

**Sygn. akt VI ACa 461/17**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 13 listopada 2018 r.**

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Grażyna Kramarska

Sędziowie: SA Agata Zając (spr.)

SO del. Joanna Mrozek

Protokolant: sekr. sądowy Martyna Arcon-Jakubiak

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy

z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...)

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 20 grudnia 2016 r.

sygn. akt XXV C 1293/13

I. oddala obie apelacje;

II. koszty postępowania apelacyjnego pomiędzy stronami wzajemnie znosi.

**Sygn. akt VI ACa 461/17**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 września 2013 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – (...) kwoty 2.309.207,73 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 1.324.275,12 zł od dnia 1 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty i od kwoty 984.932,61 zł od dnia 20 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty.

Skarb Państwa – (...) wniósł o oddalenie powództwa w całości, kwestionując je zarówno co do zasady, jak i wysokości.

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 1.313.508,66 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 30 czerwca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałej części, zasądził od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 61.437,11 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania oraz nakazał pobranie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W.

kwotę 279,81 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych i od Skarbu Państwa – (...) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwotę 369,09 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 12 sierpnia 2008 r. Skarb Państwa – (...), jako Zamawiający i (...) Sp. z o.o. jako Wykonawca, zawarli w trybie zamówienia publicznego umowę, na podstawie której Zamawiający powierzył a Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Rozbudowie drogi krajowej nr (...) etap III na odcinku B. – K. – B. od km 162+100 do km 180+500”, zwaną dalej (...) lub „kontraktem”. Integralną część kontraktu stanowiły: Umowa, Oferta Wykonawcy z dnia 28.05.2008 r. wraz z załącznikami, Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” – tłumaczenie wydania FIDIC 1999 (zwanym dalej „Ogólnymi Warunkami Kontraktu”), Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Dokumentacja projektowa – Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, Harmonogram robót, Harmonogram przepływów gotówki.

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa wynosiła zgodnie z ofertą wykonawcy 280.490.135,42 zł netto plus 22% podatek VAT, co łącznie stanowiło kwotę brutto 342.197.965,21 zł, a maksymalna wartość zobowiązania wynosiła 110% kwoty brutto, co stanowi 376.417.761,73 zł.

Kontrakt był kontraktem obmiarowym, co oznaczało, że wykonawca otrzymać powinien zapłatę za ilości robót faktycznie wykonane, niezależnie od ilości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych. Obmiary i wycena robót następowały zgodnie z klauzulą 12 [Obmiary i wycena] Warunków Kontraktu (tj. Ogólnych Warunków Kontraktu ze zmianami wprowadzonymi Szczególnymi Warunkami Kontraktu).

W myśl subklauzuli 12.1 [Obowiązkowe obmiary Robót] Warunków Kontraktu:

„Roboty winny być mierzone i wyceniane zgodnie z niniejszą klauzulą.

Kiedy tylko Inżynier wymaga, aby jakkolwiek część Robót została zmierzona, to uprzedza o tym Przedstawiciela Wykonawcy, który winien: (a) niezwłocznie wziąć udział lub wysłać wykwalifikowanego zastępcę, który pomoże Inżynierowi w dokonaniu pomiarów; oraz (b) dostarczyć wszelkich szczegółowych informacji, żądanych przez Inżyniera.

Jeżeli Wykonawca nie stawi się ani nie przyśle zastępcy, to pomiary dokonane przez (lub w imieniu) Inżyniera będą uznane za wierne.

Z wyjątkiem przypadków, kiedy w Kontrakcie ustalono inaczej, gdziekolwiek ilości Robót Stałych mają być ustalone na podstawie zapisów, tam te zapisy mają być sporządzone przez Inżyniera. Wykonawca winien brać udział w wyznaczonym czasie i miejscu, zbadać i uzgodnić z Inżynierem te zapisy, a następnie podpisać je, jeśli zostaną uzgodnione. Jeżeli Wykonawca nie weźmie udziału, to zapisy będą uznawane za wierne.

Jeżeli Wykonawca zbada i nie zgodzi się z zapisami i/lub nie podpisze zapisów jako uzgodnionych, to powinien zgłosić Inżynierowi swoje zastrzeżenia co do tego, w jakiej części kwestionuje zapisy jako niedokładne. Po otrzymaniu takiego zgłoszenia Inżynier winien sprawdzić te zapisy i potwierdzić je lub zmienić. Jeżeli wykonawca nie zgłosi Inżynierowi swego sprzeciwu w ciągu 14 dni od otrzymania wezwania do sprawdzenia zapisów, to zostaną one uznane za wierne.

Wykonawca będzie prowadził rejestr obmiarów w Książce Obmiarów, w której będzie zamieszczał rysunki i obliczenia niezbędne do ustalenia ilości wykonanych Robót. Wykonawca będzie na bieżąco dokonywał zapisów pomiarów wykonanych wspólnie z Inżynierem, w szczególności wszystkich Robót zanikających i ulegających zakryciu. Inżynier wraz z Wykonawcą wspólnie uzgodnią sposób prowadzenia Książki Obmiarów tak, aby była ona podstawą wystąpienia o Przejściowe Świadczenie Płatności zgodnie z Warunkiem 14.3 [Wnioski o Przejściowe Świadczenia Płatności].”

Zgodnie z subklauzulą 12.2 [Metody obmiaru] Warunków Kontraktu:

„Niezależnie od miejscowych zwyczajów, z wyjątkiem przypadków ustalonych w inny sposób w Kontrakcie: (a) obmiary mają być dokonane w ilościach netto każdej pozycji Robót Stałych, oraz (b) metody obmiaru mają być zgodne z Przedmiarem Robót lub innymi odpowiednimi Wykazami.”

Stosownie do subklauzuli 12.3 [Wycena] Warunków Kontraktu:

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

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

(i) robota jest objęta poleceniem na mocy klauzuli 13 [Zmiany i korekty], b) dla danego elementu nie jest w Kontrakcie przewidziana żadna stawka ani cena, oraz c) żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dany element roboty nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywany w warunkach podobnych do żadnego elementu w Kontrakcie.

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

Inżynier ustali tymczasową stawkę lub cenę dla wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności zanim odpowiednia stawka lub cena zostanie uzgodniona lub ustalona”.

W ramach realizacji przedmiotowego kontraktu przewidziane były roboty w zakresie wykonania wykopów, wykonania nasypów oraz wymiany gruntów nienośnych. W pkt. 2.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) „Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych. Wykonanie nasypów” zapisano, że grunty uzyskane przy wykonaniu wykopów powinny być przez Wykonawcę wykorzystane w maksymalnym stopniu do budowy nasypów lub zasypek wykopów. Grunty przydatne do budowy nasypów mogą być wywiezione poza plac budowy tylko wówczas, gdy stanowią nadmiar objętości robót ziemnych albo na polecenie lub za zezwoleniem Inżyniera. Jeżeli grunty przydatne uzyskane przy wykonaniu wykopów nie będące nadmiarem objętości robót ziemnych zostały za zgodą Inżyniera wywiezione przez Wykonawcę poza plac budowy z przeznaczeniem innym, niż budowa nasypów lub wykonanie prac objętych kontraktem, wykonawca jest obowiązany do dostarczenia równoważnej objętości gruntów przydatnych ze źródeł własnych, zaakceptowanych przez Inżyniera. Grunty i materiały nieprzydatne do budowy nasypów powinny być wywiezione przez Wykonawcę na odkład.

Według pkt. 9.2 przywołanej Specyfikacji Technicznej cena 1 m<sup>3</sup> wykonania robót ziemnych w wykopach obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, w tym obmiar terenu po zdjęciu warstwy humusu,
- oznakowanie i zabezpieczenie robót,
- wykonanie wykopu z transportem urobku na nasyp lub odkład, obejmujące: odspojenie, przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek oraz rozplantowanie urobku na odkładzie,
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania, w tym również za pomocą igłofiltrów,
- profilowanie dna wykopu i skarp,
- zagęszczenie powierzchni wykopu,

- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych wymaganych w ST,
- rozplantowanie urobku na odkładzie,
- wykonanie, a następnie rozebranie dróg dojazdowych,
- rekultywację terenu.

