

Sygn. akt XV C 1956/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku, XV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dorota Kołodziej

Protokolant: sekretarz Izabela Węsióra

Po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2013 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko Gminie (...)

o zapłatę

1. Zasądza od pozwanej Gminy(...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa(...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 658 885,58 zł (sześćset pięćdziesiąt osiem tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych pięćdziesiąt osiem groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty.

2. W pozostałej części powództwo oddala,

3. Zasądza od pozwanej Gminy(...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 40 698 zł (czterdzieści tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w tym kwoty 7217,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego,

Sygn. akt XV C 1956/12

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 10 grudnia 2012 r. powód Przedsiębiorstwo(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy(...) kwoty 669.617,22 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że pozwana Gmina (...) wszczęła zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą (...) (...)", współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała wzór umowy sporządzony zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC, co oznacza, że na treść umowy składają się Ogólne Warunki Kontraktu - opracowanie pod nazwą Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno - budowlanych projektowanych przez Zamawiającego oraz Warunki Szczególne Kontraktu, które zmieniają lub rozszerzają postanowienia Warunków Ogólnych Kontraktowych, co powoduje, że oba powyższe dokumenty wobec braku tekstu jednolitego należy czytać łącznie. Zamówienia oparte na Warunkach Kontraktowych dla Budowy tj. tzw. Czerwonym FIDIC-u w odróżnieniu od tzw. Żółtego FIDIC-a (dla projektowania i budowy) polegają na obowiązku wykonawcy wykonania

robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego. W umowie zostały wymienione dokumenty składające się na treść Kontraktu. W szczególności integralną częścią Kontraktu są dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna, które wskazują zakres oraz sposób wykonywania robót objętych zamówieniem. Dokumentacja projektowa składa się z części opisowej oraz części graficznej, zaś ta z rzutów pionowych oraz poziomych. W wyniku wyboru oferty powoda jako najkorzystniejszej została w dniu 4 listopada 2009 r. podpisana umowa o roboty budowlane nr (...) między stronami. Integralną częścią Kontraktu wymienioną w ust. 2 pkt. c) umowy są ponadto uzupełnienia tj. wyjaśnienia i zmiany SIWZ dokonywane przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ramach wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2009 r. Zamawiający przekazał oferentom załącznik nr 1 wskazujący na podział odcinków między dwa kontrakty. Pismem z dnia 19 sierpnia 2009 r. pozwany w odpowiedzi na pytanie nr 2 wyjaśnił rozbieżności między przedmiarami, a dokumentacją techniczną w ten sposób, że wskazał, iż podstawą sporządzania kosztorysu są przedmiary. Wynika z tego jasno, że pozwany nie oczekiwał, aby oferenci dokonywali wyceny na podstawie samodzielnie wyliczonych długości na podstawie projektu budowlanego, lecz jedynie według przedmiarów. Oczywistym jest zresztą w przypadku postępowania przetargowego, że oferenci nie mogą zmieniać ilości metrów w przedmiarze, gdyż taka oferta ulegałaby odrzuceniu. Inną sprawą jest, że wykonawca zobowiązany był wykonać tyle metrów ile wyjdzie w praktyce w terenie, co jednak nie wydawało się problemem, wobec obmiarowego charakteru wynagrodzenia. W trakcie wykonywania prac na Tczewskich Łąkach okazało się, że dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna są wadliwe, co powodowało, że fizycznie niemożliwe jest wykonanie robót w sposób przewidziany w Kontrakcie z uwagi na zupełnie inne warunki gruntowe w zakresie występowania poziomu i intensywności wód gruntowych. Zgodnie z treścią dokumentacji projektowej swobodne zwierciadło wody stabilizowało się na głębokości około 1,5 m p.p.t. Zgodnie z treścią dokumentacji projektowej (projekt budowlano-wykonawczy) - część opisowa str. 12 „Projektuje się posadowienie projektowanych sieci generalnie powyżej i poniżej linii występowania wody gruntowej. W ramach przyjętej technologii prowadzenia robót ziemnych założono lokalne stosowanie pomp szlamowych, wpuszczanych bezpośrednio do wykopu. W przypadku wystąpienia zwiększonego napływu wody gruntowej, przewidziano zastosowanie igłofiltrów(...)wplukiwanych bez obsypki. W skrajnie niekorzystnych warunkach przewidziano stosowanie igłofiltrów z obsypką i ścianek szczelnych do obudowy wykopu (grodzie)". Oferenci dokonują wyceny robót do składnej oferty na podstawie danych zawartych w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej. Załączona przez Zamawiającego do SIWZ dokumentacja projektowa wraz ze specyfikacją techniczną okazały się wadliwe w sposób uniemożliwiający wykonanie robót zgodnie z ich treścią. Wykonawca zmuszony był do wstrzymania robót o czym poinformował Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego. Różnice polegały na tym, że ze względu na bardzo wysoki stan wód gruntowych i niezgodność podanych w Specyfikacji Technicznej warunków geotechnicznych z występującymi w rzeczywistości na terenie budowy, Wykonawca nie był w stanie prowadzić robót zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Niemożliwe było wykonywanie wykopów o ścianach pionowych odeskowanych lub bez szalowania - skarpowych (pkt 7, str. 22 Projekt budowlano-wykonawczy). Podane w S.T. pkt 3 i pkt 3 str. 12 Projektu budowlano -wykonawczego sposoby odwodnień wykopów polegające na lokalnym stosowaniu pomp szlamowych lub igłofiltrów (...) wplukiwanych bez osypki w dno wykopu okazały się też niewystarczające dla wykonania robót. W praktyce zatem większość robót musiała być wykonana w zupełnie innej technologii tj. poprzez przewiertki sterowane. Wskazał, że o powyższym informował Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu. Strony wspólnie rozpoczęły poszukiwanie rozwiązań technicznych dla kontynuowania robót naT.łącznie w ramach kontraktu głównego jak i uzupełniającego. W sierpniu 2010r. zostało sporządzone na zlecenie powoda przez Pana K. D. - (...)sprawozdanie z badań podłoża gruntowego w T.. Konkluzją sprawozdania jest stwierdzenie, że „z uwagi na wysoki poziom wód gruntowych w celu zapewnienia warunków montażu rurociągów zgodnie z zapisami Specyfikacji Technicznej zaleca się zastosowanie ścianek szczelnych i odwodnienia igłofiltrami w obsypce piaskowej. Z opinii Pana J. L. sporządzonej w sierpniu 2010r. na zlecenie Inżyniera Kontraktu „Zawarty w Specyfikacji Technicznej opis warunków gruntowo - wodnych wydaje się nie dotyczyć terenu, na którym prowadzi się obecne prace. Podniósł, że zlecił wykonanie opinii dotyczącej koncepcji technicznej wykonania robót prof. dr. hab. A. B. z (...) G.. W opinii wskazano że „przy wysokim długookresowym poziomie wód gruntowych jedyną pozwalającą na właściwy postęp robót jest metoda odwodnienia z ograniczeniem napływu przegrodą w formie ścianki szczelnej oraz odwodnienia wgłębnego metodą igłofiltrów lub studni depresyjnych" oraz „Przedstawiony do oceny wniosek o zamienne zastosowanie ścianki szczelnej z grodzie do osłony wykopów przy odwodnieniu podłoża rurociągów metodą

