

Sygn. akt **XXVI GC 107/16**

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący:	<b>SSO Karolina Toczyńska</b>
Protokolant:	Sebastian Stulich

po rozpoznaniu 26 września 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w M.**

przeciwko **(...) S.A. z siedzibą w W.**

**o zapłatę** kwoty 4 689 153,87 zł

I zasądza od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 3.869.512,92 zł (trzy miliony osiemset sześćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset dwanaście złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od 1 kwietnia 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;

II oddala powództwo w pozostałej części;

III ustala, że powód wygrał sprawę w 83%, a pozwany w 17% i zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów zasądza od pozwanego na rzecz powoda koszty procesu w takim stosunku, w tym koszty zastępstwa procesowego w jednokrotnej wysokości stawki, przy czym szczegółowe wyliczenie powierza referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia, w tym rozliczenie należności Skarbu Państwa z tytułu tymczasowo poniesionych wydatków w tych samych proporcjach obciążających strony.

SSO Karolina Toczyńska

Sygn. akt. XXVI GC 107/16

## UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. wniosła o zapłatę kwoty (...) 689.153,87 zł (słownie: cztery miliony sześćset osiemdziesiąt dziewięć tysięcy sto/ pięćdziesiąt trzy złote, 87/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 kwietnia 2015 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew (...) S.A. w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości. Pozwana zaakcentowała brak legitymacji czynnej powódki z uwagi na zawarcie umowy o roboty budowlane w formie konsorcjum i brak podstaw do występowania przez powoda samodzielnie w niniejszym procesie z roszczeniem. Ponadto wskazała, iż roboty

wykonane przez powoda nie były dodatkowymi, ale objęte były zakresem umowy podstawowej powód powinien uwzględnić je w ofercie i brak jest podstaw do zapłaty dalszego wynagrodzenia za nie.

Sam fakt wykonania robót i ich zakresu nie był kwestionowany. Sporne było czy stanowiły one roboty dodatkowe czy były objęte umową podstawową.

Przedstawione w pozwie twierdzenia co do przebiegu realizacji umowy i sekwencja zdarzeń były bezsporne. Wartości roszczeń wskazywane przez powoda, jako zaakceptowane przez Inżyniera Projektu, zostały zweryfikowane przez zespół biegłych.

**Sąd ustalił następujący stan faktyczny, na podstawie dokumentów przedstawionych przez stronę powodową, zaś rozliczenie dokonane zostało w oparciu o opinię zespołu biegłych:**

Powódka Przedsiębiorstwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. jest przedsiębiorcą specjalizującym się w wykonywaniu robót budowlanych, ze specjalizacją w dziedzinie inwestycji kolejowych- modernizacji i rewitalizacji sieci kolejowej.

Pozwana (...) SA. z siedzibą w W. (zwana dalej Zamawiającym) jest największym krajowym zarządcą infrastruktury kolejowej i tym samym jako podmiot dysponujący środkami publicznymi przeznaczonymi na modernizację i rewitalizację infrastruktury, kluczowym podmiotem zamawiającym i nadzorującym obsługę inwestycji kolejowych w P..

Pozwana wszczęła postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego przeprowadzonego zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej „P.z.p.”) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych (...) na odcinku C.- F.” w ramach Projektu: (...)” (zwanym dalej Robotami).

Zamawiający dokonał wyboru oferty na wykonanie Robót oraz usunięcie ujawnionych w nich wad złożonej przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (zwanym dalej, (...)) i Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.- powódkę (łącznie zwanymi dalej Wykonawcą), którzy w celu złożenia oferty przetargowej oraz zrealizowania Umowy zawarły najpierw w dniu 18.09.2012 roku Umowę Konsorcjum, a następnie w dniu (...).03.2013 roku Umowę o Realizację Zamówienia.

W dniu 25.03.2013 roku została zawarta pomiędzy pozwanym (Zamawiającym), a powódką i (...) (Wykonawcą) umowa nr (...) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr (...) na odcinku C.- F.” Nr Projektu: (...) (zwana dalej Umową).

**Dowód:** 1) Umowa z dn. 25.03.2013 r. na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu

Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C.- F.” Nr Projektu: (...), wraz z załącznikami: A) SIWZ, B) PFU, C) Warunki Ogólne FIDIC, D) pytania i odpowiedzi do SIWZ;

2) Umowa Konsorcjum z dn. 18.09.2012 r.,

3) Umowa o Realizację Zamówienia z dn. 26.03.2013 r.,

Zgodnie z par. 2 ust. 1 Umowy, Wykonawca zobowiązał się, że zaprojektuje i wykona Roboty w ciągu 742 dni od daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKlauzulą 8.1. Warunków Szczególnych Umowy, zaś Zamawiający stosownie do par. 3 Umowy zobowiązał się zapłacić Wykonawcy cenę całkowitą brutto 320.169.989,40 zł, na którą składają się: cena netto 260.300.804,39 zł oraz podatek od towarów i usług (VAT) w wys. 59.869.185,01 zł. Rozpoczęcie wykonania Robót

nastąpiło w dniu 26.03.2013 roku. W ciągu obowiązywania Umowy strony dokonały zmiany terminu jej wykonania, jednakże zmiana nie dotyczyła powódki ani robót objętych pozwem.

W trakcie realizacji Umowy doszło do wykonania przez powódkę (działającą w tym zakresie jako Wykonawca, gdyż na mocy umowy konsorcjum dana część prac leżała w gestii powódki) robót dodatkowych, nieobjętych zakresem podstawowej Umowy, co do których zgłoszono następujące wnioski Wykonawcy nr (...), nr (...) nr (...), nr (...), nr (...) o objęcie ich Umową i rozliczenie na takich zasadach, jak w Umowie z Zamawiającym.

#### Wniosek nr (...) z dn. 9.06.2014 r.:

W dniu 9.06.2014 r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmian dotyczący wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach: B., C. S. opracowany na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania prac na stacji B. (wymiana wstawek między rozjazdowych za R. nr(...) w kierunku toru nr (...)za R.w kierunku toru nr 3, za R. nr (...)) oraz na stacji C. S. (wymiana wstawek między rozjazdami o nr (...), (...), (...),(...), (...), (...), za rozjazdem (...) w kierunku rozjazdu (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), wstawka za rozjazdem nr(...), wstawka za rozjazdem nr 9, wstawka za rozjazdem nr (...), wstawka za rozjazdem nr (...), wstawka za rozjazdem nr (...), wstawka za rozjazdem nr (...), wstawka za rozjazdem nr (...)) i wniósł o wyrażenie zgody na ich wykonanie, wskazując, iż w przeciwnym razie nie zostanie osiągnięty podstawowy cel rewitalizacji jakim jest osiągnięcie prędkości 120 km/h oraz dostosowanie rozjazdów stacji B. do prędkości 160 km/h. W przypadku rozjazdów na stacji C. S., Wykonawca wskazał także, iż wstawki z nawierzchni staroużytecznej spowodują niedostosowanie rozjazdów do prędkości 120 km/h. Stopień zużycia wstawek staroużytecznych wskazuje, iż w najbliższym czasie zajdzie konieczność wymiany ich na nowe, co wiązać się będzie z koniecznością uzyskania nowych zamknięć torowych oraz poniesienia znacznie większych przez Zamawiającego kosztów niż w przypadku wykonania ich w ramach wykonania przedmiotowej Umowy. Wykonawca wskazał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie Zamawiającemu korzyści takie jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii, wykonanie prac zgodnie ze sztuką budowlaną i przepisami (w zakresie wzmocnienia gruntu) tj. zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 roku (Dz.U. nr 151, poz. 987) w zakresie budowy peronów, poprawę funkcjonowania infrastruktury oraz bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów.

Koszt wykonania Robót Wykonawca ustalił wstępnie na kwotę 753.010,77 zł (netto), załączając wycenę dodatkowych robót według cen jednostkowych zgodnych z (...) i PFU (załączników do Umowy) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania Robót.

W dniu 10.06.2014 roku Inżynier Projektu zatwierdził zmiany poprzez podpisanie Protokołu Konieczności oraz zarekomendował udzielenie zamówienia dodatkowego Wykonawcy. W protokole tym stwierdzono, iż Zamawiający wprowadzając zmiany typów rozjazdów oraz ich parametrów technicznych, nie posiadając inwentaryzacji, ani pomiarów geodezyjnych infrastruktury kolejowej, pragnął osiągnąć cele określone w PFU i nie mógł przewidzieć skutków jakie one mogą wywołać. Wykonanie w/w prac jest niezbędne dla wykonania zamówienia podstawowego (Umowy) w zakres, którego wchodzi wykonania min. układu torowego i dostosowanie go do prędkości 120 km/h. Z uwagi na prowadzenie Robót zasadniczych przez Wykonawcę wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego Wykonawcę. Zamawiający ze względu na brak pomiarów geodezyjnych, aktualnej mapy sytuacyjno - wysokościowej oraz inwentaryzacji nie mógł przewidzieć konieczności wykonania przedmiotowych prac, które wykraczają poza PFU. Doświadczony Wykonawca tym samym nie mógł również przewidzieć konieczności powyższych prac w złożonej ofercie. Wykonanie prac dodatkowych jest niezbędne dla wykonania podstawowego zamówienia. Wartość robót nie ujętych w PFU Inżynier Projektu zatwierdził na kwotę 644.552,68 zł (netto).

Zapisy z Dziennika budowy dokonywane przez Inspektora Nadzoru (czyli personel Inżyniera Projektu zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy) potwierdzają następnie polecenie wykonania Robót objętych wnioskiem nr (...) wykraczających poza PFU na stacji C. S. i B..

Protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 11.09.2014 r. oraz protokół usunięcia usterek nr (...) z dn. 12.09.2014 r. odbioru eksploatacyjnego potwierdzają z kolei fakt wykonania przez Wykonawcę znacznej części Robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) i ich odbioru przez przedstawicieli Zamawiającego i Inżyniera.

Wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego z tego tytułu zapłaty kwoty 644.552,68 zł (netto), której zasadność co do wysokości została zatwierdzona przez Inżyniera.

Dowód: 4) wniosek z dn. 9.06.2014 r. nr (...) z pismem przewodnim dot. wniosków 17,18,19,

5) Protokół Konieczności z dn.10.06.2014 r.,

6) zapisy z Dziennika budowy,

7) protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 11.09.2014 r.,

8) protokół usunięcia usterek nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 12.09.2014 r.

**Prawidłowe rozliczenie wniosku nr (...)** o wprowadzenie zmian z dnia 09-06-2014 roku – które dotyczyło wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach: B. i C. S. - [k. 133].

a/ (...) B.:

Pozwany w dokumentacji przetargowej (PFU) ujął do wykonania:

- w tabeli (...)

tor(...)- wymianę rozjazdów R..(...), R..(...), R.. (...), likwidacja R.. (...),

tor (...) - wymianę rozjazdu (...)

- tabela 11a - wymianę nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem(...i torem (...)- R..(...)/R.. (...), R.. (...)/R.. (...) razem 33m. b.

W tabeli (...) - [k. 6lv] w torze nr (...)i (...)pozwany nie ujął w PFU wymiany następujących wstawek

- za rozjazdem nr (...) R.., tor nr(...) w kierunku toru nr (...) 22,3 m.b.,

- za rozjazdem nr (...) R.., tor nr (...)= 15,0 m.b.,

- za rozjazdem nr 23 R.., tor nr(...) w kierunku toru nr(...)= 10,92 m.b.

Koszt dodatkowych prac torowych w stacji B., polegający na wymianie 48,22 m.b. wstawek, obliczony przez powoda w oparciu o ceny ujęte w (...) wynosi **122 543,19 zł.**

b/ Stacja C. S.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej (PFU) ujął do wykonania:

- PFU tabela (...)

tor (...) wymiana wstawek między rozjazdami 0,219 km, wymiana rozjazdów nr R.. (...), R.. (...), R..(...) R..(...),

tor (...) wymiana rozjazdów nr R..(...), R.. (...) R..(...), R.. (...), R.. (...), R.. (...) R.. (...), R.. (...)

tor(...), R.. (...) R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...),

• PFU tabela 11a

wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem(...) i torem(...) - R.. (...)/R.. (...), R.. (...)/R.. (...), R.. (...)/R.. (...) - razem 0,033km.

