1 k.c.) umowa konsorcjum nie stanowi przeszkody w dochodzeniu przez powodów wynagrodzenia odpowiednio w stosunku wynikającym z zawartego porozumienia.

W dniu 26 kwietnia 2019 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym zgodnie z żądaniem pozwu (nakaz zapłaty k.1015).

We wniesionym w terminie sprzeciwie od w/w nakazu zapłaty, pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od każdego z powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych, jednakże w zakresie kosztów zastępstwa procesowego zasądzenie ich na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (k.1020-1036).

W uzasadnieniu pozwany potwierdził fakt zawarcia przez strony umowy nr (...) oraz wykonanie przez powodów rozbiórki warstwy z kostki kamiennej brukowej w ilości 112.122,40 m<sup>2</sup>, jak również rozliczenie tych robót przez Zamawiającego po cenie 82,07 zł netto za m<sup>2</sup>, w związku z czym łącznie zapłacono wykonawcy wynagrodzenie za te prace w kwocie 11.318.319,01 zł brutto.

Pozwany zakwestionował jednak, aby Wykonawca zrealizował roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki kamiennej brukowej kwalifikowane w pozycji 14 Kosztorysu. Wskazał, że Wykonawca rozebrał warstwę z kostki kamiennej, która jednak nie była nawierzchnią, lecz znajdowała się w warstwie podbudowy. Wskazał, że Przedmiar robót

i Kosztorys Ofertowy nie przewidywały rozliczenia robót polegających na rozebraniu podbudowy z kostki kamiennej, zaś Przedmiar robót z pozycji 14 dotyczył robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr. 10 cm. W trakcie robót nie stwierdzono obecności kostki brukowej w nawierzchni. Pozycja nr 14 nie dotyczyła zatem kostki brukowej znajdującej się pod warstwą bitumiczną w ciągu głównym drogi, tylko kostki stanowiącej nawierzchnię w ściśle oznaczonych miejscach (plac stacji paliw, zjazdu i chodniki), obejmujących niewielką ilość (4.700 m<sup>2</sup>).

Pozwany podważył także, aby przedmiotowe roboty Wykonawca wykonał w taki sposób, w jaki przewidział dla wyliczenia stawki 204,80 zł/m<sup>2</sup>. Podał, że powodowie wycenili te roboty według rozbiórki ręcznej, a nie mechanicznej wskazywanej przez pozwanego, co było niezgodne z Warunkami Kontraktu i nie wiąże Zamawiającego, jak również, że przyjęli grubość kostki 10 cm, która dotyczyła tylko zakresu wskazanego w Przedmiarze i Kosztorysie Ofertowym (tj. 4.734 m<sup>2</sup>). Ponadto, wskazał, że ostatecznie powodowie nie prowadzili rozbiórki ręcznej tylko mechaniczną, która jest tańsza, nie odwozili kostki na duże odległości, dokumentacja i zdjęcia z próbnego odcinka rozbiórki wskazują na znacząco niższe nakłady pracy i kosztów niż przyjęte przez powodów oraz konieczność użycia mniejszej ilości

pracowników fizycznych i sprzętu niż przewidziane przez powodów. Tym samym zdaniem pozwanego charakter i sposób realizacji robót odbiegał od założonego dla wyliczenia w/w stawki i w stanie faktycznym stawka ta jest rażąco za wysoka.

Pozwany podał, że w momencie kiedy Wykonawca zaczął zgłaszać roboty polegające na rozebraniu warstwy z kostki kamiennej kwalifikując je do pozycji 14 Przedmiaru, Zamawiający zgodnie z Warunkami Kontraktu (Subklauzula 12.3) przystąpił do negocjacji nowej stawki dla robót nie objętych Przedmiarem (jako „rozszerzenie Przedmiaru o nowe roboty”), jednak między stronami nie doszło do porozumienia. W takiej sytuacji Inżynier Kontraktu miał obowiązek ustalić stawkę tymczasową dla rozliczenia kolejnych Przejściowych Świadczeń Płatności i ustalił ją na poziomie akceptowalnym przez Zamawiającego (80,07 zł netto/m<sup>(2)</sup>).

Pozwany zakwestionował również sposób ustalenia przez powodów wymagalności roszczenia i daty należności odsetek, uznając, że ewentualne odsetki w sprawie mogłyby być należne dopiero od dnia wniesienia pozwu.

Wskazał także, że powodowie mają w niniejszym postępowaniu łączną legitymację procesową, w związku z czym wynagrodzenie przypada Wykonawcy od Zamawiającego łącznie, a nie z rozbiorem na rzecz każdego z konsorcjantów.

Zarządzeniem z dnia 3 lipca 2019 r. w trybie art. 84 k.p.c. zawiadomiono o postępowaniu (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w W. (zarządzenie k.1153).

W dniu 7 sierpnia 2019 r. (data nadania k.1162) interwencję uboczną po stronie pozwanego zgłosił (...) Sp. z o.o. w K. (interwencja uboczna k.1158).

W replice na sprzeciw powodowie podtrzymali dotychczasowe stanowisko w sprawie, podważyli zasadność kwestionowania przez pozwanego wykonania prac związanych z rozbiórką nawierzchni z kostki kamiennej oraz stosowanej przez pozwanego definicji „nawierzchni”, wskazując, że „podbudowa” stanowi jedną z warstw nawierzchni. Podali także, że w Przedmiarze pozwany nie rozróżniał rozbiórki warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej nawierzchni i w żadnym miejscu STWiORB nie rozróżniał rodzaju nawierzchni podlegającej rozbiórce. Powodowie powołali się przy tym na zasadę systemowej i całościowej wykładni (...) nr (...) i (...) nr (...). Zwrócili także uwagę na to, że w terminologii inwestycji drogowych nie funkcjonuje określenie „podbudowy z kostki kamiennej”. Ponadto powodowie podali, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, pozwany potwierdził, że roboty wykonane przez powodów są to te same roboty, które zostały ujęte w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego. Podnieśli, że wbrew twierdzeniom pozwanego dokonali oni wyceny robót związanych z rozbiórką nawierzchni z kostki kamiennej zgodnie z założeniami (...) nr (...) pkt 5.2. Pozwany dopuścił dokonywanie części prac ręcznie, wobec czego uwzględnienie robót ręcznych przy wycenie było prawidłowe. Pozwany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniu przed KIO nie kwestionował sposobu wyceny zastosowanego przez powodów oraz nie odrzucił oferty powodów jako niezgodnej SIWZ, jak również nie kwestionował tego w trakcie wykonywania robót. Ponadto dokonując wyceny robót powodowie uwzględnili wszystkie założenia pozwanego dotyczące rozbiórki. Wskazali także, że bez znaczenia dla obowiązku zapłaty wynagrodzenia przez pozwanego jest okoliczność czy faktyczny sposób realizacji robót odbiegał od tego przyjętego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej. Złożony przez powodów Program Zapewnienia Jakości został zaakceptowany przez Inspektorów i Inżyniera Kontraktu. Jednocześnie pozwany potwierdził, że roboty zostały wykonane przez powodów. Powodowie podnieśli także, że zgodnie z art. 29 pzp, jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia obciążało pozwanego, w związku z czym zaistniałe wątpliwości dotyczące wykładni umowy i zakresu pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego winny być interpretowane na korzyść Wykonawcy, zaś zachowanie pozwanego przed zawarciem umowy potwierdza, że warstwa z kostki brukowej kamiennej rozebrana przez powodów zawierała się w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego, zaś obecną próbę negocjowania przez pozwanego jego obowiązku zapłaty wynagrodzenia powodom uznać należy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Zdaniem powodów treść i wykładnia Subklauzuli 12.3 nie daje podstaw do rozliczenia robót wykonanych przez powodów po innej stawce/cenie. Ceny wskazane z Kosztorysie

Ofertowym mają charakter stały i niezmienny – są cenami jednostkowymi o charakterze ryczałtowym. Podnieśli także, że roszczenie odsetkowe zostało przez nich określone w prawidłowy sposób, jak również podważyli stanowisko powoda o łącznej legitymacji czynnej po ich stronie (replika powoda do sprzeciwu k.1179-1218).

Interwenient uboczny (...) sp. z o.o. w K. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powodów na rzecz interwenienta kosztów interwencji (k.1366-1374).

Interwenient podniósł, że strona powodowa dokonała celowego wielokrotnego zawyżenia stawki wynagrodzenia dla pozycji 14 zawartej w Przedmiarze 2.1., zaś bez znaczenia dla niniejszego postępowania pozostaje ocena dokonana przez KIO. Zdaniem interwenienta powód celowo złożył tańszą ofertę, aby następnie w wyniku tzw. „roszczenia” uzyskać korzyści finansowe wykraczające poza zaoferowaną mu cenę, nie mającej żadnej relacji z rzeczywistym kosztem wykonania prac, czym złamał zasadę lojalności kontraktowej. Taki sposób postępowania powoda nie może podlegać ochronie w świetle art. 5 i 56 k.c. Interwenient wskazał, że dokumentacja projektowa została przygotowana prawidłowo,

a w Przedmiarze rozróżniono wyraźnie roboty dotyczące nawierzchni od robót dotyczących podbudowy. Pkt 14 Przedmiaru dotyczył rozebrania nawierzchni z kostki kamiennej i nie może on dotyczyć rozliczenia innych prac dokonanych przez powoda, a dotyczących podbudowy. Mieszanie pojęć świadczy o celowym działaniu powoda jakim jest uzyskanie nienależnego wynagrodzenia. Zinwentaryzowana w podłożu kostka kamienna była nadto kostką o zmiennej grubości niż 10 cm, a więc innej niż grubość określona w pkt 14 Przedmiaru. Interwenient podał także, że na odcinku realizowanym przez innego wykonawcę, ten sam Kierownik Projektu i Inżynier zakwalifikowali rozbiórkę tej samej warstwy kostki kamiennej z innej pozycji.

W duplice pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie, co do tego, że warstwa z kostki kamiennej nie znajdowała się w nawierzchni drogi tylko w podbudowie i nie miała grubości 10 cm tylko grubość zróżnicowaną, w związku z czym jej rozbiórka nie mogła być rozliczona z pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego, jak również, że pozycja 14 w ogóle nie dotyczyła kostki kamiennej tylko kostki brukowej (betonowej), co potwierdza stanowisko projektanta w karcie nadzoru autorskiego z 20 kwietnia 2016 r. Prace wykonane przez powodów nie były objęte pozycją 14 Kosztorysu i nie miały zdefiniowanej pozycji rozliczeniowej, co uzasadniało wynegocjowanie nowej stawki, a ponadto roboty nie zostały wykonane zgodnie ze sposobem przewidzianym dla stawki z pozycji 14. Odnosząc się do wypowiedzi przedstawicieli Zamawiającego przez KIO pozwany wskazał, że zapewne nie mieli oni szczegółowej wiedzy o występowaniu i charakterystyce poszczególnych warstw konstrukcyjnych i błędnie utożsamiali każdą przebadaną na etapie przetargu warstwę z kostki kamiennej z warstwą nawierzchni. Pozwany podkreślił także, że kwestionuje daty wymagalności roszczenia głównego, albowiem skoro powód nie wystawiał faktur obejmujących przedmiotowe roszczenie oraz nie wzywał pozwanego do zapłaty tego roszczenia to nie powstał stan wymagalności roszczenia (duplika pozwanego k.1383-1400).

Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w kolejnych pismach procesowych oraz przed zamknięciem rozprawy w dniu 8 grudnia 2021 r.

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

W 2015 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jako Zamawiający przeprowadził procedurę udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie zamówienia pod nazwą: „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W. – granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km”.

Dokumentacja projektowa związana z realizacją zamówienia została opracowana na zlecenie pozwanego przez biuro projektowe (...) sp. z o.o. w K. (bezsporne).

Zgodnie z pkt 6 „Opisu przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej” dotyczącej przedmiotu zamówienia, projektant miał stworzyć m.in. specyfikacje techniczne i tzw. kosztorys ślepy, a w ramach stadium

koncepcji programowej i projektu wykonawczego miał powstać także przedmiar robót. W załączniku nr 12 do Opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że Specyfikacje techniczne powinny być wykonane na podstawie Ogólnych Specyfikacji Technicznych obowiązujących w GDDKiA. Powinny zawierać szczegółowe wymagania dla wykonawcy robót w zakresie: sprzętu, stosowanych materiałów, transportu, wykonania robót, kontroli jakości robót, obmiarów robót i płatności za roboty. **Specyfikacje techniczne powinny być opracowane tak, aby umożliwić jasną wykładnię wymaganych standardów robocizny, materiałów oraz wykonania towarów i usług, które mają być zamówione** (...) Specyfikacje Techniczne są ściśle powiązane z dokumentacją projektową i ślepym kosztorysem, który jest sporządzany na podstawie przedmiaru robót.

W przypadku **Przedmiaru robót wskazano, że zawiera on zestawienie ilościowe w porządku technologicznym robót do wykonania wraz ze szczegółowymi wymaganiami dla wykonawcy robót. W zakresie Kosztorysu Ofertowego (Ślepego kosztorysu) wskazano, że należy sporządzić go na podstawie przedmiaru.**

dowód: Opis przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej k.1299-1323, załącznik nr 12 do Opisu przedmiotu zamówienia k.1325-1327

W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej jako: STWiORB) nr (...) „Rozbiórka elementów dróg i ulic” zostały określone wymagania Zamawiającego dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z rozbiórką elementów dróg i ulic. W pkt 1.3 wskazano, że ustalenia zawarte w STWiORB dotyczą zasad prowadzenia robót związanych z rozbiórką elementów dróg i obejmują:

- rozbiórkę nawierzchni asfaltowej określonej grubości
- rozbiórkę nawierzchni betonowej określonej grubości
- **rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej**
- rozbiórkę nawierzchni z płyt betonowych
- rozbiórkę podbudowy tłuczniowej określonej grubości
- rozbiórkę chodników z betonowej kostki brukowej
- rozbiórkę chodników z betonowych płyt chodnikowych
- rozbiórkę chodników z asfaltu
- rozbiórkę krawężników betonowych
- rozbiórkę obrzeży betonowych
- rozbiórkę przepustów określonej średnicy z murkami czołowymi
- rozbiórkę ogrodzenia
- rozbiórkę bariery stalowej,

przy czym materiały z rozbiórki wymienionej powyżej stanowią własność Wykonawcy.

**W pkt 3.2 STWiORB wskazano, że do wykonania robót związanych z rozbiórką należy stosować: piły, młoty pneumatyczne, młoty do łamania rozbieranej nawierzchni (wyposażenie koparki), spycharki, koparki, ładowarki, samochody ciężarowe bądź inny sprzęt zaakceptowany przez Inżyniera.**

Zgodnie z pkt 5.2 STWiORB rozbiórcze podlegają wszystkie elementy nawierzchni wykazane w Dokumentacji Projektowej i STWiORB (pkt 1.3). **Warstwy nawierzchni i podbudowy należy usuwać mechanicznie przy zastosowaniu sprzętu wymienionego w pkt 3. Niewielkie powierzchnie robót rozbiórkowych można wykonywać ręcznie. Materiały z rozbiórki stają się własnością Wykonawcy i należy je wywieźć z terenu budowy lub złożyć w miejscu uzgodnionym z Inżynierem.**

Zgodnie z pkt 9.2 akapit trzeci STWiORB, cena rozbiórki 1m<sup>2</sup> nawierzchni z kostki brukowej kamiennej określonej grubości obejmuje:

- wytyczenie i prace pomiarowe,
- rozbiórkę konstrukcji nawierzchni z kostki brukowej kamiennej określonej grubości,
- transport nieprzydatnych materiałów na składowisko odpadów wraz z załadunkiem i wyładunkiem,
- koszty składowania nieprzydatnych materiałów na składowisku odpadów,
- uporządkowanie terenu po wykonanych rozbiórkach.

Ogólne wymagania dotyczące robót podano w STWiORB (...) „Wymagania ogólne” (pkt 1.5).

dowód: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr (...) – k.275-280

W pkt 1.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWOiRB) nr (...), **„konstrukcja nawierzchni” została zdefiniowana jako układ warstw nawierzchni wraz ze sposobem ich połączenia, a „nawierzchnię” zdefiniowano jako warstwę lub zespół warstw służących do przejmowania i rozkładania obciążeń od ruchu na podłoże gruntowe i zapewniające dogodne warunki dla ruchu, przy czym w ramach warstw nawierzchni wymieniono: warstwę ścieralną, warstwę wiążącą, warstwę wyrównawczą, podbudowę, podbudowę zasadniczą, podbudowę pomocniczą, warstwę mrozoochronną, warstwę docinającą i warstwę odsączającą.**

dowód: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr (...) k.1220-1261, Zarządzenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych k.1289-1297

Wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z wykonaniem nawierzchni z kostki kamiennej zostały zawarte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWOiRB) nr (...) W pkt 1.4 wskazano, że nawierzchnia kostkowa to nawierzchnia, której warstwa ścieralna jest wykonana z kostek kamiennych.

dowód: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr (...) k.1060-1064

Zgodnie z pkt 8.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia **kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Kosztorysach ofertowych.**

W myśl 8.5. SIWZ wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w formularzach oraz wszystkie inne koszty jakie zgodnie z Warunkami Kontraktu jest zobowiązany ponieść wykonawca. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów ofertowych. W myśl pkt 8.10. cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomach II-V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu

przedmiotu zamówienia, których w kosztorysach ofertowych – przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto

w odrębnych pozycjach, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysach ofertowych – przedmiarach robót. Wszystkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.

dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia k.1330-1338

W dniu 10 września 2015 r. między (...) S.A. z siedzibą

w W. (poprzednikiem prawnym (...) S.A. i następnie (...) S.A.) a (...) S.A. z siedzibą w B. została zawarta umowa konsorcjum

w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W. – granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km”, a w przypadku wygrania powyższego przetargu w celu zawarcia z Zamawiającym i wspólnej realizacji umowy na wykonanie zamówienia.