igłofiltrów jest merytorycznie uzasadniony (...) Tak trudnych warunków gruntowo-wodnych zmiennych w stosunku do pierwotnych dla wykonawstwa rurociągów dokumentacja projektowa i specyfikacja nie przewidywała. Dlatego też dla wykonawstwa rurociągów należy zastosować podobne rozwiązanie jak dla wykonawstwa przepompowni tj. umocnienie wykopów ściankami szczelnymi oraz odwodnienie z zastosowaniem igłofiltrów". Na bazie niniejszej opinii został we wrześniu 2010 r. sporządzony przez firmę (...) projekt wykonawczy umocnienia wykopów, który stanowił następnie załącznik do zaakceptowanych przez wszystkie strony: Protokołu Konieczności nr (...), Protokołu z Negocjacji nr (...) z 17.10.2010 i aneksu nr(...) do Kontraktu z dnia 16.12.2010 r. (opisane w dalszej części pozwu). W znacznie późniejszym czasie wystąpił do osoby wskazanej w specyfikacji technicznej jako autora badań geologicznych dla T.o informację jak możliwa jest aż taka pomyłka w zakresie podłoża i otrzymał odpowiedź, że specyfikacja zawiera nieprawdę tj. osoba ta nie wykonywała badań podłoża gruntowego pomimo, że wskazano ją w tejże specyfikacji. Podniósł, że w dniu 26 sierpnia 2010r. złożył wniosek o roboty zamienne. Następnie był on zgodnie z poleceniami Inżyniera kilkakrotnie zmieniany i uzupełniany. Został złożony wniosek o roboty zamienne z dnia 30 września 2010r., lecz Inżynier Kontraktu pisemnym poleceniem nakazał zmianę technologii na przewiertu sterowane jako technologia szybsza i nieuciążliwa dla mieszkańców. Ostatecznie Inżynier uznał za prawidłową wersję wniosku o roboty zamienne z dnia 12 października 2010 r. Strony sporządziły następnie Protokół Konieczności nr(...) oraz Protokół z negocjacji nr (...), które zostały zaakceptowane przez Inżyniera i Zamawiającego. Jak wynikało z Protokołu Konieczności (...) Inżynier doszedł do wniosku, m.in. że „przedstawiony zakres robót w rozumieniu kontraktu jest robotą zamienną polegającą na odstąpieniu od wykonania ułożenia rurociągów kanalizacyjnych w technologii wykopu nieumocnionego lub umocnionego przez szalunki na rzecz wykonania robót polegających na ułożeniu rurociągów kanalizacyjnych w wykopie umocnionym przy pomocy ścianek szczelnych oraz metodą przewiertu sterowanego. Ponieważ ustawa PZP nie odnosi się do pojęcia robót zamiennych, Inżynier przyjął, iż przy pozostawieniu tego samego zakresu rzeczowego, ułożenie rurociągów kanalizacyjnych, zastosowana technologia spowodowała konieczność wprowadzenia dodatkowych środków finansowych na wykonanie tych robót, a więc per analogia wprowadzono roboty dodatkowe w rozumieniu finansowych. (...) Zgodnie z opinią prof. B. sytuacji takiej, jak zmiana warunków gruntowo - wodnych nie była do przewidzenia na etapie sporządzania projektu budowlanego. Wynika z tego, że spełnione są przesłanki zawarte w art. 6 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP, gdyż wykonanie przedmiotowych robót budowlanych nieobjętych zamówieniem podstawowym realizowanego zamówienia jest niezbędne do jego prawidłowego wykonania, a wykonanie to stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia z przyczyn technicznych i siły wyższej. Powyższe okoliczności były bezsporne, a powyższy Protokół Konieczności podpisały obie strony Kontraktu oraz Inżynier Kontraktu. Protokół Konieczności nr(...) został zatwierdzony przez pozwanego jako zamawiającego, o czym świadczy podpis na ostatniej stronie tego dokumentu. Strony przystąpiły do negocjacji w celu ustalenia właściwej wysokości wynagrodzenia za roboty wynikające z Protokołu Konieczności nr(...). W dniu 17 października 2010 r. został sporządzony Protokół z Negocjacji nr(...). W konsekwencji został sporządzony aneks nr(...) do Kontraktu z dnia 16 grudnia 2010r. zmieniający technologię wykonania robót oraz wynagrodzenie adekwatnie do zmiany kosztów wykonania robót zgodnie ze zmienioną technologią. Zgodnie z treścią §1 aneksu „zmianie ulega technologia ułożenia rurociągów w miejscowości T., zgodnie z Protokołem Konieczności nr(...) z dnia 16 października 2010r. i Protokołem z Negocjacji nr (...) z dnia 17 października 2010r. Na podstawie aneksu został zmieniony wzór comiesięcznego Przejściowego Świadczenia Płatności (PŚP) tj. zostały zmniejszone pozycje o nr kart obmiarowych (...) oraz wprowadzono roboty zamienne (tj. roboty w nowej technologii wynikającej z aneksu nr(...)) do Arkusza C - Roboty dodatkowe i zamienne. Z uwagi, iż poszczególne pozycje PŚP od nr(...) tj. przed aneksem, a następnie po aneksie od nr(...) były identyczne. Zmianie ulegały jedynie ilości wykonanych już robót. Zgodnie z przedmiarem dostarczonym przez pozwaną, dokonał wyceny w kosztorysie załączonym do oferty przy założeniu ilości (...) sieci podanych przez pozwanego w przedmiarach. Podniósł, że nie miał prawa zmieniać ilości w kosztorysie w stosunku do przedmiaru, a gdyby to uczynił jego oferta zostałaby odrzucona jako wadliwa. Również inni oferenci nie dokonywali zmian w kosztorysie w stosunku do przedmiaru robót, gdyż w przeciwnym razie oferty nie byłyby porównywalne. Istotą rozliczenia wynagrodzenia kosztorysowego w przypadku Kontraktów opartych na tzw. Czerwonym FIDIC-u jest oparcie się na faktycznych obmiarach robót przy zachowaniu wskazanych w ofercie stawek jednostkowych. Zamawiający powinien z należytą starannością określić właściwą ilość metrów w przedmiarach, ale oczywiście w praktyce zawsze na budowie wychodzi mniejsza lub większa ilość metrów i właśnie od faktycznego obmiaru wykonywanego zgodnie z klauzulami (...) Warunków Ogólnych zależy wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. Zgodnie