Po analizie dokumentów dotyczących wniosku nr 17 biegli stwierdzili, że wymiana wstawek wykonana przez powoda wg poniższego wykazu **była robotą dodatkową** i nie była ujęta w PFU:

a/ w stacji B.:

- za rozjazdem nr (...) R.., w kierunku toru nr(...) o długości 22,3 m.b.

- za rozjazdem nr (...) R.., w kierunku toru nr (...) o długości 10,92 m.b.

co daje łączną długość 33,22 m.b.

b/ stacji C. S.

- za rozjazdem nr(...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr (...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr (...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr(...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr(...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr (...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

- za rozjazdem nr(...) o długości 11,29 m.b. - 24 769,00 zł

co daje razem siedem wstawek.

Skorygowany koszt, obliczony wg cen w Umowie ( (...)) wynosi:

- w stacji B. 0,03322 km x 2 541 335,40 zł/km = **84 423,17 zł.**

- w stacji C. (...) par wstawek x 24 769,00 zł = **173 383,00 zł**

Całkowita wartość robót dodatkowych wynikająca z wniosku nr (...) wg powyższych obliczeń wynosi **257 806,17 zł.**

a) Roboty wymienione w pkt 3.1. a i w pkt. 3.1. b nie były ujęte w PFU w tabelach nr (...) i 1 la obejmujących zakresy robót zasadniczych i zakresy wymiany nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych - [k. 6lv, 62].

b) Wstawki w stacji B. i C. S. za rozjazdami nr (...), (...) (...), (...), (...) (...), (...) - zlokalizowane były w torach głównych dodatkowych, a nie w torach nr (...) i (...) głównych zasadniczych oraz w połączeniach między nimi.

c) W PFU dotyczącym stacji C. S., brak było informacji o istniejących typach szyn leżących w torach głównych dodatkowych. W celu połączenia wymienionych rozjazdów typu (...) z torami typu (...) na stacji, zachodziła konieczność na etapie wykonawczym zastosowania szyny przejściowej (...).

d) Wstawka w stacji B. za rozjazdem nr (...) R., oraz wstawki w stacji C. S. między rozjazdami R.. nr (...)/(...) tor nr (...), R.. (...)/(...) tor (...), R.. (...)/80 tor nr (...), (...), R. (...)/ R. (...) tor(...), R.. (...) tor (...), R.. (...) tor 1, R.. (...)tor (...), R.. (...) tor (...), R.. (...) tor nr (...), R.. (...) tor (...)- **nie były robotami dodatkowymi**, ponieważ:

- zgodnie z zapisem w PFU przed tabelą 1 la - [k. 63] pozwany umieścił zapis:

„Wykonawca przy wymianie rozjazdów na stacjach uwzględni wymianę nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem nr(...) i torem nr(...) linii (...) (na stacji L. pomiędzy torem nr (...)i torem nr (...)) ...” - wstawki te zlokalizowane są w torach nr (...)i nr (...)linii (...);

**Wykonawca powinien przewidzieć je do wykonania na etapie składania oferty.**

e) Zastosowanie szyn przejściowych (zmiana typu szyn (...)) na wstawkach zobowiązywała pozwanego do ujęcia zakresu tych robót w PFU.

f) Koszt robót dodatkowych wynikający z wniosku nr (...)po korekcie wynosi:

na stacji B. 84 423,17 zł, a na stacji C. S. 173 383,00zł,

razem **257 806,17 zł.**

Wniosek nr (...) z dn. 9.06.2014 r.:

W dniu 9.06.2014 r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany dotyczący wykonania dodatkowych prac torowych na stacji K. i L. opracowany na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania prac na stacji L. (demontaż toru nr(...), demontaż rozjazdu R. nr(...), demontaż R. nr(...) wyrównanie międzytorza tor nr (...)i (...), wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntu) oraz na stacji K. (przesunięcie rozjazdu nr (...) i (...)w torze nr (...)i wzmocnienie podtorza pod zabudowę warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 mb) i wnosił o wyrażenie zgody na ich wykonanie.

Wykonawca wskazał, iż na stacji K. Zamawiający ograniczył zakres prac do wymiany rozjazdów na nowe zgodnie z Tab. (...) PFU, jednakże obecny styk przediglicowy rozjazdu (...) jest niezgodny z postanowieniem instrukcji ID-1 i zagraża bezpieczeństwu użytkowników, albowiem powinien zostać zlokalizowany min. 3m od skrajnego elementu przejazdu. Pozostawienie rozjazdu w istniejącej lokalizacji powoduje także brak możliwości eksploatacji rozjazdu z założoną zgodnie z PFU prędkością. Odnośnie stacji L., Wykonawca wskazał, iż pozostawienie toru nr (...)w niezmienionej lokalizacji uniemożliwia jego eksploatację oraz powoduje konieczność ograniczenia prędkości w torze nr(...). W związku z tym dla umożliwienia pełnej funkcjonalności stacji zasadne jest przeprowadzenie wskazanych we wniosku prac, które umożliwią nadto prowadzenie ruchu pociągów z założonymi wyjściowo prędkościami- 120 km/h dla pociągów pasażerskich oraz 70 km/h dla pociągów towarowych na całym rewitalizowanym odcinku linii nr (...)oraz przywrócenie prędkości rozkładowej 40 km/h dla pociągów pasażerskich i dla pociągów towarowych na całym rewitalizowanym odcinku linii nr (...). Odnośnie prac polegający na wzmocnieniu podtorza na stacjach K. i L., Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr (...) z dn. 18.10.2012 r. sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień, które zostały zatwierdzone następnie w Projekcie Wykonawczym. Wykonawca podał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie Zamawiającemu korzyści takie jak: możliwość osiągnięcia zakładanych dla rewitalizacji celów i możliwość długoletniego, bezpiecznego eksploataowania stacji.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych Robót wynosić będzie kwotę 499.719,(...) zł (netto), załączając wycenę przedmiotowych robót (kosztorys nr (...)) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania Robót.

W dniu 10.06.2014 roku Inżynier Projektu zatwierdził zmiany poprzez podpisanie Protokołu Konieczności oraz zarekomendował udzielenie zamówienia dodatkowego Wykonawcy. W protokole tym stwierdzono, iż wykonanie prac wskazanych we wniosku na stacjach L. i K. jest niezbędne dla zachowania standardów i uzyskania celów określonych w PFU. Podczas wykonywania robót ziemnych pod dokonaniu badań nośności gruntu zaszła konieczność wykonania wzmocnienia gruntu pod zabudowę warstwy ochronno - filtracyjnej na długości 604 mb. W celu natomiast wykonania peronu o normatywnych parametrach szerokości (zgodnie z w/w rozporządzeniem) konieczne jest przeprowadzenie dodatkowych robót nie ujętych w PFU zgodnie z wnioskiem Wykonawcy nr (...).

Inżynier Projektu wskazał także, iż Zamawiający opracowując PFU nie był w stanie przewidzieć rzeczywistego zakresu prac, ze względu na brak pomiarów geodezyjnych i inwentaryzacyjnych, o czym informował na etapie postępowania przetargowego w udzielanych wyjaśnieniach do SIWZ.

Z uwagi na prowadzenie Robót zasadniczych przez Wykonawcę wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego samego Wykonawcę. Wykonanie prac dodatkowych jest niezbędne dla wykonania podstawowego zamówienia. Wartość robót nie ujętych w PFU Inżynier Projektu zatwierdził na kwotę 499.719,95 zł (netto).

Zapisy z Dziennika budowy dokonywane przez Inspektora Nadzoru (czyli personel Inżyniera Projektu zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy) potwierdzają następnie polecenie wykonania robót objętych wnioskiem nr (...) wykraczających poza PFU na stacji K. i L.. Protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 20.02.2014 r. potwierdza z kolei fakt wykonania przez Wykonawcę Robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) i ich odbioru przez przedstawicieli Zamawiającego i Inżyniera.

Wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego kwoty 499.719,(...) zł (netto), której zasadność co do wysokości potwierdził Inżynier.

**Dowód:** 9) wniosek z dn. 9.06.2014 r. nr (...), pismo przewodnie dołączono do wniosku nr 17

10) Protokół Konieczności z dn. 10.06.2014 r.,

11) zapisy z dziennika budowy,

12) protokół nr (...) z dn. 20.02.2014 r.

**Prawidłowe rozliczenie wniosku nr (...)** z dnia 9.06.2014 roku - zmiany dotyczyły wykonania dodatkowych prac torowych w stacji: K. i L. - [k. 183]:

a/ (...) L.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej (PFU) ujął do wykonania:

- PFU tabela 11-tor(...) wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udrożnienie rowów i odwodnienia, km 141,255+142,382, wymiana rozjazdów nr R.. (...) R.. 3 R.. (...) R.. (...), R.. (...), demontaż odcinka toru nr (...) na długości przejazdu, - [k. 61, 62v].

- PFU tabela 11a wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem (...) i torem (...)- R.. (...) R.. (...) R..(...)/R. (...), R..(...)/R..(...),razem 68 m.b.

Zmiana zakresu robót w stacji L., wyniknęła ze zmiany szerokości peronu, która została wprowadzona przez pozwanego już po podpisaniu Umowy, podczas posiedzenia w dniu 10-05-2013 roku - [k. 162] przez Zespół (...) ((...)).

Zmieniony zakres prac (oprócz robót ujętych w PFU) polegał na:

- likwidacji toru nr (...) o długości 821 m.b.
  - likwidacji R.. Nr (...)
  - zamianie rozjazdu R.. nr(...) na rozjazd zwyczajny R.. (...)
  - zabudowie wstawki o długości 6m
  - zwiększonym zakresie wyrównania międzytorza między torami nr(...) i (...)
  - wykonaniu dodatkowych wzmocnień gruntu,
- w/w roboty w torze nr(...) i (...) nie zostały ujęte w tabeli (...) - [k. 61v].

b/ Stacja K.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej (PFU) ujął do wykonania:

- PFU tabela 11-tor(...) wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia, wymiana rozjazdów nr R. (...) R.. (...) R.. (...) R.. (...) R.. (...), R.. (...)
- remont przejazdu w km 145,296.
- PFU tabela 11a wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem(...) i torem (...) - R. (...) / R.. (...), R.. (...) / R.. (...) R.. (...) R.. (...), R.. (...) R.. (...), razem 38m.b.

Po analizie dokumentów dotyczących wniosku nr (...) biegli stwierdzili, że:

a/ Stacja L. - wymienione poniżej roboty należało uwzględnić w całości, jako dodatkowe:

- likwidacja toru nr (...) o długości 821 m.b.
- likwidacja R.. Nr (...)
- zamiana rozjazdu R.. nr(...) na rozjazd zwyczajny R.. (...)
- zabudowa wstawki o długości 6m
- zwiększony zakres wyrównania międzytorza między torami nr(...) i (...)
- wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntu,

których wartość, licząc wg składników cenowych z Umowy wynosi **367 816,08 zł.**

b/ Stacja K.:

Zmiana zakresu robót w stacji K. w torze nr (...) wynikała z przesunięcia rozjazdu nr(...) w torze nr (...) poza obręb przejazdu i polegała na:

- przesunięciu w torze nr (...) rozjazdu nr (...) (wzdłuż osi toru) o (...), (...) m i rozjazdu nr (...) (wzdłuż osi toru) o 7, (...) m,
- wzmocnieniu podtorza pod zabudowę warstwy ochronno-filtracyjnej od km 145,500 do km 145,650 na długości 150 m (rozjazd nr (...) i (...) w km 145,163-145,227).

Natomiast przesunięcie w torze nr (...) rozjazdów nr (...)i 3 [b. turet pierwsze], nie było robotą dodatkową.

W trakcie wykonywania robót ziemnych w torze nr (...), stwierdzono, że na długości 150m w km 145,500 ÷ 145,650 zaszła konieczność wzmocnienia podtorza przed zabudową warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 m.b. ze względu na słabonośne podtorze.

