

Sygn. akt VII AGa 215/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VII Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Edyta Jefimko (spr.)

Sędziowie: SA Przemysław Kurzawa

SA Robert Obrębski

Protokolant: sekr. sąd. Magdalena Szmidt

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

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

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt XXVI GC 107/16

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 11250 zł (jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt VII AGa 215/19

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w M. w pozwie skierowanym przeciwko (...) S.A. w W. wniosła o zapłatę kwoty 4.689.153,87 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1.04.2015 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót budowlanych oraz kosztami procesu według norm przepisanych.

(...) S.A. w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości. Pozwana zarzuciła brak legitymacji czynnej powódki z uwagi na zawarcie umowy o roboty budowlane w formie konsorcjum, a w konsekwencji niemożność występowania przez powódkę samodzielnie z roszczeniem przeciwko pozwanej. Ponadto wskazała, iż wykonane roboty nie były dodatkowymi, ponieważ zostały objęte zakresem umowy. Sam fakt wykonania robót i ich zakresu nie był kwestionowany.

Wyrokiem z dnia 10.10. 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie:

I zasądził od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 3.869.512,92 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od dnia 1 kwietnia 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz dalszymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty;

II oddalił powództwo w pozostałej części;

III ustalił, że powódka wygrała sprawę w 83%, a pozwana w 17% i zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów - zasądził od pozwanej na rzecz powódki koszty procesu w takim stosunku, w tym koszty zastępstwa procesowego w jednokrotnej wysokości stawki, przy czym szczegółowe wyliczenie powierzył referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia, w tym rozliczenie należności Skarbu Państwa z tytułu tymczasowo poniesionych wydatków, w tych samych proporcjach obciążających strony.

Powyższy wyrok Sąd Okręgowy wydał na podstawie następujących ustaleń faktycznych i wniosków.

Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w M. jest przedsiębiorcą wykonującym roboty budowlane ze specjalizacją w dziedzinie inwestycji kolejowych- modernizacji i rewitalizacji sieci kolejowej.

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

Pozwana wszczęła postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, dalej powoływana jako: „p.z.p.”), na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C. - F.” w ramach Projektu: (...) 7.1.-67”

Zamawiający dokonał wyboru oferty, na wykonanie robót oraz usunięcie ujawnionych w nich wad, złożonej przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. i Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. – powódkę, które w celu złożenia oferty przetargowej oraz zrealizowania umowy zawarły, najpierw w dniu 18.09.2012 r. umowę konsorcjum, a następnie w dniu 26.03.2013 r. umowę o realizację zamówienia.

W dniu 25.03.2013 r. została zawarta pomiędzy pozwanym, a powódką i Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. w K. umowa nr (...) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C.- F.” Nr Projektu: (...) 7.1.-67. Zgodnie z § 2 ust. 1 umowy, wykonawca zobowiązał się, że zaprojektuje i wykona roboty w ciągu 742 dni od daty rozpoczęcia zgodnie z subklauzulą 8.1. warunków szczególnych umowy, zaś zamawiający stosownie do § 3 umowy zobowiązał się zapłacić wykonawcy cenę całkowitą brutto 320.169.989,40 zł, na którą składały się: cena netto 260.300.804,39 zł oraz podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości 59.869.185,01 zł. Rozpoczęcie wykonania robót nastąpiło w dniu 26.03.2013 r. W ciągu obowiązywania umowy strony dokonały zmiany terminu jej wykonania, jednakże zmiana nie dotyczyła powódki ani robót objętych pozwem.

W trakcie realizacji umowy doszło do wykonania przez powódkę, (działającą w tym zakresie jako wykonawca, gdyż na mocy umowy konsorcjum dana część prac leżała w gestii powódki,) robót dodatkowych, nieobjętych zakresem podstawowej umowy, co do których zgłoszono wnioski wykonawcy: nr 17, nr 18, nr 19, nr 21, nr 23 o objęcie ich umową i rozliczenie na takich zasadach, jak w umowie z zamawiającym.