Zgodnie z § 1 ust. 5 umowy konsorcjum umowa nie jest umową spółki cywilnej. Strony konsorcjum nie tworzą spółki cywilnej w rozumieniu art. 860 i nast. k.c. i zgodnym zamiarem stron umowy jest aby stosunki prawne pomiędzy nimi nie były interpretowane jako stosunki spółki cywilnej. W § 2 ust. 3 ustalono wstępnie, że partnerom przysługują następujące udziały w konsorcjum/zakresy robót do wykonania w ramach realizacji zamówienia określono procentowo: (...) – ok. 70% udziału w wartości kontraktu, a (...) ok. 30% udziału w wartości kontraktu, przy czym szczegółowy podział robót i udziałów w konsorcjum zostanie ustalony w porozumieniu wykonawczym. W myśl § 5 umowy w przypadku wygrania przetargu, partnerzy zobowiązali się uzgodnić i podpisać Porozumienie Wykonawcze, uszczegóławiające umowę, w tym sposób zarządzania i organizacji kontraktu. Porozumienie Wykonawcze miało zostać sporządzone po definitywnym i wiążącym podjęciu przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty Konsorcjum, ale nie później niż na 3 dni przed podpisaniem Kontraktu.

dowód: umowa konsorcjum k.990-999, odpis pełny z (...) S.A. k.62-93

Pismem z dnia 3 listopada 2015 r. na skutek zapytania powodów **Zamawiający dokonał zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** (nr (...)), wprowadzając nową treść pkt 1.5.21 „Materiały z rozbiórki”, zgodnie z którym Wykonawca przekaże Zamawiającemu do jego dyspozycji materiały z rozbiórki zgodnie z poniższymi zasadami: 1. asortyment w zakresie oznakowania aktywnego, latarni doświetlających przejścia dla pieszych, paneli fotowoltaicznych, tablic aktywnych itp. – zostanie przekazane do dyspozycji Zamawiającego na terenie Rejonu w M.. **Kostka granitowa stanowi własność Zamawiającego i należy ją odwieść na odległość max 100 km.** Zamawiający wprowadzając wymienioną zmianę nie dostosował jednocześnie wymogów ST (...) do warunków, które ona wymuszała. Zamawiający życzył sobie odzyskać kostkę kamienną, a nie piasek z podbudowy, co wiązało się z koniecznością ręcznego wysegregowania kostki przez wykonawcę nawet jeżeli część prac była wykonywana mechanicznie. Kostka kamienna jest elementem bardzo ciężkim i jej przewiezienie zwłaszcza na odległość do 100 km jest istotnym czynnikiem cenotwórczym zwiększającym koszty. Odzyskiwana kostka kamienna jest natomiast cenionym materiałem budowlanym, tzw. starobrukiem, której ceny rynkowe są wysokie.

dowód: zmiana SIWZ z 3.11.2015 r. k.282-283, wyrok KIO wraz z uzasadnieniem k.286-341

**W Przedmiarze robót nr 2.1 dotyczącym przedmiotowego zamówienia, Zamawiający w pkt 14 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr. 10 cm” wskazał 4.734 m<sup>(2)</sup>.** Przedmiar robót wykonywała firma projektowa (...) sp. z o.o. w K.. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad nie poinformowała biura projektowego, że rozbudowaną drogą krajową biegł niegdyś trakt carski i pod nawierzchnią asfaltową na znacznym odcinku robót znajduje się kostka kamienna. Już wykonane w 2012 r. odwierty potwierdzały obecność kostki kamiennej pod warstwą asfaltu. Taką wiedzą dysponował Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i

Autostrad w W.. Oddział w W. najprawdopodobniej nie przekazał tej informacji Oddziałowi w B., który realizował inwestycję. Pozwany odebrał dokumentację projektową bez zastrzeżeń, w szczególności co do obmiaru ilości rozbiórki kostki granitowej kamiennej, pomimo, że wiedział o kostce brukowej kamiennej znajdującej się na długości około 28 km pod nawierzchnią asfaltową.

dowód: Przedmiar robót k.1375, wyrok KIO wraz z uzasadnieniem k.286-341, zeznania S. T. k.1560-1560v, J. S. (1) k.1560v-1561, zeznania świadka A. A. k.1759-1760v, częściowo zeznania R. S. – członka zarządu interwenienta ubocznego k.1763v-1764v, zeznania świadka J. S. (2) k.1764v-1765, zeznania świadka J. M. (1) k.1774-1774v, zeznania świadka W. J. k.1774v-1775, częściowo zeznania W. B. k.1775-1775v

Ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia pod nazwą: „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W. – granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km”, w dniu 10 listopada 2015 r. złożyło m.in. konsorcjum, w skład którego wchodziły (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w B.. Konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 404.469.276,90 zł zgodnie z Tabelą wartości elementów scalonych, sporządzoną na podstawie kosztorysów ofertowych (pkt 3 oferty) oraz zobowiązało się do wykonania zamówienia w terminie 22 miesięcy (pkt 4 oferty). Załącznikami do oferty, stanowiącymi jej integralną część, były Kosztorysy Ofertowe i Tabela wartości elementów scalonych (pkt 14 oferty). **W Kosztorysie ofertowym nr 2.1 – Droga ekspresowa w kategorii „Rozbiórka elementów dróg i ulic”**

**w pkt 14 wskazano „Rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” w ilości 4.734 m<sup>2</sup> za cenę jednostkową 204,80 zł o łącznej wartości 969.523,20 zł.** Jako odrębne pozycje wyszczególniono m.in. rozbiórkę nawierzchni asfaltowej gr 20 cm (pkt 11), rozbiórkę nawierzchni betonowej gr 15 cm (pkt 12), rozbiórkę nawierzchni z płyt betonowych gr 15 cm (pkt 13), rozbiórkę podbudowy tłuczniowej gr 30 cm (pkt 15) – za cenę jednostkową 0,10 zł/m<sup>2</sup>, rozbiórkę chodników z betonowej kostki brukowej (pkt 16), rozbiórkę chodników z betonowych płyt chodnikowych (pkt 17), rozbiórkę chodników z asfaltu (pkt 18).

dowód: umowa konsorcjum k.990-999, oferta powodów k.266-268, Kosztorys ofertowy nr 2.1 k.269-273

Oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym złożyły również:

- (...) S.A., (...) S.A. i (...) sp. z o.o., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” cenę jednostkową 60,60 zł, a w pkt 15 „Rozbiórka podbudowy tłuczniowej gr 30 cm” cenę jednostkową 1,82 zł,
- (...) sp. z o.o., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” cenę jednostkową 6,61 zł, a w pkt 15 cenę jednostkową 2,64 zł,
- (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 cenę jednostkową 59,60 zł, a w pkt 15 cenę jednostkową 0,31 zł,
- konsorcjum firm (...) S.A. i Przedsiębiorstwa (...) S.A., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 cenę jednostkową 7,00 zł, a w pkt 15 cenę jednostkową 2,70 zł,
- konsorcjum firm Przedsiębiorstwa (...) S.A.” i Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 cenę jednostkową 4,00 zł, a w pkt 15 cenę jednostkową 0,40 zł,
- (...) S.A., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 cenę jednostkową 4,96 zł, a w pkt 15 cenę jednostkową 1,87 zł,

- konsorcjum firm (...) sp. z o.o. i (...) S.A., wskazując w kosztorysie ofertowym nr 2.1 w pkt 14 cenę jednostkową 6,94 zł,  
a w pkt 15 cenę jednostkową 3,47zł.

Pozwany w kosztorysie inwestorskim dla pozycji z pkt 14 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” przewidywał cenę jednostkową 11,70 zł, a dla pozycji z pkt 15 „Rozbiórka podbudowy tłuczniowej gr 30 cm” cenę jednostkową 3,47 zł.

dowód: kosztorys ofertowy (...) S.A., (...) S.A. i (...) sp. z o.o. k.1116-1117, kosztorys ofertowy (...) Sp. z o.o. k.1118-1119, kosztorys ofertowy (...) sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. k.1122-1123, kosztorys ofertowy konsorcjum firm (...) S.A. i Przedsiębiorstwa (...) S.A k.1124-1125, kosztorys ofertowy konsorcjum firm Przedsiębiorstwa (...) S.A.” i Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. k.1126-1127, kosztorys ofertowy (...) S.A. k.1128-1129, kosztorys ofertowy konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. k.1130-1131, kosztorys inwestorski k.1133-1134

Pismem z dnia 20 listopada 2015 r. pozwany zwrócił się do powodów o złożenie wyjaśnień w zakresie złożonej przez nich oferty, w tym z pytaniem dotyczącym wyceny rozbiórki nawierzchni z kostki kamiennej z pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego nr 2.1 („Prosimy o wyjaśnienie, co wpłynęło na tak rażąco wysoką cenę jednostkową pozycji”).

W odpowiedzi na to, w piśmie z 27 listopada 2015 r. powodowie złożyli obszernie wyjaśnienia, w tym wskazali, że w pozycji nr 14 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” zostały wycenione czynności zgodnie ze specyfikacją nr (...) oraz, w myśl zmiany SIWZ nr 6 z dnia 3 listopada 2015 r., transport i przekazanie zamawiającemu na odległość maksymalnie 100 km. W cenie pozycji zostały uwzględnione również koszty ogólne budowy, zysk i ryzyka”.

dowód: pismo pozwanego z 20.11.2015 r. k.1340, odpowiedź powodów k.1342-1351

W dniu 2 grudnia 2015 r. Zamawiający ustalił wynik przetargu i dokonał wyboru oferty konsorcjum (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A.

z siedzibą w B.. W związku z wyborem oferty złożonej przez powodów, jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (działające wspólnie spółki (...) S.A., (...) S.A. i (...) sp. z o.o. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, oparte na zarzutach bezpodstawnego uznania, że złożenie przez powodów oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, że treść oferty powodów odpowiada treści SIWZ, zaniechaniu odrzucenia oferty powodów i bezpodstawnego wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej. Odwołanie wykonawcy zmierzało do wykazania, że powodowie zaoferowali skrajnie wysoką cenę jednostkową za rozbiórkę powierzchni z kostki brukowej kamiennej, a ponadto, że jako jedyni wykonawcy posiadali oni dodatkowe informacje dotyczące faktycznej ilości kostki brukowej kamiennej podlegającej rozbiórce (związane ze wskazaniem w ofercie znacznie większej ilości niż wskazanej w Przedmiarze robót przez Zamawiającego), nieudostępnione innym wykonawcom, co stanowiło w ocenie odwołującego przejaw nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazywał, że w pozycji 14 za rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm powodowie przyjęli cenę jednostkową 204,80 zł/m<sup>(2)</sup>, podczas gdy średnia cena jednostkowa wyliczona przez pozostałych oferentów wynosiła 21,39 zł/m<sup>(2)</sup>, jak również, że w pozycji nr 15 za rozbiórkę podstawy tłuczniowej gr 30 cm, powodowie zastosowali skrajnie niską cenę jednostkową tj. 0,10 zł/m<sup>(2)</sup>, a średnia cena jednostkowa wyliczona przez pozostałych oferentów wynosiła 1,89 zł/m<sup>(2)</sup>. Podnosił on także, że w wyniku przeprowadzonych przez niego działań uzyskał informację od wieloletniego pracownika GDDKiA w O. co do tego, że na drodze krajowej nr (...) przykryto niegdyś ówczesną nawierzchnię zbudowaną z kostki brukowej kamiennej gr. 10 cm na długości 28 km podwójną nakładką asfaltową, co oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia zwiększy się

o około 83.871 m<sup>(2)</sup> – zakres prac z pozycji 14 Kosztorysu nr 2.1 i jednocześnie zmniejszy zakres prac z pozycji 15 Kosztorysu. **W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał pomyłki w przedmiarze w kosztorysie 2.1 poz. 14** – teoretycznie na poziomie wskazywanym przez odwołującego, chociaż w praktyce wielkości te mogą się różnić.

W protokole z rozprawy w dniu 21 grudnia 2015 r. zawarto wzmiankę, że Zamawiający oświadczył, że: „(...) **tak właśnie przeprowadził badania w zakresie pomiaru konstrukcji nawierzchni i obliczył, że w przeliczeniu na m<sup>2</sup> nawierzchni z kostki brukowej kamiennej wynosi to 112784,28 m<sup>2</sup> – zamawiający oświadcza, że jest to przewidywana ilość maksymalna, w przedmiarze dla pozycji 4734 m<sup>2</sup>. Zamawiający zastrzega, że wyliczona przez niego ilość kostki brukowej w wyniku pomiarów dokonanej w grudniu 2015 r.**

**w rzeczywistości może okazać się inna, gdyż pomiarów dokonano na podstawie próbek pobranych z dwóch przedstawionych jako dowód odwiertów. Mogą być niedokładne, gdyż nie wiadomo czy ustalone parametry przekroju dotyczą całej długości tej drogi”.** Na tej rozprawie powodowie ponownie wyjaśnili sposób kalkulacji ceny jednostkowej za rozbiórkę warstwy z kostki brukowej kamiennej. Wykonawcy wskazali, że po zmianie SIWZ w dniu 3 listopada 2015 r. przy kalkulowaniu ceny uwzględnili koszty składowania rozebranej kostki brukowej kamiennej, ochronę placu, jej oczyszczenie, załadunek oraz odwiezienie na składowisko zamawiającego oddalone do 100 km. Ponadto w toku postępowania przed KIO zamawiający przedłożył wyniki badań odwiertów konstrukcji nawierzchni drogi krajowej nr (...) na odcinku O.-W. przeprowadzonych przez laboratorium zamawiającego w grudniu 2015 r. jak dowód, że pod nawierzchnią bitumiczną znajduje się nawierzchnia z kostki brukowej kamiennej w odniesieniu robót do wykonania w zakresach objętych pozycjami 14 i 15 kosztorysu nr 2.1. W toku postępowania przed KIO zamawiający wskazał, że rozbiórka kostki brukowej kamiennej miała odbywać się mechanicznie.

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2015 r., sygn. KIO 2682/15 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. KIO nie podzieliła zarzutów odwołującego i stwierdziła, że powodowie w sposób wystarczający wykazali na etapie postępowania jakie czynniki cenotwórcze dla robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej brali pod uwagę i w rzetelny sposób skalkulowali tę cenę, a cena nie była na nierealnie wysokim poziomie, lecz adekwatnie odzwierciedlała wymogi Zamawiającego. Izba jednocześnie nie stwierdziła żadnych podstaw, aby wykluczyć powodów z postępowania. W uzasadnieniu wyroku KIO m.in. wskazała, że kostka kamienna jest cenionym materiałem budowlanym, tzw. „starobrukem”, którego ceny rynkowe są wysokie i który w konsekwencji wymaga ręcznego wydobycia czy segregacji oraz przewozu (przy czym jest to materiał bardzo ciężki). Uwzględnione przez powodów czynniki cenotwórcze przemawiają za uznaniem stawki ustalonej przez powodów w pkt 14 Kosztorysu Ofertowego za racjonalną i adekwatną do postawionych przez Zamawiającego wymagań. Odnośnie zaś zarzutu zaniżenia przez powodów stawek z innych pozycji kosztorysu KIO wskazała na to, że ustalanie określonych stawek to indywidualna sprawa Wykonawcy. Podkreśliła ona, że Wykonawca miał dowolność w kalkulowaniu cen poszczególnych pozycji odrębnych kosztorysów, uwzględniając istniejące dla danych robót konkretne uwarunkowania danego miejsca, w tym ujmować stosowane narzuty i zidentyfikowane ryzyka, stosowane upusty i możliwości zagospodarowania materiału rozbiórkowego, stanowiącego jego własność. KIO zwróciła także uwagę na to, że skoro w przedmiotowym przetargu obowiązywało rozliczenie kosztorysowo-obmiarowe to rzeczą oczywistą było, że w przypadku gdy w danej pozycji zanotowana zostanie większa ilość prac do wykonania to przy wyliczeniu wynagrodzenia wykonawcy będą stosowane stawki jednostkowe przewidziane dla danej pozycji, a nie innej.

dowód: wyrok KIO wraz z uzasadnieniem k.286-341, protokół w rozprawie k.1069-1098

W dniu 17 lutego 2016 r. między konsorcjum (...) S.A.

z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w B. (dalej jako: Wykonawca) oraz Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako: Zamawiający) została Umowa nr (...) na wykonanie inwestycji pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W. – granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km” (dalej jako: Umowa lub Kontrakt), na podstawie której Wykonawca zobowiązał się do wykonania w/w zadania.

W § 2 ust. 1 Umowy wskazano, że słowa i wyrażenia użyte w Umowie mają takie samo znaczenie, jakie przypisano im odpowiednio w warunkach Kontraktu wymienionych w ust. 2 pkt 3 i 4 § 2.

Zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności:

- 1) Akt Umowy,
- 2) Gwarancja Jakości,
- 3) Warunki Szczególne Kontraktu,
- 4) Warunki Ogólne Kontraktu,
- 5) Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 6) Dokumentacja projektowa,
- 7) Wypełnione Dane Kontaktowe,
- 8) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
- 9) Wyciąg z Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy, tj. wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- 10) Dowody w odniesieniu do wszystkich zasobów, w przypadku gdy Wykonawca polega na zasobach Podmiotu Udostępniającego Zasoby.

W § 2 ust. 3 Umowy zastrzeżono, że wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia do powyższych dokumentów powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności i łącznie z dokumentami, których dotyczą.

W § 4 ust. 1 Umowy Wykonawca zobowiązał się sporządzić Dokumenty Wykonawcy zdefiniowane w Subklauzuli 1.1.6.1 Warunków Kontraktu, wykonać i ukończyć roboty oraz usunąć wszystkie wady i dotrzymać warunków gwarancji jakości, w pełnej zgodności z postanowieniami umowy, w zamian za co Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy Cenę Kontraktową według postanowień Klauzuli 14 Warunków Kontraktu.

W myśl § 4 ust. 2 zaakceptowana kwota kontraktowa zgodnie z Ofertą Wykonawcy wynosi 328.836.810,49 zł netto plus 23% podatek VAT 75.632.466,41 zł, co stanowi łączną zaakceptowaną kwotę kontraktową 404.469.276,90 zł brutto. Zgodnie z ust. 3 maksymalna wartość zobowiązania wynosi 107% kwoty brutto podanej w ust. 2, co stanowi 432.782.126,28 zł. W przypadku gdyby cena kontraktowa miała przekroczyć kwotę maksymalnej wartości zobowiązania, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy.

W § 4 ust. 5 Umowy wskazano, że należności z tytułu faktur VAT będą płatne przez Zamawiającego przelewem na konto Wykonawcy wskazane w fakturze VAT. Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty faktury VAT w terminie do 30 dni licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT. Datą zapłaty jest dzień obciążenia rachunku Zamawiającego (§ 4 ust. 6 Umowy).

Przedmiotowa umowa miała być realizowana przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w B. (§ 4 ust. 8 Umowy).

W § 9 ust. 2 Umowy zastrzeżono, że wszelkie zmiany postanowień Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności i będą wprowadzane w formie aneksu podpisanego przez Zamawiającego i Wykonawcę. Nie wymaga zawarcia aneksu: 1) zmiana osób, przy pomocy których Wykonawca wykonuje przedmiot umowy, o ile zmiana ta następuje na zasadach określonych w Kontrakcie, 2) zmiana danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną niniejszej Umowy (np. zmiana nr rachunku bankowego), 3) zmiana danych teleadresowych i rejestrowych, 4) zmiana osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Projektu, 5) zmiana albo rezygnacja z

zasobów Podmiotu Udostępniającego Zasoby, 6) zmiana wskaźników GUS, w oparciu o które dokonywana jest waloryzacja na zasadach określonych w kontrakcie.

dowód: Umowa nr (...) z 17.02.2016 r. k.122-125, umowa Konsorcjum k.990-999

Warunki Ogólne Kontraktu stanowią „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego (...), wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999 (dalej jako: (...) k.126).

