

*Sygn. akt VI ACa 373/16*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 sierpnia 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SA Małgorzata Kuracka*

*Sędzia SO (del.) Dorota Wybraniec*

*Protokolant: sekretarz sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 8 sierpnia 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.*

*przeciwko Skarbowi Państwa - (...)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 15 grudnia 2015 r., sygn. akt XXV C 606/12*

*uchyla zaskarżony wyrok częściowo, tj. w punktach drugim oraz trzecim i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 373/16*

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w P. wnosił o zasądzenie od Skarbu Państwa reprezentowanego przez (...) na jego rzecz kwoty 2.760.061,92 euro wraz z odsetkami. W uzasadnieniu podano, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, w ramach której powód wykonał osuszenie gruntu spoiwem z wykopu przeznaczonego do wbudowania w nasyp, tj. metodą chemiczną zamiast uzgodnionej metody naturalnej. Zmiana technologii prac miała na celu przyśpieszenie robót, konieczne ze względu na opóźnienia pozwanego związane z udostępnieniem placu budowy, przekazaniem dokumentacji projektowej i pozwoleń, przy jednoczesnym wymaganiu zakończenia inwestycji w pierwotnie uzgodnionym terminie. Z tego tytułu powód poniósł dodatkowe koszty, których zwrotu domaga się od pozwanego.

Powód cofnął pozew w zakresie uiszczonej w toku procesu kwoty 255.175,54 euro, ostatecznie domagając się zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kwoty 2.504.886,36 euro wraz z odsetkami.

Pozwany Skarb Państwa reprezentowany przez (...) wnosił o oddalenie powództwa, podnosząc, że wykonane roboty były objęte ofertą wykonawcy.

Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie umorzył postępowanie w części dotyczącej kwoty 255.175,54 euro i oddalił powództwo w pozostałej części.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego (...) spółka z o.o. wraz z (...) spółką z o.o. (wykonawca) zawarła ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez (...) (zamawiającym) umowę o roboty budowlane na realizację zadania publicznego „Budowa Autostrady Płatnej (...) na odcinku od węzła B. (bez węzła) do węzła Ś. km 534+785 do km 548+897”. Umowa została skonstruowana w oparciu o wzorzec umowy „Ogólne Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego (...), który został zmodyfikowany przez „Szczególne Warunki Kontraktu”.

Zgodnie z postanowieniami umowy, czas na ukończenie prac budowlanych wynosił 21 miesięcy od daty rozpoczęcia robót, z wyłączeniem okresu od 15 grudnia do 15 marca. Kontrakt został podzielony na odcinki, przy czym dla każdego z nich został określony odrębny czas na ukończenie. W dniu 22 sierpnia 2008 r. zamawiający przekazał wykonawcy plac budowy. W tym samym dniu wykonawca otrzymał od Konsorcjum - (...) S.A. i (...) spółki z o.o. (Inżyniera) wezwanie do rozpoczęcia robót od dnia 29 sierpnia 2008 r. Zgodnie z warunkiem 8.3 FIDIC wykonawca zobowiązany był do realizacji robót zgodnie z harmonogramem przekazanym Inżynierowi, o ile Inżynier w ciągu 21 dni od jego otrzymania nie przekazał wykonawcy powiadomienia określającego zakres, w jakim harmonogram nie jest zgodny z umową. Pierwszy harmonogram został przekazany Inżynierowi w dniu 16 września 2008 r. Po uwzględnieniu uwag Inżyniera, zmodyfikowany przez wykonawcę harmonogram ostatecznie został przyjęty do realizacji.