Cena 1 m<sup>3</sup> wykonania robót ziemnych w nasypach obejmuje:

- prace pomiarowe i oznakowanie robót,
- schodkowanie skarpy istniejącego nasypu zgodnie z lokalizacją wg Dokumentacji Projektowej,
- wbudowanie gruntu uzyskanego z wykopu na trasie, warstwami wraz z zagęszczeniem zgodnie z wymaganiami ST,
- profilowanie powierzchni nasypu, rowów i skarp z nadaniem im spadków i pochyleń zgodnie z Dokumentacją Projektową i ST,
- odwodnienie terenu w czasie trwania robót,
- koszty pozyskania gruntu z dokopów,
- odspojenie gruntu w dokopie,
- transport gruntu z dokopu na miejsce wbudowania w nasypie,
- dowóz wody,
- wbudowanie gruntu uzyskanego z dokopu, warstwami wraz z zagęszczeniem zgodnie z wymaganiami ST
- wyprofilowanie skarp dokopu,
- rekultywację dokopu,
- przeprowadzenie wymaganych przez ST badań laboratoryjnych dotyczących właściwości wbudowanych gruntów i wskaźnika zagęszczenia poszczególnych warstw nasypu.

Cena 1 m<sup>3</sup> wykonania wymiany gruntów nienośnych obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- wykonanie wykopu z zabezpieczeniem stateczności ścian,
- wydobycie gruntu nienośnego, jego przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek wraz z wymaganymi opłatami za składowanie,
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania, w tym również za pomocą igłofiltrów,
- profilowanie dna wykopu i skarp,
- wypełnienie wykopu gruntem o odpowiednich parametrach geotechnicznych wraz z zagęszczeniem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w ST,

- wykonanie a następnie rozebranie dróg dojazdowych,
- rekultywację terenu.

W Kosztorysie ofertowym w części dotyczącej robót ziemnych przewidziano m.in. pozycje: poz. 96 – Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp – w ilości 379.204 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 9,13 zł, poz. 99 – Wykonanie nasypów: z gruntu wykopów – w ilości 379.204 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 8,55 zł, poz. 100 – Wykonanie nasypów: z gruntu dowiezionego – w ilości 138.380 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 37,95 zł, poz. 101 – Wymiana gruntu organicznego i nieorganicznego z odwodnieniem wykopów – w ilości 66.102 m<sup>3</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 62,04 zł.

W Programie Zapewnienia Jakości z dnia 8 października 2008 r. dotyczącym wykonania nasypów Wykonawca wskazał, że materiał stanowiąc będą grunty z wykopu, ukopu lub dokopu przydatne do budowy nasypów (piaski, pospółki) spełniające wymogi Specyfikacji Technicznej i zaakceptowane przez Inżyniera. Program Zapewnienia Jakości został zatwierdzony przez Inżyniera Kontraktu.

Wykonawca realizował roboty ziemne od jesieni 2008 r., przy czym główne roboty ziemne przypadają na 2009 i 2010 r. Wymiany gruntu nienośnego wykonywane były częściowo przy użyciu gruntu nośnego z dokopu (dowiezionego z poza placu budowy), a częściowo z gruntu z wykopu (pozyskanego z terenu budowy). Inżynier Kontraktu miał wiedzę o takim sposobie prowadzenia robót i akceptował go. Wykonawca nie wywoził gruntu nośnego poza plac budowy. Grunt z wykopu wykorzystywany był również do wykonywania nasypów w częściach dotyczących nasypów niezbrojonych (niewzmacnianych geosiatką). Nasypy zbrojone wykonywane były z materiału dowiezionego spoza placu budowy. Taki sposób prowadzenia robót akceptowany był przez Inżyniera Kontraktu. Na wbudowanie gruntu Wykonawca otrzymywał zgodę Inżyniera Kontraktu. Roboty z zakresu wymiany w trakcie ich realizacji rozliczane były z Zamawiającym obmiarowo po cenie jednostkowej wskazanej w poz. 101 Kosztorysu ofertowego.

W dniu 30 listopada 2010 r. Inżynier Kontraktu wystawił Świadczenie Przejęcia Robót, w którym zaświadczył, że roboty zostały zasadniczo ukończone na dzień 10 listopada 2010 r., z zastrzeżeniem wymienionych w załącznikach wad, usterek i robót zaległych.

Spór co do rozliczenia robót ziemnych powstał pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym już po zakończeniu robót ziemnych, na etapie rozliczenia końcowego robót kontraktowych i dotyczył gruntu w ilości 70.732 m<sup>3</sup> pozyskanego z wykopów, którego Wykonawca użył do wymiany gruntu nienośnego, a który nie został wykorzystany do budowy nasypów. Pismem z dnia 2 marca 2011 r. Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę w związku ze złożonym Rozliczeniem Końcowym i bilansem robót ziemnych, że niedobór gruntu wbudowanego w nasypy wynosi 71.740,96 m<sup>3</sup>, gdyż Wykonawca tę ilość gruntu wykorzystał i wbudował w wymianę gruntu, a nie dokonał pozyskania z dokopu. Wobec tego Inżynier polecił Wykonawcy dokonać zmian ilościowych w poz. 99 – wykonanie nasypów z gruntu z wykopów: zamiast wyliczonych przez Wykonawcę 248.327,27 m<sup>3</sup> do rozliczenia przyjąć 320.118,23 m<sup>3</sup>, zwiększając o 71.740,96 m<sup>3</sup> (ilość gruntu wbudowanego w wymiany), a w poz. 100 – wykonanie nasypów z gruntu dowiezionego: zamiast wyliczonych przez Wykonawcę 244.547,45 m<sup>3</sup> do rozliczenia przyjąć 172.806,49 m<sup>3</sup>, zmniejszając o 71.740,96 m<sup>3</sup>. W kolejnym piśmie z dnia 8 kwietnia 2011 r., po otrzymaniu wyjaśnień inspektora nadzoru oraz opinii projektanta dotyczących rozliczenia robót ziemnych, Inżynier Kontraktu anulował polecenie dokonania zmian dotychczasowego rozliczenia robót ziemnych wskazując, że wszystkie roboty ziemne muszą być rozliczone zgodnie ze stanem rzeczywistym, a za wszystkie roboty Wykonawca musi otrzymać wynagrodzenie zgodne z kontraktem. Jednocześnie Inżynier Kontraktu nakazał pozostające jeszcze do rozliczenia roboty rozliczyć według polecenia. W dniu 12 kwietnia 2011 r. Wykonawca złożył Rozliczenie Końcowe. Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 11 maja 2011 r. poinformował Wykonawcę, że złożone Rozliczenie Końcowe traktuje jako wystąpienie o wystawienie Przejściowego Świadczenia Płatności za roboty wykonane w 2010 r. oraz że dokonał potrącenia w kwocie 1.076.646,44 zł netto w związku z wbudowaniem w wymiany gruntu z zawyżoną ceną jednostkową. Jednocześnie w dniu 11 maja

2011 r. Inżynier Kontraktu wystawił Wykonawcy Przejściowe Świadczenie Płatności nr 29 za roboty wykonane w 2010 r. na kwoty netto 8.114.940,21 zł i 70.278,07 zł, z uwzględnieniem pomniejszenia płatności o kwotę netto 1.076.646,44 zł na podstawie klauzuli 14.3 (f) Warunków Kontraktu.

Wykonawca (Dyrektor Kontraktu) pismem z dnia 24 maja 2011 r. zwrócił się do Inżyniera Kontraktu o podanie podstaw prawnych wprowadzenia zmiany ceny jednostkowej poz. 101 i cofnięcia płatności poz. 96 Kosztorysu ofertowego. Natomiast pismem z dnia 1 czerwca 2011 r. Wykonawca powiadomił Inżyniera Kontraktu o roszczeniu (...) o dodatkową płatność w kwocie 1.076.646,44 zł za wykonane roboty z tytułu nieuprawnionego potrącenia płatności w ramach rozliczenia końcowego pozycji (...) B.-K..

W pismach z dnia 7 czerwca 2011 r. i 30 czerwca 2011 r. Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę, że nie dokonał zmiany w cenie jednostkowej dla poz. 101 Kosztorysu ofertowego, lecz dokonał wyłącznie korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla tej pozycji (cena jednostkowa 62,04 zł) dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopów na trasie wbudowanego w wymiany, ponieważ grunt pochodzący z wykopów na trasie stanowi własność Zamawiającego i zgodnie z podaną w Kosztorysie ofertowym ceną jednostkową gruntu z dowozu dla poz. 101 (6,20 zł z pierwszej kalkulacji pozycji rozliczeniowej złożonej przez Wykonawcę) dla określonego w wymianach gruntu dokonano potrącenia. Analogicznie dokonano korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla poz. 96 Kosztorysu (cena jednostkowa 9,13 PLN).

Pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. Wykonawca zgłosił do Inżyniera Kontraktu roszczenie (...) o dodatkową płatność z tytułu nieuprawnionego potrącenia z płatności w ramach końcowego rozliczenia poz. (...) B.-K. kwoty 1.076.646,44 zł.

W piśmie tym Wykonawca wskazał, że na etapie przetargu, po przeanalizowaniu dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego, Wykonawca założył w ofercie, że będzie posiadał 55.117 m<sup>3</sup> nadmiaru materiału z wykopu, które przydatne będzie do wykonania wymian. Po dalszej korespondencji w przedmiocie tego roszczenia Inżynier Kontraktu pismem z dnia poinformował Wykonawcę, że odstępuje od dalszego rozpatrywania roszczenia i odrzuca je w całości.

W ramach realizacji przedmiotowego kontraktu przewidziane były również roboty w zakresie wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego. W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) „Wykonanie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego” wskazano, że do warstwy wiążącej należy zastosować kruszywo zgodnie z tabelą 1. Kruszywo powinno posiadać właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) # 65%. Po pojęciem kruszywa łamanego rozumie się kruszywo powstałe wskutek przekruszenia w kamieniołomach surowca skalnego ze skał litych (pkt. 2.6). Natomiast w tabeli 1 – Wymagania wobec materiałów do warstwy wiążącej z betonu asfaltowego dla (...) wskazano następujące rodzaje materiałów:

1. Kruszywo łamane granulowane wg (...) z surowca skalnego litego kl. I, II; gat. 1, 2, 2.
2. Kruszywo łamane zwykłe wg. (...).
3. Grys i żwir kruszony z surowca naturalnie rozdrobnionego, kl. I, II; gat. 1, 2.
4. Żwir i mieszanka wg. (...).
5. Piasek wg. (...).
6. Wypełniacz mineralny wg. (...), podstawowy.
7. Asfalt drogowy wg. pkt. 2.3 (tj. asfalt drogowy 35/50).

W tabelicy 4 – Wymaganie wobec mieszanek mineralno-asfaltowych oraz warstwy wiążącej i wyrównawczej z betonu asfaltowego dla (...) podano następujące wymagania:

1. Moduł sztywności pełzania, MPa:  $\geq 16,0$ .
2. Stabilność próbek wg metody M. w temperaturze 60°C:  $\geq 11,0$ .
3. Odkształcenie próbek jw., mm: od 1,5 do 4,0.
4. Wolna przestrzeń w próbkach jw., %: od 4,0 do 8,0.
5. Wypełnienie wolnej przestrzeni w próbkach jw., %:  $\leq 75,0$ .
6. Grubość warstwy w cm z MMA o uziarnieniu od 0 mm do 20,0 mm: 8,0.
7. Wskaźnik zagęszczenia warstwy, %:  $\geq 98,0$ .
8. Wolna przestrzeń w warstwie, %: od 4,5 do 9,0.

Według pkt. 9.2 przywołanej Specyfikacji Technicznej cena wykonania 1 m<sup>2</sup> warstwy wiążącej z betonu asfaltowego obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie i zabezpieczenie robót,
- zakup i dostarczenie materiałów,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wyprodukowanie mieszanki mineralno-asfaltowej i jej transport na miejsce wbudowania,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki mineralno-asfaltowej,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie asfaltem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w specyfikacji technicznej.

W Kosztorysie ofertowym w części dotyczącej wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego przewidziano pozycję 161 BK i 158 KB – warstwa wiążąca z betonu asfaltowego #0/20 (D35/50) – grubość 8 cm – w ilości 249.778 m<sup>2</sup> i cenie jednostkowej podanej przez Wykonawcę 46,18 zł.

W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego dotyczącego Rozbudowy drogi krajowej nr (...) etap III na odcinku B. – K. – B. od km 162+100 do km 180+500 wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które Zamawiający udzielał odpowiedzi. Wykonawcy zadali Zamawiającemu m.in. następujące pytania:

Pytanie nr (...) o treści: „Dot. (...) Podbudowa z betonu asfaltowego, pkt. 2.2. Prosimy o dopuszczenie żwiru kruszonego na (...), tak jak do warstwy wiążącej nr (...) oraz dopuszczenie pyłów z odpyłania zgodnie z (...) tablica B.1”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Dopuszcza się zastosowanie grysu i żwiru kruszonego zgodnie z tablicą B.1 przywołanej normy.”

Pytanie nr (...) o treści: „Dot. (...) Wyrównanie podbudowy mieszankami mineralno-asfaltowymi, pkt. 2.3. Prosimy o wskazanie normy właściwej dla oznaczenia zawartości (...) w kruszywie dla celów drogowych. Norma (...) ani (...) nie przewiduje takich badań kruszywa.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Nie wymaga się, aby wykonawca przeprowadził badania na zawartość (...). Kruszywo ze względu na zawartość (...) dzieli się na 3 grupy:

- kruszywo z grupy skał kwaśnych tj. o zawartości (...) powyżej 65%. Przedstawicielem skał kwaśnych są np. granity,
- kruszywo z grupy skał obojętnych tj. o zawartości (...) 55% - 65%. Przedstawicielem skał obojętnych jest np. gabbro, dioryt.
- kruszywo z grupy skał zasadowych tj. o zawartości (...) 45% - 54%. Przedstawicielem skał zasadowych jest np. bazalt, sjenit.

Wykonawca, w zależności od zapisu w specyfikacji, winien wybrać kruszywo z grup wyżej podanych.”

Pytanie nr (...) o treści: „(...) Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego, pt. 2.6. Prosimy o wskazanie normy właściwej dla oznaczenia zawartości (...) w kruszywie do celów drogowych. Norma (...) ani (...) nie przewiduje takich badań kruszywa.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Patrz odpowiedź na pytanie (...).”

Pytanie nr (...) o treści: „Prosimy o zezwolenie na zastosowanie do podbudowy z kruszywa łamanego, kruszyw dostępnych w (...) Kopalniach (...), tak jak ma to miejsce w przypadku warstwy wiążącej (w specyfikacji (...)) Zamawiający dopuszcza stosowanie tylko kruszyw uzyskanych ze skał litych).”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr (...) dopuszcza się zastosowanie grysu i żwiru kruszonego w warstwie wiążącej zgodnie z tablicą (...) normy (...). Aprobata miejsca pozyskania kruszywa oraz jego przydatności wyda w trakcie realizacji kontraktu Inżynier Budowy w porozumieniu z Zamawiającym.”

W dniu 22 czerwca 2009 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o zatwierdzenie recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą nr recepty (...) z 18 czerwca 2009 r. W receptce tej Wykonawca zaproponował zastosowanie do mieszanki materiału w postaci żwiru kruszonego. Zamawiający stał na stanowisku, że w przypadku użycia do mieszanki na warstwę wiążącą kruszywa ze żwirów kruszonych, które są mieszaniną różnych skał, Wykonawca powinien przedstawić badania na zawartość krzemionki wykonane dowolną metodą, która określi przynależność kruszywa ze żwirów kruszonych do określonej kategorii skał. Wykonawca badania takiego nie przedłożył. Inżynier Kontraktu odmówił zatwierdzenia recepty argumentując, że do warstwy wiążącej należy stosować kruszywa łamane z przekruszenia skał litych oraz zarzucając, że w receptce przyjęto zbyt dużą ilość żwirów kruszonych w składzie mieszanki.

W związku z odrzuceniem wskazanej wyżej recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą Wykonawca przedstawił nową receptę, która nie zawierała materiałów ze żwirów kruszonych, lecz wyłącznie ze skał litych (grys melafirowy). Ta druga recepta została zaakceptowana przez Inżyniera Kontraktu i Wykonawca wykonał mieszankę według tej receptury. Pismem z dnia 22 lipca 2009 r. Wykonawca powiadomił Inżyniera Kontraktu na podstawie subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktu o roszczeniu związanym z dodatkowymi kosztami i przedłużeniem czasu na ukończenie w związku z odrzuceniem przez nadzór proponowanej mieszanki mineralno-asfaltowej do wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego.

W kolejnym piśmie z dnia 24 sierpnia 2009 r. Wykonawca w nawiązaniu do wcześniejszego pisma z dnia 22 lipca 2009 r. przedstawił Inżynierowi Kontraktu wyliczenie kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z odrzuceniem

recepty mieszanki mineralno-asfaltowej do wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, w którym wskazał, że zastosowanie recepty nr (...) zamiast (...) powoduje zmianę pozycji kosztorysowej nr 161 BK oraz 158 KB „Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego #0/20 (D 35/50) – grubość 8 cm”. Wzrost ceny mieszanki za tonę wynosi 15,89 zł, co w przeliczeniu na 1 m<sup>(2)</sup> nawierzchni daje wzrost o 3,18 zł/m<sup>(2)</sup>. Nowa cena dla pozycji 161 BK i 158 KB wynosi 49,36 zł/m<sup>(2)</sup>.