W Warunkach Szczególnych Kontraktu dodano subklauzulę 7.9 Materiały z rozbiórki stanowiącą, że materiały z rozbiórki wskazane przez Zamawiającego w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji, które stanowią własność Zamawiającego albo właściciela przebudowywanych urządzeń obcych, Wykonawca jest obowiązany przetransportować oraz złożyć w miejscach wskazanych przez Inżyniera, w odległości nie większej niż 60 km od Placu Budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach Pozostałe materiały z rozbiórki Wykonawca jest zobowiązany usunąć poza Plac Budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wszelkie koszty wynikające z tej Subklauzuli uważa się za uwzględnione w zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.

Zgodnie z Subklauzulą 12.3 akapit pierwszy, jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to w celu uzgodnienia lub ustalenia Ceny Kontraktowej Inżynier winien postępować zgodnie z Subklauzulą 3.5 przez wycenę każdego elementu robót, stosując pomiary uzgodnione lub ustalone zgodnie z Subklauzulami 12.1 i 12.2 oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego dokumentu.

W Warunkach Szczególnych Kontraktu wprowadzono zmiany w Subklauzuli 12.3 i w drugim akapicie Subklauzuli 12.2 pierwsze zdanie otrzymało brzmienie: „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 na podstawie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę zgodnie z Subklauzulą 14.1 [Cena K.].

**W drugim akapicie Subklauzuli 12.3 usunięto całą treść podpunktu (a),** który dopuszczał ustalanie dla elementu roboty nowej stawki lub ceny, jeżeli:

- (i) pomierzona ilość danego elementu zmieni się o więcej niż 10% w stosunku do ilości ustalonej dla tego elementu w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie,
- (ii) ta zmiana ilości pomnożona przez cenę jednostkową, ustaloną dla danego elementu przekroczy 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
- (iii) ta zmiana ilości bezpośrednio zmieni jednostkowy koszt tego elementu o więcej niż 1% oraz
- (iv) dany element nie jest zaznaczony w Kontrakcie jako „element o stałej stawce”.

Usunięto też całą treść trzeciego akapitu Subklauzuli 12.3 i zastąpiono ją następującą treścią:

„Każda nowa stawka lub cena:

- (i) winna być pochodną elementów odnośnych stawek lub cen ustalonych w Kontrakcie z uzasadnionymi korektami dla uwzględnienia spraw opisanych w pkt (b), lub
- (ii) winna być wyliczona przy wykorzystaniu aktualnych cen rynkowych właściwych dla obszaru realizacji inwestycji, lub

( (...)) winna być wyliczona przy wykorzystaniu dostępnych krajowych danych statystycznych oraz informacji zawartych w biuletynach krajowych profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich, aktualnych w dacie ustalania stawki lub ceny.

Wówczas inżynier każdorazowo dokonana wyceny każdej nowej stawki lub ceny, w oparciu o wyżej wymienione sposoby wyceny, z zastrzeżeniem, że zastosowanie w Kontrakcie znajdzie sposób przedstawiający najniższą wartość nowej stawki lub ceny odpowiednio do przypadku.

W Warunkach Szczególnych Kontraktu w Subklauzuli 14.1 wprowadzono następujące zmiany: usunięto całą treść podpunktu (d) Subklauzuli 14.1 i zastąpiono ją treścią: „(d) Wykonawca na każde żądanie Inżyniera dostarczy Wykaz Płatności zgodnie z Subklauzulą 14.1 [Wykaz Płatności i Plan Płatności]. Inżynier może wziąć pod uwagę ten Wykaz przy sporządzaniu Świadczeń Płatności, ale nie będzie nim związany”.

Usunięto także całą treść Subklauzuli 14.2 i zastąpiono ją następującą treścią: „ Zamawiający przekaze Wykonawcy kwotę płatności zaliczkowej na wykonanie Umowy, w sytuacji gdy Wykonawca złoży pisemny wniosek o płatność zaliczkową. Wykonawca także ustanowi i wniesie zabezpieczenie płatności zgodnie z niniejszą Subklauzulą.”.

Całkowita kwota płatności zaliczkowej, liczba, terminarz i wysokość rat (jeżeli więcej niż jedna) będą takie jak podano w dokumencie Dane Kontraktowe. Jeżeli i dopóki Zamawiający nie otrzyma wniosku o płatność zaliczkową oraz zabezpieczenia płatności zaliczkowej lub jeżeli całkowita kwota płatności zaliczkowej nie jest podana w dokumencie Dane Kontaktowe, niniejsza Subklauzula nie będzie miała zastosowania.

Inżynier jest zobowiązany niezwłocznie wystawić Przejściowe Świadczenie Płatności na każdą ratę płatności zaliczkowej po otrzymaniu Rozliczenia według Subklauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadczenie Płatności] i po tym, jak Zamawiający otrzyma:

(I) zabezpieczenie wykonania zgodnie z Subklauzulą 4.2 oraz

(II) wniosek o płatność zaliczkową oraz

(III) zabezpieczenie dla udzielanej płatności zaliczkowej bądź jej raty (...).”.

Subklauzula 14.7 w brzmieniu nadanym w Warunkach Szczegółowych Kontraktu stanowi, że Wykonawca jest zobowiązany wystawić fakturę VAT nie później niż 7 dni od daty otrzymania Przejściowego Świadczenia Płatności. Wykonawca jest upoważniony do wystawiania faktur VAT bez podpisu Zamawiającego.

Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwoty poświadczone:

(a) w każdym Przejściowym Świadczeniu Płatności wystawionym przez Inżyniera oraz

(b) w Ostatecznym Świadczeniu Płatności, wystawionym przez Inżyniera po uzgodnieniu Rozliczenia Ostatecznego,

w terminie do 30 dni, liczonym od dnia dostarczenia do Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT. Za dzień dokonania płatności przyjmuje się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego.

W przypadku, gdy Kontrakt jest realizowany przez podmioty działające w Konsorcjum, jego członkowie upoważnią w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, jednego

z członków Konsorcjum do wystawienia przez niego faktury VAT oraz do przyjęcia przez niego należności przypadających wszystkim członkom Konsorcjum z tytułu realizacji Kontraktu na rachunek bankowy jednego z nich wskazany w fakturze VAT. Rachunek taki będzie założony odrębnie dla prowadzenia rozliczeń z tytułu realizacji Kontraktu z dostępem do niego dla każdego z członków Konsorcjum.

Z ważnych powodów Zamawiający jest uprawniony dokonywać płatności odrębnie na rzecz każdego z członków Konsorcjum, zgodnie z zakresem Robót określonym przez Inżyniera. Płatność dokonana w powyższy sposób zwalania Zamawiającego z zobowiązania w stosunku do każdego z członków Konsorcjum.

W Warunkach Szczególnych Kontraktu usunięto całą treść Subklauzuli 14.8 i nadano jej następującą treść „Jeżeli Wykonawca nie otrzyma płatności zgodnie z Subklauzulą 14.7, to będzie uprawniony do otrzymania odsetek ustawowych wyłącznie od kwoty niezapłaconej w okresie opóźnienia. Odsetki będą naliczane za okres, jaki upłynie od dnia, w którym przypadał termin płatności (bez wliczania tego dnia) do dnia, w którym został obciążony rachunek Zamawiającego (wliczając ten dzień).

dowód: Warunki Szczególne Kontraktu k.127-186, Warunki Ogólne Kontraktu (...) k.188-264

W dniu 16 lutego 2016 r. w wykonaniu § 5 umowy konsorcjum (...) S.A. w (...) S.A. w B. zawarły porozumienie wykonawcze w odniesieniu do Zamówienia. Zgodnie z § 3 ust. 1 za wykonane roboty (...) miało przysługiwać wynagrodzenie w wysokości 233.803.910 zł netto plus należny podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, a (...) miało przysługiwać wynagrodzenie w wysokości 95.032.900,62 zł netto plus należny podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami. Na datę podpisania porozumienia (...) przysługiwało 71,10% udziałów w wartości kontraktu, a (...) 28,90% z tym, że strony ustaliły, że ostateczne udziały oraz wynagrodzenie stron mogą ulec zmianie, bowiem zostaną ustalone na podstawie ostatecznego rozliczenia obmiarowego kontraktu (§ 3 ust. 2). Zakres robót przypadający na każdą ze spółek określał załącznik do w/w porozumienia.

dowód: porozumienie wykonawcze k.1001-1008, załącznik k.1009

W piśmie z 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał projektanta do podania lokalizacji rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr. 10 cm w ilości 4.734 m<sup>(2)</sup>, wskazując, że nie wynika to z dokumentacji projektowej. W odpowiedzi na to w Dzienniku Płatnego Nadzoru Autorskiego z dnia 20 kwietnia 2016 r. projektant poinformował, że w przedmiarze robót nr 2.1 Droga Ekspresowa (...) wystąpiła omyłka pisarska. W pozycji 14 jest „Rozbiórka nawierzchni z kostki burkowej kamiennej gr. 10 cm” a powinno być „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej gr. 10 cm”. Podana ilość kostki przewidziana do rozbiórki 4734 m<sup>(2)</sup> jest wartością sumaryczną. Większą jej część 3600 m<sup>(2)</sup> stanowi rozbiórka na istniejącej stacji benzynowej „(...)” w km 541+500 drogi ekspresowej (...). Pozostała część to są rozbiórki zjazdów do posesji oraz chodników.

dowód: pismo pozwanego z 18.04.2016 r. k.1407, Dziennik Płatnego Nadzoru Autorskiego k.1044, częściowo zeznania R. S. – członka zarządu interwenienta ubocznego k.1763v-1764v

Przy piśmie z dnia 11 lipca 2016 r. powód przekazał powodom kopię decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji (dowód: pismo k.1263, decyzja k.1264-1287).

W sierpniu 2016 r. pozwany i Inżynier Kontraktu zatwierdzili przedłożony przez powodów w dniu 8 sierpnia 2016 r. „Wniosek o zatwierdzenie szczegółowego programu zapewnienia jakości nr (...)”, w którym w pkt 2.2 wskazano, że warstwy nawierzchni i podbudowy będą usuwane mechanicznie przy zastosowaniu wymienionego dalej sprzętu, do frezowania nawierzchni asfaltowej zostaną użyte frezarki drogowe, a niewielkie powierzchnie robót rozbiórkowych będą wykonywane ręcznie.

dowód: Wniosek o zatwierdzenie szczegółowego programu zapewnienia jakości nr (...) k.1353-1357 i k.1416-1420

Inżynier Kontraktu zajmował stanowisko, że wykonywane przez powodów roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z warstwy kamiennej powinny być rozliczane według pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego nr 2.1, o czym informował pozwanego m.in. w piśmie

z 10 października 2016 r., załączając do niego opinię z 7 października 2016 r. oraz następnie w pismach z: 5 czerwca 2017 r., 13 sierpnia 2018 r., 2 stycznia 2019 r. Stanowisko takie zajmował zarówno pierwszy jak i drugi Inżynier Kontraktu.

dowód: opinia Inżyniera Kontraktu z 7.10.2016 r. k.1591-1599, pismo Inżyniera Kontraktu z 05.06.2017 r. k.1602-1611v, pismo Inżyniera Kontraktu z 13.08.2018 r. k.1612-1620, pismo Inżyniera Kontraktu z 02.01.2019 r. k.1621-1627, zeznania świadka A. A. k.1759-1760v, zeznania świadka J. G. k.1762 (minuta 01:40:28)

Powyższe stanowisko nie znalazło jednak aprobaty ze strony Zamawiającego, o czym pozwany poinformował Inżyniera Kontraktu m.in. w piśmie z 18 października 2016 r. (dowód: pismo pozwanego z 18.10.2016 r. k.1629-1630).

W dniu 21 października 2016 r. powodowie przedstawili Inżynierowi Kontraktu „Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności” na podstawie Subklauzuli 14.3 Warunków Kontraktu. Wykonawca przedłożył „Rozliczenie Wykonawcy nr 6” za okres rozliczeniowy od 1 września 2016 r. do 15 października 2016 r. na kwotę **47.915.153,21 zł netto** (58.935.638,45 zł brutto) wraz z wystąpieniami o odbiór robót. Wykonanie tych robót zostało potwierdzone przez Inspektora ds. Geodezji i Inspektora ds. Materiałowych, natomiast Inspektor ds. Rozliczeń nie zatwierdził robót, wskazując na brak dokumentów potwierdzających przekazanie materiałów dla Zamawiającego. Wykonanie robót potwierdzono również w protokołach odbioru materiału pochodzącego z rozbiórki nawierzchni kostki brukowej kamiennej z dnia 8 i 9 listopada 2016 r., w których wskazano, że kostka kamienna pochodząca z rozbiórki drogi została dostarczona w miejsce Zamawiającego, a podczas odbioru stwierdzono, że materiał pochodzący z rozbiórki został rozebrany mechanicznie, dostarczony na plac składowy bez podsypki.

dowód: wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności k.401-403, wniosek o zatwierdzenie robót k.404, obmiar robót k.405, operat geodezyjny k.406-409, zdjęcia k.410-411, protokół odbioru materiałów k.412, wniosek o zatwierdzenie robót k. 413, obmiar robót k.414, operat geodezyjny k.415-418, protokół odbioru materiału z 8.11.2016 r. k.419, przejściowe świadectwo płatności wraz z fakturą VAT k.421-423

Pismem z dnia 27 października 2016 r. Inżynier Kontraktu poinformował powodów o stanowisku Zamawiającego dotyczącym wykonania rozbiórki warstwy z kostki kamiennej pod DK8. Stanowisko pozwanego zmierzało do wykazania, że roboty wykonywane przez powodów opisane w STWiORB ne (...) nie były tożsame z pozycją nr 14

w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1, a zatem cenę jednostkową rozbiórki warstwy z kostki kamiennej należało wyznaczyć w oparciu o postanowienia Subklauzuli 3.5 Warunków Ogólnych i Warunków Szczególnych Kontraktu (WOiSK). Inżynier miał przeprowadzić konsultacje między stronami w tym zakresie.

dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z 27.10.2016 r. k.345-346

W odpowiedzi na powyższe powodowie w piśmie z dnia 15 listopada 2016 r. przedstawili argumentację wskazującą na brak zasadności stanowiska pozwanego. Powodowie odwołali się do postanowień (...) (...), wprowadzonej przez pozwanego zmiany SIWZ nr 16 dot. przewozu rozebranej kostki brukowej kamiennej na odległość max. 100 km, wyjaśnili specyfikę robót polegających na rozbiórce nawierzchni

z kostki granitowej (m.in. wskazali na niejednorodne wymiary kostki) oraz fakt, że w swojej wycenie przyjęli rozbiórkę nawierzchni kostki brukowej kamiennej o zmiennej grubości. Tym samym powodowie nie zgodzili się na podjęcie rozmów w celu ustalenia nowej stawki dla tej pozycji robót i jednoznacznie wskazali, że roboty zdefiniowane w (...) (...) są tożsame z robotami z pozycji nr 14 w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1. Jednocześnie, na podstawie Subklauzuli 20.1 w zw. z Subklauzulą 3.5 i 8.4 lit. (b) WOiSK powodowie, z ostrożności powiadomili o roszczeniu o Przedłużenie Czasu na Ukończenie i/lub dodatkową płatność w związku z opisanymi w omawianym piśmie okolicznościami.

dowód: pismo powodów z 15.11.2016 r. k.348-350

W dniu 18 listopada 2016 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 5 za okres rozliczeniowy od 1 września 2016 r. do 15 października 2016 r. na kwotę 37.503.488,21 zł W ramach Przejściowego Świadczenia Płatności nr 5 nie uwzględniono robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej.

dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 5 k.421-422

Na tej podstawie w dniu 21 listopada 2016 r. wystawiona została faktura VAT nr (...) na kwotę 37.503.488,21 zł netto (46.129.290,50 zł brutto) z terminem płatności 30 dni od dnia dostarczenia faktury Zamawiającemu (dowód: faktura VAT nr (...) – k.423).

Pismem z dnia 12 grudnia 2016 r. powodowie złożyli Inżynierowi powiadomienie o roszczeniu w trybie Subklauzuli 20.1 w zw. z Subklauzulą 14.6, 16.1 WOiSK, wskazując na fakt, że pomimo wykonania robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej, które zostały wykonane w okresie rozliczeniowym od 1 września 2016 r. do 15 października 2016 r. w ilości łącznej 2.629 m<sup>(2)</sup>, Inżynier Kontraktu nie poświadczył płatności wynagrodzenia za powyższe roboty w wystawionym w dniu 18 listopada 2016 r. Przejściowym Świadczeniu Płatności nr 5. Wykonawca wskazał na brak podstaw kontraktowych do braku płatności za całą wnioskowaną przez niego rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej.

dowód: pismo powodów z dnia 12 grudnia 2016 r. k.399

Jednocześnie pismem z 12 grudnia 2016 r. powodowie przedłożyli Inżynierowi „Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności” na podstawie rozliczenia Wykonawcy za okres rozliczeniowy od 16 października 2016 r. do 12 grudnia 2016 r. na kwotę **24.134.086,60 zł netto** (29.684.926,52 zł brutto) wraz z wystąpieniem o odbiór robót. Wykonanie tych robót zostało potwierdzone przez Inspektora ds. Geodezji i Inspektora ds. Materiałowych, natomiast Inspektor ds. Rozliczeń nie zatwierdził robót, wskazując na brak dokumentów potwierdzających przekazanie materiałów dla Zamawiającego. Wykonanie robót potwierdzono również w protokołach odbioru materiału pochodzącego z rozbiórki nawierzchni kostki brukowej kamiennej z dnia 8 i 9 listopada 2016 r., w których wskazano, że kostka kamienna pochodząca z rozbiórki drogi została dostarczona w miejsce Zamawiającego, a podczas odbioru stwierdzono, że materiał pochodzący z rozbiórki został rozebrany mechanicznie, dostarczony na plac składowy bez podsypki.

dowód: Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności k.425-426, wnioski o zatwierdzenie robót k.427-428, 429-430, 436-437, 438-439, 447-448, operaty geodezyjne wraz ze zdjęciami k.431-434, k.440-445, 449-454 protokołów odbioru materiału z 8.11.2016 r. k.435, protokół odbioru materiału z 9.11.2016 r. k.446

W związku z brakiem osiągnięcia uzgodnienia stanowisk pomiędzy powodami a pozwanym co do stawki jednostkowej, Inżynier pismem z dnia 12 grudnia 2016 r. określił nowe stawki dla rozbiórki warstwy z kostki kamiennej z odwozem na place składowe wskazane przez Zamawiającego:

- a) 47,48 zł netto (rozbiórka warstwy z kostki kamiennej z transportem na plac składowy przy (...)) oraz
- b) 57,49 zł netto (rozbiórka warstwy z kostki kamiennej z transportem na plac składowy przy Węźle O. (...)).

dowód: pismo Inżyniera z 12.12.2016 r. k.352-356

Jednocześnie w dniu 14 grudnia 2016 r. Inżynier wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 6 na kwotę 18.475.391,43 zł netto za okres rozliczeniowy od 16 października 2016 r. do 12 grudnia 2016 r. W ramach Przejściowego Świadczenia Płatności nr 6 ponownie nie uwzględniono robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej.

dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 6 k.457-458

Na tej podstawie 14 grudnia 2016 r. wystawiona została faktura VAT nr (...) na kwotę 18.475.39,43 zł netto (22.724.731,46 zł brutto) z terminem płatności 30 dni od dnia dostarczenia faktury Zamawiającemu.

dowód: faktura VAT nr (...) k.459

W piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. (.) powodowie wyrazili swój sprzeciw wobec ustalenia przez Inżyniera Kontraktu nowych cen jednostkowych i przedstawili szczegółową argumentację, wskazującą na tożsamość robót opisanych w pozycji 14 w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1 oraz (...) (...), a także na wiążący charakter ceny jednostkowej na poziomie 204,80 zł wskazanej przez powodów w Ofercie, która to cena stanowi element Umowy. Jednocześnie powodowie wezwali do wskazania na jakiej podstawie oraz przy uwzględnieniu jakich okoliczności Inżynier dokonał określenia nowej ceny jednostkowej dla rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej.

dowód: pismo powodów z 12.12.2016 r. k.358-360

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z 19 grudnia 2016 r. Inżynier wskazał, że działał w oparciu o umowę Konsultanta (Inżyniera Kontraktu) z Zamawiającym (dowód: pismo Inżyniera z 19.12.2016 r. k.362).