Pomimo przekazania wykonawcy pozwolenia na budowę, realizacja robót w oparciu o założenia harmonogramu nie była możliwa, z uwagi na brak dostępu do części placu budowy oraz nieprawidłowości w dokumentacji. Począwszy od 14 października 2008 r. wykonawca sukcesywnie notyfikował Inżynierowi problemy uniemożliwiające terminową realizację robót. Problemy te potwierdzał Inżynier, jak i sam zamawiający, przy czym podkreślana była konieczność zakończenia robót w pierwotnie zakładanym terminie. Ponadto wykonawca doznał opóźnień powodu braku możliwości przebudowy urządzeń obcych zgodnie z projektami. W dniu 24 lutego 2009 r. Inżynier przekazał wykonawcy projekt zamienny, lecz prowadzenie robót w tym zakresie nadal nie było możliwe z powodu braku umowy, którą zamawiający zobowiązany był podpisać z operatorem sieci. Podobne problemy wystąpiły podczas realizacji robót polegających na przebudowie gazociągu wysokoprężnego. Przewidziane w harmonogramie roboty doznawały opóźnień również z powodu rozbieżności pomiędzy danymi objętymi dostarczoną przez zamawiającego dokumentacją projektową a warunkami gruntowymi zastanymi na placu budowy.

W październiku 2008 r. wykonawca powiadomił Inżyniera o roszczeniu związanym z przedłużeniem czasu na ukończenie robót. Kolejne powiadomienia o problemach z terminową realizacją prac przekazywane były Inżynierowi sukcesywnie w miarę pojawiania się nowych problemów z realizacją robót, po czym w dniu 25 marca 2009 r. wykonawca przekazał zamawiającemu i Inżynierowi roszczenie wykonawcy nr (...) wraz z harmonogramem robót (...). W dniu 9 kwietnia 2009 r. wykonawca otrzymał stanowisko Inżyniera odnośnie przedłożonego przez harmonogramu (...), w którym Inżynier przyznał występowanie okoliczności uzasadniających przedłużenie okresu realizacji robót, lecz zażądał modyfikacji harmonogramu w taki sposób, aby pierwotny czas na ich ukończenie nie został przekroczony.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. wykonawca ustosunkował się do wytycznych zamawiającego, przy czym wskazał, że doprowadzenie do zakończenia robót w pierwotnym czasie na ukończenie wymagało będzie poniesienia dodatkowych środków finansowych, których nie można było przewidzieć na etapie postępowania przetargowego oraz sporządzania kalkulacji oferty będącej podstawą zawarcia umowy. Ostatecznie pismem z dnia 30 kwietnia 2009 r. Inżynier odrzucił roszczenie czasowe wykonawcy nr (...), potwierdzając występowanie zakłóceń w prowadzeniu robót, w szczególności spowodowanych brakiem pełnego dostępu do placu budowy. Jednocześnie Inżynier wyraził wobec wykonawcy oczekiwanie propozycji rozwiązań technologicznych, które umożliwią zakończenie robót w pierwotnym terminie.

Stosując się do polecenia Inżyniera, wykonawca opracował harmonogram (...) wraz z założeniami dotyczącymi dodatkowych działań, których wdrożenie warunkowało zakończenie robót w pierwotnym terminie. Propozycja wykonawcy zakładała m. in. skrócenie okresu realizacji robót dotyczących wykonania nasypów drogowych poprzez zmianę sposobu selektywnego osuszania wilgotnego gruntu pochodzącego z wykopu na bezwarunkowe osuszanie tegoż gruntu spoiwem. Zaproponowana metoda osuszania podyktowana była również występującą częstokroć odmiennością zakładanej w dokumentacji projektowej kwalifikacji gruntów z rzeczywistym stanem gruntów ujawnionym podczas realizacji robót.

Harmonogram wraz z zaproponowanymi przez wykonawcę dodatkowymi działaniami minimalizującymi opóźnienia został zaakceptowany przez Inżyniera, w związku z czym wykonawca zwrócił się do Inżyniera z prośbą o wypełnienie wymogów formalnych kontraktu, tj. potwierdzenie akceptacji harmonogramu (...) jako polecenia zmiany, zgodnie z klauzulą 13.3 FIDIC. W piśmie z dnia 28 maja 2009 r. Inżynier ponownie odniósł się do poszczególnych założeń harmonogramu (...), zapewniając wykonawcę, że wszelkie przypadki wymagające od niego podjęcia dodatkowych działań w celu minimalizacji opóźnień oraz związane z nimi koszty zostaną właściwie zrekompensowane. W oparciu o powyższe ustalenia wykonawca kontynuował roboty z uwzględnieniem założeń zatwierdzonego przez Inżyniera harmonogramu (...). Osuszanie gruntów pochodzących z wykopów realizowane było w oparciu o skrupulatną kwalifikację gruntów dokonywaną przez Inżyniera, ściśle według jego poleceń i instrukcji. Pozostałe grunty nie zakwalifikowane przez Inżyniera do osuszania spoiwem, rozliczone zostały w sposób zakładany w ofercie przetargowej jako osuszanie w naturalny sposób, tj. na warstwach nasypu. Zrealizowane na polecenie Inżyniera prace w zakresie osuszania pozwoliły na nadrobienie opóźnień, co umożliwiło terminowe rozpoczęcie robót planowanych w następnej kolejności.