Na zlecenie (...) Państwowy Instytut (...) przeprowadził badania pięciu próbek kruszywa do mieszanki mineralno-asfaltowej przekazanych przez Wykonawcę na zawartość (...). Zawartości (...) w tych próbkach były następujące: 42,52%, 43,63%, 46,46%, 43,86%, 32,38%.

Inżynier Kontraktu pismem z dnia 1 września 2009 r. odrzucił prawo Wykonawcy do roszczenia o dodatkową zapłatę za masę bitumiczną na warstwę wiążącą wskazując, że jedynym materiałem spełniającym wymagania z pkt. 2.6 Specyfikacji jest kruszywo z tabeli 1 lp. 1 – kruszywo łamane granulowane wg (...) z surowca skalnego litego.

Stanowisko w przedmiocie odrzucenia roszczenia nr (...) Wykonawcy Inżynier Kontraktu podtrzymał w swych kolejnych pismach z 5 października 2009 r. 18 listopada 2009 r., 25 lutego 2010 r., 26 kwietnia 2010 r., 21 maja 2010 r., 2 czerwca 2010 r.

Wykonawca w piśmie z dnia 20 grudnia 2010 r. określił wartość roszczenia (...) w wysokości 3,18 zł za wykonanie 1 m<sup>2</sup> warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, co przy łącznej ilości warstwy wiążącej 251.810,76 m<sup>2</sup> daje końcową wartość roszczenia w kwocie 800.758,22 zł.

Recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr recepty (...) spełniała wymagania (parametry techniczne) wobec mieszanek mineralno-asfaltowych w zakresie właściwości określonych w tabelicy (...). W składzie tej mieszanki zgodnie z receptą znajdował się żwir kruszony, dopuszczony w tabeli 1 wskazane Specyfikacji Technicznej, co było zgodne z normą (...). Recepta nie wpływała negatywnie na jakość mieszanki. Europejska norma zharmonizowana (...), która zastąpiła normę (...) z 1996 r. nie przewiduje badań na zawartość krzemionki. Przeprowadzone przez Państwowy Instytut (...) – Państwowy Instytut (...) badania potwierdziły zawartość procentową krzemionki we wskazanej wyżej receptycie w przedziale od 32,38% do 46,46%, tj. poniżej właściwości zasadowych (45%-54%). Wykonawca zrealizował roboty na podstawie recepty (...), co spowodowało wzrost kosztów po jego stronie. Ilość mieszanki potrzebnej do zrealizowania przedmiotowego kontraktu wynosiła 48.869,32 Mg. Wzrost wartości użytego materiału według recepty nr (...) w odniesieniu do ceny kontraktowej wynosi 758.451,78 zł netto.

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy oparł się na zgromadzonych w toku postępowania dowodach.

Za wiarygodne Sąd Okręgowy uznał dowody z dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości co do ich autentyczności i nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom świadków M. K., W. K., R. M., D. M., D. B., T. C., A. W. oraz zeznaniom przedstawiciela pozwanego K. N. uznając, że zeznania wszystkich tych osób korespondowały wzajemnie ze sobą i z dowodami z dokumentów, składając się wraz z nimi na spójną i logiczną całość, obrazującą opisany wyżej stan faktyczny sprawy w zakresie sposobu wykonywania robót ziemnych przez Wykonawcę i ich rozliczania przez Zamawiającego a także przyczyn odrzucenia przez Zamawiającego pierwszej receptury mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą oraz wykonania tej mieszanki w oparciu o kolejną recepturę zaakceptowaną przez Zamawiającego.

Za wiarygodną Sąd Okręgowy uznał opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. B. w części, w której biegły wskazał, że sporna recepta mieszanki mineralno-asfaltowej nr recepty (...) spełniała wymagania w zakresie parametrów technicznych wobec mieszanek mineralno-asfaltowych w zakresie właściwości określonych w tabelicy 4 Specyfikacji Technicznej (...), wyliczył ilość mieszanki potrzebnej do wykonania robót w zakresie warstwy wiążącej

w ramach przedmiotowego kontraktu oraz wyliczył wzrost kosztów użytego przez Wykonawcę materiału według recepty nr (...) w stosunku do kosztów materiału według recepty nr (...). Zdaniem Sądu Okręgowego wnioski opinii biegłego w tym zakresie zostały szczegółowo, logicznie i rzeczowo wyłożone przez biegłego w opinii zasadniczej, opinii uzupełniającej i w trakcie przesłuchania na rozprawie, z odniesieniem do dokumentów stanowiących materiał dowodowy sprawy i obowiązujących norm. Sąd Okręgowy uznał jednak, że opinia nie biegłego nie mogła być zaakceptowana w części, w której biegły formułował oceny prawne co do regulacji kontraktowych, znaczenia pytań wykonawców i odpowiedzi zamawiającego w toku postępowania przetargowego i ich wykładni, a w konsekwencji dokonywał oceny postępowania zamawiającego przy zatwierdzaniu receptur mieszanki mineralno-asfaltowej w kontekście warunków kontraktu, gdyż kwestie te wykraczają poza kompetencję biegłego sądowego, lecz stanowią domenę sądu.

Sąd Okręgowy oddalił jako bezzasadny wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego uznając, że potrzeba opinii innego biegłego nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydzwięku konkluzji opinii, lecz musi być następstwem umotywowanej krytyki dotychczasowej opinii, ponieważ w przeciwnym razie sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony dopóty, dopóki nie zostałyby złożona opinia w pełni ją zadowalająca, co jest niedopuszczalne. W ocenie Sądu Okręgowego opinia biegłego A. B. nie zawierała luk lub niejasności, które by je dyskwalifikowały, a przedstawione w opiniach wnioski co do właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej w recepturze proponowanej przez powoda i odrzuconej przez pozwanego, ilości mieszanki użytej do wykonania warstwy wiążącej w niniejszej sprawie oraz wzrostu kosztów wykonania robót w wyniku odrzucenia pierwotnej recepty przez pozwanego stanowiły logiczną konsekwencję przeprowadzonych i szczegółowo uzasadnionych przez biegłego analiz dokonanych na podstawie materiału dowodowego sprawy i wiedzy fachowej biegłego. Opinia ta była zatem przydatna do dokonania na jej podstawie ustaleń faktycznych we wskazanym zakresie i nie było potrzeby prowadzenia dowodu z dalszej opinii biegłego.

Sąd Okręgowy oddalił też wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa zgłoszony na okoliczności w jakiej ilości powodów wykonał roboty ziemne polegające na budowaniu i formowaniu nasypu zgodnie z pozycji (...) i czy powód prawidłowo wyliczył w pozwie wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych z pozycji (...). Sąd Okręgowy wskazał, że ilości robót ziemnych wykonanych przez powoda wynikały wprost z dokumentów złożonych do akt sprawy i nie były sporne pomiędzy stronami (zostały potwierdzone nawet przez świadków zgłoszonych przez pozwanego) a wyliczenie wartości wynagrodzenia za te roboty stanowiło proste działanie matematyczne i dokonywało się przez pomnożenie ilości robót z poz. (...) poprzez stawkę jednostkową dla tej pozycji określoną w Kosztorysie ofertowym, zatem nie było potrzeby prowadzenia w tym zakresie dowodu z opinii biegłego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zgodnie z zawartą przez strony umową wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone w sposób tzw. obmiarowy, co oznaczało, że rozliczenie wartości robót z poszczególnych pozycji przedmiarowych (kosztorysowych) następowało na podstawie faktycznej ilości wykonanych robót i stawek jednostkowych wskazanych w Kosztorysie ofertowym, stosownie do zacytowanych wyżej zapisów klauzuli 12 Warunków Kontraktu.