W piśmie z 3 stycznia 2017 r. powodowie zwrócili uwagę, że umowa Konsultanta (Inżyniera) z pozwanym nie stanowi części składowej Umowy, której stroną są powodowie i pozwany. Jednocześnie powodowie ponownie wezwali Inżyniera Kontraktu do przedstawienia wszystkich okoliczności (pism, notatek, uzgodnień, opinii) odnośnie określenia nowej ceny jednostkowej dla rozbiórki warstwy z kostki kamiennej wraz

z podaniem szczegółowych informacji uzasadniających to określenie, do czego zobowiązuje go Umowa. Inżynier bowiem nie przedstawił żadnego uzasadnienia prawnego swojego działania, w szczególności nie udowodnił, że w istniejącym stanie faktycznym i prawnym zachodzi konieczność zmiany ceny jednostkowej uzgodnionej w sposób wiążący przez strony Umowy.

dowód: pismo powodów z 03.01.2017 r. k.364

Wraz z pismem z dnia 9 stycznia 2017 r. powodowie przedstawili kolejne roszczenie przejściowe na podstawie Subklauzuli 20.1 w związku z Subklauzulą 14.6, 16.1. Powodowie przywołali stan faktyczny sprawy, w szczególności brak uwzględnienia jakiegokolwiek płatności za rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej pomimo tego, że roboty zostały wykonane, a w przedmiarze (Kosztorysie Ofertowym) znajduje się pozycja rozliczeniowa umożliwiająca ich rozliczenie (nawet przy zastosowaniu nowej, tymczasowej stawki wprowadzonej niezgodnie z postanowieniami Umowy). Jednocześnie powodowie wskazali, że naliczyli odsetki ustawowe za opóźnienie na podstawie ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych w wysokości 5.266,18 zł.

dowód: roszczenie przejściowe z 9.01.2017 r. k.461-462

Pismem z dnia 3 lutego 2017 r. powodowie wskazali, że naliczyli odsetki ustawowe za opóźnienie od wartości niezapłaconego w terminie wynagrodzenia w kwocie 7.950,90 zł (dowód: pismo powodów z 3.02.2017 r. k.839).

W dniu 27 lutego 2017 r. Zamawiający skierował do Inżyniera Kontraktu „Polecenie Kierownika Projektu nr 4”, w którym polecił wykonanie wycen robót związanych z rozbiórką podbudowy z kostki kamiennej zgodnie z zapisami Subklauzuli 12.3 (dowód: Polecenie Kierownika Projektu nr 4 k.371).

W odpowiedzi na powyższe „Polecenie Kierownika Projektu nr 4”, Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 28 lutego 2017 r. dokonał wyceny zgodnie z Subklauzulą 12.3 WOISK. Jednocześnie Inżynier wskazał, że: „w opinii Inżyniera roboty polegające na rozbiórce kostki kamiennej wraz z jej transportem na plac składowy wskazany przez Zamawiającego w odległości do 100 km od budowy, **powinny być rozliczane zgodnie z ceną jednostkową dla pozycji nr 14 z Kosztorysu Ofertowego Wykonawcy 2.1** Droga Ekspresowa — Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej, gr. 10 cm. **Inżynier zauważa, iż wykonanie w/w robót: nie jest objęte poleceniem na mocy**

**Klauzuli 13, w kontrakcie jest przewidziana stawka dla rozliczenia przedmiotowych robót, mają one taki sam charakter oraz są wykonywane w takich samych warunkach jak roboty w poz. 14 KO 2.1 Droga Ekspresowa."**

dowód: pismo Inżyniera z dnia 28 lutego 2017 r. k.372-377

W dniu 28 lutego 2017 r. powodowie przedłożyli Inżynierowi „Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności” na podstawie rozliczenia Wykonawcy za okres rozliczeniowy od 13 grudnia 2016 r. do 28 lutego 2017 r. na kwotę **11.708.857,14 zł netto** (14.401.894,28 zł brutto) wraz z wystąpienia o odbiór robót, przedstawiając ponownie protokoły wykonania robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej (dowód: Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności k.465-466, wnioski o zatwierdzenie robót k.467, 469, 472, 474, 476, 478, 480, obmiar robót k.468, 473, 477, 479, 481 protokół odbioru materiału k.470, 486 operat geodezyjny k.482-485, k.440-445, 482-485, oświadczenie k.471, 475, 487).

Pismem z dnia 1 marca 2017 r. powodowie wskazali, że naliczyli odsetki ustawowe za opóźnienie od wartości niezapłaconego w terminie wynagrodzenia w kwocie 10.635,62 zł (dowód: pismo powodów z 01.03.2017 r. k.842).

Pismem z dnia 28 marca 2017 r. powodowie wskazali, że naliczyli odsetki ustawowe za opóźnienie od wartości niezapłaconego w terminie wynagrodzenia w kwocie 13.423,60 zł (dowód: pismo powodów z 28.03.2017 r. k.845).

W dniu 29 marca 2017 r. pozwany wydał „Polecenie Kierownika Projektu nr 5”, w którym (...) Oddział w B. polecił Inżynierowi Kontraktu rozliczenie wykonanej rozbiórki podbudowy z kostki kamiennej jako rozszerzenie przedmiotu przy zastosowaniu ceny jednostkowej 28,32 zł/m<sup>(2)</sup> (dowód: polecenie Kierownika Projektu nr 5 k.367). W związku z powyższym pismem z dnia 30 marca 2017 r., Inżynier Kontraktu – dla celów wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności – ustalił tymczasową stawkę za rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej wraz z odwiezieniem materiału z rozbiórki na plac składowy wskazany przez Zamawiającego (w (...) w O.) na poziomie 28,32 zł/m<sup>(2)</sup> (dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 30.03.2017 r. k.366).

Jednocześnie w dniu 30 marca 2017 r. Inżynier wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 7 na kwotę 6.637.830,07 netto za okres rozliczeniowy od 13 grudnia 2016 r. do 28 lutego 2017 r., uwzględniając wykonane przez powodów roboty polegające na rozbiórce warstwy z kostki brukowej kamiennej w ilości 5.077,30 m<sup>(2)</sup>, w okresie objętym Przejściowym Świadczeniem Płatności nr 5 i nr 7, po wprowadzonej przez pozwanego i Inżyniera Kontraktu cenie jednostkowej w wysokości 28,32 zł, poświadczając do płatności z tego tytułu kwotę 143.789,17 zł netto (dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 7 k.490-491).

Pismem z dnia 31 marca 2017 r. skierowanym do pracownika pozwanego – Kierownika Projektu p. J. G., **Inżynier Kontraktu wskazał**, że „wycenę wykonał zgodnie z Umową konsultanta, Subklauzulą 12.3 WK oraz zgodnie ze swoją Opinią (...) nr (...) przekazaną w piśmie, którą podtrzymuje on w dalszym ciągu. Wskazał, że z opinii tej wynika jednoznacznie, **że rozliczenie rozbiórki kostki kamiennej należy wykonać zgodnie**

**z pozycją nr 14 z Kosztorysu Ofertowego 2.1 po cenie jednostkowej 204,80 zł/m<sup>(2)</sup> netto.** Tym samym Inżynier wskazał, że niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego, że przekazane przez niego wyceny: „nie wypełniają polecenia sporządzenia wycen kierowanego pismem 0.61.1-4.414.15.2017.505.tw z dnia 27 lutego 2017 r.” Kierownik Projektu polecił wykonanie dodatkowych wycen i Inżynier takie dodatkowe, niezwiązane z Kontraktem wyceny wykonał.

dowód: pismo Inżyniera z 31.03.2017 r. k.369-370, polecenie Kierownika Projektu nr 4 k.371

Pismem z dnia 5 kwietnia 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...)

z dnia 4 kwietnia 2017 r. za roboty wykonane w okresie rozliczeniowym od 13 grudnia 2016 r. do 28 lutego 2017 r., opiewającą na kwotę **7.535.951,63 zł netto** (9.269.220,50 zł brutto) z terminem płatności 30 dni od dnia dostarczenia faktury Zamawiającemu. Faktura ta została wydana na podstawie wydanego przez Inżyniera Kontraktu Przejściowego Świadczenia Płatności nr 7. W piśmie tym powodowie wskazali, że faktura ta opiewa na wyższą kwotę niż wskazana w Przejściowym Świadczeniu Płatności nr 7 o kwotę 898.121,56 zł netto ze względu na nieuprawnione i niezgodne z Umową wprowadzenie przez Inżyniera do przedmiaru nowej pozycji rozliczeniowej w cenie jednostkowej 28,32 zł/m<sup>(2)</sup>. Powodowie wskazali, że za rozebraną kostkę w ilości 5.077,30 m<sup>(2)</sup> należne im wynagrodzenie wynosi 1.039.831,04 zł netto (5.077,30 m<sup>(2)</sup> x 204,80 zł/m<sup>(2)</sup>). Natomiast Inżynier Kontraktu potwierdził do płatności wyłącznie kwotę 143.789,14 zł ze względu na wprowadzenie przez niego nowej stawki, pozostawiając przy tym niepoświadczoną kwotę w wysokości 896.041,90 zł netto (1.039.831,04 zł - 143.789,14 zł). Do tej kwoty powodowie dodali kwotę 2.079,66 zł z tytułu waloryzacji wynagrodzenia dokonanej na podstawie Subklauzuli 14.3 (b). WOiSK.

dowód: pismo powodów z 5.04.2017 r. k.493-797, faktura VAT nr (...) k.498

Pismem z dnia 7 marca 2017 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności za okres od 1 marca 2017 r. do 31 marca 2017 r. na kwotę 10.481.206,20 zł netto (12.891.883,63 zł brutto), przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 174,90 m<sup>2</sup>.

dowód: wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności z załącznikami k.500-515

Pismem z dnia 25 kwietnia 2017 r. powodowie wskazali, że naliczyli odsetki ustawowe za opóźnienie od wartości niezapłaconego w terminie wynagrodzenia w kwocie 13.630,12 zł (dowód: pismo powodów z 25.04.2017 r. k.848).

W dniu 27 kwietnia 2017 r. Inżynier wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 8 na kwotę 7.445.139,75 zł netto za okres rozliczeniowy od 1 do 31 marca 2017 r., poświadczając wskazaną przez powodów ilość jako roboty wykonane, przyjmując stawkę 28,32 zł/m<sup>2</sup> i akceptując ostatecznie płatność w wysokości 4.953,17 zł (dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 8 k.518-519).

Na tej podstawie w dniu 28 kwietnia 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 7.445.139,75 zł netto (9.157.521,89 zł brutto).

dowód: faktura VAT nr (...) k.520

Następnie pismem z dnia 4 maja 2017 r. Inżynier Kontraktu przesłał powodom korekty Przejściowych Świadczeń Płatności nr 7 i 8. Korekty były związane m.in. z pismem pozwanego z dnia 4 maja 2017 r., w którym to pozwany ustalił nową, tymczasową cenę za rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w kwocie 82,07 zł/m<sup>2</sup>. Z załączonych do korekt (...) dokumentów wynikały następujące ilości robót polegających na rozbiórce warstwy z kostki kamiennej wykonane przez powodów oraz wartości tych robót przy przyjęciu nowej stawki ustalonej przez pozwanego:

- Przejściowe Świadczenie Płatności nr 7 – 5077,30 m<sup>2</sup> o wartości 416.694,01 zł netto;

- Przejściowe Świadczenie Płatności nr 8 – 174,90 m<sup>2</sup> o wartości 14.354,04 zł netto łącznie 431.048,05 zł netto.

dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 4 maja 2017 r. k.522, korekty k.523-531, 532-540, pismo pozwanego z dnia 4 maja 2017 r. k.512

W dniu 4 maja 2017 r. powodowie w związku z wystawionymi przez Inżyniera Kontraktu korektami, wystawili faktury korygujące do faktury VAT nr (...) z dnia 4 kwietnia 2017 r. oraz nr (...) z dnia 28 kwietnia 2017 r. Wartości faktur korygujących odpowiadały wartościom poświadczonym w korektach Przejściowych Świadczeń Płatności nr 7 i 8.

dowód: pismo powodów z 5.05.2017 r. k.544-545, faktury korygujące k.546-549

W kolejnym piśmie z dnia 23 maja 2017 r. powodowie przekazali Inżynierowi Kontraktu i pozwanemu roszczenie przejściowe, wskazując, że w korekcie Przejściowych Świadczeń Płatności nr 7 i 8, łączne wynagrodzenie za rozbiórkę nawierzchni z kostki kamiennej określono na kwotę 431.048,05 zł netto ( $5.250,20 \text{ m}^2 \times 82,07 \text{ zł/m}^2$ ), a zgodnie z Umową przy zastosowaniu stawki kontraktowej w wysokości 204,80 zł/m<sup>2</sup> wynagrodzenie powinno wynieść 1.075.650,56 zł netto. W związku z tym pozwany nie zapłacił należnego powodom wynagrodzenia w kwocie 644.602,51 zł netto [ $1.075.650,56 \text{ zł}$  (liczonego jako  $5.252,20 \text{ m}^2 \times 204,80 \text{ zł/m}^2$ ) – 431.048,05 zł].

dowód: pismo powodów z 23.05.2017 r. k.851-854

Pismem z dnia 23 maja 2017 r. powodowie złożyli także pełne szczegółowe roszczenie ostateczne, zgodnie z Subklauzuli 20.1 WOiSK, dochodząc zapłaty odsetek z tytułu braku terminowej zapłaty należnego powodom wynagrodzenia za roboty zrealizowane w okresie objętym PŚP nr 5, które zostały naliczone od 18 listopada 2016 r. do dnia wystawienia przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 7, który objął roboty wykonane we wcześniejszym okresie objętym PŚP nr 5. Wartość roszczenia o odsetki z tytułu opóźnienia w zapłacie należnego wynagrodzenia w wysokości 13.630,12 zł powodowie naliczyli od dnia 19 listopada 2016 r. (dzień następujący po dniu wystawienia PŚP nr 5) do dnia 30 marca 2017 r.

dowód: pismo powodów z 23.05.2017 r. k.851-854

Pismem z dnia 7 sierpnia 2017 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 24.046,70 m<sup>2</sup> (dowód: wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności z załącznikami k.553-614).

W piśmie z 10 sierpnia 2017 r. Inżynier kontraktu przekazał powodom pismo pozwanego z 10 sierpnia 2017 r., w którym pozwany w nawiązaniu do Dziennika Nadzoru Autorskiego z 28 lipca 2017 r. poinformował, że zgodnie z przedmiotowym dziennikiem należy zachować istniejącą podbudowę DK8 z kostki kamiennej na odcinkach, na których nasyp na przedmiotowej kostce wyniesie nie mniej niż 2,0 m (łącznie z (...)).

dowód: pismo pozwanego z 10.08.2017 r. k.1450, pismo Inżyniera Kontraktu k.1449, Dziennik Nadzoru Autorskiego k.1046, 1451, schemat budowy nasypu k.1452

Powodowie w piśmie z dnia 18 sierpnia 2017 r. poinformowali Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu, że przyjmują do wiadomości powyższe polecenie Inżyniera i Zamawiającego i będą wykonywać rozbiórkę nawierzchni z kostki zgodnie z Dziennikiem Nadzoru Autorskiego. W trybie art. 651 k.c. zwrócił jednakże uwagę na braki w dokumentacji projektowej i zagrożenia związane z wykonaniem części prac na nasypie na podłożu z kostki kamiennej. Jednocześnie podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko dotyczące rozliczenia rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej, przedstawiając ponownie szczegółowe uzasadnienie oraz wykazując wadliwość stanowiska pozwanego. Powodowie wskazali m.in. na następujące fakty:

- a) cena jednostkowa robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej została wskazana w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1 poz. 14 i wynosi 204,80 zł/m<sup>2</sup>;
- b) Inżynier Kontraktu wskazywał pozwanemu, że nie znajduje żadnych podstaw do wprowadzania nowych cen jednostkowych za realizowane roboty, a samo wprowadzenie nowej stawki wynikało z nieumotywowanego nakazu Kierownika Projektu;
- c) działania Pozwanego i Inżyniera są sprzeczne z § 1 ust. 2 Aktu Umowy, § 4 ust. 1 Aktu Umowy, § 9 ust. 2 Aktu Umowy;

d) § 14 (c) WOiSK w powiązaniu z innymi klauzulami zobowiązuje pozwanego do zapłaty Ceny Kontraktowej liczonej jako ilość rzeczywiście wykonanych robót przemnożoną przez cenę przewidzianą w Umowie. Fakt różnicy pomiędzy faktycznym obmiarem a przedmiarem nie ma żadnego wpływu na należne powodowi wynagrodzenie;

e) ze względu na wykreślenie przez pozwanego z Warunków Ogólnych Subklauzuli 12,3 lit. (a), nie ma podstawy kontraktowej, aby cena jednostkowa ulegała korektom ze względu na zaistnienie którejś z przesłanek wskazanych w tej klauzuli – tym samym cena jednostkowa wprowadzona do Umowy na bazie Oferty i Kosztorysu Ofertowego powodów stanowi cenę stałą, niepodlegającą zmianom ze względu na ilość rzeczywiście wykonanych robót;

f) kwestia wysokości ceny jednostkowej za rozbiórkę nawierzchni kostki brukowej kamiennej była badana przez Krajową Izbę Odwoławczą, która stwierdziła, że cena zaoferowana przez powodów jest adekwatna do wymagań pozwanego i do postanowień SIWZ, a co więcej, w trakcie tego postępowania okazało się, że pozwany miał wiedzę, że w rzeczywistości ilość kostki jest znacznie większa niż wskazana w przedmiarze

dowód: pismo powodów z 18.08.2017 r. k.379-397

W dniu 1 września 2017 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 12, poświadczając tę ilość jako roboty wykonane, włączając płatność za te roboty wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł, akceptując ostatecznie płatność za te roboty

w wysokości 1.973.512,67 zł netto. Na tej podstawie powodowie wystawili w dniu 5 września 2017 r. fakturę VAT nr (...).

dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 12 k.617-618, faktura VAT nr (...) k.619

Pismem z dnia 13 listopada 2017 r. pozwany zaprosił powodów do wzięcia udziału w negocjacjach w sprawie cen rozbiórki warstwy z kostki kamiennej i rozbiórki warstwy betonowej o średniej grubości 15 cm (dowód: pismo pozwanego z 13.11.2017 r. k.960).