Prace w torze nr(...)i (...) były dodatkowymi, gdyż nie zostały ujęte w tabeli (...) [k. 6lv].

Wartość robót dodatkowych w stacji K. wyniosła **68 495,63 zł.** - bez kosztów przesunięcia rozjazdów nr (...)i (...) w torze nr(...).

Całkowity skorygowany koszt robót dodatkowych wynikający z wniosku nr(...) wyniósł **436.311,71 zł.**

Kosztorys dodatkowych prac torowych w stacji L. i K. został opracowany w oparciu o Katalog Norm Rzeczowych oraz ceny zgodne z S.- III kwartał 2013 roku i tymi samymi składnikami cenotwórczymi posłużyli się biegli w opinii.

a) Zmiana zakresu robót w stacji L. została wprowadzona przez pozwanego po zawarciu Umowy, dlatego roboty te powinny być uwzględnione, jako dodatkowe.

b) W stacji K. przesunięcie rozjazdów wzdłuż osi torów (turet pierwsze), **nie było robotą dodatkową**, ponieważ przesunięcia rozjazdów nr(...) i 3 (km 145,163 ÷ 145,227) w torze nr (...), należało uwzględnić w ofercie przetargowej. Potrzebę przesunięć rozjazdów należało wykryć podczas wizji na placu budowy na etapie przygotowywania oferty do przetargu biorąc pod uwagę prace związane z wymianą rozjazdów.

c) Przesunięcie rozjazdu w torze nr 1 spowodowane było postanowieniami § 13 pkt. 8 Instrukcji Id-1 (D-l) pt.: „Warunki Techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych”, z którego wynika, że odległość styków szynowych od skrajnych elementów nawierzchni przejazdu nie powinna być mniejsza niż 6m, a odległość spawów elektrooporowych lub termitowych nie mniejsza niż 3m.

d) Za uwzględnieniem **roboty dodatkowej**, obejmującej wzmocnienie podtorza w stacji K. w km 145,50(H 145,650 w torze nr(...)) pod zabudowę warstwy ochronno filtracyjnej przemawia zapis w PFU pkt 1.3 - [k. 68v] Wykonawca zobowiązany był do opracowania dokumentacji wykonawczej, a dla podtorza wykonanie tej dokumentacji powinno być poprzedzone badaniami gruntu **na odcinkach ujawnionych przez użytkownika, jako słabonośne** (wskazane w Opisie stanu istniejącego niniejszego PFU): „Lokalizacja miejsc w podtorzu mającego na celu przywrócenie pierwotnych parametrów użytkowych...”

- brak w PFU ujęcia tej lokalizacji w zestawieniu miejsc w podtorzu, wymagających wzmocnienia, naprawy - [k. 57].

e) Udzielona odpowiedź oferentom na pytanie nr 30 z dnia 17-09-2012 roku - [k. 110], informująca oferentów, że wzmocnienia i naprawy dotyczą tylko toru nr(...) a nie toru nr (...).

#### Wniosek nr (...) z dn. 9.06.2014 r.:

W dniu 9.06.2014 r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany, dotyczący wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach L., P. opracowany na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania prac na stacji P. (budowa wstawek międzyrozjazdowych od R. nr (...) do R. nr (...) oraz od R. nr (...) do R. nr (...), korekta toru nr(...)) oraz na stacji L. (wykonanie wzmocnienia podtorza) i wnosił o wyrażenie zgody na ich wykonanie.

Wykonawca wskazał, iż odnośnie stacji P. Zamawiający ograniczył zakres prac do robót wskazanych w części szczegółowej min. w Tab.(...)i Tab. (...) PFU, zgodnie z którymi należało wykonać wstawki międzyrozjazdowe w

miejscach wyszczególnionych, w pozostałych zaś miejscach wykonać wstawki z nawierzchni staroużytecznej. Takie rozwiązanie spowoduje jednak nieosiągnięcie podstawowego celu rewitalizacji, jakim jest osiągnięcie prędkości- 120 km/h oraz dostosowanie rozjazdów stacji P. do prędkości 160 km/h (zgodnie z p. 1.2.7.) Stopień zużycia wstawek staroużytecznych wskazuje nadto, iż w najbliższym czasie zajdzie konieczność wymiany ich na nowe, co wiązać się będzie z koniecznością uzyskania nowych zamknięć torowych oraz poniesienia znacznie większych kosztów niż w przypadku wykonania ich w ramach Umowy. Nadto, Zamawiający w stacji P. ograniczył zakres prac tylko do torów (...), i (...). Nie wykonanie geometrii toru nr(...)spowoduje brak możliwości użytkowania tego toru. Wnioskowane Roboty poprawią parametry ruchowe stacji P. i umożliwią prowadzenie prac manewrowych na stacji. Odnośnie natomiast stacji L., Zamawiający w części szczegółowej PFU Tab.(...) ograniczył zakres prac podając konkretne lokalizacje dla jakich należy wykonać wzmocnienie podtorza. Jednocześnie Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 54 z dn. 18.10.2012 r. sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień, które zostały zatwierdzone następnie w Projekcie Wykonawczym. Wykonawca podał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie Zamawiającemu korzyści takie jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii oraz poprawę funkcjonowania infrastruktury kolejowej, bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych Robót wynosić będzie kwotę 434.781,66 zł (netto), załączając wycenę przedmiotowych robót (kosztorys ofertowy nr (...)) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania Robót.

W dniu 10.06.2014 roku Inżynier Projektu zatwierdził zmiany poprzez podpisanie Protokołu Konieczności oraz zarekomendował udzielenie zamówienia dodatkowego Wykonawcy. W protokole tym stwierdzono, iż wykonanie prac wskazanych we wniosku na stacjach L. i P. jest konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Z uwagi na prowadzenie Robót zasadniczych przez Wykonawcę wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego samego Wykonawcę. Zamawiający ze względu na brak pomiarów geodezyjnych, aktualnej mapy sytuacyjno wysokościowej oraz inwentaryzacji nie mógł przewidzieć konieczności wykonania prac przedstawionych we wniosku nr (...) na stacji P., które wykraczają poza PFU. Doświadczony Wykonawca nie mógł również przewidzieć konieczności wykonania powyższych prac w złożonej ofercie. Podczas wykonywania prac ziemnych na stacji L. okazało się, że grunt rodzimy po zagęszczeniu nie spełnia wymagań nośności gruntu. Zaszła więc konieczność wzmocnienia gruntu. Wartość robót nie ujętych w PFU Inżynier Projektu zatwierdził na kwotę 454.781,66 zł (netto).

Zapisy z Dziennika budowy dokonywane przez Inspektora Nadzoru (czyli personel Inżyniera Projektu zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy) potwierdzają następnie polecenie wykonania robót objętych wnioskiem nr (...) wykraczających poza PFU na stacji L. i P..

Protokół usunięcia usterek do protokołu nr (...) dot. Odbioru eksploatacyjnego z dn. (...)10.2013 r. potwierdza z kolei fakt wykonania przez Wykonawcę Robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) i ich odbioru przez przedstawicieli Zamawiającego i Inżyniera.

-

Wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego kwoty 434.781,66 zł (netto), której zasadność co do wysokości potwierdził Inżynier.

**Dowód:** 13) wniosek z dn. 9.06.2014 r. nr (...), pismo przewodnie dołączono do wniosku nr (...)

14) Protokół Konieczności z dn. 10.06.2014 r.,

15) zapisy z dziennika budowy,

16)protokół usunięcia usterek do protokołu nr (...) dot. odbioru eksploatacyjnego

**Wniosek nr (...) (...)** z dnia 09-06-2014 roku dotyczył wykonania dodatkowych robót torowych na stacji L. i P.  
- [k. 223 - 226]:

Pozwany w dokumentacji przetargowej (PFU) ujął do wykonania:

a/ Stacja P.:

- PFU tabela (...)

- tor(...)

wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia km 161,069+162,062, wymiana rozjazdów nr R.. (...) R.. (...) R.. (...) korekta geometrii luku w torze nr(...)(do V=120 km/h) w związku z likwidacją toru nr (...) remont przejazdu w km 161,114,

- tor(...)

likwidacja rozjazdów nr (...) i (...) w torze nr (...), likwidacja toru nr(...), korekta geometrii luku w torze nr(...)(do V=120 km/h), w związku z likwidacją toru nr (...)

b/ Stacja L.:

- PFU tabela (...)

- tor (...):

wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia, km 151,205 --- 152,737  
wymiana rozjazdów nr R..(...) R..(...), R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...), R.. (...)

- tor (...):

wymiana rozjazdów nr R.. (...), R.. (...), likwidacja R.. (...), R.. (...).

- PFU tabela (...)

wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem (...)i torem (...)

-R.. (...)/R.. (...), R.. (...)/R..(...), R..(...)/R..(...), razem 15m.b.

Po analizie dokumentów dotyczących wniosku nr (...) biegli stwierdzili, że:

a/ W stacji P. powód wykonał następujące roboty dodatkowe, nie ujęte w PFU:

- wymiana wstawek za rozjazdem nr (...) R.., w kierunku toru nr (...)o długości 22,3 m.b.

- wymiana wstawek za rozjazdem nr 23 R.., w kierunku toru nr (...)o długości 10,92 m.b.

razem 33,22 m.b.

- korekta toru nr (...) na długości 311,93 m.

Po przeprowadzeniu analizy zapisów zawartych w protokole konieczności nr (...) - [k. 191], wniosku nr (...) - [k. 223, 224] i kosztorysie - [k. 200] biegli stwierdzili różnicę w długości wykonanych wstawek w stacji P..

Do obliczeń przez pozwanego przyjęto 88,48 m.b. zamiast 48,07 m.b. - długość którą ujęto w protokole konieczności i wniosku. Poprawnie obliczony koszt wymiany wstawek, wobec tego, wynosi **67 863.15 zł** zamiast 126 451,06 zł.

Korekta toru nr (...) na długości 311,93 m, ujęta we wniosku nr (...) obliczona przez powoda wyniosła **150.698,51 zł** i była robotą dodatkową nie ujętą w PFU.

Całkowity koszt robót dodatkowych w stacji P. ujętych we wniosku nr (...) po przeprowadzonej korekcie wynosi 67 863,15 zł + 150 698,51 zł = **218 561,66 zł.**

b/ w stacji L.

Wykonawca robót w stacji L. we wniosku i w protokole konieczności nr (...) - [k. 194, 198] - wykazał jako robotę dodatkową:

- wzmocnienie podtorza na długości 220 m.b. w torze nr (...) od km 151,700 do rozjazdu R. nr 3

W Załączniku nr 1 a w torze nr (...) - pozycja (...) - [k. 78] ujęta jest „Wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia”, jako wymagająca naprawy. W związku z tym opisany zakres **nie należy do robót dodatkowych.**

Całkowity skorygowany koszt robót dodatkowych, wynikający z wniosku nr (...) wynosi **218.561,66 zł.**

Kosztorys dodatkowych prac torowych w stacji P. i L. opracowany został w oparciu o Katalog Norm Rzeczowych oraz ceny zgodne z (...) III kwartał 2013 roku zgodnie z obowiązującymi zasadami.

Uzasadnieniem dla takiego rozliczenia są następujące okoliczności:

a/ Roboty wymienione w pkt IIIc. i III d., nie były ujęte w PFU w tabelach nr (...) i 11a, które obejmowały zakresy robót zasadniczych i zakresy wymiany nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych - [k. 61v, 62v].

b/ W stacji P. wstawki za rozjazdami:

- nr (...) w kierunku toru nr (...) o długości 22,3 m.b.,

- nr 23 R., w kierunku toru nr (...) o długości 10,92 m.b.

razem 33,22 m.b.

zlokalizowane były w torach głównych dodatkowych, a nie w torach głównych zasadniczych nr (...) i (...).

c/ Ujęcie w Załączniku nr 1 a (...) zakresu robót w poz. B19.1 na naprawę podtorza w torze nr (...) w stacji L., **nie upoważniało** powoda do traktowania wykonanej roboty, jako dodatkowej.