natomiast z klauzulą (...) Warunków Ogólnych „wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w przedmiarze robót lub innym wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych robót, których wykonania wymaga się od wykonawcy ani dla celów rozdziału 12. Również w wyjaśnieniach do SIWZ na etapie postępowania przetargowego zamawiający wskazywał konkretnie jakie ilości mb należy przyjmować do wyceny. W odpowiedzi na pytanie nr 2 dotyczące rozbieżności między przedmiarami a dokumentacją, pismem z dnia 19 sierpnia 2009 r. zamawiający wskazał, iż „podstawą sporządzania kosztorysu ofertowego są przedmiary”. W przypadku wszystkich pozostałych pozycji Przejściowych Świadczeń Płatności było to bezsporne również dla Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu i zupełnie niezrozumiałe jest odmienne stanowisko Zamawiającego akurat w przypadku tych pozycji kosztorysowych. Pozwana i Inżynier zamierzali rozliczyć „zwiększony obmiar” związany z robotami na T. za pomocą umowy o roboty dodatkowe lub uzupełniające i choć powód uważał, że są to roboty zamienne to zgodnie z wolą pozwanego i Inżyniera składał wnioski o roboty dodatkowe, które były wielokrotnie omawiane i zmieniane. Inżynier zaakceptował wnioski o roboty podpisując Protokół Konieczności nr(...)i Protokół z Negocjacji nr (...), jednak pomimo obietnic protokołu tego wciąż nie podpisywał Zamawiający. Dopiero gdy zniecierpliwiony powód nabrał wątpliwości co do zamiaru pozwanego wywiązania się z ustaleń co do rozliczenia tych robót, pozwany nagle zmienił całkowicie swoje stanowisko, wymuszając również zmianę stanowiska przez Inżyniera, który najwyraźniej wbrew swojemu wcześniejszemu pogładowi zmuszony był również wycofać się z ustaleń. Pismem z dnia 17 maja 2011 r. nr (...) Inżynier oświadczył, że jakkolwiek zaakceptował on protokoły konieczności, to jednak nie zostały one wciąż zaakceptowane przez pozwaną. Inżynier oświadczył też, że „wykonawca wchodząc w tryb wykonania robót bez zaakceptowanych protokołów konieczności i podpisanych aneksów wykonuje przedmiot zamówienia w zakresie robót dodatkowych i zamiennych, otwiera procedurę roszczenia finansowego, którego zasadność ocenia Inżynier w aspekcie zachowania ciągłości kontraktu”. Jednocześnie Inżynier poprosił o podjęcie decyzji czy powód podtrzymuje wnioski o roboty zamienne i dodatkowe czy „wchodzi w tryb roszczeń”. Wskazał, że pismem z dnia 19 maja 2011r. nr (...) oświadczył, że sporne roboty zostały w całości wykonane i są już użytkowane, zaś ich wykonanie było uzgadniane między stronami na naradach, a pozwany zapewniał, że zostanie sporządzony aneks na te roboty. Powód oświadczył, że nie cofa żadnych roszczeń, podtrzymuje żądanie zapłaty kwoty 535.679,34 zł + VAT, zaś to pozwana oraz Inżynier nie mieli stanowiska co do trybu rozliczenia tej kwoty, a więc oni powinni podjąć decyzję co do właściwego trybu, gdyż powód się do takiej decyzji zamierzał dostosować. Pismem nr(...)z dnia 23 maja 2011 r. pozwana oświadczyła, że nie zatwierdza protokołu konieczności nr (...) z dnia 11 lutego 2011 r. Uzasadnienie było lakoniczne i nie wyjaśniało przyczyn odmowy. O powyższym poinformował też Inżynier Kontraktu pismem nr (...) z 23 maja 2011r., choć jednocześnie dodał, że roboty te wykonane dla zakończenia zakresu robót w T. wynikają z warunków kontraktowych i załączników do niego. W takiej sytuacji Wykonawca umieścił zwiększony obmiar w odpowiednich pozycjach wniosku o Przejściowe Świadczenie Płatności nr 16, złożonym w dniu 8 czerwca 2011 r. Inżynier Kontraktu dwoma pismami z dnia 4 czerwca 2011 r. zażądał usunięcia tych metrów z wniosku o PŚP, choć powinien był - jeśli nie uznawał z jakichkolwiek powodów tych robót - zgodnie z klauzulą (...) jedynie nie uwzględnić niektórych pozycji dokonując odpowiednich korekt i modyfikacji, a PŚP w zakresie uznanych pozycji wydać. Wobec groźby dalszych zastoju płatniczych ze strony zamawiającego wykonawca uległ żądaniu Inżyniera Kontraktu i usunął z wniosku o PŚP zakwestionowane pozycje. Powód oświadczył, że dokonał tego jedynie z uwagi na konieczność odzyskania choć części należnego mu wynagrodzenia, lecz podtrzymuje twierdzenie, że wniosek o wystawienie PŚP z dnia 8 czerwca 2011 r. Pismem z dnia 2 czerwca 2011r. nr (...) powód przypomniał, że to pozwana i Inżynier byli zwolennikami rozliczenia zwiększonego obmiaru robót w trybie Protokołu Konieczności i aneksu do umowy i oni określali te roboty jako dodatkowe. Powód poprosił jednocześnie o potwierdzenie, że wobec takiej zmiany poglądów roboty te należy rozliczyć obmiarem oraz poprosił o wskazanie odpowiednich pozycji kosztorysu. W piśmie powyższym powód zażądał również od pozwanej wystawienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Pozwana w dniu 6 czerwca 2011 r. przesłała pismo, z którego wynika, iż według zamawiającego pismo wysłane na niewłaściwym papierze firmowym nie wywołuje skutków prawnych. Pismem z dnia 29 czerwca 2011 r. pozwana oświadczyła, że podtrzymuje swoje stanowisko z dnia 23 maja 2011 r., że w ramach ceny powód miał wykonać 2890 mb sieci grawitacyjnej i 1435 mb sieci tłocznej. Z powyższego wynika, również według pozwanego wykonanie spornych odcinków wchodziło w zakres Kontraktu, a jedynie odmienny jest jego pogląd na obowiązek zapłaty za te odcinki. W piśmie tym naruszając przepisy obowiązującej jeszcze na podstawie przepisów intertemporalnych dla przedmiotowej umowy ustawy z dnia 9 lipca 2003r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 oraz z 2006 r. Nr 220, poz.