W związku z dalszymi pracami polegającymi na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej, powodowie w kolejnych wystąpieniach o wydanie Przejściowych Świadczeń Płatności wnioskowali o dokonanie zapłaty za wykonane roboty:

a) pismem z dnia 7 września 2017 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 13, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej. Inżynier Kontraktu poświadczyl wykonanie 29.554,60 m<sup>2</sup> robót, włączył płatność za roboty do wystawionego w dniu 2 października 2017 r. Przejściowego Świadczenia Płatności nr 13 wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł/m<sup>2</sup>, akceptując ostatecznie płatność w wysokości 2.425.546,02 zł netto. W dniu 5 października 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...);

b) pismem z dnia 6 października 2017 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 14, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej. Inżynier Kontraktu poświadczyl wykonanie 2.428,40 m<sup>2</sup> robót, włączył płatność za roboty do wystawionego w dniu 30 października 2017 r. Przejściowego Świadczenia Płatności nr 14, wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł, akceptując ostatecznie płatność w wysokości 199.298,79 zł netto. W dniu 3 listopada 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...);

c) pismem z dnia 7 listopada 2017 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 15, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej. Inżynier Kontraktu poświadczyl wykonanie 30.924,90 m<sup>2</sup> robót, włączył płatność za roboty do wystawionego w dniu 29 listopada 2017 r. Przejściowego Świadczenia Płatności nr 15 wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł, akceptując ostatecznie płatność w wysokości 2.538.006,54 zł netto. W dniu 5 grudnia 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...);

d) pismem z dnia 7 maja 2018 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 16, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej. Inżynier Kontraktu poświadczyl

wykonanie 6.566,40 m<sup>2</sup> robót, włączył płatność za roboty do wystawionego w dniu 30 maja 2018 r. Przejściowego Świadczenia Płatności nr 19 wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł, akceptując ostatecznie płatność w wysokości 538.904,44 zł netto. W dniu 30 maja 2017 r. powodowie wystawili fakturę VAT nr (...).

dowód: wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 13 z załącznikami k.621-688, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 13 k.691-692, faktura VAT nr (...) k.693, wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 14 z załącznikami k.695-704, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 14 k.707-708, faktura VAT nr (...) k.709, wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 15 z załącznikami k.711-763, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 15 k.766-768, faktura VAT nr (...) k.768, wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 19 z załącznikami k.770-788, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 19 k.791-792, faktura VAT nr (...) k.793

Powodowie składali kolejne przejściowe powiadomienia o roszczeniu po każdym wystawionym przez Inżyniera Kontraktu Przejściowym Świadczeniu Płatności, w którym Inżynier Kontraktu nie poświadczał całej płatności za wykonanie rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej po stawce ustalonej w umowie:

a) pismem z dnia 20 czerwca 2017 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie wskazując, że w wystawionym PŚP nr 9 Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia w wysokości 644.602,51 zł netto. Powodowie wskazali ponadto, że od początku realizacji Umowy wykonali roboty polegające na rozbiórce warstwy z kostki kamiennej w ilości 5.252,20 m<sup>2</sup>, otrzymując przy tym wynagrodzenie w wysokości 431.048,05 zł liczone po jednostkowej cenie tymczasowej w wysokości 82,07 m<sup>2</sup>;

b) pismem z dnia 3 października 2017 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 12 Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia w wysokości 2.951.251,49 zł netto (łącznie od początku realizacji Umowy 3.595.854,00 zł netto);

c) pismem z dnia 31 października 2017 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 13 Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia w wysokości 3.627.236,06 zł netto (łącznie od początku realizacji Umowy 7.223.090,06 zł netto);

d) pismem z dnia 28 listopada 2017 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 14 Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia w wysokości 298.037,53 zł netto (łącznie od początku realizacji Umowy 7.521.127,59 zł netto);

e) pismem z dnia 18 stycznia 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 16, Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia w wysokości 3.795.412,98 zł netto (łącznie od początku realizacji Umowy 11.316.540,56 zł netto);

f) pismem z dnia 15 lutego 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 16 Inżynier Kontraktu ponownie nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia za wykonane roboty w łącznej kwocie 11.316.540,56 zł netto;

g) pismem z dnia 15 marca 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 17 Inżynier Kontraktu ponownie nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia za wykonane roboty w łącznej kwocie 11.316.540,56 zł netto;

h) pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 17 Inżynier Kontraktu ponownie nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia za wykonane roboty w łącznej kwocie 11.316.540,56 zł netto;

i) pismem z dnia 10 maja 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 18 Inżynier Kontraktu ponownie nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia za wykonane roboty w łącznej kwocie 11.316.540,56 zł netto;

j) pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. powodowie przedstawili kolejne przejściowe roszczenie, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 19, Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego Powodom wynagrodzenia za rozbiórkę warstwy z kostki kamiennej w wysokości 805.984,27 zł netto (łącznie od początku realizacji Umowy 12.122.434,84 zł netto).

dowód: pismo powodów z 20.06.2017 r. k.795, pismo powodów z 03.10.2017 r. k.797, pismo powodów z 31.10.2017 r. k.799, pismo powodów z 28.11.2017 r. k.801, pismo powodów z 18.01.2017 r. k. 803-804, pismo powodów z 15.02.2018 r. k.806-807, pismo powodów z 15.03.2018 r. k.809-810, pismo powodów z 12.04.2018 r. k.812-813, pismo powodów z 10.05.2018 r. k.815-816, pismo powodów z 07.06.2018 r. k.818-819

W dniu 10 lipca 2018r. powodowie wystąpili do Sądu Rejonowego w Białymstoku z wnioskiem o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej w przedmiocie zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy za rozbiórkę warstwy z kostki kamiennej przy zastosowaniu stawki określonej w Kontrakcie. Do zawarcia ugody między stronami nie doszło.

dowód: wniosek o zawezwanie do próby ugodowej k.967-979

Pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. powodowie, w trybie Subklauzuli 20.1 w zw. z Subklauzulą 4.1, 12.1, 12.2, 14.1 WOiSK, wnieśli do Inżyniera Kontraktu i do pozwanego roszczenie ostateczne o dodatkową płatność oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie. Przywołując w tym piśmie cały stan faktyczny, będący podstawą złożonego roszczenia oraz uzasadnienie prawne oparte na postanowieniach zawartej Umowy, wnieśli o płatność kwoty 12.122.434,84 zł netto powiększonej o należny podatek VAT oraz odsetki ustawowe za opóźnienie w płatności. Jednocześnie powodowie wskazali, że do dnia złożenia roszczenia ostatecznego Inżynier Kontraktu potwierdził wykonanie robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 98.773,20 m<sup>(2)</sup>.

dowód: pismo powodów z dnia 2 sierpnia 2018 r. k.821-834

W dniu 24 września 2018 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli powodów i pozwanego w sprawie negocjacji dotyczących ugody w sprawie rozliczenia rozbiórki warstwy z kostki kamiennej na odcinku lb P.-O.. Powodowie zaproponowali wówczas pozwanemu przyjęcie ceny jednostkowej za rozbiórkę nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w wysokości 188,26 zł/m<sup>2</sup>, przy kontrpropozycji pozwanego wskazującej na maksymalną wartość propozycji przy cenie jednostkowej 88,70 zł/m<sup>2</sup>. Powodowie zaproponowali dalszą możliwość obniżenia ceny jednostkowej o kolejne 6 zł/m<sup>2</sup> oraz odstąpienie od naliczania odsetek z tytułu nieterminowej zapłaty kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną zawartą w Kosztorysie Ofertowym oraz ceną tymczasową w przypadku zawarcia ugody. Strony ustaliły kolejne spotkanie celem rozmów dotyczących ustalenia dalszych ustępstw.

dowód: notatka ze spotkania negocjacyjnego w dniu 24.09.2018 r. k.962

Pismem z dnia 26 września 2018 r. Inżynier Kontraktu w związku z brakiem uzgodnienia przez pozwanego odrzucił Roszczenie nr 24. W uzasadnieniu (za stanowiskiem pozwanego) Inżynier Kontraktu wskazał, że roszczenie to należało odrzucić z uwagi na fakt, że rozliczenie robót związanych z rozbiórką warstwy z kostki kamiennej powinno odbyć się jako rozszerzenie przedmiaru przy ustaleniu nowej ceny jednostkowej.

dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 26 września 2018 r. k.836, pismo pozwanego z 20 września 2018 r. k.837

Pismem z 26 września 2018 r. Inżynier zgodnie ze stanowiskiem pozwanego odrzucił również Roszczenie nr 28 „Brak płatności za rozbiórkę nawierzchni z kostki kamiennej” wskazując m.in., że powodowie błędnie wyliczyli kwotę odsetek przyjmując, że data wystawienia PŚP jest datą wymagalności roszczenia, a także, że powodowie nie udowodnili w roszczeniu podstawy naliczenia odsetek dochodzonych w roszczeniu (dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 26.09.2018 r. k.856-857, pismo pozwanego z 20.09.2018 r. k.858).

Pismem z dnia 4 października 2018 r. powodowie wnieśli w trybie Subklauzuli 20.1 w zw. z Subklauzulą 4.1, 12.1, 12.3 i 14.1 do Inżyniera Kontraktu powiadomienie o roszczeniu w zakresie przysługującej powodom zapłaty należnego wynagrodzenia za zrealizowane roboty polegające na rozbiórce kostki kamiennej na drodze (...) w km 1+282,60 - 2+998,80. Wskazali, że wykonali roboty w ilości 13.349,20 m<sup>(2)</sup>, które rozliczane po cenie kontraktowej 204,80 zł/m<sup>(2)</sup> dają wartość wynagrodzenia w wysokości 2.733.916,16 zł netto. Do powiadomienia o roszczeniu, powodowie załączyli operat geodezyjny nr (...) dot. inwentaryzacji rozbiórki kostki granitowej poświadczający powierzchnię rozbiórki w ilości 13.349,20 m<sup>(2)</sup>.

dowód: pismo powodów z dnia 4 października 2018 r. wraz z załączonym operatem geodezyjnym nr (...) k.860-878

Kolejnym pismem z dnia 4 października 2018 r. powodowie wystąpili o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 25, przedkładając dowody rozebrania nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 13.349,20 m<sup>(2)</sup>. Inżynier Kontraktu poświadczył tę ilość jako roboty wykonane, włączył płatność do wystawionego w dniu 30 października 2018 r. PŚP nr 25 wyliczoną po cenie jednostkowej 82,07 zł, akceptując (co do zasady) płatność w wysokości 1.095.568,84 zł netto. Powodowie wystawili w dniu 31 października 2018 r. fakturę VAT nr (...). Jednakże, płatność w wysokości 328.670,66 zł netto została wstrzymana przez Inżyniera Kontraktu i do dnia dzisiejszego pozostaje niezapłacona.

dowód: Wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności z dnia 4 października 2018 r wraz z dokumentacją potwierdzającą wykonanie robót k.880-904, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 25 z dnia 30 października 2018 r. k.907-908, faktura VAT nr (...) k.909

Pismem z dnia 31 października 2018 r. powodowie przedstawili roszczenie przejściowe, wskazując, że w związku z wystawionym przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 25, Inżynier Kontraktu nie poświadczył należnego powodom wynagrodzenia za rozbiórkę warstwy z kostki kamiennej w wysokości 1.638.347,31 zł netto. Kolejne roszczenie przejściowe zostało wniesione przez powodów w dniu 28 listopada 2018 r.

dowód: pismo powodów z dnia 31 października 2018 r. k.911, pismo powodów z dnia 28 listopada 2018 r. k.913

We wniosku o zatwierdzenie robót nr (...) (...) złożonym przez powodów w dniu 1 października 2018 r. Inżynier Kontraktu zatwierdził i zaakceptował roboty polegające na rozbiórce warstwy z kostki kamiennej w ilości 13.349,20 m<sup>(2)</sup> (dowód: wniosek o zatwierdzenie robót nr (...). (...)(...) z dnia 1 października 2018 r. k.915-916, 917-918).

Następnie w dniu 6 listopada 2018 r. powodowie wnieśli o wydanie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 26, a w dniu 14 grudnia 2018 r. wystąpili o wydanie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 27, każdorazowo wnosząc o rozliczenie wstrzymanej płatności za 30% wykonanych robót. Inżynier Kontraktu w dniu 29 listopada 2018 r. wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 26, a w dniu 14 grudnia 2018 r. wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 27, nie uwzględniając jednak powyższego żądania o rozliczenie.

dowód: wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 26 k.920-924, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 26 k.925-928, wystąpienie o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 27 k.930-936, Przejściowe Świadczenie Płatności nr 27 k.939-940

W dniu 7 listopada 2018 r. odbyło się kolejne spotkanie przedstawicieli powodów i pozwanego w sprawie negocjacji dotyczących ugody w sprawie rozliczenia rozbiórki warstwy z kostki kamiennej. Pozwany zaproponował wówczas powodom przyjęcie średniej ceny rozbiórki warstwy z kostki kamiennej wraz z odwozem na poziomie 88,70 zł/m<sup>2</sup>. Powodowie nie zgodzili się i zaproponowali ostateczną stawkę w wysokości 182,84 zł/m<sup>2</sup> uzasadniając to zmniejszonymi nakładami. **Jednocześnie w notatce z tego spotkania wskazano, że ostateczna ilość rozbiórki kostki kamiennej na Kontrakcie wyniosła 112.122,40 m<sup>2</sup>.**

dowód: notatka ze spotkania negocjacyjnego w dniu 7.11.2018 r. k.964-965

Pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. powodowie wnieśli szczegółowe roszczenie ostateczne domagając się płatności należnego im wynagrodzenia w wysokości 1.967.017,97 zł netto plus należny podatek VAT oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Powodowie, uzasadniając roszczenie ostateczne wskazali, że Inżynier Kontraktu faktycznie poświadczył mniejszą niż pierwotnie ilość robót w zakresie rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w wysokości 9.344,44 m<sup>2</sup>, bowiem wstrzymał z płatności kwotę 328.670,66 zł netto.

dowód: pismo powodów z dnia 20 grudnia 2018 r. k.942-952

W dniu 26 lutego 2019 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 28, którym zwolnił wstrzymaną płatność w kwocie 328.670,66 zł netto oraz poświadczył ją do płatności. Kwota ta została objęta fakturą VAT nr (...) z dnia 26 lutego 2019 r.

dowód: Przejściowe Świadczenie Płatności nr 28 z dnia 26 lutego 2019 r. k.955-956, faktura VAT nr (...) k.958

Dla dróg dojazdowych/lokalnych został sporządzony odrębny kosztorys ofertowy nr 2.5. Roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej betonowej (a nie kamiennej), które znajdowały się m.in. na stacji paliw (...) P. w km 541+500<sup>29</sup> zostały rozliczone w ramach pozycji nr 10 Kosztorysu Ofertowego nr 2.5 („Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej betonowej gr. 8 cm”).

dowód: kosztorys ofertowy nr 2.5 k.1521-1523, wystąpienia o odbiór robót wraz z załącznikami k.1465-1476, 1478-1488, 1490-1498, przejściowe świadectwa płatności nr 3,4,5 i 27 k.1501-1504,1506-1509, 1510-1514, 1516-1519, Kosztorys ofertowy nr 2.5 k.1521-1523

Za przygotowanie i realizację kontraktu odpowiedzialny był oddział pozwanego w B., natomiast teren prac przynależał do oddziału w W.. Brak komunikacji między oddziałami spowodował, że przygotowanie kontraktu było wadliwe. Na początku rozmowy z biurem projektowym prowadził oddział pozwanego GDDKiA

w W., następnie polecenie dokończenia dokumentacji i przejęcia obowiązków inwestora otrzymał oddział w B.. Oddział w W. odebrał i opłacił dokumentację koncepcyjną. Dokumentacja ta nie była weryfikowana przez oddział w B.. GDDKiA nie zgodziła się na odwierty w środku drogi, ponieważ było tam duże natężenie ruchu. Pozwany zlecił odwierty dopiero na etapie postępowania przez KIO. Odwierty wykazały zaleganie kostki kamiennej o grubości 6-20 cm. Badania nie zostały zrobione przed ogłoszeniem przetargu.

dowód: zeznania świadka S. T. k.1560-1560v, zeznania świadka J. S. (1) k.1560v-1561, zeznania świadka A. A. k.1759-1760v, częściowo zeznania R. S. – członka zarządu interwenienta ubocznego k.1763v-1764v, zeznania świadka J. S. (2) k.1764v-1765, zeznania świadka J. M. (1) k.1774-1774v, zeznania świadka W. J. k.1774v-1775, częściowo zeznania W. B. k.1775-1775v

Powodowie realizowali inwestycję w systemie buduj. Pracowały na dokumentacji projektowej i kosztorysie ofertowym przygotowanym przez (...)na zlecenie Zamawiającego. Powodem skalkulowania ceny jednostkowej w Kosztorysie Ofertowym powodów była zmiana SIWZ przez Zamawiającego, w której doprecyzował, że kostkę kamienną chce zachować dla siebie i polecił wywieźć ją na wskazane przez siebie miejsca do 100 km. Jednocześnie pozwany w SIWZ

nie wskazał miejsc zalegania kostki kamiennej podlegającej rozbiórce jak również konkretnych miejsc składowania kostki. Transport jest najdroższą z pozycji, a powodowie nie wiedzieli gdzie kostka będzie rozbierana, w jakiej ilości i w jakie konkretne miejsca będzie przewożona. Kosztorys ofertowy określał ilość kostki brukowej, której w rzeczywistości było znacznie więcej i już na etapie postępowania przed KIO oszacowano ją na poziomie 112.784,28 m<sup>2</sup>. Droga miała około 18 km i okazało się, że na całym odcinku jest kostka kamienna. Nie było tam nawierzchni kostki kamiennej widzianej wzrokowo. Jedyna kostka, która była widoczna, to kostka betonowa na stacjach paliw, której rozbiórka była rozliczana według kosztorysu 2.5.