Za zasadne Sąd Okręgowy uznał żądanie zapłaty części wynagrodzenia za wykonanie robót ziemnych w kwocie 1.076.646,44 zł netto, o którą Inżynier Kontraktu pomniejszył należność (...) Sp. z o.o. z Przejściowego Świadcstwa Płatności nr (...) z dnia 11 maja 2011 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że spór w tym zakresie dotyczył gruntu w ilości 70.231,34 m<sup>(3)</sup>, który powód pozyskał z terenu budowy (wykopu) i wykorzystał do wymiany gruntu nienośnego. Pozwany twierdził, że materiał do wymiany gruntu powinien być pozyskany z dokopu (dowieziony spoza placu budowy), a grunt z wykopu powinien być wbudowany w nasyp, wobec czego należało dokonać korekty wynagrodzenia Wykonawcy o nieponiesiony koszt zakupu gruntu w kwocie 6,20 zł za m<sup>(3)</sup> ustalonej w oparciu o pierwszą złożoną przez Wykonawcę kalkulację cen jednostkowych, w której określono koszt pozyskania gruntu z dokopu na taką właśnie kwotę. Z powołaniem się na wskazane wyżej

okoliczności Inżynier Kontraktu dokonał korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla pozycji (...) Kosztorysu ofertowego dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopu na trasie wbudowanego w wymiany, oraz korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla poz. (...) Kosztorysu ofertowego.

W ocenie Sądu Okręgowego Warunki Kontraktu, w szczególności treść subklauzuli 14.6 w zw. z subklauzulą 13.1 (c) lub subklauzulą 14.3 (f) nie dawały Inżynierowi Kontraktu podstaw do obniżenia stawek jednostkowych cen robót z pozycji (...) i (...) Kosztorysu ofertowego i pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy we wskazany wyżej sposób.

Zdaniem Sądu Okręgowego zmiana w rozumieniu subklauzuli 13.1 Warunków Kontraktu oznacza polecenie Inżyniera skierowane do Wykonawcy w zakresie odmiennego wykonania robót przewidzianych w kontrakcie, czy to co do sposobu wykonania, czy to co do ilości robót. Polecenie takie może być przy tym wydane tylko do wystawienia Świadczenia Przejścia. Powyższa regulacja kontraktowa nie mogła zatem dotyczyć korekty należności Wykonawcy w Przejściowym Świadczeniu Płatności nr (...), które zostało wydane już po wystawieniu Świadczenia Przejścia dla przedmiotowej inwestycji. Nie taki bowiem jest sens regulacji przywołanej klauzuli. W ocenie Sądu Okręgowego ze zgromadzonych w sprawie dowodów wynika, że Inżynier Kontraktu nie wydał Wykonawcy żadnego polecenia zmiany dotyczącego sposobu wykonywania robót ziemnych, lecz akceptował wykorzystywanie przez Wykonawcę gruntów z wykopu do robót w zakresie wymian gruntów nienośnych. Z kolei subklauzula 14.3 (f) w ocenie Sądu Okręgowego dotyczy kwestii dokumentów rozliczeniowych, które powinien przedstawić Wykonawca przy występowaniu o Przejściowe Świadczenie Płatności, a więc również nie uprawnia Inżyniera Kontraktu do pomniejszania płatności na rzecz Wykonawcy.

Subklauzula 14.6 Warunków Kontraktu zdaniem Sądu Okręgowego upoważnia Inżyniera do dokonania poprawki lub modyfikacji w jakimkolwiek Świadczeniu Płatności, która powinna być dokonana w jakimkolwiek uprzednim Świadczeniu Płatności. W analizowanym przypadku nie zachodziły jednak podstawy do stwierdzenia, że w jakimkolwiek wcześniejszym Świadczeniu Płatności, wydanym przed Przejściowym Świadczeniem Płatności nr (...), jakkolwiek kwota została nienależnie poświadczona i wypłacona Wykonawcy.

Sąd Okręgowy wskazał, że grunty pozyskane z wykopu Wykonawca wykorzystywał częściowo do wymian gruntu nienośnego, zaś nasypy budował częściowo z gruntów z wykopu, a częściowo z gruntów z dokopu. Taki sposób prowadzenia robót był akceptowany przez Inżyniera Kontraktu a rozliczenia w tym zakresie dokonywane były według stanu faktycznego wykonania poszczególnych rodzajów robót ziemnych, na podstawie odpowiednich pozycji kosztorysowych z Kosztorysu ofertowego. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczność, że według zapisów (...) cena 1 m<sup>(3)</sup> wykonania robót ziemnych w nasypach obejmowała także koszty pozyskania gruntu z dokopów nie oznacza, że jeśli Wykonawca kosztu takiego nie poniósł, to ta pozycja kosztorysowa podlega pomniejszeniu o ten nieponiesiony koszt. Nic takiego nie wynika bowiem z Warunków Kontraktu lub innych regulacji Umowy łączącej strony. Specyfikacja Techniczna wymienia tylko przykładowo koszty składające się na daną pozycję kosztorysową, wobec czego Zamawiający nie może żądać obniżenia ceny danej pozycji kosztorysowej w sytuacji, gdy Wykonawca nie poniesie jakiegoś kosztu, a Wykonawca nie może domagać się podwyższenia ceny w sytuacji, gdy poniesie jakieś koszty niewymienione w Specyfikacji. Wykonawca nie wywoził też gruntów przydatnych do robót poza plac budowy, co zgodnie z pkt. 2.2 Specyfikacji (...) obligowałoby go do dostarczenia równoważnej objętości gruntów przydatnych ze źródeł własnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego rozliczenie robót ziemnych w zakresie będącym przedmiotem sporu powinno być dokonane stosownie do zasady zapisanej w subklauzuli 12.3 Warunków Kontraktu, zgodnie z którą „odpowiednia stawka lub cena dla każdej pozycji Robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tej pozycji”. Według tej subklauzuli, nowa stawka będzie ustalana dla każdej pozycji Robót, jeśli łącznie zachodzą warunki: a) praca jest objęta poleceniem na mocy rozdziału 13 [Zmiany i korekty], b) dla danej pozycji nie jest przewidziana w Kontrakcie żadna stawka ani cena, c) żadna stawka ani cena nie są odpowiednie, gdyż dana praca nie ma podobnego charakteru, albo nie jest wykonywana w warunkach podobnych do żadnej innej w Kontrakcie. W rozpatrywanej sprawie w ocenie Sądu Okręgowego nie zachodziły wskazane wyżej przesłanki określone w subklauzuli 12.3 Warunków

Kontraktu dopuszczające ustalenie nowej stawki w odniesieniu do poz. (...) i (...) Kosztorysu ofertowego, zatem działanie Inżyniera Kontraktu polegające na obniżeniu cen jednostkowych co do wskazanego wyżej wolumenu robót nie miało podstaw kontraktowych i było bezprawne.

Analizując przepisy umowy Sąd Okręgowy uznał, że Inżynier Kontraktu nie jest upoważniony do składania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego, w tym do składania oświadczeń o potrąceniu, zatem Inżynier nie był uprawniony do potrącania z należności Wykonawcy ewentualnych roszczeń Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania w zakresie spornych robót ziemnych przez Wykonawcę, nawet gdyby pozwany wykazał istnienie takich roszczeń po swojej stronie, co nie nastąpiło w niniejszej sprawie.

Powyższe rozważania doprowadziły Sąd Okręgowy do uznania, że pozwany powinien zapłacić powodowi kwotę 1.076.646,44 zł netto z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane z zakresu robót ziemnych, nienależnie potrąconą z Przejściowego Świadczenia Płatności nr (...) z dnia 11 maja 2011 r. (o którą pomniejszona została płatność z tego Świadczenia). Do kwoty tej należy doliczyć podatek VAT w wysokości 22%, bowiem roboty ziemne objęte (...) nr (...) zostały wykonane w 2010 r., kiedy obowiązywała stawka podatku VAT w takiej wysokości. Zgodnie z art. 41 ust. 14a ustawy o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 710), w przypadku czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem, która została wykonana przed dniem zmiany stawki podatku, dla której obowiązek podatkowy powstaje w dniu zmiany stawki podatku lub po tym dniu, czynność ta podlega opodatkowaniu według stawek podatku obowiązujących dla tej czynności w momencie jej wykonania. Należna powodowi kwota brutto wynosi zatem 1.313.508,66 zł (1.076.646,44 zł netto plus VAT 22%).

Sąd Okręgowy uznał też, że powodowi należą się odsetki ustawowe za opóźnienie, stosownie do treści subklauzuli 14.7 Szczególnych Warunków Kontraktu, po upływie 49 dni na zapłatę liczonych od 11 maja 2011 r., tj. od dnia 30 czerwca 2011 r., gdyż w tym dniu pozwany znajdował się już w opóźnieniu w zapłacie wskazanej sumy.