W oparciu o realizowany zakres osuszania spoiwem zgodnie z harmonogramem (...), wykonawca przekazał Inżynierowi uszczegółowiony wniosek o polecenie zmiany nr (...). Jednocześnie po potwierdzeniu przez Inżyniera ilości i wysokości należnego z tego tytułu wynagrodzenia, wykonawca wniósł o poświadczenie wynagrodzenia w najbliższym przejściowym świadectwie płatności, będącym podstawą do wystawienia faktury VAT. W dniu 19 sierpnia 2010 r., w oparciu o warunek 13.1 Inżynier przekazał wykonawcy podpisane polecenie zmiany nr (...), które wykonawca sygnował, a następnie zaakceptował je S. K. (Kierownik Projektu). W poleceniu zamiany nr (...) potwierdzono wykonanie osuszania spoiwem 130.191,60 m<sup>(3)</sup> gruntu oraz wartość wykonanych robót na kwotę 2.760.061,92 euro netto.

W styczniu 2011 r. Inżynier przekazał wykonawcy informację, że Dyrektor Departamentu (...) zamawiającego cofnął wydaną uprzednio akceptację polecenia zmiany nr (...). Wykonawca podjął polemikę ze stanowiskiem zamawiającego, jednocześnie wzywając go do zapłaty należnego mu wynagrodzenia. W związku z przedłużającym się stanem niepewności wykonawca ponownie zwrócił się do Inżyniera o potwierdzenie dokumentów niezbędnych do wystawienia faktury oraz otrzymania wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót. W odpowiedzi Inżynier podtrzymał stanowisko zamawiającego i potwierdził cofnięcie wcześniej wydanej akceptacji polecenia zmiany. Również Kierownik Projektu w przekazanym wykonawcy w dniu 31 maja 2011 r. piśmie z dnia 20 maja 2011 r. poinformował o cofnięciu swojej uprzedniej decyzji, odmawiając wypłaty wynagrodzenia. Powołując się na warunek 20.1 FIDIC wykonawca przekazał Inżynierowi i zamawiającemu roszczenie nr (...), w którym szczegółowo opisał podstawy faktyczne i prawne dochodzonego w niniejszym postępowaniu roszczenia.

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny sprawy na podstawie dowodów z dokumentów. Dopuszczył również wnioskowane przez strony dowody z zeznań świadków, przesłuchania stron i opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa - lecz nie dokonał ich oceny.

W ocenie Sądu pierwszej instancji powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd Okręgowy wskazał, że powód domagał się zapłaty kwoty 2.504.886,36 euro wraz z odsetkami, jako podstawę prawną roszczenia podając art. 471 k.c., art. 491 § 1 k.c., a także postanowienia kontraktu, w tym warunki 1.13, 17.4, 1.9, 8.8, 13.1 oraz 13.3 z uwzględnieniem 3.1.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, ponieważ strony w umowie uregulowały kwestię odpowiedzialności odszkodowawczej, roszczenie powoda nie mogło opierać się na treści art. 471 k.c. i art. 491 § 1 zd. 2 k.c. Na mocy „Szczególnych Warunków Kontraktu” strony ustaliły w warunku 1.9 i 2.1, że nie będą miały zastosowania pkt b tych warunków. Sąd Okręgowy przyjął, że strony umówiły się co do sposobu naprawienia szkody, który przybierze postać restytucji naturalnej. Wolą stron kontraktu było wyłączenie uprawnienia wykonawcy do żądania rekompensaty poniesionych kosztów, za jednoczesnym przyznaniem mu uprawnienia do żądania przedłużenia czasu na ukończenie kontraktu. Powód nie wykazał zatem spełnienia przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej dotyczącej niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Pozwany zaś nie naruszył postanowień umowy, gdyż czas na ukończenie robót został przedłużony, co nie zostało zakwestionowane przez strony stosunku.