dowód: zeznania świadka M. A. k.1559v-1560, zeznania świadka S. T. k. 1560 (minuta 00:55:18), zeznania świadka A. A. k. 1759-1760v, zeznania świadka A. J. k.1762v-1763

Roboty rozbiórkowe rozpoczęły się na samym początku realizacji kontraktu. Cała kostka kamienna, którą usuwali powodowie była przykryta warstwami bitumicznymi. Wykonawca najpierw rozbierał nawierzchnię z warstwy bitumicznej, a potem z kostki kamiennej. Po wyfrezowaniu warstw bitumicznych powodowie oczyszczali warstwę z zalegającej frezowiny. Potem mechanicznie za pomocą młotów i koparek rozbijali kostkę, ponieważ była ona połączona zaprawą cementową. Kostka znajdującą się pod powierzchnią asfaltową miała nieregularny kształt od 5 do 20 cm. Następnie kostka była ładowana na samochody za pomocą koparek i przewożona do punktów czyszczenia. Oczyszczona kostka jechała na miejsce wskazane przez zamawiającego, gdzie była hałdowana. Powodowie dokonując rozbiórki kostki kamiennej używali sprzętu mechanicznego. Rozbiórka ręczna przy tak dużej ilości kostki uniemożliwiłaby zakończenie realizacji robót w wyznaczonym terminie. Oczyszczanie kostki i przygotowywanie jej do transportu wymagało częściowo pracy ręcznej. Koszt transportu wzrasta przy większych rozmiarach kostki z uwagi na jej ciężar i konieczność wykonania większej ilości transportu. Karty nadzoru autorskiego zostały wydane w trakcie realizacji robót w dniu 10 sierpnia 2017 r. Przed wydaniem kart część kostki została już rozebrana. Po wydaniu kart nadzoru określono i zweryfikowano miejsca, w których kostka mogła zostać.

dowód: zeznania świadka M. A. k.1559v-1560, częściowo zeznania świadka J. G. k 1761, zeznania świadka A. J. k.1762v-1763, częściowo zeznania R. S. – członka zarządu interwenienta ubocznego k.1763v-1764v, zeznania świadka J. S. (2) k.1764v-1765, fotografie k.1039-1042

Nakład pracy przy kostce różnej grubości jest taki sam, ale grubość kostki ma znaczenie dla transportu, bo im grubsza kostka tym większy transport jest potrzebny. Roboty rozliczane były w metrach kwadratowych. Cena za wywożenie kostki kamiennej była zryczałtowana. To Zamawiający wskazywał miejsce dostarczenia kostki kamiennej. Na etapie realizacji robót, miejsca, w których powodowie spółki miały składować kostkę wskazywał J. G. – kierownik projektu z ramienia pozwanego. Jedno miejsce znajdowało się bezpośrednio przy placu budowy, a drugie było oddalone o około 5 km. Najdalej oddalony odcinek składowania kostki nie przekraczał 20 km odległości od placu budowy. Kostka była oczyszczona przede wszystkim ażurową łyżką do koparki, żeby nie była zmieszana z ziemią.

dowód: zeznania świadka A. A. k.1759-1760v, zeznania świadka A. J. k.1762v-1763, J. S. (2) k.1764v-1765, częściowo zeznania świadka J. G. k.1760v, częściowo zeznania przesłuchanie W. B. w charakterze strony pozwanej k.1775v

Powodowie wykonali roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości **112.122,40 m<sup>2</sup>** (bezsporne).

W dniu 25 lutego 2018 r. (...) S.A. i (...) S.A. złożyły oświadczenie, w którym wskazały, że dokonały podziału wynagrodzenia za roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej (ujęte w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1. w poz. 14) w stosunku 70/30, tj. 70% należnego wynagrodzenia za te prace przypada (...), a 30% należnego wynagrodzenia za te prace przypada (...) (pkt I oświadczenia). W związku z tym (...) przysługuje względem Zamawiającego roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w wysokości 12.131.018,78 zł wraz z odsetkami za opóźnienie, a (...) przysługuje względem Zamawiającego roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w wysokości 5.199.008,09 zł wraz z odsetkami za opóźnienie (pkt II oświadczenia). W pkt III oświadczenia strony wskazały, że zawarta przez nie umowa konsorcjum nie była umową spółki cywilnej

w rozumieniu art. 860 i nast. k.c.

dowód: oświadczenie k.1011-1012

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił przede wszystkim na podstawie powołanych wyżej dowodów z dokumentów, uznanych przez Sąd za mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Treść tych dokumentów nie budziła wątpliwości Sądu co do ich autentyczności jak i wiarygodności. Prawdziwość dokumentów nie była też kwestionowana przez strony.

Podstawę ustaleń Sądu stanowiły również zeznania świadków: M. A., A. A., J. S. (1), A. J., J. S. (2),

Częściowo Sąd oparł się na zeznaniach świadków S. T., J. G., J. M. (2) i W. J. oraz w niewielkim zakresie na zeznaniach R. S. w charakterze interwenienta ubocznego i W. B.

w charakterze pozwanego.

Sąd nie znalazł powodów by zakwestionować prawdziwość zeznań świadka M. A., J. S. (1), A. A., A. J.

i J. S. (2). Były one bowiem spójne, jasne i logiczne i znajdowały potwierdzenie

w dowodach z dokumentów. Szczególnie istotne okazały się zeznania świadków A. A. i J. S. (2). Świadczenie ci nie byli związani z żadną ze stron kontraktu, a swoje obowiązki na budowie pełni w ramach nadzoru inwestorskiego wykonywanego przez firmę zewnętrzną.

Sąd dał wiarę zeznaniom S. T. za wyjątkiem dokonanej przez niego oceny, że rozbiórka kostki brukowej powinna być w rozbiórce warstw podbudowy i nie była przewidziana w kosztorysie. Ocena świadka pozostaje bowiem w sprzeczności z ustaleniami dokonanymi przez KIO, a także oświadczeniami i działaniami pozwanego, który na etapie przedkontraktowej oraz w toku postępowania przed KIO nie zgłaszał żadnych wątpliwości co kwalifikowania rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej z pozycji 14 kosztorysu 2.1. Na etapie składania ofert, a także w toku postępowania przed KIO nie było żadnych wątpliwości w jaki sposób rozumieć rozbiórkę nawierzchni kostki kamiennej z poz. 14. Takich wątpliwości nie miał nie tylko zamawiający, ale również odwołujący się oferent. Zauważyć należy, że niemal całe postępowanie dowodowe przed KIO koncentrowało się na pozycji 14 z kosztorysu 2.1 i kalkulacji ceny przez powodów. Odwołujący zarzucał bowiem powodowi posiadanie dodatkowej wiedzy, że pod warstwą bitumiczną znajduje się znacznie większa ilość kostki kamiennej niż wskazana w przedmiarze. Zamawiający ani razu nie zakwestionował w postępowaniu przed KIO wątpliwości co do rozumienia pozycji 14. Wystarczy przytoczyć oświadczenie pozwanego złożone przed KIO na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r., w którym wskazał na wykonanie odwiertów i oszacowanie ilości kostki kamiennej pod warstwą bitumiczną na poziomie 112.784,28 m<sup>2</sup> jako przewidywanej ilości maksymalnej w przedmiarze dla pozycji 4734 m<sup>2</sup>. Pozwany o wykładnię pozycji 14 zwrócił się do projektanta dopiero w kwietniu 2016 r., a zatem już po zawarciu umowy z powodami, co należy jednoznacznie ocenić jako element przyjętej przez niego taktyki i chęć uniknięcia rozliczenia rozbiórki kostki kamiennej po cenie z poz. 14 kosztorysu 2.1. W pozostałym zakresie zeznania tego świadka Sąd ocenił jako wiarygodne, gdyż były szczerze, obiektywne, przedstawiały okoliczności niekorzystne dla pozwanego.

Zeznania J. G. wymagały ostrożnej oceny z uwagi na jego zaangażowanie

w konflikt i miarkowanie ceny za rozbiórkę kostki kamiennej. Świadek jest pracownikiem GDDKiA i prezentował linię obrony przyjętą przez pozwanego. Sąd odmówił wiary zeznaniom tego świadka w zakresie w jakim zeznał, że GDDKiA dopiero w 2015 r. powzięła wiedzę, że pod nawierzchnią asfaltową znajduje się kostka kamienna. Jego zeznania pozostają bowiem w sprzeczności z zeznaniami świadka A. A. i J. S. (2), którzy potwierdzili wiedzę GDDKiA o kostce pod nawierzchnią asfaltową. Po pierwsze, obecność kostki kamiennej pod nawierzchnią potwierdzono już w czasie wykonywania odwiertów w 2012 r. Po drugie, tamtędy biegł kiedyś trakt carski i nie jest możliwe, aby GDDKiA profesjonalnie zajmującą się realizacją inwestycji drogowych nie miała takiej wiedzy. Po trzecie, już wcześniejsza realizacja obwodnicy W. potwierdziła obecność kostki kamiennej pod warstwą asfaltu. Po czwarte wreszcie, taką wiedzę posiadali nawet pracownicy GDDKiA z rejonu O.. Wystarczy spojrzeć na dokumentację powstałą przed

KIO, gdzie odwołujący zarzucał powodowi nieuczciwą konkurencję, opierając się na wiedzy pozyskanej właśnie od pracowników GDDKiA, że na niemal całym odcinku inwestycji znajduje się kostka kamienna.

W dokumentacji technicznej, a także powstałej przed KIO nie znajdują potwierdzenia też zeznania świadka J. G., że rozbiórka kostki kamiennej i jej oczyszczanie miało odbywać się ręcznie. W dokumentach przewidziano rozbiórkę co do zasady mechaniczną,

a tylko w niewielkim zakresie ręczną. Nie można też nie zauważyć w sprzeczności

w zeznaniach tego świadka. Z jednej bowiem strony zeznał, że kostka nie była oczyszczona,

a następnie, że później była oczyszczona. Zeznaniami tego świadka przeczą zeznania świadka J. S. (2), który potwierdził dostarczenie przez powodów oczyszczonej kostki na miejsce wskazane przez zawiązującego. Nie można też nie zauważyć w zeznaniach J. G. braku logiki. Pozwany rozliczał powodów z ilości kostki kamiennej. Takie rozliczenie nie byłoby możliwe w przypadku dostarczenia kostki nieoczyszczonej, wymieszanej

z podłożem. Zeznaniami świadka przeczy również dokumentacja fotograficzna przedłożona przez pozwanego, jak również zeznania świadków M. A. – dyrektora kontraktu ze strony powodowej i A. I. Kontraktu, którzy potwierdzili, że powodowie oczyszczali rozbieraną kostkę kamienną. Także zaprezentowana przez świadka definicja nawierzchni nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji technicznej. W pkt 1.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWOiRB) nr (...) „konstrukcja nawierzchni” została zdefiniowana jako układ warstw nawierzchni wraz ze sposobem ich połączenia, a „nawierzchnię” zdefiniowano jako warstwę lub zespół warstw służących do przyjmowania i rozkładania obciążeń od ruchu na podłoże gruntowe i zapewniające dogodny warunki dla ruchu, przy czym w ramach warstw nawierzchni wymieniono: warstwę ścieralną, warstwę wiążącą, warstwę wyrównawczą, podbudowę, podbudowę zasadniczą, podbudowę pomocniczą, warstwę mrozoochronną, warstwę docinającą i warstwę odsączającą. Brak jest zatem podstaw do zawężenia definicji nawierzchni do warstwy ścieralnej.

Zeznania R. S. złożone w imieniu interwenienta ubocznego Sąd uznał

w przeważającej mierze za stroniczne, nieobiektywne i niezgodne z zebraniem w sprawie materiałem dowodnym. Interwenient uboczny po stronie pozwanego jest zainteresowany wynikiem rozstrzygnięcia z uwagi na błędy w dokumentacji projektowej na podstawie, której powodowie realizowali inwestycję. Przedstawiona przez członka zarządu definicja nawierzchni pozostaje w sprzeczności z przytoczoną wyżej definicją nawierzchni z pkt 1.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWOiRB) nr (...). Nie można również uznać za wiarygodnych zeznań R. S., że koszt rozbiórki kostki kamiennej i brukowej są podobne. Kostka brukowa jest odpadem, nie podlega rozbiórce, gdyż nie może być ponownie wykorzystana w przeciwieństwie do kostki kamiennej, która jest cennym materiałem budowlanym. Koszt rozbiórki tej kostki jest znacznie wyższy z uwagi na konieczność jej zachowania, oczyszczenia i odtransportowania,

a jak przyznał interwenient uboczny, a potwierdzili świadkowie M. A., A. A., A. J. i J. S. (2) transport jest głównym elementem cenotwórczym, zwłaszcza na dużą odległość. Pozwany w SIWZ wskazał zaś odległość do 100 km. W zebraniem materiałem dowodnym nie znajdują również potwierdzenia zeznania R. S., że powodowie dokonywali rozbiórki kostki nie czekając na decyzję projektanta, co do pozostawienia kostki. Po dokonaniu wpisu przez (...)w Dzienniku Nadzoru Autorskiego w dniu 10 sierpnia 2017 r. powodowie potwierdzili, że przyjęli do wiadomości treść wpisu i pozostawią kostkę w miejscach wskazanych przez projektanta. Zgłosili jednakże na wady takiego rozwiązania, by uniknąć odpowiedzialności za niewłaściwe wykonanie. Nie można też nie zauważyć, że wszystkie prace wykonane przez powodów zostały bez zastrzeżeń odebrane. Pozwany nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do miejsca

i ilości rozebranej kostki. Spór koncentrował się wyłącznie wokół wyceny tych prac. Z tych samych względów Sąd odmówił wiary zeznaniom świadka J. M. (1) co do rozbiórki kostki w trakcie analiz biura projektowego oraz co do wykładni poz. 14 z kosztorysu 2.1. Także zeznania W. J. co do wykładni poz. 14 z kosztorysu 2.1 Sąd uznał za nieobiektywne i stanowiące nieudolną próbę wsparcia stanowiska pozwanego. Wyjaśnienia przedstawicieli biura projektowego, że kostka kamienna, to w rzeczywistości kostka brukowa, i to nie kostka na drodze ekspresowej, tylko na parkingach objętych kosztorysem 2.5, a także że grubość 10 cm jest niewłaściwa są tak absurdalne i nielogiczne, że trudno w oparciu o nie dokonywać ustaleń faktycznych.

Także zeznania W. B. w charakterze pozwanego nie miały większej wartości dowodowej z uwagi na interes w rozstrzygnięciu sporu na korzyść pozwanego. W świetle dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji inwestycji nieuzasadnione jest stanowisko strony pozwanej co do ręcznej, a nie mechanicznej rozbiórki kostki kamiennej.

Sąd oddalił wniosek pozwanego o zobowiązanie powodów do przedstawienia oferty podwykonawcy lub podwykonawców na roboty polegające na rozbiórce kostki kamiennej wraz z projektem umowy podwykonawczej oraz wniosek pozwanego o zobowiązanie powodów do złożenia rozliczeń wykonawcy z podwykonawcą, uznając, że dowody te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (art. 235<sup>(2)</sup> § 1 pkt 2 k.p.c.). Kwestia rozliczenia się powodów z podwykonawcą jest ich wewnętrzną sprawą i nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu albowiem kontrakt był rozliczany na podstawie m<sup>(2)</sup> i stałej ceny wskazanej w kosztorysie ofertowym, a pozwany usunął w drugim akapicie Subklauzuli 12.3 całą treść podpunktu (a), który dopuszczał ustalanie dla elementu roboty nowej stawki lub ceny, jeżeli pomierzona ilość danego elementu zmieni się o więcej niż 10% w stosunku do ilości ustalonej dla tego elementu w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie.

Na podstawie art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 2 i 5 k.p.c. Sąd oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania i rozliczania robót drogowych na wskazane przez stronę pozwaną okoliczności (k.1022, k.1367) jako niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia i zmierzający jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania z uwagi na ocenę prawną dokonaną poniżej.

Na podstawie art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 5 k.p.c. Sąd pominął także dowód z dokumentów złożonych przez stronę powodową na rozprawie 8 grudnia 2021 r., przyjmując, że zmierza on wyłącznie do przedłużenia postępowania.

Na podstawie art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 2 k.p.c. Sąd oddalił wniosek z pkt 63 pisma procesowego pozwanego z 22 listopada 2019 r. (przedstawienie korespondencji dotyczącej wyceny robót z pozycji 14 i realizacji robót), uznając ten wniosek za bezprzedmiotowy i nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia. Strony wiązała bowiem kwota ustalona w kosztorysie ofertowym 2.1 z poz. 14.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo podlegało uwzględnieniu w całości.

Poza sporem pozostawała okoliczność, że (...) S.A. w (...) S.A.

w B. w ramach realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-B. do parametrów drogi ekspresowej na odcinku W. – granica województwa (...)” odcinek Ib – węzeł (...) (bez węzła) – obwodnica O. od km 529+470,00 do km 545+582,04 o długości ok. 16,11 km” wykonali roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki kamiennej. Bezsorna była również ilość rozebranej kostki, a także fakt przetransportowania jej na miejsca wskazane przez Zamawiającego. W świetle zebranego materiału dowodowego nie ulegało również wątpliwości, że powodowie dostarczyli pozwanemu oczyszczoną kostkę, tj. bez podsypki.

Pomimo wykonania umówionych robót pozwany nie uiścił powodom całego wynagrodzenia, zarzucając, że rozbiórka nawierzchni z kostki kamiennej nie była objęta Kosztorysem Ofertowym 2.1 i nie podlegała rozliczeniu według poz. 14 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm”, a zatem po cenie 204,80 zł/m<sup>2</sup>. Poza tym pozwany zarzucał wykonanie przez powodów przedmiotowych robót w inny sposób niż przewidziany dla zastosowania powyższej stawki rozliczeniowej, co uzasadniało w ocenie pozwanego ustalenie nowej (niższej) ceny jednostkowej za te roboty w trybie Subklauzuli 12.3. Szczególnych Warunków Kontraktu. Sąd nie podzielił argumentacji pozwanego z następujących przyczyn.

I. Powodowie realizowali umowę w systemie buduj. Przygotowanie projektu budowlanego należało do pozwanego. Dokumentacja projektowa związana z realizacją zamówienia została opracowana na zlecenie pozwanego przez biuro projektowe (...) sp. z o.o. w K. . Projektant stworzył m.in. specyfikacje techniczne i tzw. kosztorys ślepy,

a w ramach stadium koncepcji programowej i projektu wykonawczego powstał także przedmiar robót. Zgodnie z obowiązującym w czasie przeprowadzania przetargu art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaś w myśl art. 32 ust. 1 tej ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Nie ulega zatem wątpliwości, że odpowiedzialność za sposób określenia przedmiotu zamówienia (w tym ilości rodzaju i ilości robót oraz ich wartości) i wymogów przetargowych obciąża w pełni Zamawiającego, zaś Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności ani konsekwencji za zaniedbania Zamawiającego w tym zakresie.