1613) pozwana bezpodstawnie odmówiła wydania gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Ostatecznie w dniu 23 lipca 2011 r. Inżynier wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...), w którym nic nie wspomniał o rozszczeniu wykonawcy w zakresie zwiększonego obmiaru robót. Inżynier w piśmie kierowanym do pozwanej z dnia 1 sierpnia 2011r. ustosunkowując się do roszczenia wskazał, że roboty te były konieczne do wykonania ze względu na konieczność zamknięcia robót w ramach przedmiotowego zadania, roboty te były objęte zakresem projektu budowlanego, roboty te nie były wykazane w kosztorysie ofertowym, który to kosztorys przechodził procedury kontrolne na etapie weryfikacji przez pozwanego ofert w trakcie trwania przetargu oraz że zakres robót jest wykonany i potwierdzony stosownymi kartami obmiarowymi. Inżynier jednocześnie oświadczył, że powstrzymuje się od zajęcia stanowiska rozstrzygającego. Pomimo wykonania w całości Kontraktu i wskazania stanu zaawansowania 100% według ostatniego PŚP nr(...) Inżynier i Zamawiający wciąż nie uwzględnili do zapłaty odcinków objętych powództwem i tym samym Wykonawca wciąż nie otrzymał wynagrodzenia za tę część wykonanych odcinków. Wykonawca w dniu 4 lipca 2012 r. przedłożył Rozliczenie Końcowe, w którym wskazał ponownie jakich kwot wciąż nie otrzymał (w tym w sporna kwota 544.404,24 zł (netto)). Istnienie niezafakturowanych odcinków potwierdził również Inżynier w piśmie do zamawiającego z dnia 11 lipca 2012r., nr (...) stwierdzając, że rozliczenie końcowe kontraktu uwzględnia wszystkie wykonane, a niezafakturowane podczas realizacji kontraktu roboty. W piśmie tym Inżynier poprosił zamawiającego o podjęcie decyzji w kwestii rozliczenia i sposobie jego dokonania. Zamawiający przed około rok nie był w stanie przygotować dokumentów ostatecznie rozliczających Kontrakt. Wreszcie mailem z dnia 16 sierpnia 2012 r. przesłał powodowi Zbiorcze Zestawienie Korekt wszystkich PŚP, a następnie przekazał mu płytę CD z wersją elektroniczną wszystkich skorygowanych PŚP. W zakładce karty obmiaru przekazanych przez pozwaną ostatecznych rozliczeniach załączone są zaakceptowane przez inspektora nadzoru dokumenty o nazwie "Księga Obmiaru - Roboty Dodatkowe"), w których zawarte są właśnie odcinki objęte niniejszym pozwem. Identyczne karty obmiaru zostały wcześniej podpisane przez inspektora nadzoru. Nieopłacone odcinki wskazane są również w sporządzonym na zlecenie pozwanego przez firmę (...)graficznym schemacie wykonanych odcinków. Podniósł, że bezspornym jest, iż odcinki objęte pozwem wykonał i nie otrzymał za nie wynagrodzenia. Wynika to nawet z dokumentów wystawionych przez Inżyniera i zaakceptowanych przez zamawiającego, w szczególności wobec umieszczenia załącznika - "Księgi Obmiarów - Roboty Dodatkowe" do ostatniego PŚP. W odpowiedzi na pozew pozwany wniosł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że strony przyjęły kosztorysowy sposób rozliczenia w ramach kwoty kontraktu. Wskazał, że strony ustaliły harmonogram rzeczowo - finansowy, na podstawie którego raz w miesiącu wystawiane miały być Przejściowe Świadczenia Płatności, stanowiące podstawę do wystawienia przez wykonawcę faktur za roboty wykonane i uzyskania zgody zapłaty za dane prace. W sytuacji dokonania jakichkolwiek zmian w pracach wykonawca zobowiązany był je zgłosić Inżynierowi Kontraktu, a ten uzyskać akceptację zamawiającego. Taka sytuacja miała miejsce odnośnie wniosku powoda z dnia 30 września 2010 r., poprawionego w dniu 8 października 2010 r. W dniu 8 stycznia 2011 r. powód skierował wniosek o roboty dodatkowe. Podniósł, że Inżynier Kontraktu przekazał mu Protokół Konieczności nr (...)z prośbą o zatwierdzenie i podpisanie protokołu negocjacji ceny końcowej oraz zatwierdzenie stosownego aneksu do kontraktu. Podniósł, że nie potwierdził Protokołu Konieczności, uznając że roboty określone we wniosku objęte są zamówieniem podstawowym i nie mogą być kwalifikowane jako roboty dodatkowe. W dniu 23 maja 2011 r. powód o podjętej decyzji został powiadomiony i jednocześnie pouczone o przysługującym mu trybie roszczenia przewidzianego w umowie. Powód z tego uprawnienia jednak nie skorzystał. Powód podjął próby umieszczenia wykonanych robót w Przejściowym Świadczeniu Płatności nr(...) Inżynier Kontraktu jednak odmówił wprowadzenia zmian. Wskazał, że wykonawca zobowiązany był wstrzymać wykonanie tych prac do czasu akceptacji ich przez zamawiającego oraz polecenia wykonania tych prac przez Inżyniera Kontraktu. Wykonując te prace powód postawił zamawiającego przed faktem dokonanym próbując wymusić decyzję zapłaty za nie na zamawiającym. Przyznał, że prace zostały przez powoda wykonane i są przez niego użytkowane. Podniósł, że powód powinien był poinformować go o podstawie roszczenia. Powód uczynił to, jednakże po upływie terminu wskazanego w Kontrakcie. Najpóźniej powinien był zgłosić takie żądanie do dnia 20 czerwca 2011 r. Powód natomiast roszczenie zgłosił w dniu 29 lipca 2011 r. Niezgłoszenie roszczenia w terminie uwolniło go od odpowiedzialności. Wskazał również, że powód nie powinien był podejmować się wykonania robót bez polecenia Inżyniera Kontraktu. Wskazał, że zmieniony obmiar prac stanowiący przedmiot niniejszego postępowania nie był spowodowany warunkami gruntowymi, a przyjęciem w

przedmiocie robót i w następstwie w kosztorysie ofertowym. Zarzucił, że powód zamknął sobie drogę do wystąpienia z przedmiotowym żądaniem, ponieważ nie dostosował się do procedur kontraktu i w jego ocenie niniejsza kwestia powinna stanowić meritum. Podniósł również, że chybione było twierdzenie powoda, jakoby nie miał prawa zmienić w ilości w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru. Przyznał również, że istotą rozliczenia kosztorysowego jest faktyczny obmiar robót przy zachowaniu wskazanych w ofercie stawek jednostkowych. W jego ocenie wynagrodzenie nie przysługuje powodowi, ponieważ powód zaniechał podjęcia odpowiedniej procedury.

Na rozprawie w dniu 8 marca 2013 r. pełnomocnik pozwanego oświadczył, że nie kwestionuje wykonanych prac ani ich wysokości.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Gmina(...)wszczyła zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „(...) Gminy(...)”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Przetarg wygrał powód Przedsiębiorstwo(...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G..

### ***(okoliczności bezsporne)***

Podstawą dokonania wyceny w kosztorysie ofertowym były dokonane przedmiary. Na etapie postępowanie przetargowego zachodziły wątpliwości w przedmiocie rzeczywistej powierzchni, na jakiej roboty budowlane miały być przeprowadzone. Każdy ze składających ofertę zobligowany był w kosztorysie ofertowym powołać się na przedmiary.