Według Sądu Okręgowego, żądanie oparte o treść warunku 17.4 kontraktu również nie zostało przez powoda wykazane. Warunek ten dotyczy sytuacji, w której doszło do straty lub szkody w robotach, dobrach lub dokumentach wykonawcy z powodu zdarzeń stanowiących ryzyko zamawiającego. W rozpatrywanej sprawie nie doszło jednak do zdarzeń określonych warunkiem 17.3(g), albowiem Inżynier w pismach kierowanych do zamawiającego wskazywał jedynie na obiektywne zakłócenia i drobne nieścisłości projektowe, nie zaś na błędy w dokumentacji projektowej. Pozwany nie kwestionował występowania obiektywnych zakłóceń w prowadzeniu robót, w szczególności spowodowanych brakiem pełnego dostępu do placu budowy oraz stwierdzonymi nieścisłościami projektowymi. Jednakże powód nie kwestionował przekazanego mu placu budowy, ani sukcesywnie przekazywanych mu pozwoleń na budowę. Ponadto przy przekazaniu placu budowy, powodowi przekazano również wykaz obiektów wyburzonych przez pozwanego i ustalono, że pozostałe obiekty przeznaczone do wyburzenia będą przekazywane powodowi sukcesywnie, co wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy opracowywaniu harmonogramu robót.

Według Sądu Okręgowego, w związku z wydłużeniem czasu realizacji robót z uwagi na przyjęcie przez powoda zbyt długich okresów wykonywania pewnych asortymentów prac, a także nieuwzględnienie zamiennych technologii dających oszczędności czasowe, roszczenie wykonawcy w zakresie wydłużenia czasu realizacji zadania kontraktowego zostało odrzucone. Jednocześnie powód został wezwany do złożenia aktualizacji harmonogramu spełniającego warunek nieprzekraczania czasu na ukończenie prac. Harmonogram ten został przez powoda opracowany wraz z założeniami dotyczącymi dodatkowych działań, których wdrożenie warunkowało zakończenie robót w pierwotnym terminie. Jednym z wdrożonych zabiegów technologicznych było ograniczenie naturalnego osuszania gruntów przeznaczonych do budowy nasypów i osuszanie ich poprzez stabilizację spoiwem hydraulicznym.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z pkt. 5.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, wykonawca w ramach ceny kontraktowej miał pozyskać i/lub ulepszyć grunt do wykonania nasypów. Zatem powód już na etapie postępowania przetargowego był świadomy, że dokumentacja kontraktu przewidywała ewentualne ulepszenie gruntu przy wykonywaniu nasypów mechanicznie z gruntu uzyskanego z wykopu, które powinno zostać przez powoda uwzględnione w cenie wskazanej w ofercie. Dlatego nie ma podstaw do obciążania pozwanego konsekwencjami tego, że powód w ofercie założył zastosowanie metody naturalnej, która jest tańsza. W ocenie Sądu Okręgowego nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja powoda, że przygotował ofertę przy założeniu, iż wykona osuszanie gruntów w całości metodą naturalną, ponieważ trudna do wyobrażenia jest sytuacja, w której wykonawca przy krótkim terminie realizacji i dużej ilości robót ziemnych, w warunkach atmosferycznych panujących na szerokości geograficznej właściwej dla terenu budowy, wykonałby całość robót osuszając grunty wyłącznie metodą naturalną. Zgodne z zasadami sztuki byłoby założenie przez wykonawcę w ofercie wykorzystania przynajmniej częściowo innych metod osuszania gruntu.