Wniosek nr (...) z dn. 25.06.2014 r.:

W dniu 25.06.2014 r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany, dotyczący wykonania dodatkowych prac kompleksowego odwodnienia na stacjach C. G., L., L. opracowany na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania w/w prac. Wskazał, iż prace konieczne do wykonania na stacji C. G. polegają na: wykonaniu drenażu wgłębnego, wykonaniu studni osadnikowych karbowanych oraz odprowadzenie do istniejących rowów rurami pełnymi, wykonanie drenażu francuskiego. Prace konieczne do wykonania na stacji L. polegają na: wykonaniu drenażu wgłębnego oraz wykonaniu drenażu francuskiego. Prace konieczne na stacji L. polegają zaś na: wykonaniu drenażu wgłębnego oraz wykonaniu studni osadnikowych karbowanych oraz odprowadzeń do istniejących rowów rurami pełnymi. PFU zakładało przeprowadzenie prac rewitalizacyjnych na linii 61 i 700, w zakresie prac wskazywało zaś na odbudowę istniejących rowów bocznych ziemnych, co zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 roku

(Dz.U. nr 151, poz. 987) w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe oznacza wykonanie nowej budowli kolejowej w miejsce niesprawnej lub nieczynnej. W tabeli nr (...) PFU Zamawiający zawarł szczegółowy zakres robót do wykonania na poszczególnych stacjach, gdzie roboty odwodnieniowe doprecyzował następująco: „Odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia” (istniejącego). Potwierdzają to również odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej, gdzie Zamawiający potwierdził, iż nie posiada mapy zasadniczej, aktualnych map sytuacyjno- wysokościowych, a jako zakres robót do wyceny wskazał odtworzenie rowów otwartych wraz z wycinką krzewów. Brak wykonania wnioskowanych prac pozwoli na eksploatację linii, jednakże w krótkiej perspektywie czasowej spowoduje obniżenie nośności podtorza, jego nawilgocenie, które doprowadzi do tworzenia się wychłapek, a w perspektywie do konieczności ponoszenia niewspółmiernych kosztów kolejnych remontów. W okresie jesienno-zimowym może powodować nadto wysadziny (zamarzająca nieodprowadzona woda).

Wykonawca wnosił o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmiany w stosunku do PFU, podając, iż korzyści dla Zamawiającego z wprowadzenia zmian będą polegać na prawidłowym odwodnieniu równi stacyjnych gwarantujące długotrwałą i bezawaryjną eksploatację nawierzchni kolejowej oraz uzyskanie celów rewitalizacji- dostosowanie prędkości dla ruchu osobowego- 120 km/h i dla ruchu towarowego- 70 km/h.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych (...) wynosić będzie kwotę 981.820,93 zł (netto), załączając wycenę przedmiotowych robót według cen (...) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania (...).

**Dowód:** 17) wniosek z dn. 25.06.2014 r. nr (...) wraz z pismem przewodnim:

Wykonania dodatkowych prac objętych wnioskiem nr (...) konieczne było nie tylko na stacjach C. G., L., L., ale również na stacjach B., K. i P.. Wykonanie tych (...) na stacjach B., K. i P. objęte zostało innym wnioskiem Wykonawcy opracowanym również na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy, tj. wnioskiem nr (...)/ (...)/2014 r. z dn. 25.06.2014 r. (zał. 17A) z analogiczną, jak we wniosku nr (...) argumentacją, a sprowadzającą się do konieczności przeprowadzenia prac kompleksowego odwodnienia stacji, które są niezbędne dla spełnienia wymagań PFU, a nie zostały nim objęte, pozwolą zaś na poprawne wykonanie układu torowego na stacjach, poprawią stan techniczny torów stacyjnych dzięki poprawieniu parametrów użytkowych stacji oraz umożliwią długotrwałe i bezawaryjne użytkowanie stacji.

Pismem z dn. 31.07.2014 r. Inżynier Projektu zarekomendował Zamawiającemu wykonanie Robót objętych wnioskiem nr (...), a Zamawiający wyraził Wykonawcy pisemną zgodę na ich wykonanie w dniu 4.08.2014 r.

Roboty objęte zarówno wnioskiem nr (...), jak i wnioskiem nr (...) zostały wykonane przez Wykonawcę. Fakt zakończenia tych robót weryfikuje protokół odbioru eksploatacyjnego nr (...) z dn. 11.09.2014 r. oraz protokół usunięcia usterek nr (...) z dn. 12.09.2014 r., zostały one odebrane przez personel Zamawiającego i Inżyniera.

Roboty objęte wnioskiem nr (...) zostały uznane przez Zamawiającego za roboty równoważne na podstawie art. 30 ust. 5 p.z.p. i uwzględnione w ramach ceny kontraktowej. Wykonawca nie otrzymał natomiast od Zamawiającego z tytułu wykonania Robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) zapłaty kwoty 981.820,93 zł (netto).

**Dowód:** 17) wniosek z dn. 25.06.2014 r. nr (...), dot. robót ujętych wnioskiem (...) (zat. nr 17a)

18) pismo Inżyniera Projektu z dn. 31.07.2014 r.,

19) pismo Zamawiającego z dn. 4.08.2014 r. i z dn. 5.08.2014 r.,

20) protokół odbioru eksploatacyjnego nr (...) z dn. 11.09.2014 r.,

21) protokół usunięcia usterek nr (...) z dn. 12.09.2014 r.

**Wniosek nr (...)** z dnia 25-06-2014 roku na stacji C. G., L., L. dotyczył **dotatkowych robót torowych odwodnieniowych** polegających na wykonaniu:

a/ w stacji C. G.:

- drenażu wglębnego o przekroju o 160mm - 344 m.b.,
- studni osadnikowych karbowanych o przekroju o 400mm-24 szt,
- odprowadzenia wody o przekroju o 200mm - 844 m.b.,
- drenażu francuskiego o przekroju o 400mm x500mm - 163 m.b.
- PFU tabela 11-tor (...) wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia, km 121,735 ÷ 122,730

b/ w stacji L.:

- drenażu wglębnego o przekroju o 160 mm - 24 m.b.,
- drenażu francuskiego o przekroju o 400 mm x 500 mm - 708 m.b..
- PFU tabela 11-tor (...)wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia, km 141,255 ÷ 142,382,
- PFU tabela 1 la wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem (...) i torem (...) - R.. (...) / R. (...), R.. (...) / R. (...), R.. (...) / R. (...), razem 66 m.b.

c/ w stacji L.:

- drenażu wglębnego o przekroju o 160 mm 822 m.b.,
- studni osadnikowych karbowanych o przekroju o 400 mm - 30 szt.,
- odprowadzenia wody do istniejących rowów rurami pełnymi o przekroju o 200 mm - 844 m.b.
- PFU tabela 11-tor (...) wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia - [k. 232 - 234].

Analiza dokumentów ujętych we wniosku nr 21 pozwala twierdzić, że roboty odwodnieniowe w stacjach: C. G., L. i L. **były robotami dodatkowymi nie ujętymi** w PFU.

Całkowity skorygowany koszt robót dodatkowych wynikający z wniosku nr 21 wynosi **981.820,93 zł.**

Wycena kosztorysowa została przeprowadzona przez powoda w oparciu o ceny jednostkowe przy robotach zamiennych ujętych we wnioskach nr (...) - [k. 239] i 04/ (...), akceptowanych przez pozwanego.

Uzasadnieniem dla powyższego wyliczenia są następujące argumenty:

a) Zgodne z § 16 ust. 4 pkt 1 i 2 oraz § 46 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. nr 151, poz. 987 z późniejszymi zmianami) podtorze kolejowe powinno zapewniać między innymi wytrzymałość,

dopuszczalne odkształcenia trwale, nie powodować osłabienia stateczności budowli posadowionych na odwadnianym terenie.

b) Zamawiający w SIWIZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) i PFU w zakresie odwodnienia powierzchniowego i wglębnego wymagał udroźnienia: „odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia”, nie precyzując jak należy postąpić w przypadku uszkodzonego i nieczynnego odwodnienia wglębnego.

c) Zgodnie z subklauzulą 4.10 - [k. 37] „Zamawiający oświadczył, że udostępni wykonawcy do jego wiadomości wszystkie odnośne dane znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego a dotyczące warunków podpowierzchniowych i hydrologicznych na placu budowy”.

Zamawiający udzielając odpowiedzi:

- na pytanie oferenta dotyczące warunków geotechnicznych na pytanie nr 17 - [k. 109] z dnia 17-09-2012 roku „ o zamieszczenie wyników badań geotechnicznych gruntów” poinformował oferentów, że nie posiada badań geotechnicznych.

- na pytanie 47 - [k. 111] z dnia 17-09-2012 roku o zamieszczenie wykazu rowów otwartych i odwodnienia wglębnego odpowiedział, że wykaz rowów otwartych jak również odwodnienia wglębnego został ujęty w PFU w tab. (...).

d) Zamawiający opracowując PFU nie dołożył należytej staranności w zakresie opisu robót odwodnieniowych, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia: „odtworzenie”, „udroźnienie rowów i odwodnienia”.

e) Wykonane odwodnienie zapewnić miało prawidłowe odprowadzenie wody z równi stacyjnych, gwarantując długotrwałą eksploatację nawierzchni kolejowej bez konieczności częstych napraw.

Wniosek nr (...) z dn. 8.07.2014 r.:

W dniu 8.07.2014 r. Wykonawca przekazał Inżynierowi Projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany, dotyczący wykonania nowego układu torowego i nowych peronów w stacji P. w km 168+171,06 do 169+ 165,01, opracowany na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

Wykonawca wnosił o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmiany w stosunku do PFU w zakresie wykonania robót torowych oraz peronowych w stacji P. polegających na: przebudowie peronu nr 1 z wykonaniem robót ziemnych oraz wykonaniem nawierzchni z płyt poziomych typu P i wykonaniem nawierzchni z kostki brukowej na pozostałej powierzchni, częściowa rozbiórka peronu, budowa nowego peronu nr 2 w zmienionej lokalizacji z wykonaniem robót ziemnych, zabudowa ścianek peronowych typu L-2 oraz wykonanie nawierzchni z płyt typu P, pochylni, labiryntów, przejścia przez tory z płyt CBP, całkowitą rozbiórkę peronu nr 2, skrócenie toru nr (...), wzmocnienie podtorza pod rozjazdem nr 2. Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania w/w prac, podając, iż na etapie dokonywania oceny (...) Wykonawczych branży torowej podczas (...) nr (...) Zamawiający sam wskazał, że jego wolą jest rozszerzenie przedmiotu zamówienia o wykonanie nowych peronów zgodnie z p. 1.2.10. PFU. Na (...) w dn. 10.05.2014 r. (Protokół nr (...)) wniesiono uwagę, (zał. Nr 2- pismo nr (...) z dn. 13.05.2013 r.) o następującej treści: Z uwagi na fakt, iż w cz. Przystanków osobowych istniejące perony nie spełniają ustawowych wymagań Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dn. 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. z Nr 151, poz. 987), wskazania jest ich przebudowa zgodnie z par. 45 i par. 8 w/w rozporządzenia. Wykonanie nowych peronów zgodnie z przepisami w/w rozporządzenia powoduje konieczność wykonania ich w nowej lokalizacji i rozebrania istniejących. Wykonanie nowego peronu nr 1 powoduje również konieczność skrócenia toru nr 3 oraz zabudowy kozła oporowego w nowej lokalizacji. PFU zakładało dla umożliwienia przejazdu z naciskiem 221 kN/oś wykonanie wzmocnień podtorza zapewniających odpowiednią nośność (zgodnie z p. 1.2. PFU). Zamawiający w części szczegółowej PFU T.. (...) ograniczył zakres prac podając konkretne lokalizacje, dla jakich należy wykonać wzmocnienie podtorza. Jednocześnie udzielając odpowiedzi na pyt. 54 z dn. 18.10.2012 r. sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień informując, iż większą ilość wzmocnień

określi Projektant. W Dzienniku budowy na rysunkach uzupełniających Projektant określił konieczność wykonania dodatkowego wzmocnienia (rysunek został załączony do wniosku).

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych Robót wynosić będzie kwotę 1.251.445,00 zł (netto), podając szczegółowy sposób dokonania wyceny oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania Robót.