Dowód:

-zeznania świadka P. R., k. 772-772v (czas : 00:02:06-00:23:18)

Powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. w dniu 4 listopada 2009 . zawarł z pozwaną Gminą(...)umowę nr(...)na wykonanie robót budowlanych dla zadania „(...) (...) (...)”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Integralną częścią Kontraktu były warunki szczególne kontraktu, warunki ogólne kontraktu, uzupełnienia, dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna, które wskazują zakres oraz sposób wykonywania robót objętych zamówieniem, formularz oferty z załącznikami, wyceniony przedmiot robót i inne dokumenty. Zgodnie ze szczególnymi warunkami kontraktu Inżynier Kontraktu miał koordynować czynności nadzoru inwestorskiego. Zgodnie z pkt 3 warunków kontraktowych dla budowy w przypadku, gdy inżynier wykona czynność wymagającą zgody zamawiającego, to na potrzeby kontraktu przyjmuje się, że zamawiający takiej zgody udzielił. W pkt 20.1 wskazano, że gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do roszczenia ma działanie ciągłe, to wykonawca winien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności lub w innym terminie, jaki może zostać zatwierdzony przez inżyniera na wniosek wykonawcy

Dowód:

-warunki kontraktowe dla budowy, k. 55-125

- umowa o roboty budowlane z dnia 04.11.2009r. nr (...), k. 27-28

-akt umowy, k. 29

-warunki ogólne kontraktu, k. 30

-warunki szczególne kontraktu, k. 31-54

Załączona przez pozwaną do umowy dokumentacja projektowa wraz ze specyfikacją techniczną okazały się wadliwe w sposób uniemożliwiający wykonanie robót zgodnie z ich treścią. Powód zmuszony był do wstrzymania robót o czym

poinformował Inżyniera Kontraktu i pozwanego. Ze względu na bardzo wysoki stan wód gruntowych i niezgodność podanych w specyfikacji technicznej warunków geotechnicznych z występującymi w rzeczywistości na terenie budowy, powód nie był w stanie prowadzić robót zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. O zaistniałych trudnościach powód poinformował pozwanego. Zaszła konieczność dokonania zmiany technologii przy wykonywanych pracach i dokonanie prac dodatkowych. Powód jeszcze przed uzyskaniem zgody na przeprowadzenie tych prac podjął się ich wykonania. Podstawą podjęcia przez niego takiego działania były ustne ustalenia z Inżynierem Kontraktu. Przeprowadzenie prac dodatkowych było niezbędne dla prawidłowego wykonania całości robót budowlanych. Strony poczyniły ustalenia, że ostateczny obmiar będzie decydujący przy ustaleniu wynagrodzenia. Zasadą było, iż przy pracach realizowanych w ramach programu FIDIC wynagrodzenie ma charakter obmiarowy. Pozwany osobiście nie dokonał obmiaru powykonawczego. Pozwany nie zakwestionował obmiaru powykonawczego dokonanego przez powoda.

Dowód:

- protokół Rady Budowy (...) z dnia 20.08.2010r., k. 249
- protokół Rady Budowy (...)z dnia 03.09.2010r., k. 251
- protokół Rady Budowy (...) z dnia 17.09.2010r., k. 253
- protokół z Rady Budowy (...) z dnia 01.10.2010r., k. 255-256
- zeznania świadka D. Ś., k. 738-740 (czas : 00:30:09-01:17:49)
- zeznania świadka P. R., k. 772-772v (czas : 00:02:06-00:23:18)
- zeznania świadka J. K., k. 772v-773 (czas : 00:23:35-00:34:32)
- zeznania świadka P. O., k. 773 (czas : 00:34:39-00:51:48)
- zeznania świadka A. P., k. 773-773v (czas : 00:52:09-01:08:46)

W dniu 26 sierpnia 2010r. powód złożył wniosek o roboty zamienne. Wniosek niniejszy był zgodnie z poleceniami Inżyniera Kontraktu kilkakrotnie zmieniany i uzupełniany. Następnie został złożony wniosek o roboty zamienne w dniu 30 września 2010r., lecz Inżynier Kontraktu pisemnym poleceniem nakazał zmianę technologii na przewiertu sterowane jako technologię szybszą i nieuciążliwą dla mieszkańców. Ostatecznie Inżynier Kontraktu uznał za prawidłową wersję wniosku o roboty zamienne z dnia 12 października 2010r.

Dowód:

- wniosek o roboty zamienne z dnia 30.09.2010r., k. 299-301
- polecenie Inżyniera Kontraktu z dnia 08.10.2010r., k. 302
- wniosek o roboty zamienne z dnia 12.10.2010r., k. 303-307

W dniu 16 października 2010r. strony sporządziły Protokół Konieczności nr (...)oraz w dniu 17 października 2010r. Protokół z Negocjacji nr (...), które zostały zaakceptowane przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego. Jak wynikało z Protokołu Konieczności nr(...) Inżynier oświadczył, że przedstawiony zakres robót w rozumieniu kontraktu jest robotą zamienną polegającą na odstąpieniu od wykonania ułożenia rurociągów kanalizacyjnych w technologii wykopu nieumocnionego lub umocnionego przez szalunki na rzecz wykonania robót polegających na ułożeniu rurociągów kanalizacyjnych w wykopie umocnionym przy pomocy ścianek szczelnych oraz metodą przewiertu sterowanego. Wskazał, że UPZP nie odnosi się do pojęcia robót zamiennych. Inżynier przyjął, iż przy pozostawieniu tego samego zakresu wykonania rzeczowego, ułożenie rurociągów kanalizacyjnych, zastosowana

zmiana technologii spowodowała konieczność wprowadzenia dodatkowych środków finansowych na wykonanie tych robót. Oświadczył, że wprowadzono roboty dodatkowe w rozumieniu finansowym. Zwiększenie wartości kontraktu wynikające z robót zamiennych przedstawionych przez powoda wyniosło 1.193.873,08 zł. Wyceny dokonano w oparciu o ceny jednostkowe z kontraktu głównego.

Dowód:

-Protokół Konieczności nr(...)z dnia 16.10.2010r., k. 395-397

-Protokół z Negocjacji nr (...) z dnia 17.10.2010r., k. 399

Na budowie przeprowadzane były roboty dodatkowe, które związane były z odwodnieniem wykopów. Zmiana technologii spowodowała konieczność dokonania przewiertów ścianek szczelnych. Były rozbieżności w obszarze zakontraktowanym, a wynikającym z protokołu powykonawczego.