W pkt 6 Opis przedmiotu zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej wyraźnie zaznaczono, że specyfikacje techniczne powinny być opracowane tak, aby umożliwić jasną wykładnię wymaganych standardów robocizny, materiałów oraz wykonania towarów i usług, które mają być zamówione, przy czym specyfikacje te są ściśle powiązane z dokumentacją projektową i ślepy kosztorysem, który jest sporządzany na podstawie Przedmiaru Robót. Co do Przedmiaru Robót wskazano zaś, że zawiera on zestawienie ilościowe w porządku technologicznym robót do wykonania wraz ze szczegółowymi wymaganiami dla Wykonawcy Robót, a Kosztorys Ofertowy miał być sporządzany na podstawie Przedmiaru Robót. Niewątpliwie zatem dokumentacja stanowiąca podstawę przedmiotowego przetargu winna być pełna i kompletna,

a Wykonawcy byli zobowiązani do opracowania swoich ofert na jej podstawie.

II. Pozwany nie weryfikował odebranej dokumentacji projektowej, w szczególności przedmiaru robót, pomimo, że przy zachowaniu należytej staranności mógł wychwycić niezgodność w przedmiarze robót z poz. 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. Jako wykazało bowiem postępowanie dowodowe Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad miała wiedzę, że na całej długości realizowanej inwestycji pod warstwą bitumiczną znajduje się kostka kamienna. Brak komunikacji czy nienależyta komunikacja pomiędzy Oddziałami GDDKiA w W. i w B. nie zwalnia pozwanego z odpowiedzialności. GDDKiA jest podmiotem profesjonalnie, od kilkudziesięciu lat zajmującym się realizacją inwestycji drogowych i taka okoliczność jak przebieg traktu carskiego nie powinien być dla niej zaskoczeniem, tym bardziej gdy wiedzę taką mieli „zwykli” pracownicy z Oddziału (...) w O., i przy wykonaniu prostego działania matematycznego można było powziąć wątpliwości co do przedmiaru z poz. 14. W Przedmiarze Robót nr 2.1 w poz. 14 „ Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr. 10 cm” wskazano ilość 4.734 m<sup>(2)</sup>, podczas gdy już na etapie postępowania przed KIO ustalono, że może być jej około 112.784,28 m<sup>(2)</sup>.

III. Na etapie postępowania przetargowego, a także na etapie postępowania przed KIO pozwany nie wskazywał na błędne rozumienie przez oferentów, w tym odwołującego i powodów poz. 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. Nie zwracał się również wówczas do projektanta o wyjaśnienie tej pozycji. Zarówno dla Zamawiającego (pозwanego) jak i odwołującego, a także powodów było jasne, że chodzi o rozbiórkę nawierzchni z kostki kamiennej znajdującej się pod warstwą bitumiczną, a nie o warstwę ścieralną, bo takiej na tym odcinku nie było. Zauważyć należy, że niemal całe postępowanie dowodowe przed KIO koncentrowało się na pozycji 14 z kosztorysu ofertowego 2.1 i kalkulacji ceny przez powodów. Odwołujący zarzucał bowiem powodowi posiadanie dodatkowej wiedzy, że pod warstwą bitumiczną znajduje się znacznie większa ilość kostki kamiennej niż wskazana w przedmiarze. Zamawiający ani razu nie zakwestionował w postępowaniu przed KIO wątpliwości co do rozumienia pozycji 14. Wystarczy przytoczyć oświadczenie pozwanego złożone przed KIO na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r., w którym wskazał na wykonanie odwiertów i oszacowanie ilości kostki kamiennej pod warstwą bitumiczną na poziomie 112.784,28 m<sup>(2)</sup> jako przewidywanej ilości maksymalnej

w przedmiarze dla pozycji 4.734 m<sup>(2)</sup>. Pozwany o wykładnię pozycji 14 zwrócił się do projektanta dopiero w kwietniu 2016 r., a zatem już po zawarciu umowy z powodami, co należy jednoznacznie ocenić jako element przyjętej przez niego taktyki i chęć uniknięcia rozliczenia rozbiórki kostki kamiennej po cenie z poz. 14 kosztorysu 2.1. Nie można też pominąć, że pozwany przed dokonaniem wyboru oferty powodów pismem z 20 listopada 2015 r. zwrócił się do

powodów o wyjaśnienie tak wysokiej ceny z poz. 14 Kosztorysu Ofertowego nr 2.1 („Prosimy o wyjaśnienie, co wpłynęło na tak rażąco wysoką cenę jednostkową pozycji”). Powodowie w piśmie z 27 listopada 2015 r. wyczerpująco i szczegółowo sposób wyjaśnili pozwanemu sposób ustalenia podanej ceny, na którą istotny wpływ miał wymóg transportu kostki kamiennej na miejsce wskazane przez pozwanego – o czym w dalszej części uzasadnienia, jak i inne czynniki). Wyjaśnienia te zostały przyjęte przez pozwanego bez żadnych zastrzeżeń, a oferta powodów jako najkorzystniejsza została przyjęta przez pozwanego. Ponadto pismem z dnia 3 listopada 2015 r. na skutek zapytania powodów Zamawiający dokonał zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (nr (...)), wprowadzając nową treść pkt 1.5.21 „Materiały z rozbiórki”, zgodnie z którym Wykonawca przekaże Zamawiającemu do jego dyspozycji materiały z rozbiórki zgodnie z poniższymi zasadami: 1. asortyment w zakresie oznakowania aktywnego, latarni doświetlających przejścia dla pieszych, paneli fotowoltaicznych, tablic aktywnych itp. – zostanie przekazane do dyspozycji Zamawiającego na terenie Rejonu w M.. Kostka granitowa stanowi własność Zamawiającego i należy ją odwieźć na odległość max 100 km.

IV. Wysokość ceny z poz. 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1 była badana przez KIO, która w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 grudnia 2015 r., sygn. KIO 2682/15, wskazała, że powodowie w sposób wystarczający wykazali na etapie postępowania jakie czynniki cenotwórcze dla robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej brali pod uwagę i w rzetelny sposób skalkulowali tę cenę, a cena nie była na nierealnie wysokim poziomie, lecz adekwatnie odzwierciedlała wymogi Zamawiającego. Izba jednocześnie nie stwierdziła żadnych podstaw, aby wykluczyć powodów

z postępowania. W uzasadnieniu wyroku KIO m.in. wskazała, że kostka kamienna jest cenionym materiałem budowlanym, tzw. „starobrukiem”, którego ceny rynkowe są wysokie i który w konsekwencji wymaga ręcznego wydobycia czy segregacji oraz przewozu (przy czym jest to materiał bardzo ciężki). Uwzględnione przez powodów czynniki cenotwórcze przemawiają za uznaniem stawki ustalonej przez powodów w pkt 14 Kosztorysu Ofertowego za racjonalną i adekwatną do postawionych przez Zamawiającego wymagań. KIO zwróciła także uwagę na to, że skoro w przedmiotowym przetargu obowiązywało rozliczenie kosztorysowo-obmiarowe to rzeczą oczywistą było, że w przypadku gdy w danej pozycji zanotowana zostanie większa ilość prac do wykonania to przy wyliczeniu wynagrodzenia wykonawcy będą stosowane stawki jednostkowe przewidziane dla danej pozycji, a nie innej. Odnośnie zaś zarzutu zaniżenia przez powodów stawek z innych pozycji (m.in. pozycji 15 Kosztorysu), podkreślenia wymaga, że KIO wprost wskazała, że ustalanie określonych stawek to indywidualna sprawa Wykonawcy. Podkreśliła ona, że Wykonawca miał dowolność w kalkulowaniu cen poszczególnych pozycji odrębnych kosztorysów, uwzględniając istniejące dla danych robót konkretne uwarunkowania danego miejsca, w tym ujmując stosowane narzuty i zidentyfikowane ryzyka, stosowane upusty i możliwości zagospodarowania materiału rozbiórkowego, stanowiącego jego własność. Sąd Okręgowy podziela powyższe stanowisko i uznaje je za własne. Jednocześnie nadmienić należy, że pomimo tego, że powodowie w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1 wskazali znacznie wyższą niż przeciętnie cenę jednostkową robót, a m.in. w pozycji 15 Kosztorysu podali cenę znacznie niższą niż inni oferenci to i tak oferta powodów okazała się dla pozwanego najkorzystniejsza, w efekcie czego dokonał jej wyboru w postępowaniu przetargowym.

V. Strona pozwana nie przedstawiła żadnego dowodu na to, aby jeszcze przed zawarciem umowy z powodami powzięła jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu rozliczania robót związanych z rozbiórką drogi, w której pod nawierzchnią bitumiczną została ujawniona kostka kamienna. Wręcz przeciwnie z przebiegu postępowania przed KIO, jak również z faktu zawarcia przez pozwanego umowy z powodami na warunkach określonych przez nich w Kosztorysie Ofertowym 2.1 już po zakończeniu postępowania przez KIO, wyprowadzić należy wniosek o tym, że sposób rozumienia i rozliczania prac związanych z rozbiórką dawnego traktu carskiego nie budził żadnych wątpliwości stron. Bezsporne między stronami było to, że roboty te kwalifikować należy z pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego nr 2.1, z tym, że wszyscy mieli świadomość tego, że ilość robót rzeczywiście koniecznych do wykonania będzie znacznie większa (około 112.784,28 m<sup>(2)</sup>) niż ta pierwotnie wskazana przez Zamawiającego w Przedmiarze Robót (4.734 m<sup>(2)</sup>), a w konsekwencji, że wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy będzie odpowiednio większa.

VI. Umowa została zawarta w oparciu o procedury (...). Pozwany przygotowując ofertę

w drugim akapicie Subklauzuli 12.3 usunął całą treść podpunktu (a), który dopuszczał ustalanie dla elementu roboty nowej stawki lub ceny, jeżeli pomierzona ilość danego elementu zmieni się o więcej niż 10% w stosunku do ilości ustalonej dla tego elementu

w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie. W konsekwencji pozwany nie był uprawniony do ustalenia nowej ceny za roboty z poz. 14. Zgodnie ze zdaniem pierwszym Subklauzuli 12.3 Szczególnych Warunków Kontraktu, 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 na podstawie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę zgodnie z Subklauzulą 14.1.

Z uwagi na to, że cena za realizację robót polegających na rozbiórce nawierzchni z kostki kamiennej była ustalona w Kosztorysie Ofertowym 2.1 pod poz. 14 na kwotę 204,80 zł/m<sup>(2)</sup> pozwany powinien zapłacić powodowi taką cenę, a nie cenę dowolnie przez siebie ustaloną. Na powyższą okoliczność zwróciła już uwagę KIO w motywach swojego wyroku, wskazując, że skoro w przedmiotowym przetargu obowiązywało rozliczenie kosztorysowo-obmiarowe to rzeczą oczywistą było, że w przypadku gdy w danej pozycji zanotowana zostanie większa ilość prac do wykonania, to przy wyliczeniu wynagrodzenia wykonawcy będą stosowane stawki jednostkowe przewidziane dla danej pozycji, a nie innej. Zamawiający już na etapie poprzedzającym zawarcie umowy z powodami musiał mieć świadomość powyższego, tj. tego, że zwiększenie ilości prac związanych z rozbiórką nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w toku realizacji kontraktu w stosunku do ilości robót wskazanych w przedmiarze, będzie wiązało się z koniecznością zapłaty na rzecz Wykonawcy wyższego wynagrodzenia (po stawce ustalonej w umowie) niż pierwotnie planowane. Akceptując tę sytuację, pozwany zawarł z powodami przedmiotową umowę, a zatem świadomie związał się jej postanowieniami i związanymi z nimi konsekwencjami – które wbrew obecnym twierdzeniom strony pozwanej nie były i nie mogły być dla Zamawiającego niemożliwym do przewidzenia zaskoczeniem. Pomimo powyższego pozwany dopiero na etapie wykonywania umowy przez powodów zaczął kwestionować zasadność kwalifikowania prac rozbiórkowych na drodze (...) z pozycji nr 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1 „Rozbiórka nawierzchni z kostki brukowej kamiennej gr 10 cm” i rozliczania ich po ustalonej w tym punkcie cenie jednostkowej. Postępowanie takie uznać należy za nielogiczne, nieuczciwe i sprzeczne

z zasadami lojalności kontraktowej. Na etapie wykonywania umowy przez powodów, wbrew stanowisku pozwanego, nie ujawniły się żadne nowe okoliczności, które nie byłyby znane stronom umowy przed jej zawarciem. W ocenie Sądu działania pozwanego, który dopiero

w trakcie realizacji umowy zaczął kwestionować sposób kwalifikowania robót wykonanych przez powodów i wysokość ustalonej umownie stawki, były ***nakierowane wyłącznie na uchylenie się przez niego od zapłaty powodowi należnego im wynagrodzenia, które przez pozwanego arbitralnie zostało uznane za zbyt wysokie, i przerwaniu na powodów odpowiedzialności za własne zaniedbania, brak profesjonalizmu i dbałości o pieniądze polskiego podatnika na etapie przygotowywania inwestycji. Nie dość, że wiedząc***

***o istnieniu kostki brukowej kamiennej pod warstwą bitumiczną na całym odcinku realizowanej inwestycji, nie ujawnił tej okoliczności projektantowi na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, to również na zapytanie powodów dotyczące poz. 14, bez żadnego przemyślenia i planu wskazał transport rozebranego materiału na odległość do 100 km, wiedząc, że koszty transportu są najistotniejszym i najbardziej kosztotwórczym elementem ceny.*** Pozwany w sposób zupełnie dowolny zaczął kwestionować wykładnię zastosowanego w kosztorysie pojęcia rozbiórki „nawierzchni z kostki brukowej kamiennej”, tworząc nową teorię co do tego, że usuwana przez powodów kostka kamienna znajdowała się w „podbudowie” a nie „nawierzchni”, co tym samym uzasadniało zastosowanie Subklauzuli 12.3 Szczególnych Warunków Kontraktu

i konieczność ustalenia nowej stawki dla tych robót, z uwagi na brak skosztorysowania robót związanych z rozbiórką „podbudowy z kostki kamiennej”. Stanowisko to w ocenie Sądu nie zasługuje jednak na aprobatę.

Po pierwsze wskazać należy, że zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (§ 1), a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu

(§ 2). Jak już natomiast wskazano jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy (tj. na etapie postępowania przed KIO), strony były zgodne co do sposobu wykładni i zakresu robót sklasyfikowanych i wycenionych pod pozycją 14 Przedmiaru Robót i Kosztorysu Ofertowego 2.1. Nie budziło żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego i Wykonawcy, że rozbiórka nawierzchni z kostki kamiennej znajdującej się pod warstwą bitumiczną podlega rozliczeniu według pozycji 14, a jedynie ilość niezbędnych w tym zakresie robót będzie rzeczywiście wyższa niż ta określona przez Zamawiającego w Przedmiarze Robót. Ujawnienie przez Zamawiającego w toku postępowania przed KIO rzeczywistej, znacznie większej ilości tych robót i następnie zawarcie przez niego z powodami umowy według przyjętej przez nich w Kosztorysie stawki, przy pełnej świadomości, że zwiększony zakres robót będzie skutkować obowiązkiem zapłaty na ich rzecz znacznie wyższego wynagrodzenia, jednoznacznie przemawiają w ocenie Sądu za tym, że zawierając umowę strony w sposób zgodny wykladały zakres pozycji nr 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. Nie można też nie zauważyć, że wykładnia poz. 14 nie budziła też wątpliwości obydwu inżynierów kontraktu nie związanych z żadną ze stron. O swoim stanowisku Inżynier wielokrotnie informował Zamawiającego – m.in. w piśmie z 10 października 2016 r., załączając do niego opinię z 7 października 2016 r. oraz następnie w pismach z: 5 czerwca 2017 r., 13 sierpnia 2018 r., 2 stycznia 2019 r. Pozwany różnymi metodami formalnymi i nieformalnymi próbował wymusić na pierwszym inżynierze kontraktu A. A. zmianę stanowiska, jednakże bezskutecznie. Stanowisko pierwszego inżyniera kontraktu podzielił również jego następca. W tych okolicznościach obecną wykładnię poz. 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1 prezentowaną przez pozwanego należy uznać za element jego taktyki procesowej w celu uchylenia się od zapłaty.

Po drugie, podkreślenia wymaga to, że stanowisko pozwanego co do rozróżniania pojęcia „nawierzchni z kostki kamiennej” i „podbudowy z kostki kamiennej” nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w świetle warunków zawarcia przez strony umowy. W pkt 1.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWOiRB) nr (...), stanowiącej integralną część umowy, „konstrukcja nawierzchni” została zdefiniowana jako układ warstw nawierzchni wraz ze sposobem ich połączenia,

a „nawierzchnię” zdefiniowano jako warstwę lub zespół warstw służących do przejmowania i rozkładania obciążeń od ruchu na podłoże gruntowe i zapewniające dogodne warunki dla ruchu, przy czym w ramach warstw nawierzchni wymieniono: warstwę ścierną, warstwę wiążącą, warstwę wyrównawczą, podbudowę, podbudowę zasadniczą, podbudowę pomocniczą, warstwę mrozoochronną, warstwę docinającą i warstwę odsączającą. Już chociażby w świetle powyższego zapisu stwierdzić należy, że nawet gdyby wyróżnić „warstwę podbudowy” to i tak stanowi ona jedną z warstw „nawierzchni”, a więc się w niej zawiera. Dokumentacja projektowa i Przedmiar robót zaakceptowane przez Zamawiającego

w żadnym miejscu nie rozróżniały zaś pojęcia „rozbiórki podbudowy z kostki kamiennej”, wobec czego nie sposób wprowadzać takiego rozróżnienia na etapie wykonywania umowy.

Mając zatem powyższe na uwadze, nie ma podstaw do zastosowania Subklauzuli 12.3 (...), albowiem w toku wykonywania umowy powodowie nie wykonali robót, które nie zostały spozycjonowane w Kosztorysie Ofertowym. Pozwany nie był uprawniony do zastosowania powyższej procedury i arbitralnej zmiany stawki, według której rozliczał wykonane przez powodów prace i według której wypłacał powodom wynagrodzenie za przedmiotowe prace rozbiórkowe. W konsekwencji polecenia pozwanego wystawiania Przejściowych Świadectw Płatności według stawek arbitralnie ustalanych przez pozwanego, z całkowitym pominięciem rzeczywistego charakteru robót wykonywanych przez powodów oraz ustalonej przez strony umownie stawki należało uznać za dowolne i nie znajdujące uzasadnienia w łączącym strony kontrakcie.