Sąd Okręgowy ocenił jako niezasadne twierdzenie powoda, że doszło do uznania jego roszczeń przez pozwanego, albowiem wprawdzie Inżynier pozytywnie zaopiniował to roszczenie, jednakże nie był on przedstawicielem zamawiającego. Zgodnie bowiem z pkt 1.1.2.4 Warunków Ogólnych FIDIC Inżynier nie jest stroną kontraktu, lecz osobą wyznaczoną przez zamawiającego do działania jako Inżynier dla celów kontraktu, wykonującą obowiązki w swoim imieniu i na swoją rzecz. Polecenie zmiany nr (...) wymagało zatem akceptacji pozwanego jako strony umowy.

Zostało ono anulowane przez zamawiającego, ponieważ nie znajdowało podstaw w umowie, zaś wykonane prace zostały rozliczone zgodnie z kontraktem.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniosła (...) spółka z o.o. z siedzibą w P..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w części obejmującej oddalenie powództwa, wnosząc o jego zmianę poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 2.504.886,36 euro wraz z odsetkami, ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Powód zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

1) naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 471 k.c. polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu dla oceny podstawy materialnej żądania pozwu, przy jednoczesnym uznaniu, że strony wyłączyły jego stosowanie;

- art. 491 § 1 zd. 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie w wyniku uznania, że strony wyłączyły jego stosowanie;

- art. 410 § 1 k.c. w związku z art. 405 i 410 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie przy ocenie prawnej żądania pozwu w przypadku ustalenia skuteczności „cofnięcia” polecenia zmiany;

- art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 140 i art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że powód zobowiązany był w ofercie przetargowej przewidzieć okoliczności, których nie ujawniono w dokumentacji przetargowej, a które wystąpiły po podpisaniu umowy na realizację zamówienia publicznego i miały wpływ na zakres zobowiązania stron;

2) naruszenie prawa procesowego mające wpływ na wynik postępowania:

- art. 233 § 1 k.p.c. polegające na:

a) braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie, w szczególności: nie odniesienie się do ustalonego faktu wydania przez Inżyniera Kontraktu i zatwierdzenia przez przedstawiciela zamawiającego S. K. polecenia zmiany nr (...); nie odniesienie się do dowodów z przesłuchania świadków, a także dowodu z opinii biegłego sądowego oraz dowodu z opinii uzupełniającej tego biegłego, a tym samym,

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez dokonanie ustaleń przyjętych za podstawę wyroku wbrew dowodom zebranych w toku postępowania, wyłącznie na podstawie twierdzeń pozwanego zawartych w odpowiedzi na pozew;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dowodów, na podstawie których sąd I Instancji ustalił stan faktyczny, który finalnie poddał ocenie prawnej;

- art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń sprzecznych z materiałem dowodowym zebranych w sprawie, a jednocześnie wymagających wiadomości specjalnych w zakresie uznania, że: „trudna do wyobrażenia jest sytuacja, w której wykonawca przy krótkim terminie realizacji i dużej ilości robót ziemnych, w warunkach atmosferycznych panujących na szerokości geograficznej właściwej dla terenu budowy wykonałby całość robót osuszając grunty wyłącznie metodą naturalną”, a także ustalenia, że: „zgodnym z zasadami sztuki byłoby założenie przez wykonawcę w ofercie wykorzystania przynajmniej częściowo innych metod osuszania gruntu, aniżeli metoda naturalna”;

- art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez nieegzekwowanie w stosunku do pozwanego obowiązku przedstawienia dowodów dla wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, w szczególności w zakresie oceny, czy powód był zobowiązany uwzględnić w ofercie przetargowej osuszanie gruntów metodą chemiczną;

- art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda z dnia 28 stycznia 2014 r. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność oceny, czy na podstawie dokumentacji przetargowej wykonawca mógł

zakładać wykonanie osuszania gruntu metodą naturalną, w razie uznania, że ciężar wykazania tej okoliczności spoczywał na powodzie;