Dowód:

-zeznania świadka A. P., k. 773-773v (czas : 00:52:09-01:08:46)

Strony w dniu 16 grudnia 2010 r. zawarły aneks nr(...) do umowy z dnia 4 listopada 2009 r. W § 1 wskazano, że zmianie ulega trasa ułożenia rurociągu kanalizacji na odcinku od studni (...) do studni (...) w S.. Zmiana trasy następuje w pionie celem ominięcia kolizji zgodnie z Protokołem Konieczności nr(...)z dnia 6 kwietnia 2010r. Zmianie ulega trasa ułożenia rurociągu kanalizacji na odcinku od studni (...) do studni (...) w S.. Zmiana trasy następuje ze względu na kolizje z istniejącymi obiektami budowlanymi zgodnie z Protokołem Konieczności nr(...)z dnia 12 lipca 2010r. oraz zmianie ulega technologia ułożenia rurociągów w miejscowości T., zgodnie z Protokołem Konieczności nr (...)z dnia 16 października 2010r. i protokołem z Negocjacji nr (...) z dnia 17 października 2010r. Ustalono, że łączna wartość robót zamiennych wyniesie 1.239.768,04 zł (netto). Bez zmiany technologii niemożliwym było wykonanie prac dodatkowych. Zasadność tych zmian została potwierdzona przez Inspektora Nadzoru wpisem do dziennika budowy, po dokonaniu weryfikacji wyceny sporządzonej przez powoda. Następnie zaakceptował niniejszą zmianę Inżynier Kontraktu. Aneks został poddany weryfikacji przez jednostkę finansującą inwestycję, która nie zakwestionowała przyjętych w aneksie cen jednostkowych. Powodem sporządzenia aneksu było stwierdzenie nieprawidłowości w dokumentacji z rzeczywistym stanem gruntów.

Dowód:

-aneks nr(...) z dnia 16.12.2010r. do umowy z dnia 04.11.2009r., k. 400-401

-zeznania przedstawiciela powoda K. W., k. 737-738 (czas : 00:05:31-00:28:46), k. 818-818v (czas : 00:05:51-00:18:41)

-zeznania świadka H. Ł., k. 740-742 (czas : 01:20:44-01:43:30)

-zeznania świadka P. R., k. 772-772v (czas : 00:02:06-00:23:18)

Według zatwierdzonej aneksem numer(...)technologii Wykonawca wykonał pozostałe roboty na obszarze objętym umową a także na odcinkach zlewni (...), które nie były objęte ani zamówieniem ani też kontraktem podstawowym w ilości 368 mb Wartość robót określono na kwotę 535 679, 34 zł plus podatek VAT. W dniu 8 stycznia 2011r. powód złożył wniosek nr (...) o wyrażenie zgody na wykonanie robót dodatkowych. W uzasadnieniu wskazał, że zwiększony zakres robót wynika z nieuwzględnienia w kontrakcie podstawowym odcinków robót w miejscowości T.. Łączny koszt robót ustalił na kwotę 535.679,34 zł. Wszystkie prace dodatkowe wykonane przez powoda zostały opisane w dzienniku budowy, zatwierdzone przez Inspektora nadzoru, a następnie przez Inżyniera Kontraktu. Powyższy zakres prac , technologia oraz ich wartość były uzgadniane i akceptowane przez Inżyniera Kontraktu



Dowód:

-dziennik budowy, k. 211-247

-zeznania świadka A. P., k. 773-773v (czas : 00:52:09-01:08:46)

-zeznania świadka D. Ś., k. 738-740 (czas : 00:30:09-01:17:49)

-wniosek powoda o roboty dodatkowe z dnia 08.01.2011r. nr (...), k. 675

Inżynier Kontraktu podpisał Protokół Konieczności nr(...), odnoszący się do złożonego przez powoda wniosku o roboty dodatkowe w którym oświadczył, że przedmiar robót wynikający z projektu budowlanego został zweryfikowany przez niego za pośrednictwem asystenta (...). Zgodnie z propozycją powoda, kwota kontraktu miała się zwiększyć o 535.679,34 zł (netto). Wskazał, że łączna ilość robót dodatkowych objęła 368mb. W protokole wskazano, że wskazane we wniosku o roboty dodatkowe prace dotyczące zlewni (...) nie były objęte kontraktem podstawowym. Inżynier Kontraktu potwierdził ten fakt u Zamawiającego. Inżynier Kontraktu oświadczył, że wykonanie tych prac dodatkowych jest niezbędne do zapewnienia odbioru ścieków z obszaru całej wsi T.. Inżynier Kontraktu przedmiotowy wniosek przyjął i skierował go do zatwierdzenia przez Zamawiającego. Oświadczył, że roboty dodatkowe winny być wykonane dla zamknięcia kontraktu. Przy określeniu ceny za roboty dodatkowe wynikającej z Protokołu wzięto pod uwagę ceny jednostkowe, wynikające z aneksu nr(...) do umowy. Inżynier Kontraktu uznał, iż wyliczenia te są prawidłowe. Procedura wykonania prac przyjęta przez powoda i samo ich wykonanie było uzasadnione. Inżynier Kontraktu podpisał również Protokół z Negocjacji z dnia 11 lutego 2011 r. nr (...), w którym wskazał że zwiększenie wartości kontraktu wynikającego z robót dodatkowych wyniosło 535.679,34 zł. Pozwany został poinformowany o treści zawartych Kompromisów.

Dowód:

-Protokół Konieczności nr(...), k. 568-569

-Protokół z Negocjacji z dnia 11.02.2011r. nr (...), k. 570

-pismo z dnia 09.02.2011r., k. 571

-zeznania świadka D. Ś., k. 738-740 (czas : 00:30:09-01:17:49)

-zeznania świadka H. Ł., k. 740-742 (czas : 01:20:44-01:43:30)

-zeznania świadka J. K., k. 772v-773 (czas : 00:23:35-00:51:48)

-zeznania świadka A. P., k. 773-773v (czas : 00:52:09-01:08:46)

Zgodnie z pkt 3 warunków kontraktowych dla budowy w przypadku, gdy inżynier wykona czynność wymagającą zgody zamawiającego, to na potrzeby kontraktu przyjmuje się, że zamawiający takiej zgody udzielił. W pkt 20.1 wskazano, że gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do roszczenia ma działanie ciągłe, to wykonawca winien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności lub w innym terminie, jaki może zostać zatwierdzony przez inżyniera na wniosek wykonawcy

Dowód:

-warunki kontraktowe dla budowy, k. 55-125

Powód w piśmie z dnia 19 maja 2011r. oświadczył, że sporne roboty zostały w całości wykonane i są już użytkowane, zaś ich wykonanie było uzgadniane między stronami na naradach, a pozwany zapewniał, że zostanie sporządzony aneks na te roboty. Powód oświadczył, że nie cofa żadnych roszczeń, podtrzymuje żądanie zapłaty kwoty 535.679,34 zł (netto).