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

W dniu 9.06.2014 r. wykonawca przekazał inżynierowi projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmian dotyczących wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach: B. i C. S. opracowany na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

Wykonawca poinformował inżyniera projektu o konieczności wykonania prac na stacji B. (wymiana wstawek międzyrozjazdowych za R. nr 5 w kierunku toru nr 3, za R. w kierunku toru nr 3, za R. nr 4) oraz na stacji C. S. (wymiana wstawek między rozjazdami o nr 88/86, 86/89, 81/80, 6/7, 7/9, 10/8, za rozjazdem 13 w kierunku rozjazdu 5, 13/14, 12/15, 14/19, 15/18, 19/24, 18/22, wstawka za rozjazdem nr 2, wstawka za rozjazdem nr 9, wstawka za rozjazdem nr 81, wstawka za rozjazdem nr 86, wstawka za rozjazdem nr 14, wstawka za rozjazdem nr 19, wstawka za rozjazdem nr 60) i wniósł o wyrażenie zgody na ich wykonanie, wskazując, iż w przeciwnym razie nie zostanie osiągnięty podstawowy cel rewitalizacji, jakim jest osiągnięcie prędkości 120 km/h oraz dostosowanie rozjazdów stacji B. do prędkości 160 km/h. W przypadku rozjazdów na stacji C. S., wykonawca wskazał także, iż wstawki z nawierzchni staroużytecznej spowodują niedostosowanie rozjazdów do prędkości 120 km/h. Stopień zużycia wstawek staroużytecznych świadczył o tym, iż w najbliższym czasie zajdzie konieczność wymiany ich na nowe, co wiązać się będzie z koniecznością uzyskania nowych zamknięć torowych oraz poniesienia przez zamawiającego znacznie większych kosztów niż w przypadku wykonania ich w ramach wykonania przedmiotowej umowy. Wykonawca wskazał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie zamawiającemu korzyści takie jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii, wykonanie prac zgodnie ze sztuką budowlaną i przepisami (w zakresie wzmocnienia gruntu), tj. zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w zakresie budowy peronów, poprawy funkcjonowania infrastruktury oraz bezpieczeństwa prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów (Dz.U. Nr 151, poz. 987, z późn.zm.).

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

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

Zapisy z dziennika budowy dokonywane przez inspektora nadzoru, (czyli personel inżyniera projektu zgodnie z warunkami ogólnymi umowy), potwierdza następnie polecenie wykonania robót, objętych wnioskiem nr (...), wykraczających poza (...) na stacji C. S. i B..

Protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dnia 11.09.2014 r. oraz protokół usunięcia usterek nr (...) z dnia 12.09.2014 r. odbioru eksploatacyjnego potwierdzają z kolei fakt wykonania przez wykonawcę znacznej części robót dodatkowych, (objętych wnioskiem nr (...)), oraz ich odbioru przez przedstawicieli zamawiającego i inżyniera projektu.

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

Prawidłowe rozliczenie wniosku nr (...) o wprowadzenie zmian z dnia 9.06.2014 r., które dotyczyło wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach: B. i C. S. przedstawia się w następujący sposób -

a/ (...) B.:

Pozwany w dokumentacji przetargowej (...) ujął do wykonania:

- w tabeli 11:

tor 1 - wymianę rozjazdów R.. 3, R.. 5, R.. 23, likwidacja R.. 2,

tor 2 - wymianę rozjazdu R.. 4,

- tabela 11a - wymianę nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 1 i torem 2 - R.. 3/R.. 4, R.. 25/R.. 26 razem 33m. b.

W tabeli 11 - w torze nr 1 i 2 pozwany nie ujął w (...) wymiany następujących wstawek:

- za rozjazdem nr 5 R.., tor nr 1 w kierunku toru nr 3 = 22,3 m.b.,
- za rozjazdem nr 4 R.., tor nr 2 = 15,0 m.b.,
- za rozjazdem nr 23 R.., tor nr 1 w kierunku toru nr 3 = 10,92 m.b.

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

b/ (...) C. S.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej (...) ujął do wykonania:

- (...) tabela 11:

tor 1S wymiana wstawek między rozjazdami 0,219 km, wymiana rozjazdów nr R.. 2, R.. 6, R.. 7 R.. 9,

tor 1 wymiana rozjazdów nr R.. 12, R.. 15 R.. 18, R.. 22, R.. 80, R.. 81, R.. 86, R.. 88,

tor 2 R.. 10, R.. 13, R.. 14, R.. 19, R.. 24, R.. 60, R.. 79, R.. 89,

- (...) tabela 11a

wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 1 i torem 2 - R.. 18/R.. 24, R.. 79/R.. 80, R.. 79/R.. 80 - razem 0,033km.