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku poprzez oparcie rozważań prawnych na ustaleniach faktycznych całkowicie odmiennych od stanu faktycznego ustalonego w pierwszej części uzasadnienia wyroku, w szczególności poprzez nieuprawione przyjęcie, że:

niewykonanie przez pozwanego obowiązku przekazania terenu budowy, pozwolenia na budowę obejmującego cały zakres inwestycji, błędy dokumentacji projektowej stanowią „obiektywne zakłócenia i drobne nieścisłości projektowe”, podczas gdy stanowią one naruszenia podstawowych obowiązków inwestora; powód nie kwestionował przekazanego mu placu budowy ani przekazywania kolejno, pozyskiwanych przez pozwanego pozwoleń na budowę, ani też faktu sukcesywnego przekazywania obiektów przeznaczonych do wyburzenia, podczas gdy wszystkie te okoliczności były notyfikowane przez powoda jako przypadki nienależytego wykonywania obowiązków umownych przez pozwanego;

powód powinien wziąć powyższe okoliczności pod uwagę przy opracowywaniu harmonogramu robót, podczas gdy ich skutki nie były możliwe do przewidzenia w czasie opracowywania harmonogramu;

roszczenie powoda w zakresie przedłużenia okresu realizacji kontraktu podlegało odrzuceniu z uwagi na przyjęcie zbyt długich okresów wykonywania pewnych asortymentów prac, a także nieuwzględnienie zamiennych technologii dających oszczędności czasowe, przy jednoczesnym ustaleniu, że przyczyną nieuwzględnienia roszczenia czasowego był „warunek bezwzględny nieprzekraczania czasu na ukończenie”;

powód nie mógł zakładać osuszania gruntów w całości metodą naturalną, albowiem „trudna do wyobrażenia jest sytuacja, w której wykonawca przy krótkim terminie realizacji i dużej ilości robót ziemnych, w warunkach atmosferycznych panujących na szerokości geograficznej właściwej dla terenu budowy wykonałby całość robót osuszając grunty wyłącznie metodą naturalną” i „zgodnym z zasadami sztuki byłoby założenie przez wykonawcę w ofercie wykorzystania przynajmniej częściowo innych metod osuszania gruntu, aniżeli metoda naturalna”, podczas gdy powód faktycznie przyjął metodę osuszania spoiwem w miejscach, które wymagały takiego zabiegu zgodnie z dokumentacją przetargową;

polecenie zmiany nr (...) zostało przez zamawiającego anulowane, gdyż nie znajdowało podstaw w umowie.

Pozwany Skarb Państwa reprezentowany przez (...) wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie, o ile zmierza do uchylecia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy w tym zakresie Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy dokonał w większości prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże wyrok Sądu pierwszej instancji nie poddaje się kontroli instancyjnej, albowiem zawarte w jego uzasadnieniu rozważania prawne są chaotyczne i nie odnoszą się do ustalonych faktów. Należy zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku ustalenia faktyczne odpowiadają treści uzasadnienia pozwu, zaś rozważania prawne w całości są oparte o uzasadnienie odpowiedzi na pozew - co prowadzi do wewnętrznej sprzeczności tego uzasadnienia. Sytuacja ta odpowiada nierozpoznaniu istoty sprawy przez Sąd Okręgowy.

Z pozwu wynika, że (...) spółka z o.o. z siedzibą w P. domaga się od Skarbu Państwa reprezentowanego przez (...) zapłaty kwoty 2.504.886,36 euro wraz z odsetkami, tytułem zwrotu kosztów dodatkowych prac wykonanych przy realizacji umowy o roboty budowlane, nie przewidzianych ofertą wykonawcy. Prace te polegały na osuszeniu części gruntu spoiwem z wykopu przeznaczonego do wbudowania w nasyp, tj. metodą chemiczną zamiast uzgodnionej metody naturalnej. Wskazać należy, że - według twierdzeń powoda - jego ofertą było objęte wykonanie części prac metodą chemiczną, a części metodą naturalną. Zmiana polegała więc na zwiększeniu proporcji prac wykonanych

metodą chemiczną w ogólnej ilości robót. Sąd Okręgowy nie dokonał ustaleń faktycznych w tym zakresie, w sposób całkowicie dowolny przyjmując, że powód założył wykonanie wszystkich prac metodą naturalną. Na tym założeniu Sąd pierwszej instancji oparł swój wywód, że pozwany nie powinien ponosić odpowiedzialności za błędny wybór metody przez wykonawcę. Jest to wywód całkowicie oderwany od stanu faktycznego, który w tym zakresie nie został ustalony.