Dowód:

-pismo powoda z dnia 19.05.2011r., k. 573-574

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2011r. Inżynier Kontraktu oświadczył, że powód w dniu 29 lipca 2011r. pismem (...) przekazał roszczenie o zapłatę należności w wysokości 535.579,34 zł (netto) za roboty wykonane na zlewni T.. Inżynier Kontraktu wskazał, że roboty wykonane przez powoda były konieczne ze względu na konieczność zamknięcia robót w ramach przedmiotowego zadania. Roboty te były objęte zakresem projektu budowlanego. Roboty te nie były wykazane w kosztorysie ofertowym, który to kosztorys przechodził procedury kontrolne na etapie weryfikacji przez zamawiającego w trakcie trwania przetargu. Zakres robót jest wykonany i potwierdzony stosowanymi kartami obmiarowymi.

Dowód:

-pismo z dnia 01.08.2011r. Inżyniera Kontraktu, k. 592

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wnosząc w oparciu o zeznania przedstawiciela powoda K., zeznania świadków D. Ś., H. Ł., J. K., P. R., A. P. i P. O. oraz dokumenty prywatne.

Sąd przesłuchał w charakterze strony powodowej K. W. - prezesa zarządu powodowej spółki. Sąd uznał jego zeznania za spójne, logiczne, konsekwentne i bardzo precyzyjne. Powód przedstawił przebieg współpracy między stronami, okoliczności towarzyszące postępowaniu przetargowemu oraz powody zmiany technologii przy wykonaniu prac będących przedmiotem umowy, co wpłynęło na konieczność zwiększenia ich zakresu. Sąd uznał zeznania powoda za prawdziwe, w szczególności w zakresie, w jakim wskazywał, że pozwany nigdy nie kwestionował zasadności zmiany technologii, co również potwierdzone zostało dołączonym do akt sprawy aneksem nr(...) do umowy.

Sąd dopuścił dowód z zeznań świadka P. R. i J. K., które w całości za wiarygodne. Świadczyli w sposób logiczny i wewnętrznie spójny. Przywoływali okoliczności, jakie towarzyszyły zawarciu umowy o roboty budowlane, wskazywali powody poczynienia zmian w zakresie stosowanych technologii oraz konieczności wykonania prac na obszarze większym niż przewidywał to kontrakt, co pozostawało w zgodzie z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Sąd w charakterze świadka przesłuchał również D. Ś.(...). Co do zasady Sąd dał wiarę złożonym przez niego zeznaniom. Sąd powziął jednak pewne wątpliwości odnośnie jego twierdzeń, z których wynikało, że nie zgadza się ze swoim oświadczeniem złożonym w Protokole Konieczności. Zdaniem Sądu poczynione w niniejszej sprawie ustalenia wskazują na to, że w dacie sporządzania protokołu zachodziły okoliczności, jakie w nim zostały wskazane. Przy czym świadek konsekwentnie wskazywał, że powód rzeczywiście prace dodatkowe wykonał, co miało podstawowe znaczenie dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Sąd dał wiarę również pozostałym świadkom przesłuchanym w toku postępowania, nie znajdując podstaw do ich zakwestionowania.

Wartość wiarygodności Sąd przyznał dokumentom prywatnym, które ocenił na podstawie art. 245 k.p.c. Wynika z niego, że dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie w nim zawarte. Sąd nie znalazł podstaw do podważenia wiarygodności przedmiotowych dowodów, przy czym ich prawdziwość, jak również autentyczność nie była kwestionowana przez strony postępowania.

Poza sporem w niniejszym procesie pozostawał fakt wykonania robót na obszarze większym niż wynikający z obmiaru, stanowiącego podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Przedmiotem sporu była natomiast kwalifikacja przedmiotowych robót. Powód bowiem stał na stanowisku, że roboty miały charakter dodatkowy, pozwany zaś

twierdził, że zostały one wykonane w ramach przedmiotu opisanego w umowie. Przedmiotem sporu było również uprawnienie strony powodowej do wytoczenia niniejszego procesu z uwagi na zapisy wynikające ze szczególnych warunków kontraktu, a dotyczące procedury dochodzenia roszczeń. Wskazać należy, iż powód ani w odpowiedzi na pozew ani też na pierwszej rozprawie nie kwestionował ani faktu wykonania robót, ani sposobu ich wykonania ani też wartości wykonanych prac. Na rozprawie w dniu 18 czerwca 2013 r. pełnomocnik pozwanego jedynie napomknął, iż zostanie zakwestionowana cena wykonanych robót, co nigdy ani ustnie ani w pismach procesowych ani również w mowie końcowej nie zostało jednoznacznie podniesione. Nawet gdyby przyjąć, iż pozwany na rozprawie w dniu 18 czerwca 2013 r. taki zarzut złożył, to uznać go należy za spóźniony w świetle art. 207 par 6 k. p. c. Sąd doręczając pozwanemu odpis pozwu pouczył pozwanego o treści art. 207 § 6 k.p.c., z którego wynika, że Sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Zdaniem Sądu na gruncie niniejszej sprawy nie zachodziły okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie przedmiotowego zarzutu. Istotne jest przy tym, że pozwany reprezentowany jest przez profesjonalnego pełnomocnika, który na pierwszej rozprawie oświadczył, że nie kwestionuje prac ani ich wysokości. Podniesiony następnie przez niego zarzut stanowi zaś odwrotność tego twierdzenia i zdaniem Sądu został postawiony tylko dlatego, że w toku postępowania pozwany postanowił zmienić linię obrony. Pozwany nie wykazał ponadto, że nie mógł powyższego zarzutu podnieść wcześniej. Pozwany powoływał się na rozmowę, którą prowadził ze świadkiem na korytarzu przed rozprawą, który oznajmił mu, że prace powinny być wykonane w inny sposób. Zdaniem Sądu twierdzenia tego jednak nie można uznać za okoliczność, która uzasadniałaby przyjęcie zgłoszonego zarzutu. Na gruncie niniejszej sprawy pozwana miała realne możliwości podniesienia wszystkich zarzutów już na etapie składania odpowiedzi na pozew.

Odnosząc się do meritum sprawy wskazać należy iż na podstawie art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na gruncie niniejszej sprawy Sąd doszedł do wniosku, że powód wywiązał się ze swojego zobowiązania i wykonał roboty budowlane dodatkowe, poza tymi, które wynikały z obmiaru, jaki był podstawą sporządzenia kosztorysu ofertowego. Sąd doszedł tym samym do wniosku, że powinien był on otrzymać ze strony pozwanej świadczenie wzajemne w postaci wynagrodzenia. Podkreślenia przede wszystkim wymaga, że prace dodatkowe oraz kwota stanowiąca ich wartość zostały zaakceptowane przez Inżyniera Kontraktu oraz inspektora nadzoru budowlanego. Prace były wykonywane na podstawie kosztorysu, ich odbioru dokonywano na podstawie obmiarów, następnie potwierdzane były w dzienniku budowy przez Inżyniera Kontraktu. Akceptacja Inżyniera Kontraktu dotyczyła zarówno sposobu wykonywania tych prac, jak również ich wielkości. W tym zakresie nie były bowiem zgłaszane jakiegokolwiek zastrzeżenia. Wskazać należy, iż Inżynier Kontraktu zgodnie z warunkami kontraktu jest zobowiązany do administrowania kontraktem czyli zarządzanie przedsięwzięciem, do nadzoru technicznego i prawnego na budowie a także do kontroli i weryfikacji dokumentacji wykonawcy. Do jego szczególnych zadań należy potwierdzanie płatności należnych Wykonawcy.