Oceniając zasadność roszczenia powoda co do zapłaty kwoty 984.932,61 zł z tytułu wzrostu kosztów wykonania warstwy wiążącej z betonu asfaltowego Sąd Okręgowy uznał, że działanie pozwanego polegające na odmowie zatwierdzenia pierwszej receptury było uzasadnione na gruncie łączącej strony Umowy.

Sąd Okręgowy zauważył, że z opinii biegłego sądowego wynika, że mieszanka o składzie proponowanym przez powoda w pierwotnej recepturze spełniała właściwości wymagane zgodnie z tablicą 4, a zastosowanie w niej materiału w postaci żwiru kruszonego (dopuszczonego w tabeli 1) nie wpływało negatywnie na jakość mieszanki w kontekście tych właściwości.

Sąd Okręgowy uznał jednak, że kwestia materiałów, które mają być użyte do wytworzenia mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej, była przedmiotem wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców w toku postępowania przetargowego, w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164). Udzielone odpowiedzi są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania i jeżeli w wyniku odpowiedzi dochodzi do modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest ona wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego. ( vide orz. KIO z 14.03.2011 r., KIO 387/11, Legalis nr 355644i z 15.11.2012, KIO 2412/12, Legalis nr 683847). Oznacza to, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym powód, sporządzając oferty powinni brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, łącznie z pytaniami i wyjaśnieniami treści specyfikacji. Co więcej, zgodnie z pkt. 10.5 Instrukcji dla wykonawców, w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią odpowiedzi udzielonych wykonawcom przez Zamawiającego, jako obowiązującą należało przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego ( k. 190).

Z treści przytoczonych pytań wykonawców i odpowiedzi pozwanego dotyczących kwestii kruszywa dla celów drogowych wynika, że pozwany nie wymagał, by wykonawcy przeprowadzali badania na zawartość (...) w kruszywie do warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, gdyż badań takich nie przewidywały obowiązujące normy budowlane. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z pytań i odpowiedzi na pytanie nr (...) w związku z pytaniem nr (...). Jeśli chodzi o kwestię dopuszczalności zastosowania grysłu i żwiru kruszonego w mieszance do celów drogowych, to pytania

wykonawców nr (...) i nr (...) dotyczyły podbudowy, a nie warstwy wiążącej. Wobec tego odpowiedzi Zamawiającego na te pytania należy odnosić do podbudowy drogi, choć w treści odpowiedzi na pytanie nr (...) pozwany wskazał (zapewne przez omyłkę) na warstwę wiążącą. Nie zmienia to faktu, że w tabeli 1 umieszczonej w Specyfikacji Technicznej (...) wśród materiałów dopuszczonych do stosowania w warstwie wiążącej wymieniony został grys i żwir kruszony z surowca naturalnie rozdrobnionego kl. I lub II, gat. 1 lub 2, co – jak wynika z opinii biegłego – było również zgodne z normami dotyczącymi nawierzchni asfaltowych, tj. zarówno z normą (...), jak i europejską normą zharmonizowaną (...). Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę, że pozwany jednocześnie w Specyfikacji Technicznej wymagał, żeby kruszywa posiadały właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) # 65% (pkt. 2.6 (...)), a w odpowiedzi na pytanie nr (...) (w zw. z odpowiedzią na pytanie nr (...)) pozwany doprecyzował, że kruszywo ze skał obojętnych to kruszywo o zawartości (...) od 55% do 65%, zaś kruszywo z grupy skał zasadowych to kruszywo o zawartości (...) od 45% do 54%. Powyższe wymogi w stosunku do właściwości kruszywa ze względu na zawartość krzemionki zawężyły możliwość zastosowania do warstwy wiążącej kruszywa o właściwościach neutralnych lub zasadowych – o zawartości krzemionki (...) w przedziale od 45% do 65%. Zdaniem Sądu Okręgowego, stosownie do zapisów subklauzuli 7.1 Warunków Kontraktu wykonawca miał możliwość wyboru materiałów, z których wyprodukuje mieszankę mineralno-asfaltową do warstwy wiążącej, pod warunkiem, że spełniać będą powyższe wymogi kontraktowe. Zamawiający uprawniony jest do sformułowania w SIWZ wyższych wymogów co do właściwości materiałów używanych do realizacji kontraktu, niż określone w normach budowlanych, zaś Wykonawca obowiązany jest stosować się do tych wymogów. Przeprowadzone przez pozwanego badania wykazały, że użyty przez wykonawcę materiał w postaci żwirów kruszonych w pierwotnej recepcie mieszanki nie spełniał wymogów co do właściwości neutralnych lub zasadowych, lecz posiadał właściwości poniżej zasadowych (co potwierdził biegły w opinii uzupełniającej – k. 1504), skoro procentowa zawartość krzemionki w czterech z pięciu próbek kruszywa zbadanych na zlecenie pozwanego w laboratorium Państwowego Instytutu Geologicznego wynosiła poniżej 45%. W ocenie Sądu Okręgowego, pomimo spełnienia przez receptę nr (...) wymagań stawianych w Specyfikacji Technicznej dla samej mieszanki mineralno-asfaltowej do warstwy wiążącej, materiał wsadowy do tej mieszanki w postaci kruszywa był niezgodny z wymogami Specyfikacji, gdyż nie posiadał właściwości neutralnych lub zasadowych, skoro zawartość krzemionki w tym materiale nie zawierała się w przedziale pomiędzy 45% - 65%, lecz była niższa. Z tych przyczyn pozwany był uprawniony do odmowy zatwierdzenia wskazanej wyżej receptury mieszanki przedstawionej przez powoda. W rezultacie Sąd Okręgowy uznał, że działanie pozwanego w tym zakresie było prawidłowe, wobec czego powodowi na gruncie łączącej strony Umowy nie przysługuje roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z wyprodukowaniem mieszanki do warstwy wiążącej według kolejnej, droższej receptury, w której żwiry kruszone zastąpiono surowcem ze skał litych.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. uznając, że powód wygrał sprawę w 56,88%, a przegrał w 43,12%. Koszty powoda niezbędne do celowego dochodzenia praw w niniejszej sprawie wyniosły łącznie 113.470,02 zł, na co składają się uiszczona opłata sądowa od pozwu w wysokości 100.000 zł, koszty opinii biegłego w wysokości 6.253,02 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 7.200 zł, ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490). Koszty pozwanego niezbędne do celowej obrony wyniosły natomiast 7.200 zł, co stanowi koszty zastępstwa procesowego pozwanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, ustalone stosownie do § 6 pkt 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461) w zw. z art. 99 k.p.c. Suma kosztów obydwu stron w niniejszej sprawie wyniosła zatem 120.670,02 zł. Powód stosownie do wyniku sprawy powinien pokryć koszty procesu w wysokości 52.032,91 zł (120.670,02 zł x 43,12%), a poniósł koszty w wysokości 113.470,02 zł. Wobec tego pozwany winien zwrócić powodowi część kosztów postępowania w wysokości 61.437,11 zł (113.470,02 zł minus 52.032,91 zł).

Nieuiszczone przez strony i wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w W. koszty sądowe z tytułu części wynagrodzenia biegłego wyniosły łącznie 648,90 zł. Mając na uwadze wynik sprawy Sąd Okręgowy na podstawie

art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 623) nakazał pobrać tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. od powoda kwotę 279,81 zł (648,90 zł x 43,12%) a od pozwanego kwotę 369,09 zł (648,90 zł x 56,88%).