Sąd nie podzielił też argumentacji pozwanego, że charakter i sposób realizacji robót rozbiórkowych przez powodów odbiegał od czynników założonych dla wyliczenia stawki

w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego 2.1. (204,80 zł/m<sup>(2)</sup>), w związku z czym stawka ta okazała się rażąco wysoka. Sposób wykonywania robót był w ocenie pozwanego niezgodny

z Warunkami Kontraktu, w konsekwencji czego ustalona stawka nie jest dla Zamawiającego wiążąca i uzasadnione jest jej obniżenie. Pozwany wskazywał, że podczas gdy powodowie dokonali wyceny robót według rozbiórki ręcznej, to prace wykonywali mechanicznie, co jest znacznie tańsze. Podawał, że powodowie ponieśli znacząco niższe nakłady pracy i koszty niż pierwotnie przyjęte oraz wykorzystywali pracę mniejszej ilości pracowników fizycznych

i sprzętu niż przewidziane. Ponadto nie odwozili kostki na duże odległości tylko w promieniu kilku kilometrów od placu budowy. W ocenie pozwanego powodowie niezasadnie przyjęli także grubość kostki 10 cm, skoro była ona zastrzeżona tylko dla robót z pozycji 14. Pozwany pomija, że zgodnie z pkt 3.2 STWiORB nr (...), do wykonania robót związanych

z rozbiórką należy stosować: piły, młoty pneumatyczne, młoty do łamania rozbieranej nawierzchni (wyposażenie koparki), spycharki, koparki, ładowarki, samochody ciężarowe bądź inny sprzęt zaakceptowany przez Inżyniera, a w myśl pkt 5.2 STWiORB, rozbiórcze podlegają wszystkie elementy nawierzchni wykazane w Dokumentacji Projektowej i niniejszej STWiORB (pkt 1.3). Warstwy nawierzchni i podbudowy należy usuwać mechanicznie przy zastosowaniu sprzętu wymienionego w pkt 3. Niewielkie powierzchnie robót rozbiórkowych można wykonywać ręcznie. Materiały z rozbiórki stają się własnością Wykonawcy i należy je wywieźć z terenu budowy lub złożyć w miejscu uzgodnionym z Inżynierem. Co także istotne, Zamawiający i Inżynier Kontraktu w sierpniu 2016 r. zatwierdzili przedłożony przez powodów w dniu 8 sierpnia 2016 r. „Wniosek o zatwierdzenie szczegółowego programu zapewnienia jakości nr (...)”, w którym w pkt 2.2 wskazano, że warstwy nawierzchni i podbudowy będą usuwane mechanicznie przy zastosowaniu wymienionego dalej sprzętu, do frezowania nawierzchni asfaltowej zostaną użyte frezarki drogowe, a niewielkie powierzchnie robót rozbiórkowych będą wykonywane ręcznie. Zauważyć należy, że Zamawiający wprowadzając zmianę SIWZ nr 16 nie dostosował jednocześnie wymogów ST (...) do warunków, które ona wymuszała. Zamawiający życzył sobie odzyskać kostkę kamienną, a nie piasek z podbudowy, co wiązało się z koniecznością ręcznego wysegregowania kostki przez wykonawcę nawet, jeżeli część prac była wykonywana mechanicznie.

Istotnie, jak wynika z zeznań świadków, powodowie prace rozbiórkowe zasadniczo wykonywali mechanicznie. Cała kostka kamienna, którą musieli rozebrać była bowiem przykryta warstwami bitumicznymi. Wykonawca najpierw rozbierał nawierzchnię z warstwy bitumicznej, a potem z kostki kamiennej. Po wyfrezowaniu warstw bitumicznych powodowie oczyszczali warstwę z zalegającej frezowiny. Potem mechanicznie za pomocą młotów i koparek rozbijali kostkę, ponieważ była ona połączona z zaprawą cementową. Następnie kostka była ładowana na samochody za pomocą koparek i przewożona do punktów czyszczenia. Oczyszczona kostka jechała na miejsce wskazane przez zamawiającego, gdzie była hałdowana. Oczyszczanie kostki i przygotowywanie jej do transportu wymagało częściowo pracy ręcznej. Pozwany pomija bowiem, że kostka miała różną grubość od 5 do 20 cm. Sposób wykonywanie prac przez powodów nie naruszał postanowień STWiORB nr (...).

Strony obowiązywała kwota wskazana w Kosztorysie Ofertowym 2.1 i nie ma żadnego znaczenia ilość maszyn i pracowników wykonujących rozbiórkę nawierzchni z kostki kamiennej.

Powyższa konstatacja dotyczy również kosztów transportu. To pozwany na etapie składania ofert dokonał zmiany SIWZ nr 6, określając odległość transportu kostki max do 100 km. Co więcej, pozwany zastrzegł dla siebie wskazanie miejsca składowania kostki. Jak wynika z zeznań świadków, koszty transportu mają istotne znaczenie cenotwórcze, w związku z czym przewidywane przez pozwanego odległości transportowe zostały uwzględnione przez powodów przy dokonywanej wycenie. Okoliczność, że pozwany nie zachował się jak profesjonalista i już na etapie przedkontraktowym nie przewidział miejsc składowania kostki, a w trakcie realizacji kontraktu zastrzegł dla siebie decyzję o miejscu transportu kostki, nie może stanowić podstawy do wprowadzenia nowej stawki wyłącznie na tej podstawie, że

w trakcie realizacji kontraktu, wskazane przez niego miejsca składowania kostki znajdowały się w niewielkiej odległości od miejsca wydobycia.

Ponadto jak wynika z zeznań Inżyniera Kontraktu A. A.

i J. S. (2) oraz co potwierdza dokumentacja fotograficzna, transportowana kostka była oczyszczona. Pozwany nie wykazał aby kiedykolwiek zgłaszał do powodów zastrzeżenia co do jakości dostarczanej przez powodów kostki.

Jeżeli zaś chodzi o grubość kostki kamiennej rozbieranej przez powodów, podkreślenia wymaga to, że zasadne było wyliczenie przez nich ceny jednostkowej według grubości 10 cm, albowiem tylko taka wartość została przewidziana przez pozwanego w pozycji 14 Przedmiaru robót, zaś jak już szeroko uzasadniono powyżej, pozycja ta znajduje

zastosowanie dla rozliczenia robót wykonanych przez powodów. Kostka podlegająca rozbiórce miała różną grubość od 5 do 20 cm, co jest zjawiskiem normalnym. Niemniej jednak, jak wynika z zeznań świadków A. A. i J. S. (2), nakład pracy przy rozbiórce kostki jest de facto taki sam bez względu na jej grubość. Co jednak istotne grubość kostki ma znaczenie dla jej wagi, a tym samym dla rozmiaru i ilości niezbędnego transportu do jej przewiezienia na miejsce składowania. Logicznym jest zatem, że powodowie przewożąc kostkę grubszą niż 10 cm, ponosili większe koszty jej transportu, czego pozwany wydaje się już nie zauważać.

Podsumowując powyższe w okolicznościach sprawy nie zaistniały podstawy do obniżenia ustalonej przez strony w umowie stawki za rozbiórkę drogi sklasyfikowaną w pozycji 14 Kosztorysu Ofertowego. Brak było także ku temu podstaw prawnych. Za wiążącą i uzasadnioną należy przyjąć stawkę określoną umownie przez strony na poziomie 204,80 zł/m<sup>2</sup>. W konsekwencji dowód z opinii biegłego uznano za zbędny i zmierzający do przedłużenia postępowania. Rozstrzygnięcie sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych. Strony wiązała cena wskazana w Kosztorysie Ofertowym, co wskazywała również KIO.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu **i zapłaty umówionego wynagrodzenia**. Jak już wskazano, bezsporne jest to, że powodowie wykonali roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w ilości 112.122,40 m<sup>(2)</sup>, a w ocenie Sądu nie ma wątpliwości co do tego, że roboty te winny zostać zaklasyfikowane i rozliczone według pozycji nr 14 Kosztorysu Ofertowego nr 2.1, tj. według umówionej przez strony ceny jednostkowej 204,80 zł m<sup>(2)</sup>. Tym samym, pozwany zobowiązany jest do zapłaty powodowi należnego im umówionego wynagrodzenia za te roboty, wynoszącego łącznie 22.962.667,50 zł netto. Wobec tego, że dotychczas pozwany wypłacił powodowi jedynie kwotę 9.201.885,37 zł netto (9.201.885,37 zł brutto) – ustaloną według jednostronnie przyjętej przez niego ceny jednostkowej, jest on zobowiązany do zapłaty pozostałej kwoty wynoszącej łącznie 13.760.782,15 zł netto, tj. 16.925.762,05 zł brutto. Uwzględniając natomiast udział każdego z powodów w realizacji przedmiotowych robót i należnym im za te roboty wynagrodzeniu, wynoszącym 70% w przypadku (...) S.A. i 30% (...) S.A. (oświadczenie z dnia 25 lutego 2018 r.) stwierdzić należy, że pozwany jest zobowiązany do zapłaty na rzecz (...) S.A. wynagrodzenia w kwocie 11.848.033,43 zł, a na rzecz (...) S.A. w dalszej kwocie 5.077.728,62 zł. Z tego powodu Sąd uwzględnił powództwo i zasądził na rzecz każdego z powodów od pozwanego dochodzone pozwem kwoty, orzekając jak w punkcie pierwszym i drugim wyroku. Sąd nie podzielił stanowiska pozwanego, że powodowie mają łączną legitymację procesową, w związku z czym wynagrodzenie przypada Wykonawcy od Zamawiającego łącznie, a nie z rozbiorem na rzecz każdego z konsorcjantów. Rację ma bowiem powód wskazując, że świadczenie powodów jest podzielne. Zgodnie z art. 379 § 2 k.c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Nie ulega wątpliwości, że zapłata wynagrodzenia może nastąpić częściowo na rzecz każdego z wierzycieli bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Stosownie do art. 379 § 1 k.c. jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli

z okoliczności nie wynika nic innego. Powodowie w porozumieniu ustalili między sobą proporcje 70% do 30% i nie ma przeszkód prawnych, by w taki sposób dochodzili swoich roszczeń od pozwanego. Nie wyłącza tego łączący strony kontrakt. Nawet w umowie strony z ważnych powodów Zamawiający jest uprawniony dokonywać płatności odrębnie na rzecz każdego z członków Konsorcjum, zgodnie z zakresem Robót określonym przez Inżyniera. Płatność dokonana w powyższy sposób zwalania Zamawiającego z zobowiązania w stosunku do każdego z członków Konsorcjum. Fakt zawarcia przez powodowe spółki spornej umowy w charakterze konsorcjum w żaden sposób nie kreuje po ich stronie z „automatu” współuczestnictwa koniecznego. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. V CSK 177/14: „Przepis art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie jest ustawowym źródłem współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, a wyłącznie ustawowym źródłem ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

których to elementów nie można oczywiście ze sobą utożsamiać. Wynikająca z art. 141 Prawa zamówień publicznych solidarność bierna wykonawców nie rodzi po ich stronie solidarności czynnej w przedmiocie dochodzenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez każdego

z nich roboty budowlane, czy też o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (...) Z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości pomiędzy spółką cywilną zawiązaną na mocy art. 860 KC, a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji nie musi więc powstać także wspólny majątek wspólnoty uczestników konsorcjum, tak jak to się dzieje w przypadku klasycznej spółki cywilnej”. Podkreślić także należy, że już w umowie konsorcjum (§ 1 ust. 5 umowy) konsorcjanci wyraźnie zastrzegli, że umowa ta nie jest umową spółki cywilnej. Strony konsorcjum nie tworzą spółki cywilnej

w rozumieniu art. 860 i nast. k.c. i zgodnym zamiarem stron umowy jest aby stosunki prawne pomiędzy nimi nie były interpretowane jako stosunki spółki cywilnej. Jednocześnie w § 2 ust. 3 umowy strony wstępnie określiły udział każdego z powodów w realizacji robót wynikających z kontraktu. Następnie po wygraniu przetargu w wykonaniu § 5 umowy konsorcjum, w dniu 16 lutego 2016 r. powodowie zawarli Porozumienie Wykonawcze

w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, w którym wyraźnie określili wysokość wynagrodzenia za jego realizację, przysługującego każdej ze spółek. Następnie w dniu 25 lutego 2018 r. powodowe spółki złożyły pisemne oświadczenie, w którym wskazały, że dokonały podziału wynagrodzenia za roboty polegające na rozbiórce nawierzchni z kostki brukowej kamiennej (ujęte w Kosztorysie Ofertowym nr 2.1. w poz. 14) w stosunku 70/30, tj. 70% należnego wynagrodzenia za te prace przypada (...), a 30% należnego wynagrodzenia za te prace przypada (...) (pkt I oświadczenia), określając tym samym kwotowo wysokość wynagrodzenia należnego z tego tytułu każdej ze spółek ( (...) S.A. – 12.131.018,78 zł wraz z odsetkami za opóźnienie, a (...) S.A. – 5.199.008,09 zł wraz z odsetkami za opóźnieni) (pkt II oświadczenia).

Na uwzględnienie zasługiwało także dochodzone przez stronę powodową roszczenie odsetkowe. Sąd nie podzielił stanowiska pozwanego co do tego, że wobec braku wystawiania przez powodów faktur obejmujących sporne roszczenia oraz braku wezwania pozwanego do ich zapłaty, nie powstał stan wymagalności roszczeń powodów, a tym samym ewentualne odsetki za opóźnienie mogą być zasądzone dopiero od dnia wniesienia pozwu.

W okolicznościach sprawy znajduje zastosowanie ustawa z dnia 8 marca 2013 r.

o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. W myśl jej art. 8 ust. 1 w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki: 1) wierzyciel spełnił swoje świadczenie; 2) wierzyciel nie otrzymał zapłaty w terminie określonym w umowie. Niewątpliwie Skarb Państwa – (...) jest podmiotem publicznym, a powodowie spełnili świadczenie polegające na dokonaniu rozbiórki nawierzchni z kostki brukowej kamiennej i nie otrzymali za nie zapłaty należnej zgodnie z kontraktem. Roszczenie powodów o zapłatę stało się zatem wymagalne bez uprzedniego wezwania pozwanego do zapłaty spornych kwot. Poza tym termin zapłaty wynagrodzenia należnego powodom reguluje § 4 ust. 1 i 6 Umowy, zgodnie z którymi Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy Cenę Kontraktową według postanowień Klauzuli 14 Warunków Kontraktu (§ 4 ust. 1 umowy), Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty faktury VAT w terminie do 30 dni licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT (§ 4 ust. 6 Umowy). Co przy tym jednak istotne, zasady wystawiania faktur VAT przez powodów reguluje Subklauzula 14.7 Szczególnych Warunków Kontraktu, w myśl której Wykonawca zobowiązany jest wystawić fakturę VAT nie później niż 7 dni od daty otrzymania Przejściowego Świadczenia Płatności. Wykonawca jest upoważniony do wystawiania faktur VAT bez podpisu Zamawiającego. Jak stanowi zaś Subklauzula 14.7 pkt a) Szczególnych Warunków Kontraktu, Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwoty poświadczone w każdym Przejściowym Świadczeniu Płatności wystawionym przez Inżyniera w terminie do 30 dni, liczonym od dnia dostarczenia do Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT. W myśl zaś Subklauzuli 14.8 Szczególnych Warunków Kontraktu, jeżeli Wykonawca nie otrzyma płatności zgodnie

z Subklauzulą 14.7, to będzie uprawniony do otrzymania odsetek ustawowych wyłącznie od kwoty niezapłaconej w okresie opóźnienia. Odsetki będą naliczane za okres, jaki upłynie od dnia, w którym przypadła termin płatności (bez wliczania tego dnia) do dnia, w którym został obciążony rachunek Zamawiającego (wliczając ten dzień).

Z powyższych postanowień wynika jednoznacznie, że powodowie byli zobowiązani do wystawiania faktur VAT wyłącznie na kwoty uwzględnione w Przejściowych Świadczeniach Płatności przez Inżyniera Kontraktu, zaś Inżynier był upoważniony do wystawiania PŚP wyłącznie na kwoty uwzględnione przez Zamawiającego. Skoro w Przejściowych Świadczeniach Płatności wysokość wynagrodzenia należnego powodom była zaniżana,

a powodowie mogli wystawić faktury VAT tylko na kwoty wskazane w PŚP, to wystawiali faktury VAT tylko na takie kwoty. Niewątpliwie w sytuacji, w której pozwany realizowałby postanowienia Kontraktu i uwzględniał ustaloną umownie cenę jednostkową za w/w roboty, przedmiotowe faktury wystawiane przez powodów obejmowałyby kwoty roszczenia objętego pozwem. W sytuacji, w której Zamawiający jednostronnie i zupełnie arbitralnie zdecydował o przyjęciu innej ceny za wykonane przez powodów roboty niż wynikającej

z umowy, uniemożliwiając jednocześnie Inżynierowi Kontraktu wystawienie Przejściowych Świadczeń Płatności po stawkach należnych powodom na podstawie umowy, a tym samym uniemożliwiając de facto powodom skuteczne wystawienie faktur VAT na wysokość faktycznie należnego im wynagrodzenia, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych

i słusznościowych do przyjęcia, że rzeczywiście należne powodom wynagrodzenie tylko z tej przyczyny nie rozpoczęło swojej wymagalności. Strona zobowiązana do zapłaty (w tym przypadku pozwany) nie może jednostronnie decydować o wymagalności swojego zobowiązania.

W związku z powyższym, Sąd uwzględnił żądanie strony powodowej i przyjął, że odsetki ustawowe za opóźnienie w wysokości odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych należne są powodom od poszczególnych kwot i dat wskazanych w pozwie, tj. od dat upływu terminu płatności każdej z faktur VAT wystawianych za realizowane przez powodów roboty związane z rozbiórką nawierzchni z kostki brukowej kamiennej w sytuacji, w której pozwany nie kwestionowałby przy wystawianiu PŚP ceny jednostkowej określonej w umowie. Jednocześnie, daty wystawienia przez powodów ww. faktur i wysokość faktycznie należnego im wynagrodzenia za powyższe prace w poszczególnych okresach zostały należycie wykazane przez stronę powodową (za pomocą przedłożonych Wystąpień o Przejściowe Świadczenia Płatności, Przejściowych Świadczeń Płatności i wystawianych faktur VAT). Pozwany nie wykazał okoliczności przeciwnych.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, tj. na podstawie art. 98 k.p.c. W związku z uwzględnieniem powództwa w całości za stronę przegrywającą zobowiązaną do zwrotu kosztów przeciwnikowi uznać należało Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad.

Na koszty procesu poniesione przez stronę powodową złożyły się: opłata od pozwu w kwocie 100.000 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 25.000 zł (§ 2 pkt 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r. oraz podwójna opłata od pełnomocnictwa w kwocie 34 zł (2 x 17 zł), tj. łącznie 125.034 zł.