Pozwany w odpowiedzi na pozew podniósł również zarzut przedawnienia roszczenia dochodzonego przez powoda, powołując się na postanowienia klauzuli zawartej w pkt 20.1 FIDIC - u, przewidującego 28 - dniowy termin do zgłoszenia roszczenia od daty, kiedy roszczenie powstało. Zdaniem strony pozwanej po upływie tego terminu powód utracił uprawnienie do wystąpienia ze spornym żądaniem na drogę postępowania sądowego.

Bezsporne jest, iż częścią kontraktu łączącego strony były warunki FIDIC. Zgodnie z treścią pkt 20.1, gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do roszczenia ma działanie ciągłe, to wykonawca winien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności lub w innym terminie, jaki może zostać zatwierdzony przez inżyniera na wniosek wykonawcy.

W ocenie Sądu niniejszą klauzulę należy rozumieć jako łączną regulację wprowadzającą umowny termin prekluzyjny powodujący wygaśnięcie roszczenie i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności

zamawiającego. Zdaniem Sądu na gruncie polskiego porządku prawnego taka umowna konstrukcja jest niedopuszczalna, co oznacza, że w konsekwencji takie umowne zastrzeżenie należy rozumieć jako nieważne. Wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisów art. 119 k. c. . W związku z powyższym w ocenie Sądu postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd 1 k. c. . Ustanowienie warunków , których nastąpienie pociąga za sobą przedawnienie roszczenia lub pozbawienie prawa do jego sądowego dochodzenia, a tym bardziej warunków, które powodują wygaśnięcie roszczenia może być dokonane tylko w drodze przepisu prawnego. Z wyższego wynika, i że postanowienia klauzuli (...) FIDIC w zakresie w jakim przewidują wygaśnięcie roszczenia w razie jego nieterminowego zgłoszenia, są nieważne jako mające na celu obejście ustawy. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 lipca 20012 r. w sprawie XXV C 647/11 oraz w Wyroku z dnia 11 czerwca 2012 r. w sprawie XXV C 567/11. W niniejszej sprawie mając na uwadze przedmiot postępowania zastosowanie będzie więc mieć trzyletni termin przedawnienia, ponieważ zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Sąd Najwyższy do przedawnienia roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane znajdują zastosowanie przepisy art. 117 k.c. i 118 k.c. (postanowienie SN z dnia 11 lipca 2001r. Sygn. akt V CKN 357/00). Tym samym roszczenia powoda, jako wynikające z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej nie można uznać za przedawnione.

Pozwany kwestionował również, jakoby prace wykonane przez powoda były robotami dodatkowymi, podnosząc iż w jego ocenie były to prace stanowiące przedmiot umowy, jaką zawarł z powodem. Twierdzenia strony pozwanej w tym zakresie są zdaniem Sądu niezasadne, ponieważ z przedłożonych przez powoda Protokołach Konieczności i Protokołach Negocjacji jednoznacznie wynika, że prace wykonane przez powoda nie były objęte zamówieniem oraz kontraktem podstawowym, co zostało potwierdzone przez Inspektora Kontraktu, który pozostawił swój podpis na wskazanych dokumentach.

Reasumując wskazać należy że pozwany w toku postępowania nie kwestionował sposobu wykonania prac, zakresu ich wykonania i kwot wyliczonych przez powoda, a należnych mu od pozwanego z tytułu wykonania tych prac. Pozwany w toku dalszego postępowania nie wykazał również, że powodowi należy się kwota niższa niż ta która wynika z uzgodnień. Kwota zasądzona w wyroku wynika bowiem z uzgodnień poczynionych przez strony i została zaakceptowana przez Inżyniera Kontraktu, przy czym Inżynier Kontraktu jest osobą która ma współdziałać między zamawiającym a wykonawcą, który jednocześnie potwierdza wykonanie robót i prowadzi negocjacje między stronami. Pozwany w żaden sposób nie wykazał, że prace powinny być wykonane przy zastosowaniu innej technologii oraz że powodowi należy się inna kwota niż wynikająca z przedłożonych przez stronę powodową dokumentów. Oczywistym jest bowiem, że powód wykonał prace budowlane na obszarze zdecydowanie większym niż ten, który pierwotnie został wskazany w przedmiarze, czego na etapie składania kosztorysu ofertowego nie można było ustalić. Pozwany ponadto uznał wyliczenia powoda dotyczące zarówno dodatkowej ilości metrów, na których prace dodatkowe były wykonane oraz wysokość wynagrodzenia za prawidłowe. W toku niniejszego postępowania nie zgodził się jednak z nimi co do zasady, jednakże w żaden sposób nie potrafił udowodnić zasadności zajętego przez siebie stanowiska. Przy czym podkreślenia wymaga, że to na stronie pozwanej, w tej kwestii, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności, wyrażonej w art. 6 k.c. spoczywał ciężar wykazania prawdziwości przywoływanych przez niego twierdzeń. Zdaniem Sądu strona pozwana niniejszej zasadzie nie sprostała.

W związku z powyższym Sąd uznał, że przysługuje powodowi względem pozwanego wierzytelność w wysokości 658.885,58 zł, co stanowi kwotę 535.579,34 zł powiększoną o 23 % podatku od towarów i usług.

Powód dochodził zapłaty kwoty 669.617,22 zł, jednakże w żaden sposób nie wykazał wysokości przedmiotowego żądania. We wszystkich bowiem przedłożonych przez niego dokumentach figuruje kwota 535.579,34 zł, dlatego też niezrozumiałe jest jego żądanie zapłaty przez pozwanego kwoty 669.617,22 zł.

Na podstawie art. 481 § 1 k.c. jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem

okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wskazać należy, że odsetki ustawowe stanowią rekompensatę uszczerbku majątkowego doznanego przez wierzyciela wskutek pozbawienia go możliwości czerpania korzyści z należnego mu świadczenia pieniężnego. Na gruncie niniejszej sprawy Sąd uznał, że roszczenie w przedmiocie zapłaty wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane stało się wymagalne w dniu 21 maja 2011r.

Mając powyższe na uwadze Sąd orzekł, jak w pkt I wyroku na podstawie art. 647 k.c. w zw. Z art. 6 k.c.

O kosztach Sąd orzekł w pkt III wyroku zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu Na koszty sądowe składała się opłata sądowa w wysokości 40.698 zł obliczona zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2010, nr 90, poz. 594) oraz kwota 7.217 zł zasądzona tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego ustalona w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013 poz. 461) oraz wydatki poniesione tytułem wynagrodzenia biegłego sądowego.