**Dowód:** 22) wniosek z dn. 8.07.2014 r. nr (...),

Wykonawca wnosił o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmiany w stosunku do PFU w zakresie wykonania robót torowych oraz peronowych w stacji P. dotyczący wykonania nowego układu torowego i nowych peronów w stacji P. w km 168+171,06 do 169+ 165,01 już we wniosku nr II/ (...) z dn. 16.05.2014 r., opracowanym także na podstawie Klauzuli 13.2. Warunków Ogólnych Umowy.

**Dowód:** 22) wniosek z 8.07.2014 r. nr (...) wraz z załącznikiem 22a-wnioskiem(...) (...) z 16.05.2014

Wykonawca już w tym wniosku wskazywał na konieczność wprowadzenia zmiany w stosunku do PFU w zakresie wykonania robót torowych oraz peronowych w stacji P., których zakres był tożsamy z zakresem robót objętych wnioskiem nr (...) z tożsamą argumentacją powieloną ponownie we wniosku nr (...) i z tożsamą wyceną tych prac na kwotę 1.251.445,00 zł (netto) wraz z załączonym szczegółowym sposobem dokonania wyceny.

W dniu 19.05.2014 roku Inżynier Projektu zatwierdził zmiany objęte wnioskiem nr (...) poprzez podpisanie Protokołu Konieczności oraz zarekomendował udzielenie zamówienia dodatkowego Wykonawcy. W protokole tym stwierdzono, iż wykonanie prac wskazanych we wniosku na stacji P. jest konieczne do wykonania zamówienia podstawowego, a nie zostało objęte zamówieniem podstawowym. Z uwagi na prowadzenie Robót zasadniczych przez Wykonawcę wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego samego Wykonawcę. Zrealizowanie prac wskazanych przez Wykonawcę we wniosku nr (...) (...) przyniesie Zamawiającemu takie korzyści jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii, wykonanie prac zgodne ze sztuką budowlaną i przepisami (wzmocnienie gruntu), tj. Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w zakresie budowy peronów, poprawę funkcjonowania infrastruktury kolejowej, bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów, poprawę obsługi bocznicy nasycalni podkładów w P..

Wartość robót nie ujętych w PFU Inżynier Projektu zatwierdził na kwotę 1.251.445,00 zł netto.

Zapisy z dziennika budowy dokonywane przez Inspektora Nadzoru (czyli personel Inżyniera Projektu zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy) potwierdzają następnie polecenie wykonania robót objętych wnioskiem nr (...) wykraczających poza PFU na stacji P., a także wykonanie ich przez Wykonawcę. Roboty będące przedmiotem wniosku nr (...) były systematycznie odbierane przez Inspektora Nadzoru (czyli personel Inżyniera Projektu zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy), co jest udokumentowane wpisami w Dzienniku Budowy.

Wykonawca wykonał prace objęte wnioskiem nr (...). Nie otrzymał od Zamawiającego z tego tytułu zapłaty kwoty 1.251.445,00 zł (netto).

**Dowód:** 22) wniosek nr (...) z dn. 8.07.2014 r. (dot. robót objętych wnioskiem nr (...) (...) - zat. 22 a),

23) Protokół Konieczności z dn. 19.05.2014 r.

24) Protokół Nr (...) z dnia 10.05.2013r. z posiedzenia Zespołu (...) ( (...)),

25) zapisy z Dziennika Budowy.

**Wniosek nr (...)** z dnia 08-07-2014 roku na stacji P. dotyczył wykonania:

- nowego układu torowego,

- nowych peronów w km od 168÷171,06 do 169÷165,01,

• PFU tabela 11-tor (...)wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia, remontu peronu polegającego na dostosowaniu do obowiązujących standardów dla peronów o wysokości 55 cm, demontaż i montaż wiat peronowych.

•PFU tabela 14- perony - [k. 64]

Koszt robót wyliczony przez powoda na etapie składania oferty obejmujący swoim zakresem czynności wymienione w PFU wynosił 986 455,00 zł - [k. 253 - 256].

Na etapie oceny projektów wykonawczych branży torowej (...) nr (...) - [k. 254] z dnia 10-05-2013 roku zalecono przebudowę istniejących peronów do wysokości 0,55 m i wymaganej szerokości zgodnie z § 45 i § 45 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. nr 151, poz. 987 z późniejszymi zmianami).

### **Zmiana ta spowodowała zwiększenie zakresu robót i kosztów.**

Wartość robót po zmianach wyliczona przez powoda wyniosła 2 237 900,00 zł.

Skorygowana (zweryfikowana) przez biegłych wartość robót dodatkowych opisanych we wniosku nr 23, uwzględniając ceny ujęte w PFU wynosi: 2 237 900,00 zł - 986 455,00 zł = **1 251.445,00 zł.**

Mając na uwadze okoliczność, iż stosownie do zapisów SubKlauzuli 20.1 Warunków Szczególnych obowiązkiem Wykonawcy jest także zgłoszenie do Inżyniera powiadomienia o roszczeniu i żądaniu udzielenia dodatkowej płatności, Wykonawca pismem z dnia 14 października 2015 r. zgłosił stosowne roszczenia Inżynierowi, wskazując pisemne uzasadnienie każdego z wniosków o wprowadzenie zmian w Umowie, wskazanych w pkt. 1.1-1.5. Inżynier w oparciu o stanowisko przedstawione przez Zamawiającego nie uwzględnił roszczenia Wykonawcy i pismem z dnia 17 listopada 2015 r. (pismo przewodnie z 18 listopada 2015 r.) odrzucił w całości roszczenia Wykonawcy jako niezasadne.

Dnia 2 grudnia 2014 r. Wykonawca, reprezentowany przez (...), wystąpił o zawezwanie do próby ugodowej, wskazując na treść wszystkich ww. wniosków i wzywając pozwaną do dobrowolnej zapłaty. Mimo dwukrotnego wyznaczenia **terminu posiedzenia (31 marca 2015 r.** i na żądanie pozwanej dodatkowego terminu 9 czerwca 2015 r.) i deklarowanej chęci zawarcia ugody przez Wykonawcę (w tym powódkę), do polubownego rozwiązania sporu nie doszło, co potwierdzają dokumenty w sprawie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, sygn. akt XVII GCo 454/15, w tym protokoły ww. posiedzeń.

dowód: 26) powiadomienie o roszczeniu Wykonawcy z pismem przewodnim 14.10.2015

27) odpowiedź Inżyniera z 17.11.2015 z pismem przewodnim z 18.11.2015

28) zawiadomienie o terminie posiedzenia z 31.03.2015, SR (...) W., sygn. XVII GCo 454/15

Po wskazanym wyżej terminie posiedzenia w przedmiocie zawezwania do próby ugodowej, Zamawiający przedstawił (...) pisemne stanowisko w piśmie z 5 maja 2015 r., w którym w pkt. 2-6 wskazano, iż pozwana nie przyjmuje żadnego z wniosków powódki o uznanie robót za dodatkowe i zapłatę dodatkowego wynagrodzenia (jak we wnioskach 1.1-1.5 powyżej).

dowód: 29) stanowisko Zamawiającego w przedmiocie roszczeń z 5.05.2015 r.

Powódka uwzględniając treść Subklauzuli 20.5 Warunków Szczególnych Umowy podjęła wszelkie dostępne dla niej działania (zgłoszenie roszczenia w myśl Subklauzuli 20.1, wystąpienie z zawezwaniem do próby ugodowej) i

nie posiada innych instrumentów na gruncie Umowy, pozwalających na przekonanie pozwanej do polubownego rozwiązania sporu.

**Powyższy stan faktyczny sąd ustalił na podstawie** zebranych dokumentów, których wartości dowodowej żadna ze stron nie kwestionowała, dokumenty w treści stanu faktycznego ponumerowane jak w treści pozwu:

1) Umowa z dn. 25.03.2013 r. na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu .Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr (...) i(...)na odcinku C.- F. Nr Projektu: (...) 7.1.-67, wraz z załącznikami: A) SIWZ, B) PFU. O Warunki Ogólne (...), D) pytania i odpowiedzi do SIWZ;

2) Umowa Konsorcjum z dn. 18.09.2012 r.,

3) Umowa o Realizację Zamówienia z dn. 26.03.2013 r,

4) wniosek z dn. 9.06.2014 r. nr (...) z pismem przewodnim dot. wniosków 17,18,19,

5) Protokół Konieczności z dn.10.06.2014 r.,

6) zapisy z Dziennika budowy,

7) protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 11.09.2014 r.,

8)protokół usunięcia usterek nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dn. 12.09.2014 r,

8) wniosek z dn. 9 06.2014 r. nr (...), pismo przewodnie dołączono do wniosku nr 17

1) protokół Konieczności z dn. 10.06.2014 r,

2) zapisy z dziennika budowy,

3) protokół nr (...) z dn. 20 02.2014 r.

4) wniosek z dn 9.06.2014 r nr (...), pismo przewodnie dołączono do wniosku nr 17

5) Protokół Konieczności z dn. 10.06.2014 r.,

6) zapisy z dziennika budowy,

7) protokół usunięcia usterek do protokołu nr (...) dot. odbioru eksploatacyjnego

8) wniosek z dn. 25.06.2014 r. nr (...) z załącznikiem (A)- wnioskiem nr (...) z dn. 25.06.2014,

9) pismo Inżyniera Projektu z dn. 31.07.2014 r,

10) pismo Zamawiającego z dn. (...).08.2014 r. i z dn. 5.08.2014 r,

11) protokół odbioru eksploatacyjnego nr (...) z dn. 11.09.2014 r.,

12) protokół usunięcia usterek nr (...) z dn. 12.09.2014 r.,

13) wniosek nr (...) z 8 07.2014 z załącznikiem (A)- wnioskiem II/ (...) z dn. 16 05.2014 r.,

14) Protokół Konieczności z dn. 19.05.2014 r

15) Protokół Nr (...) z dnia 10.05.2013r. z posiedzenia Zespołu (...) ( (...)),

- 16) zapisy z Dziennika Budowy,
- 17) powiadomienie o roszczeniu Wykonawcy z pismem przewodnim 14.10 2015
- 18) odpowiedź Inżyniera z 17.11.2015 z pismem przewodnim z 18.11.2015
- 19) zawiadomienie o terminie posiedzenia z 31.03.2015, SR (...) W., sygn XVII GCo 454/15
- 20) stanowisko Zamawiającego w przedmiocie roszczeń z 5 05.2015 r.
- 21) porozumienie powódki z (...) z 3.12.2015

Dowody z dokumentów nie były kwestionowane przez strony ani pod kątem ich autentyczności, ani zgodności z prawdą (art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c.).

Sąd, co do zasady uznał za wiarygodne wszystkie dowody z dokumentów stanowiących podstawę ustalenia stanu faktycznego. Ich treść nie była kwestionowana przez strony, również i Sąd nie widział podstaw, by czynić to z urzędu. Dokumenty te korelowały bowiem ze sobą pozwalając stworzyć spójny i logiczny obraz stanu faktycznego, który następnie został potwierdzony i uzupełniony zeznaniami świadków i przesłuchaniem stron postępowania.

Sąd przeprowadził dowody z przesłuchania świadków: Inspektor Nadzoru - **J. T.**, Inżynier Projektu - **J. R.**, Dyrektor Projektu (...) **M. B.**, Dyrektor Projektu (...) **S. M.**, Projektant (...) **K. K.** na okoliczność zawarcia i wykonania przez powódkę Umowy z pozwaną, treść tej umowy, okoliczności faktycznych wykonania umowy w których doszło do pojawienia się robót dodatkowych opisanych we wnioskach 1.1-1(...) pozwu, ilości i charakteru prac wskazanych jako roboty dodatkowe, wartości robót dodatkowych.

Sąd dał wiarę zeznaniom wszystkich świadków dowód z zeznań których przeprowadzony został w niniejszej sprawie, a które okazały się przydatne dla ustalenia stanu faktycznego, bowiem zeznania wszystkich świadków wnioskowanych w niniejszej sprawie są spójne, wiarygodne, logiczne. Były podstawą do dokonania ustaleń stanu faktycznego w sprawie. Są zgodne z dokumentami zgromadzonymi w sprawie przedłożonymi przez obie strony sporu.