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 984 932,61 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 20 grudnia 2010 r. oraz co do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, zarzucając:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na przyjęciu przez sąd I instancji, że:

- pozwany odrzucił receptę powoda z powodu niespełnienia przez materiał wsadowy (kruszywo łamane) przewidziany w recepcie, wymogów co do właściwości neutralnych lub zasadowych (zawartość (...)) gdy tymczasem z dowodu w postaci pisma z dnia 22 czerwca 2009 r. (załącznik nr 25 do pozwu) wynika, że odrzucenie recepty nastąpiło całkowicie z innych przyczyn,

- kruszywo łamane zastosowane przez powoda w odrzuconej recepcie na warstwę wiążącą nie spełniało wymagań pozwanego ze względu na odpowiedź na pytanie (...) (w związku z pytaniem (...)), która określała, że kruszywo ze skał zasadowych i neutralnych powinno zawierać (...) od 45% do 65%, gdy tymczasem z treści pytania i odpowiedzi na pytanie (...) wynika, że powód uprawniony był do wyboru kruszywa w zależności od zapisu w specyfikacji z grup wyżej podanych, a specyfikacja (...) w punkcie 2.6 wskazywała na możliwość wyboru kruszywa poniżej 65 % zawartości (...);

- z przeprowadzonych badań wynikało, że kruszywa łamane zaproponowane przez powoda w odrzuconej recepcie nie spełniały wymogów co do właściwości neutralnych lub zasadowych lecz posiadały zawartości poniżej zasadowych, podczas gdy z badań załączonych przez pozwanego z maja 2009 r. (przeprowadzonych przez Wydział Geologii UW) wynika jednoznacznie, że grys melafirowy i grys bazaltowy spełniały te wymogi (załącznik nr 2 strona 2 do pisma pozwanego z 26 stycznia 2016 r.);

- wyniki badań przeprowadzonych przez Państwowy Instytut (...) – Państwowy Instytut (...) w W. dotyczą odrzuconej receptury, podczas gdy z porównania dat wniosku o zatwierdzenie recepty i wyników badań jednoznacznie wynika, że badania zostały wykonane znacznie później niż odrzucenie recepty, a zatem nie mogły być podstawą do uznania, że recepta podlegała odrzuceniu z powodu użycia materiałów niezgodnych z umową

co doprowadziło do błędów w ustaleniach faktycznych sądu;

2. naruszenie art. 65 § 1 k.c. w związku z odpowiedzią na pytania (...) i (...) poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli pozwanego i przyjęcie, że powód obowiązany był zagwarantować materiał zasadowy lub neutralny o zawartości (...) od 45% do 65%, gdy tymczasem z literalnego brzmienia odpowiedzi wynika, że powód mógł wybrać kruszywo w zależności od specyfikacji, a zgodnie ze specyfikacją (...) punkt 2.6 należało wybrać kruszywo zasadowe o zawartości (...) mniejszej niż 65 %;

3. naruszenie art. 278 k.p.c. w związku z punktem 11.5 instrukcji dla wykonawców – Tom I SIWZ poprzez dokonanie przez sąd oceny okoliczności sprawy wymagających wiedzy specjalistycznej wbrew opinii biegłego, który w sposób wyraźny i jednoznaczny stwierdził, że materiał wsadowy do odrzuconej receptury spełniał wymogi kontraktu i nie wpływał na jakość wykonywanych robót.

Wskazując na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 984 932,61 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 20 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku w części objętej zaskarżeniem i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd instancji.

Pozwany zaskarżył wyrok w zakresie punktu I oraz co do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, zarzucając naruszenie:

1. art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu błędnej wykładni woli stron z pominięciem zgodnego zamiaru stron, celu umowy oraz treści umowy, a w szczególności dokonanie błędnej wykładni postanowień punktu 2 litera c, d, e, f umowy w związku z subklauzulą 3.1 Warunków Kontraktu, subklauzulą 3.5 Warunków Kontraktu, subklauzulą 12.3 Warunków Kontraktu, subklauzulą 13.1 (c) Warunków Kontraktu, subklauzulą 14.6 Warunków Kontraktu, subklauzulą 14.3 (f) Warunków Kontraktu oraz w związku z punktem 1.3. Zakres robót objętych (...) Podstawa płatności. Cena jednostki obmiarowej Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) Wymiana gruntu organicznego i nieorganicznego z odwodnieniem wykopów, Szczegółową Specyfikacją Techniczną (...) Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych, wykonanie nasypów oraz Przedmiotem robót, pozycja (...), (...), poprzez uznanie, że Warunki Kontraktu nie dawały Inżynierowi uprawnienia i podstaw do pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy i dokonania korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla pozycji (...) kosztorysu ofertowego dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopu na trasie wbudowanego w wymiany oraz korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania, wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla pozycji (...) Kosztorysu ofertowego, podczas gdy z powołanych wyżej Warunków Kontraktu wynikało po pierwsze uprawnienie dla Inżyniera (i zamawiającego) do pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy w zaistniałej sytuacji, a po drugie zaistniały podstawy kontraktowe, wynikające z powołanych powyżej dokumentów składających się na Umowę na dokonanie korekty płatności określonej na podstawie ceny jednostkowej dla pozycji (...) kosztorysu ofertowego dla wolumenu gruntu pochodzącego z wykopu na trasie wbudowanego w wymiany oraz korekty z tytułu odspojenia, załadunku, transportu i wyładunku gruntu na miejscu wbudowania wyznaczonej na podstawie obowiązującej ceny jednostkowej dla pozycji (...) Kosztorysu ofertowego;

2. art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez uznanie, że Inżynier dokonał potrącenia (złożył oświadczenie woli o potrąceniu) w imieniu zamawiającego o potrąceniu z należności wykonawcy roszczeń zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania w zakresie spornych robót ziemnych, do czego nie był uprawniony, a nadto nie wykazał istnienia takich roszczeń po swojej stronie.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz przez zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania i na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego, a także obciążenie powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi, a także od zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, ewentualnie o uchylenie wyroku w części objętej zaskarżeniem i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje:***

Apelacje obu stron nie zasługują na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni przyjmuje za własne.

Za bezzasadne należy uznać podniesione w apelacji powoda zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., wskazujące jedynie ogólnie na „sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego” i przedstawiające fakty, które w ocenie skarżącego zostały wadliwie ustalone.

W orzecnictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, przy użyciu wyłącznie argumentów jurystycznych, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189).

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2004 r. III CK 245/04 przepis art. 233 § 1 k.p.c. określający obowiązujące zasady oceny dowodów może zostać naruszony w wyniku nieuwzględnienia przez sąd przy ocenie poszczególnych dowodów zasad logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego, całokształtu zebranego materiału dowodowego, przeprowadzenia określonych dowodów niezgodnie z zasadami procedury cywilnej, na przykład niezgodnie z zasadą bezpośredniości. Postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania przez skarżącego uchybienia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów.

Nie może więc być uznany za zasadny zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., który nie odnosi się do oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy, a stanowi jedynie polemikę z prawidłowymi ustaleniami poczynionymi przez ten sąd.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy analizował dowody z dokumentów wskazanych przez skarżącego w apelacji, jednak z ich treści wysnuł odmienne wnioski, których prawidłowość nie została skutecznie podważona.

Sąd Okręgowy ustalił, opierając się na treści wskazanego w apelacji pisma, że odmawiając zatwierdzenia pierwotnej recepty mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wiążącą inżynier kontraktu wskazał, że w recepcie przyjęto zbyt dużą ilość żwirów kruszonych w składzie mieszanki. Sam fakt, że badania przeprowadzone przez Państwowy Instytut (...) – Państwowy Instytut (...) w W. zostały wykonane już po odrzuceniu proponowanej recepty nie oznacza, że nie dotyczą one tej receptury, były to badania potwierdzające zasadność oceny użytych materiałów dokonanej przez inżyniera kontraktu, przeprowadzone przez podmiot niezależny.

Wyniki badań załączonych przez pozwanego stanowiły jeden z dowodów, który jednak nie podważa prawidłowości ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy, opartych na pozostałych dowodach, w tym na treści opinii biegłego.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał też zarzuty apelacji powoda dotyczące naruszenia art. 65 k.c. „poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli pozwanego” wyrażonej w odpowiedzi na pytania nr (...) i (...) do SIWZ.

Zarzut ten wiąże się z zakwestionowaniem przez skarżącego w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że kruszywo łamane zastosowane przez powoda w odrzuconej recepcie na warstwę wiążącą nie spełniało wymagań pozwanego oraz zarzutem naruszenia art. 278 k.p.c. „poprzez dokonanie przez sąd oceny okoliczności sprawy wymagających wiedzy specjalistycznej wbrew opinii biegłego, który w sposób wyraźny i jednoznaczny stwierdził, że materiał wsadowy do odrzuconej receptury spełniał wymogi kontraktu i nie wpływał na jakość wykonywanych robót”.

Przede wszystkim należy zauważyć, że dowód z opinii biegłego jest jednym z dowodów podlegających ocenie sądu i nie do biegłego należy rozstrzygnięcie zasadności roszczeń czy zarzutów stron postępowania.

Zadaniem biegłego jest udzielenie sądowi, na podstawie posiadanych wiadomości fachowych i doświadczenia zawodowego, informacji i wiadomości niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności sprawy. Stąd też jakkolwiek opinia biegłego jest oparta na wiadomościach specjalnych, to podlega ona ocenie sądu w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał, a zatem na tle tego materiału dowodowego koniecznym jest stwierdzenie, czy ustosunkowała się ona do wynikających z innych dowodów faktów mogących stanowić podstawę ocen w opinii zawartych oraz czy opierając się na tym materiale w sposób logiczny i jasny przedstawia tok rozumowania prowadzący do sformułowanych w niej wniosków. Biegły nie ustala stanu faktycznego sprawy, a jedynie formułowane przez niego wnioski poparte wiadomościami specjalnymi, mogą stać się przydatne dla ustalenia tego stanu przez sąd.