Powód domaga się na podstawie art. 471 k.c. odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez pozwanego, który ze znacznym opóźnieniem przekazał wykonawcy część terenu budowy, część pozwoleń na budowę oraz sporządził wadliwą dokumentację projektową, co uniemożliwiło powodowi realizację robót zgodnie z ustalonym harmonogramem, który został przyjęty przez Inżyniera kontraktu. Podkreślenia wymaga fakt, że w chwili podpisywania umowy powód nie mógł przewidzieć powyższych przeszkód, ani uwzględnić ich w harmonogramie prac. Dlatego całkowicie oderwane od stanu faktycznego jest twierdzenie Sądu pierwszej instancji, że wykonawca zaniechał podjęcia działań dostosowawczych. Wadliwy jest również pogląd tego Sądu, że w wypadku krótkiego terminu realizacji robót i w istniejących warunkach atmosferycznych wykonawca powinien zaoferować inną metodę realizacji robót, co byłoby zgodne ze sztuką (budowlaną?). Termin wykonania umowy został bowiem znacznie skrócony wyłącznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zaś o warunkach atmosferycznych i zasadach sztuki budowlanej w kontekście metod wykonania robót powinien wypowiedzieć się biegły sądowy, gdyż są to kwestie wymagające wiedzy specjalistycznej.

Wypowiadając się w przedmiocie powyższego roszczenia powoda, a także art. 491 § 1 zd. 2 k.c., Sąd Okręgowy arbitralnie stwierdził, że strony w umowie wyłączyły stosowanie tych przepisów. Jednakże Sąd pierwszej instancji nie wyjaśnił, dlaczego tak uważa, co uniemożliwia weryfikację jego toku rozumowania. Wskazać należy, że w aktach sprawy nie ma „Ogólnych Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” FIDIC, są jedynie modyfikujące je „Szczególne Warunki Kontraktu”. Jednakże bez znajomości warunków FIDIC, do których odwoływał się Sąd Okręgowy, jednakże ich nie zacytował, nie sposób ustalić, jakiej treści umowa łączyła strony i czy roszczenie dochodzone przez powoda jest zasadne.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy powinien w niezbędnym zakresie uzupełnić ustalenia stanu faktycznego, a następnie dokonać jego rzetelnej oceny prawnej. W szczególności ustalenia wymaga, czy wykonanie prac inną metodą niż naturalna było objęte złożoną przez wykonawcę ofertą, a jeżeli tak, to w jakim zakresie. Ustalenie to może wymagać wiedzy specjalnej i skorzystania z opinii biegłego sądowego. Ponadto niezbędne jest ustalenie, czy polecenie zmiany nr (...) zostało zaakceptowane przez Inżyniera Projektu (a nie tylko przez Inżyniera Kontraktu) i jaki wywołało to skutek prawny, a także czy prawnie skuteczne było cofnięcie tej akceptacji, o ile oświadczenie woli o jej udzieleniu dotarło do wykonawcy.

Ponadto Sąd Okręgowy całkowicie pominął ocenę prawną faktu dokonania przez pozwanego zapłaty na rzecz powoda w toku procesu kwoty 255.175,54 euro, ograniczając się do umorzenia postępowania w tym zakresie. Sąd pierwszej instancji nie ustalił, za co była to zapłata, podczas gdy z pisma procesowego powoda wynika, że za całość robót, tyle że z uwzględnieniem o wiele niższej stawki. Obecnie nie wiadomo, czy była to stawka odpowiadająca wykonaniu objętych umową robót z zastosowaniem metody naturalnej, czy zaniżona stawka obejmująca metodę chemiczną, a jeżeli tak, to za jaką ilość wykonanych robót. Również to zachowanie pozwanego należy ocenić np. w kontekście przepisów uznaniu niewłaściwym roszczenia.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 386 § 4 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 2 k.p.c.