Zeznania wszystkich świadków potwierdziły, iż powódka prowadziła poza pracami głównymi również prace dodatkowe zlecone jej przez pozwaną. Świadczenie potwierdzili również, iż strony nie zawierały pisemnej umowy na prace dodatkowe, nie było żadnego harmonogramu prowadzonych prac dodatkowych, a wszystkie prace były wykonywane równocześnie z pracami z umowy podstawowej. Świadczenie potwierdzili także, że strony prowadziły rozmowy ugodowe, które miały doprowadzić do zawarcia porozumienia w kwestii wynagrodzenia należnego powódce za wykonane prace dodatkowe, jednakże rozmowy te zakończyły się niepowodzeniem. Strony nie doszły do porozumienia w zakresie sposobu wyliczenia oraz wysokości wynagrodzenia należnego powódce za wykonane prace dodatkowe.

Zeznania świadków nie mogły natomiast stanowić wyłącznej podstawy do oceny czy dany zakres prac stanowi robotę dodatkową, czy wchodzi w zakres umowy, decydujący w tym zakresie był dowód z opinii zespołu biegłych.

Celem uzyskania wiadomości specjalnych, Sąd Okręgowy w Warszawie dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego w zakresie wyceny i kosztorysowania robót budowlanych dla oceny czy wartości robót podane we wnioskach 1.1-1.5 pozwu odpowiadają rynkowej wartości robót oraz na okoliczność czy roboty ujęte we ww. wnioskach mieszczą się w zakresie Robót z Umowy, zgodnie z treścią Umowy i załączników stanowiących jej część składową, czy stanowią roboty dodatkowe.

Biegli podkreślili, iż zmiany zakresu robót w czasie realizacji inwestycji są naturalną i nieodłączną częścią procesu modernizacji istniejącej infrastruktury kolejowej. Wynikają, z niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, wszystkich wyłaniających się w późniejszym czasie przeszkód. Mając tą świadomość, zapisy umowne powinny precyzyjnie i sprawiedliwie opisywać postępowanie stron w takich sytuacjach a strony powinny zgodnie

z możliwościami, jakie im dają te zapisy rozliczać konieczne roboty dodatkowe. Celem zasad opisanych w (...) było wprowadzenie pewnej równowagi między obowiązkami i interesami stron procesu inwestycyjnego, tj. zakładają sprawiedliwy podział ryzyka, zagrożeń i odpowiedzialności między zamawiającym i wykonawcą robót budowlanych.

Część robót ujętych w analizowanych wnioskach na kwotę **3 145 945,47 zł netto** (słownie zł: trzy miliony sto czterdzieści pięć tysięcy dziewięćset czterdzieści pięć 47/100) wykonano, jako roboty dodatkowe a ich opis i wartości poszczególnych wniosków po korekcie opisano w pkt. 3.1 do 3.5. opinii, natomiast pozostała część robót wykazanych we wnioskach, na kwotę 774 832,84 zł netto (słownie zł: siedemset siedemdziesiąt cztery tysiące osiemset trzydzieści dwa 84/100) nie może być uznana jak roboty dodatkowe, gdyż ich zakres mieścił się w zawartej Umowie.

Biegli wykonali obliczenia zgodnie z obowiązującymi zasadami, posługując się cenami w (...) (rozbicie ceny ofertowej) znajdującymi się w Umowie, w oparciu o Katalog Norm Rzeczowych oraz w oparciu o ceny zgodne z (...) III kwartał 2013 roku. Wobec tego jest podstawa do stwierdzenia, że obliczone wartości robót dodatkowych odpowiadają wartości rynkowej.

Porównanie wielkości żądanych przez powoda a przeanalizowanych i uznanych za zasadne przedstawia obrazowo tabela z opinii biegłych – k. 634.

Natomiast w opinii uzupełniającej (k. 712) biegli odparli zarzuty pozwanej (k. 704), w szczególności w odniesieniu do posiadania przez biegłych wiadomości specjalistycznych i zakresu specjalności oraz kompetencji do sporządzenia opinii w niniejszej sprawie.

#### **Sąd zważył co następuje :**

Powództwo zasługuje na uwzględnienie co do zasady i w przeważającej części również, co do wysokości.

Po stronie Zamawiającego (pozwanego) na etapie procedowania zamówienia budowlanego leżało **prawidłowe i pełne opisanie zakresu, wymogów technicznych, ilości robót i ich lokalizację**, tak, aby w trakcie realizacji zadania nie zachodziła konieczność wprowadzania zmian, mających wpływ na wartość robót.

Z analizy dokumentów wynika jednoznacznie, że Wykonawca (powód) składał wnioski na roboty dodatkowe z powodu nie ujęcia ich przez pozwanego w Programie F. Użytkowym i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Brak ujęcia części robót w Zamówieniu a koniecznych do wykonania nie powinno oznaczać braku możliwości dochodzenia roszczeń po wykonaniu ich, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z norm i przepisów technicznych.

Nie można również pominąć utwierdzenia Wykonawcy przez Zamawianego w czasie posiedzeń Rady Budowy, że wnioski o zwiększenie zakresu robót będą procedowane.

Wyliczając zakres i wartość należnego powódce wynagrodzenia sąd oparł się na wnioskach wyrażonych w opinii zespołu biegłych zestawiając je z pozostałym materiałem dowodowym w sprawie, tj. dokumentami i zeznaniami świadków.

Powódka w sposób bezsporny wykazała wykonanie robót opisanych we wnioskach (...),(...),(...), (...), (...), które w większości nie były objęte wynagrodzeniem za wykonanie Robót na podstawie Umowy łączącej Wykonawcę z Zamawiającym. Z uwagi na fakt, iż od momentu zgłoszenia ww. wniosków, tj. między 9 czerwca i 8 lipca 2014 r., jak i w toku dalszych rozmów i korespondencji między Stronami, czy też korespondencji i rozmów z Inżynierem Projektu nie wynika aby czynności te miały pozostać nieodpłatne.

Z uwagi na niewykonanie przez pozwaną swoich obowiązków umownych, w szczególności obowiązku współdziałania z powódką na mocy art. 354 Kodeksu cywilnego, poprzez nieudzielenie Wykonawcy zamówienia dodatkowego na ww. roboty, pozwana wyrządziła powódce szkodę i zobowiązana jest do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości zwykłego wynagrodzenia za roboty.

Jednakże, w przypadku przyjęcia, że roszczenie powódki o zapłatę pozostaje poza ramami stosunku kontraktowego łączącego strony, roszczenie powódki w kwocie 3.145.945,47 zł netto ma zatem oparcie zarówno w art. 471 kc, jak i art. 414 kc w zw. z art. 410 § 1 kc, gdyby nie przyjąć odpowiedzialności kontraktowej, jako podstawy rozliczeń.

Za rozliczeniem roszczeń powódki na podstawie art. 471 kc przemawiają następujące argumenty:

Dla oceny treści stosunku prawnego łączącego powódkę wspólnie z (...) po stronie wykonawców z Zamawiającym (pозwaną) konieczne jest odniesienie się zarówno do treści samej Umowy i jej załączników, lecz także zapisów powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności oprócz zapisów K.c. również regulacji p.z.p. Stosownie do art. 29 ust. 1 p.z.p. do podstawowych obowiązków Zamawiającego należało zatem opisanie przedmiotu zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Z powyższego wynika w sposób logiczny, iż opis przedmiotu zamówienia obejmować musi wszelkie elementy istotne dla wykonania zamówienia, z tej przyczyny aby wykonawca miał możliwość określenia bez dokonywania dodatkowej interpretacji „z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji”, a co za tym idzie, pozwolić wykonawcy na obliczenie ceny w składanej ofercie (tak J.E. Nowicki, Komentarz do art. 29 p.z.p., LEX; tak też M. Stachowiak, Komentarz do art. 29 p.z.p., LEX). Nie można zatem przyjąć, aby niedostatki czy też brak dostatecznej szczegółowości i precyzji opisu przedmiotu zamówienia mógł stanowić podstawę do obciążania negatywnymi konsekwencjami wyłącznie wykonawcy, tym bardziej jeszcze uwzględniając specyfikę branży kolejowej.

Rozwinięciem przepisu art. 29 stanowi przepis art. 31 p.z.p., zgodnie z którym jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty stanowiące zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zamawiający powinien sporządzić opis przedmiotu zamówienia za pomocą tzw. programu funkcjonalno-użytkowego, opisującego w sposób szczegółowy zadanie budowlane, uwzględniając przy tym przeznaczenie zamierzonych robót po ich ukończeniu oraz stawianych im wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Stosownie do rozporządzenia wykonawczego do p.z.p.- rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2013 poz. 1129), podstawowym celem dla którego sporządza się PFU jest ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowanie oferty w szczególności co do prawidłowego obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (§ 15 rozporządzenia). Tym samym prawidłowość sporządzenia PFU czy konsekwencje nieprawidłowego jego opracowania wykraczają poza sferę interesów zamawiającego, mogąc prowadzić do nietrafnych decyzji inwestycyjnych i niewykorzystania środków przeznaczonych na inwestycje, lecz także uderzają w wykonawców, utrudniając czy uniemożliwiając prawidłowe określenie wartości oferty- a co za tym idzie zmniejszają zainteresowanie potencjalnych wykonawców z uwagi na nieprzewidywalność rentowności danej inwestycji i nieakceptowalny poziom ryzyka inwestycyjnego. W ten sposób, także w niniejszym postępowaniu, brak należytego sformułowania PFU przyczynił się do wprowadzenia tak Wykonawcy (powódki), jak i Zamawiającego (pозwanej) w błąd co do zakresu i rozmiaru robót koniecznych do wykonania zadania inwestycyjnego. W świetle powyższych uwag niedopuszczalnym jest zatem aby błędy czy niedokładności PFU- dokumentu Zamawiającego, miały w ostatecznym rachunku obciążać inną stronę umowy-Wykonawcę.

Na podkreślenie zasługuje okoliczność, iż Wykonawca (powódka) nie może ponosić negatywnych skutków niedoceny czy nieprawidłowej oceny zakresu świadczenia koniecznego do wykonania tylko z tej przyczyny, iż stosownie do normy art. 140 ust. 1 P.z.p. strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są związane treścią zobowiązania ofertowego wykonawcy. W doktrynie przyjmuje się, iż zakres świadczenia wykonawcy odpowiada przede wszystkim opisowi przedmiotu zamówienia, wynikającym z treści SIWZ wraz z odpowiednimi załącznikami (tak J.E. Nowicki, Komentarz do art. 140 P.z.p.- LEX). Z tego też względu ewentualne braki w opisie robót wskazane w SIWZ nie mogą być uzupełniane przez domniemanie obowiązku świadczenia przez Wykonawcę w szerszym lub innym rozmiarze niż wynikające z opisu; przeciwnie, celem istnienia instytucji Co więcej, także z treści protokołów konieczności (zał. do wniosków (...), (...), (...), (...)) wynika, iż zarówno w ocenie Wykonawcy jak i Inżyniera Projektu, w oparciu o brak

pomiarów geodezyjnych, aktualnej mapy sytuacyjno-wysokościowej oraz inwentaryzacji sam Zamawiający nie był w stanie przewidzieć konieczności wykonania robót objętych ww. wnioskami. Po raz kolejny zatem należy nadmienić, iż konsekwencje niedostatecznego przygotowania inwestycji przed uruchomieniem procesu wykonawczego nie mogą obciążać żadnego innego podmiotu niż Zamawiającego, który odpowiada za całość inwestycji, od chwili opracowania koncepcji do ostatecznej realizacji zadania z pomocą wykonawców.