Dokonując oceny opinii biegłego A. B. Sąd Okręgowy wskazał, iż w części w jakiej biegły wypowiadał w kwestiach związanych z posiadaną wiedzą specjalną opinia ta jest w pełni wiarygodnym dowodem. Nie ma też podstaw do uznania, że Sąd Okręgowy wbrew treści opinii biegłego dokonał oceny okoliczności faktycznych wymagających wiedzy specjalistycznej. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, nie mogła być uwzględniona ta część opinii biegłego, w której

biegły oceniał kwestie prawne dotyczące związania stron postanowieniami SIWZ, znaczenia pytań wykonawców i odpowiedzi zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustalał zakres wymagań jakim powinna odpowiadać mieszanka użyta przy wykonywaniu zamówienia.

W sprawie niniejszej nie był sporny skład recepty odrzuconej przez pozwanej, powód nie kwestionował też wyników badań przeprowadzonych we wrześniu 2009 r. na próbkach pobranych w lipcu tego roku, wskazujących, że materiał zawiera żwir kruszony z zawartością (...) w czterech z pięciu próbek niższej niż 45% (od 32,38% do 43,86%), a w jednej próbce wynoszącej 46,46%. Powód stał na stanowisku, że zaproponowana przez niego mieszanka spełniała wymagania określone w specyfikacji, gdyż z treści specyfikacji i udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi wynikało jedynie, że należało wybrać kruszywo zasadowe o zawartości (...) mniejszej niż 65 %.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela analizę treści specyfikacji oraz udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na zapytania wykonawców poprzedzające etap złożenia ofert, iż odczytane łącznie postanowienia SIWZ zawierające w części technicznej wymóg, aby kruszywa posiadały właściwości zasadowe lub neutralne, tj. o zawartości procentowej krzemionki (...) &lt; 65% oraz odpowiedź na pytania nr (...), (...) i (...) precyzują wymagania dotyczące stosowanego kruszywa w zakresie zawartości procentowej krzemionki określając minimalną jej zawartość na 45%. W szczególności odpowiadając na pytanie nr (...) zamawiający wskazał co rozumie jako kruszywo posiadające właściwości zasadowe lub neutralne podając, że kruszywo z grupy skał obojętnych zawiera 55%-65% krzemionki ( (...)), zaś kruszywo ze skał zasadowych zawiera 45%-55% krzemionki.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zaproponowana przez powoda receptura nie odpowiadała wymaganiom określonym przez powoda i wiążącym pozwanego składającego ofertę w trybie zamówień publicznych, nawet jeśli receptura ta co do zasady odpowiadała ogólnym normom.

Zatem na etapie opracowywania oferty powód winien był dokonać kalkulacji kosztów związanych z przeprowadzeniem prac objętych specyfikacją z uwzględnieniem stawianych przez zamawiającego wymagań, także dotyczących jakości używanych materiałów i nie ma podstaw do uznania, że wysokość uzgodnionego wynagrodzenia powinna być zwiększona o wyższe koszty związane z nową recepturą.

Z tych względów Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia apelacji powoda.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał też zarzuty podniesione w apelacji pozwanego.

W szczególności, wbrew wywodom skarżącego, nie ma podstaw do dokonania wykładni postanowień zawartej przez strony umowy w sposób określony w apelacji, a więc przez uznanie, że zamawiający ma prawo do jednostronnej zmiany treści umowy w trakcie wykonywania uzgodnionych prac.

Zarzuty apelacji zmierzają do wykazania, że inżynier kontraktu mógł dokonać „wyrównania bilansu robót ziemnych”, gdyż dane ilościowe z pozycji 96 kosztorysu „wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp” powinny być równe z danymi z pozycji 99 „wykonanie nasypów z gruntu z wykopów”, zaś, co jest bezsporne, wykonawca wykorzystał do budowy nasypu więcej gruntu z dokopu niż zakładano w projekcie, gdyż grunty z wykopu wykorzystał częściowo do wymiany gruntu.

Z niekwestionowanych przez pozwanego ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego wynika, że z uwagi na procesy technologiczne związane ze sposobem prowadzenia robót przez wykonawcę, niemożliwe było wbudowanie gruntu uzyskanego z wykopu w nasyp w czasie, gdy grunt ten był uzyskany, zatem został on wykorzystany do prowadzonych w tym czasie prac związanych z wymianą gruntu. Taki sposób wykorzystania gruntu został zaakceptowany przez inżyniera kontraktu.

Zdaniem pozwanego taki sposób wykorzystania gruntu z wykopu wymagał dokonania odpowiedniej korekty w ramach rozliczenia końcowego przez „potrącenie” z poz. (...) kwoty odpowiadającej różnicy między ceną odpowiadającą

wykonaniu wykopów w gruncie nieskalistym z wykorzystaniem na nasyp a ceną 1 m<sup>3</sup> gruntu z dowozu dla 70.231,34 m<sup>3</sup> odpowiadającej ilości gruntu z wykopów przydatnego do wykonania nasypów i innych prac.

Niewątpliwie trafnie wskazuje skarżący, że nie doszło do złożenia oświadczenia o potrąceniu w rozumieniu art. 496 k.c., gdyż inżynier kontraktu dokonał w istocie zmiany kalkulacji kosztów prac przyjętej przez powoda jako podstawa złożonej oferty, nie wskazując na istnienie jakiegokolwiek wierzycelności pozwanego wobec powoda.

Tym niemniej w ocenie Sądu Apelacyjnego brak było podstaw do dokonania takiej korekty.

Jak wskazał Sąd Okręgowy należne powodowi wynagrodzenie było jednoznacznie określone jako iloraz wskazanych stawek i faktycznie wykonanej ilości prac zgodnie z obmiarami robót. Ilość wykonanych prac była bezsporna, w tym niewątpliwie powód wykonał wykopy obejmujące sporne 70.231,34 m<sup>3</sup> gruntu, za co strony uzgodniły cenę jednostkową 9,13 zł, uwzględniającą zarówno wykonanie wykopu, jak i odpowiednie wykorzystanie uzyskanego materiału. Sam fakt odmiennego wykorzystania gruntu nie uzasadnia – bez zmiany umowy zgodną wolą stron – zastosowania innej ceny, nie ma bowiem podstaw do uznania, że nakład pracy powoda związany z pozyskaniem i wykorzystaniem gruntu na nasypy jest mniejszy niż przy wykorzystaniu go na wymianę gruntu. Logicznym jest, że kalkulacja kosztów gruntu przeznaczonego na wymianę gruntów, pochodzącego z dowodu, uwzględniała także koszt jego nabycia i dowozu, zaś większe wykorzystanie gruntu z wykopu w ramach prac związanych z wymianą gruntów spowodowało, że do wykonania nasypu konieczne było pozyskanie gruntów z zewnątrz. Tym niemniej jednak grunt uzyskany z wykopu został w całości wykorzystany na budowie, zatem gdyby nie wykorzystano go – racjonalnie, na co wskazuje zgoda inżyniera kontraktu – do wymiany gruntu, to w celu dokonania tych prac konieczne byłoby uzyskanie gruntów z dokopów. Skarżący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że wykorzystanie gruntów z wykopu zgodnie z pierwotnym założeniem w ostatecznym efekcie prowadziłyby do mniejszego zużycia gruntów pochodzących z dokopów.

Trafnie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na treść pkt 2.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) zgodnie z którym rozliczeniu między stronami został objęty jedynie grunt przydatny, uzyskany z wykopu, który został wywieziony poza plac budowy z przeznaczeniem innym niż budowa nasypów lub wykonanie prac objętych kontraktem. Prace związane z wymianą gruntów niewątpliwie były objęte kontraktem, zatem wykorzystanie gruntów z wykopu do tych prac nie naruszało postanowień umowy i nie dawało żadnych podstaw do dokonania jakiegokolwiek korekty rozliczenia prac wykonanych przez powoda. Bezzasadne obniżenie przez pozwanego wyliczenia należnego powodowi wynagrodzenia uzasadnia uwzględnienie żądania powoda w tym zakresie jako zapłaty kwoty wynikającej z zawartej umowy.

Mając powyższe na względzie i uznając zarzuty apelacji obu stron za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.