Powołane wyżej stanowisko Inżyniera Projektu, w istotnej mierze pokrywające się z twierdzeniami Wykonawcy, znajdowało poparcie w szeregu istotnych dla inwestycji okolicznościach. Typową praktyką mającą miejsce również przy niniejszej inwestycji, jest pozostawanie przez Inżyniera Projektu z Zamawiającym w stałym, regularnym kontakcie; Inżynier pozostaje zgodnie z Warunkami Ogólnymi członkiem Personelu Zamawiającego. Wszelka korespondencja o znaczeniu dla inwestycji jest przekazywana bezpośrednio na ręce Inżyniera, który w kwestiach bieżących podejmuje decyzje we własnym zakresie, jednakże wszelkie zagadnienia sporne czy strategiczne zawsze ustala w porozumieniu z Zamawiającym. Tymczasem Zamawiający od czerwca i lipca 2014 r. kiedy doręczono mu pisma Inżyniera zawierające wspomniane wyżej protokoły konieczności i wnioski o zmiany w Umowie, w każdym przypadku akceptował zmiany i nakazywał wykonanie prac, także w zakresie ich wartości. Dopiero sformułowanie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej czy pisemne przedstawienie roszczenia o zapłatę spowodowało negatywną reakcję Zamawiającego co do możliwości zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty. Wielomiesięczne milczenie Zamawiającego w tym zakresie należy jednak potraktować jako uznanie, iż roboty wskazane we wnioskach (...), (...), (...), (...) i uznane przez Inżyniera za dodatkowe faktycznie są konieczne dla wykonania zadania, stąd po aprobacie wykonania tych robót, Zamawiający nie jest uprawniony do jednostronnego uchylecia się od skutków takiego postępowania.

Przeciwnie, z odpowiedzialności Zamawiającego za dokładne i wyczerpujące ujęcie katalogu obowiązków wykonawcy w PFU można wywieść obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wszystkie prace, które weszły w skład zadania określonego w SIWZ, w tym także te prace, które wbrew obowiązkowi Zamawiającego nie znalazły należytego odzwierciedlenia w treści PFU. Stąd, brak podjęcia przez Zamawiającego w okresie od zgłoszenia wniosków na przełomie czerwca i lipca 2014 r. jakichkolwiek działań zmierzających do usunięcia tych braków i w konsekwencji ustalenia zasad na jakich zostanie przyznane wynagrodzenie za prace nieprawidłowo pominięte w PFU, stanowi zaniechanie działania do którego Zamawiający był zobowiązany. W rezultacie bowiem doszło do sytuacji, w której Zamawiający żądał od Wykonawcy wykonania w ramach wynagrodzenia z Umowy prac, które nie wchodziły w jej zakres; natomiast jak wskazano wyżej, celowość tych prac bezdyskusyjnie wynikała z Protokołów Konieczności. Wykonawca wykonał bowiem wszystkie prace w konsultacji z Inżynierem, za jego wiedzą i zgodą- a za jego pośrednictwem, również za wiedzą i zgodą Zamawiającego. W rezultacie, Wykonawca miał pełne podstawy do oczekiwania, że potwierdzona konieczność zmiany zakresu wykonanych prac przyniesie adekwatne zmiany w zakresie ceny umownej za Roboty, co jednakże bez jakichkolwiek faktycznych podstaw nie nastąpiło. W tym stanie rzeczy doszło do wymuszenia wykonania przez Wykonawcę szerszego niż pierwotnie przewidziany zakresu robót, co wyrządziło Wykonawcy szkodę. Zważywszy na fakt, iż domaganie się realizacji Umowy w zakresie nieobjętym pierwotną treścią zamówienia oznacza działanie przy wykonywaniu niezgodne z jej treścią, bezdyskusyjnie doszło po stronie Zamawiającego do nienależytego wykonania Umowy.

Podsumowując, z uwagi na przebieg procesu wykonawczego, w którym Wykonawca przestrzegając procedury kontraktowej zgłaszał roboty dodatkowe, roboty te były na bieżąco akceptowane przez Inżyniera, a konieczność ich wykonania potwierdzał Zamawiający, należy przyjąć iż bezsprzecznie Wykonawcy powinno przysługiwać za te roboty wynagrodzenie. Zamawiający miał pełną, bieżącą informację o postępie prac, o treści wniosków Wykonawcy nr (...), (...), (...), (...), (...), w tym o wartości wyliczonych robót dodatkowych, zaaprobowanych przez Inżyniera, a zweryfikowanych w niniejszym postępowaniu przez zespół biegłych. W tej sytuacji niepodjęcie przez Zamawiającego negocjacji celem usunięcia braków PFU opracowanego przez Zamawiającego i udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, przy jednoczesnym działaniu zmierzającym do uzyskania świadczenia w rozmiarze wykraczającym poza pierwotnie przewidziany Umową, nie stanowiło należytego wykonania Umowy. Związek takiego nienależytego wykonania z zaniechaniem Zamawiającego jest bezpośredni. Biorąc pod uwagę wykazaną przez Wykonawcę szkodę

(równą wartości świadczenia niezyskanego od Zamawiającego, wyliczonego w oparciu o ceny stanowiące podstawę do kalkulacji pierwotnej ceny z Umowy i posiłkowo w oparciu o określone katalogi wyceny robót budowlanych), w niniejszej sprawie wykazano wszystkie przesłanki odpowiedzialności pozwanej wymagane na podstawie art. 471 k.c.

Wszystkie powyższe argumenty powódki przytoczone już w pozwie sąd w pełni podziela. Znajdują one uzasadnienie w opinii zespołu biegłych, którzy podkreślili również na wstępie wagę współdziałania zamawiającego z wykonawcą oraz zasady równomiernego rozkładu ryzyka kontraktowego przewidziane w „żółtym (...)u”, który strony przyjęły jako podstawę do realizacji robót w niniejszej sprawie. Działania i zaniechania zamawiającego zasady te naruszały.

Alternatywną podstawą roszczeń powódki pozostaje art. 414 w zw. z art. 410 k.c.

Na aprobatę zasługuje też mający przewagę w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż podstawą odpowiedzialności w analogicznym stanie faktycznym jest art. 410 kc w zw. z art. 414 kc.

Stosownie do treści art. 414 K.c. przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, w tym art. 410 K.c. odnoszący się do świadczenia nienależnego, nie uchylają przepisom o obowiązku naprawienia szkody. W rezultacie w ramach tego samego stanu faktycznego ochrona udzielona powódce, która wykazała wykonanie świadczenia nieobjętego treścią umowy, może zatem oprócz przyznania powódce roszczenia odszkodowawczego, zostać zrealizowana także poprzez tzw. kondykcję (roszczenie o zwrot świadczenia nienależnego).

Dopuszczalność dochodzenia zwrotu wartości świadczeń, które przysługują wykonawcy za realizację prac wykraczających poza przedmiot umowy na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu została przesądzona tak w doktrynie, jak i w judykaturze (m.in. wyroki SN z 2.02.2011, II CSK 414/10; wyrok z 1.12.2010, I CSK 64/10; wyrok z 21.05.2009 r., V CSK 439/08; wyrok SN z 7.11.2007, II CSK 344/07; wyrok SN z 5.12.2006, II CSK 327/06; wyrok SA w Warszawie z 12.02.2012, I ACa 1379/12).

Pozwany zarzucił również, że prace za które powód domaga się wynagrodzenia nie były objęte żadnym aneksem do umowy podstawowej. Również i te zarzuty pozwanego nie znajdują uzasadnienia. Skoro pozwany celowo nie zawarł aneksu na roboty dodatkowe i nie zapewnił finansowania dla zleconych prac, abstrahując od powodów, dla których tak się stało, a o których zeznawali świadkowie, to przyjęc należy inną niż umowna podstawę dla rozliczenia wykonanych robót.

Strony bezspornie łączyła umowa o roboty budowlane. Roszczenie o zwrot wartości prac w wykonaniu umowy o roboty budowlane, nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2005 r., V CK 537/04).

Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r. (II CSK 327/06 , LEX nr 238947), który uznał, że skoro między stronami nie była zawarta jakakolwiek umowa dodatkowa, chociażby nieważna, to w takiej sytuacji niewątpliwie jest, że uzyskana przez skarżącego korzyść majątkowa podlegała zwrotowi na podstawie art. 405 k.c.

W wyroku z dnia 7 kwietnia 2007 r., II CSK 344/07 Sąd Najwyższy stwierdził, że nawet w sytuacji, gdy umowa na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane jest nieważna, od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac Sąd może zasądzić wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu; w wyroku z 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, w którym przyjął, że roszczenie o zwrot wartości materiałów wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane nieważnej ze względu na naruszenie ustawy o zamówieniach publicznych jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia - art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c: w wyroku z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12 - Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilnoprawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p.. a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego.

Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona), czy w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12.

Wykonanie wszystkich prac dodatkowych potwierdzone zostało również zeznaniami świadków, dowód z których przeprowadzony został w niniejszej sprawie, jak też opinią biegłego sądowego. Koszty wykonania wszystkich prac poniósł powód i nie otrzymał za nie rekompensaty.

Podkreślić należy, iż w myśl art. 405 k.c., kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Natomiast stosownie do przepisu art. 410 § 1 i 2 k.c. przepisy artykułów poprzedzających stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego. Świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. „Nienależnym świadczeniem jest zachowanie jednej osoby zmierzające do przysporzenia korzyści majątkowej drugiej osobie (odbiorcy nienależnego świadczenia), które z punktu widzenia tej drugiej osoby przybiera postać świadczenia w stosunku zobowiązaniowym, przy czym ten stosunek zobowiązaniowy w rzeczywistości nie istnieje (nie ma przepisu prawnego, czynności prawnej, orzeczenia sądu lub decyzji innego organu, które byłyby podstawą istnienia takiego stosunku i zarazem podstawą świadczenia). Ten, kto spełnia takie świadczenie, oznaczany jest w doktrynie jako solvens, ten zaś, kto je przyjmuje (odbiorca) - jako accipiens. Roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia jest zaś nazywane kondykcją (condictio). Przepisy ogólne o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405-409) znajdują w przypadku nienależnego świadczenia bezpośrednie, a nie tylko odpowiednie zastosowanie (art. 410 § 1, zob. jednak: Zagadnienia szczegółowe i problemy praktyczne, uwaga 2). Nie oznacza to jednak, że z praktycznego punktu widzenia jest obojętne, czy dane wzbogacenie jest kwalifikowane z art. 405, czy też z art. 410. Jeżeli bowiem dane wzbogacenie ma postać nienależnego świadczenia, roszczenie o zwrot poddane jest szczególnej regulacji, odmiennej od treści art. 405 (przede wszystkim świadome spełnienie świadczenia nienależnego powoduje, z wyjątkami określonymi w art. 411 pkt 1, wyłączenie kondykcji, a ponadto kondykcja nie wchodzi w grę, jeśli przysporzenie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego - art. 411 pkt 2) (zob. K. Kołakowski, w: G. Bieniek i in., Komentarz... Zobowiązania, t. 1, 2011, s. 271).

Przepis art. 410 § 2 wyróżnia następujące przypadki nienależnego świadczenia i odpowiadające im kondykcje: 1) nieistnienie zobowiązania (condictio indebiti) - nienależne świadczenie polega tutaj na tym, że solvens świadczy, mimo że zobowiązanie nie istnieje w ogóle albo wprawdzie istnieje, ale nie na linii między solvenssem a accipiensem, np. ktoś omyłkowo podwójnie płaci należne drugiemu wynagrodzenie albo dokonuje przelewu na rachunek bankowy innej osoby niż jego wierzyciel. Sytuacją taką nie jest objęty przypadek nieważności czynności prawnej, odpadnięcia podstawy prawnej świadczenia albo nieosiągnięcia jego celu, gdyż przypadki te są objęte innymi kondykcjami regulowanymi w art. 410 § 2. Ma to istotne znaczenie, gdyż art. 411 pkt 1 stosuje się tylko do omawianego tu wypadku nieistnienia zobowiązania (por. P. Książak, *Bezpodstawne...*, s. 175 i n.; E. Łętowska, *Bezpodstawne...*, s. 95 i n.) (Karaszewski Grzegorz, Komentarz do art. 410 Kodeksu cywilnego, LexisNexis, 2014).

„W odróżnieniu od innych przypadków bezpodstawnego wzbogacenia, sytuacje objęte art. 410 § 2 k.c., czyli kwalifikowane jako nienależne świadczenie, zakładają uzyskanie korzyści majątkowej w następstwie świadczenia, czyli zachowania zmierzającego do wykonania oznaczonego zobowiązania. Jeżeli więc określone przesunięcie majątkowe nie jest wynikiem świadczenia, nie może powstać roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia (art. 410-411 k.c.), a jedynie roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia na zasadach ogólnych, tj. wynikających z art. 405-409 k.c. Przy ocenie, czy w ramach danego stosunku miało miejsce świadczenie, rozstrzyga punkt widzenia wierzyciela:

czy mógł on uważać na podstawie rozpoznawalnych okoliczności określone działanie za świadczenie” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r. V CSK 483/10, LEX nr 1102551).

Podstawą roszczenia powoda jest przepis art. 410 § 1 i 2 k.c.

„Pierwsza z wyróżnionych w art. 410 § 2 kondykcji (tzw. *condictio indebiti*) ma zastosowanie wówczas, gdy świadczący (*solvens*) spełnia świadczenie w zamiarze wykonania istniejącego - w jego błędnym mniemaniu - zobowiązania, a w rzeczywistości nie jest do świadczenia w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył. W przepisie nie ma mowy o błędzie *solvensa*, jak jednak wynika pośrednio z art. 411 pkt 1 - jest on domniemywany przez ustawodawcę, co ma to znaczenie, że *solvens* nie musi udowadniać, iż spełnił świadczenie wskutek błędu (A. Ohanowicz, w: *System...*, t. III, cz. 1, s. 491; por. jednak P. Mostowik, w: *System...*, t. 6, s. 302-303; zdaniem autora twierdzenie co do istnienia błędu jest spostrzeżeniem natury socjologicznej, a nie przesłanką powstania roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia). (Trzaskowski Roman, *Komentarz do art. 410 Kodeksu cywilnego*, LexisNexis, 2013).

Jednocześnie zgodnie z art. 411 k.c. nie można żądać zwrotu świadczenia jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej, jeżeli spełnienie świadczenia czyni zadość zasadom współżycia społecznego, jeżeli świadczenie zostało spełnione w celu zadośćuczynienia przedawnionemu roszczeniu, jeżeli świadczenie zostało spełnione, zanim wierzytelność stała się wymagalna. Zdaniem Sądu nie zachodzi żadna z w/w przyczyn, które wykluczałyby skuteczne żądanie zwrotu kwoty 3.869.512,92 zł brutto.

W niniejszym procesie doszło do spełnienia wszelkich podstaw odpowiedzialności pozwanej z art. 410 K.c. Pozwana jako Zamawiający знаła bowiem przedmiot Umowy, na bieżąco dysponowała informacjami i dokumentami powstałymi w toku jej realizacji a potwierdzającymi rozszerzenie jej zakresu przedmiotowego, powyższe bezsprzecznie wynika z pism Zamawiającego z 5.05.2015 i stanowiska Zamawiającego jak w piśmie Inżyniera z 17.11.2015 r. Jednocześnie, z uwagi na fakt wykonania robót przekraczający zakres Robót z Umowy miał już miejsce i nie jest możliwe przywrócenie przez pozwaną stanu pierwotnego, jedyną możliwą formą prawnego zaspokojenia powódki jest zapłata przez pozwaną równowartości wzbogacenia z tytułu wykonania robót dodatkowych przez powódkę. Okolicznością bezsporną między stronami jest także fakt, iż powódka nie otrzymała takiego dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wykonania prac wskazanych w pkt. 1.1-1.5 pozwu. Warto przy tym podkreślić, iż z samej istoty świadczenia nienależnego (wykonania świadczenia wykraczającego poza zakres stosunku zobowiązaniowego) płynie domniemanie wzbogacenia się Zamawiającego. Jak trafnie stwierdzono w judykaturze, „przy roszczeniu określonym w art. 410 k.c. nie ma potrzeby ustalania niczego innego, w tym czy (świadczenie- przyp. aut.) wzbogaciło odbiorcę bądź czy majątek świadczącego uległ zmniejszeniu (...). Sam fakt spełnienia w tym wypadku nienależnego świadczenia uzasadnia roszczenie kondykcyjne” (tak SN, wyrok z 28.08.2013, sygn. akt V CSK 362/12).

Sąd powyższy pogląd podziela i jako podstawę odpowiedzialności w niniejszej sprawie wskazuje art. 410 kc w zw. z art. 414 kc.

Pozwana niesłusznie zarzuca powódce brak legitymacji do samodzielnego wystąpienia z powództwem w niniejszej sprawie. Sąd podziela pogląd wyrażony w wyroku Sadu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014r. sygn. akt. V CSK 177/14, PZP 2015 nr 2, str. 69, gdzie sprecyzowano kryteria oceny, kiedy możliwe jest samodzielne występowanie przez konsorcjanta z roszczeniem.

Zasadniczą konkluzją powołanego judykatu jest stwierdzenie, iż przepis art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) nie jest ustawowym źródłem współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, a wyłącznie źródłem ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, których to elementów nie można 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.

W powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy za nietrafny uznał zarzut naruszenia art. 195 § 1 i 2 KPC, mający polegać na niewezwaniu do udziału w sprawie jednego z uczestników konsorcjum. Wynikający z tego przepisu obowiązek powstaje bowiem w razie zaistnienia przesłanki niewystępowania, m.in. w charakterze powodów osób, których łączny udział w sprawie jest konieczny. Sąd Najwyższy *expressis verbis* uznał za błędny pogląd, że współuczestnictwo konieczne zawsze występuje po stronie uczestników konsorcjum. W tzw. konsorcjum zewnętrznym (jawnym), będącym organizacją współdziałania widoczną dla osób trzecich, uczestnicy konsorcjum mogą, lecz nie muszą występować wobec osób trzecich we wspólnym imieniu. W zależności od ukształtowania konsorcjum jako zewnętrznego bądź wewnętrznego uczestnik konsorcjum może samodzielnie występować w stosunkach zewnętrznych ze skutkiem dla wszystkich uczestników konsorcjum bądź tylko dla siebie. W piśmiennictwie podkreślono, że w tzw. konsorcjach budowlanych (inwestycyjnych) zewnętrznych uczestnicy konsorcjum mogą działać samodzielnie wobec zamawiającego lub być reprezentowani przez lidera umocowanego na podstawie i w granicach umowy konsorcjum. Kluczowym elementem omawianej postaci konsorcjum jest określenie w umowie zakresu robót poszczególnych uczestników wykonujących powierzone zadanie samodzielnie i na własny koszt. Funkcją umowy konsorcjum jest wówczas podział ryzyka wykonania kontraktu oraz podział obowiązków wynikających z tytułu udzielonej gwarancji jakości. Taka sytuacja zachodzi w niniejszym postępowaniu - strony umowy konsorcjum z 18 września 2012 - powódka oraz Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w K. (...) (jak załączona do pozwu, wraz z dalszymi załącznikami) podzieliły między siebie zakres robót w tej intencji, aby każda z nich w maksymalnym dopuszczalnym przez prawo wymiarze odpowiadała za prawidłowe wykonanie swojej części robót.

Trafnie wywiódł za tym Sąd Najwyższy, że 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 ZamPublU. W konsekwencji nie musi więc powstać także wspólny majątek wspólnoty uczestników konsorcjum, tak jak to się dzieje w przypadku klasycznej spółki cywilnej.

Tymczasem łączna legitymacja po stronie powodowej obejmująca wszystkich uczestników konsorcjum musiałaby wynikać ze współuczestnictwa koniecznego, będącego postacią współuczestnictwa materialnego. Źródłem takiego współuczestnictwa koniecznego musiałby być albo stosunek prawny powstały w wyniku zawarcia umowy konsorcjum, albo przepis ustawy. Jak wspomniano wyżej, żaden z przepisów prawa nie dowodzi istnienia łącznej legitymacji po stronie powodowej; nie da się go również wywodzić z treści umowy konsorcjum łączącej powódkę z (...). Odpis ww. umowy konsorcjum z 18.09.2012 wraz z załącznikami - porozumieniem wykonawczym został załączony do pozwu.

Analiza postanowień umowy konsorcjum zawartej między powódką a (...) nie daje podstaw do przyjęcia, iż między konsorcjantami doszło do ustanowienia umowy spółki. Przeciwnie; strony nie utworzyły żadnego wspólnego majątku, lider konsorcjum samodzielnie dysponował składnikami majątku konsorcjum (wystawiał faktury na zamawiającego, odbierał środki, których odpowiednią część przekazywał konsorcjantowi); żadna ze stron nie była uprawniona do wypowiedzenia (rozwiązania) spółki; wreszcie nie istnieje domniemania dalszego trwania spółki na czas oznaczony, jak też nie istnieje możliwość rozwiązania Spółki przez Sąd, w szczególności z powodu upadłości wspólnika.

Postanowienia umowy konsorcjum wyraźnie przełamują zasadę nieograniczonej odpowiedzialności solidarnej wspólników, stanowiącej istotę spółki cywilnej. Stosownie do zapisów § 6 umowy konsorcjum, strony podzieliły obowiązek naprawienia szkody i odpowiedzialność za należyte wykonywanie kontraktu głównego w zależności od tego, czy przyczyna zaistnienia tej odpowiedzialności mogła być przypisana konkretnemu konsorcjantowi; natomiast postanowienia § 4 ust. 4 oraz § 8 umowy konsorcjum wyraźnie potwierdzają zasadę ponoszenia przez każdego partnera własnych kosztów - a nie istnienie kosztów „konsorcjum” jako odrębnego bytu. W rezultacie, jedynie powódce przysługuje interes prawny i roszczenie o zapłatę kwot niewypłaconych przez pozwaną za roboty wykonane przez powódkę.

Celem usunięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do prawa samodzielnego wystąpienia z powództwem o zapłatę za roboty dodatkowe wykonane przez (...), powódka wraz z (...) zawarła 3 grudnia 2015 r. porozumienie, w brzmieniu jak załączone do pozwu. W powyższym porozumieniu (pkt. V, VII, VIII) strony jednoznacznie postanowiły, że dotychczasowe umocowanie (pełnomocnictwo) udzielone przez powódkę na rzecz (...) jako lidera konsorcjum

ulega zmianie i w zakresie wszelkich roszczeń objętych pozwem powódka ma pełne, uznawane przez (...) prawo do samodzielnego ich dochodzenia. W ten sposób, z uwagi na fakt iż powyższe porozumienie nie stoi w sprzeczności tak z istotą stosunku prawnego objętego pozwem (roszczenie pieniężne o zapłatę jest zawsze podzielne, a upoważnienie dla lidera do czynności faktycznej- odbioru środków w części przypadającej na partnera, nie zmienia podmiotu uprawnionego do tej części wierzytelności), jak też nie narusza żadnego obowiązującego przepisu prawa lub postanowień umowy z pozwaną, kwestię legitymacji powódki do wystąpienia z żądaniami należy uznać za rozstrzygniętą na korzyść powódki.

Porozumienie w sposób wyraźny doprecyzowuje i potwierdza zgodny zamiar powódki i (...), jakim jest prawo dochodzenia własnych roszczeń przez każdego z wykonawców odrębnie i samodzielnie.

dowód: 30) porozumienie powódki z (...) z 3.12.2015

Reasumując, roszczenie powódki jest zasadne w odniesieniu do robót za kwotę 3.145.945,47 zł netto, powiększonej o VAT 23%, co dało łącznie 3.869.512,92 zł brutto. W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu, tj. co do kwoty 774.832,84 zł netto, czyli 953.044,39 zł brutto.

O odsetkach sąd orzekł na podstawie art. 481 kc przyjmując, jako dzień wymagalności 1 kwietnia 2015r., czyli następujący po dniu posiedzenia 31 marca 2015r. wyznaczonego w sprawie XVII GCo 454/15 o zawezwanie do próby ugodowej.

Rozstrzygnięcie o kosztach sąd oparł o art. 100 kpc stosunkowo rozdzielając je w wysokości 83% powód do 17% pozwana, gdyż w takiej proporcji strony ostały się ze swoimi roszczeniami, przy czym szczegółowe ich wyliczenie pozostawił referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia na podstawie art. 108 k.p.c.

Z przedstawionych wyżej względów, Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.

SSO Karolina Toczyńska