Po analizie dokumentów, dotyczących wniosku nr 17, biegli stwierdzili, że wymiana wstawek wykonana przez powódkę według następującego wykazu była robotą dodatkową i nie była ujęta w (...):

a/ w stacji B.:

- za rozjazdem nr 5 R.., w kierunku toru nr 3 o długości 22,3 m.b.,
- za rozjazdem nr 23 R.., w kierunku toru nr 3 o długości 10,92 m.b.,

co daje łączną długość 33,22 m.b.

b/ stacji C. S.:

- za rozjazdem nr 2 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 9 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 81 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 86 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 14 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 19 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,
- za rozjazdem nr 60 o długości 11,29 m.b. - 24 769 zł,

co daje razem siedem wstawek.

Skorygowany koszt, obliczony według cen w umowie ((...)), wynosi:

- w stacji (...), (...) km x 2 541 335,40 zł/km = 84 423,17 zł,
- w stacji C. (...) par wstawek x 24 769,00 zł = 173 383 zł.

Całkowita wartość robót dodatkowych, wynikająca z wniosku nr 17, według powyższych obliczeń wynosi 257 806,17 zł.

a) roboty wymienione w pkt 3.1. a i w pkt. 3.1. b nie były ujęte w (...) w tabelach nr 11 i 1 la, obejmujących zakresy robót zasadniczych i zakresy wymiany nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych,

b) wstawki w stacji B. i C. S. za rozjazdami nr 2, 9, 14, 19, 60 81, 86 - zlokalizowane były w torach głównych dodatkowych, a nie w torach nr 1 i 2 głównych zasadniczych oraz w połączeniach między nimi,

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

d) wstawka w stacji B. za rozjazdem nr 4 R., oraz wstawki w stacji C. S. między rozjazdami R.. nr 88/86 tor nr 1, R.. 86/89 tor 1/2, R.. 81/80 tor nr 1,6/7, 7/9, R. 10/ R..8 tor 1, R.. 13/14 tor 2, R.. 12/15 tor 1, R.. 14/19 tor 2, R.. 15/18 tor 1, R.. 19/24 tor nr 2, R.. 18/22 tor 1 - nie były robotami dodatkowymi, ponieważ:

- zgodnie z zapisem w (...) przed tabelą 1 la pozwany umieścił zapis:

„Wykonawca przy wymianie rozjazdów na stacjach uwzględni wymianę nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem nr 1 i torem nr 2 linii 61 (na stacji L. pomiędzy torem nr 3 i torem nr 5)...” - wstawki te zlokalizowane są w torach nr 1 i nr 2 linii 61;

Wykonawca powinien przewidzieć te roboty do wykonania już na etapie składania oferty.

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

f) koszt robót dodatkowych, wynikający z wniosku nr 17, po korekcie wynosi:

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

razem 257 806,17 zł.

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

W dniu 9.06.2014 r. wykonawca przekazał inżynierowi projektu wniosek nr (...), dotyczący wykonania dodatkowych prac torowych na stacji K. i L., opracowany na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

Wykonawca poinformował inżyniera projektu o konieczności wykonania prac na stacji L. (demontaż toru nr 3, demontaż rozjazdu R. nr 5, demontaż R. nr 5, wyrównanie międzytorza tor nr 1 i 2, wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntu) oraz na stacji K. (przesunięcie rozjazdu nr 2 i 3 w torze nr 2 i wzmocnienie podtorza pod zabudowę warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 mb) i wniósł o wyrażenie zgody na ich wykonanie.

Wykonawca wskazał, iż na stacji K. zamawiający ograniczył zakres prac do wymiany rozjazdów na nowe zgodnie z T. 11 (...), jednakże obecny styk przedgiglicowy rozjazdu (...) jest niezgodny z postanowieniem instrukcji ID-1 i zagraża bezpieczeństwu użytkowników, albowiem powinien zostać zlokalizowany m.in. 3 m od skrajnego elementu przejazdu. Pozostawienie rozjazdu w istniejącej lokalizacji powoduje także brak możliwości eksploatacji rozjazdu z założoną zgodnie z (...) prędkością. Odnośnie stacji L., wykonawca wskazał, iż pozostawienie toru nr 3 w niezmienionej lokalizacji uniemożliwia jego eksploatację oraz powoduje konieczność ograniczenia prędkości w torze nr 1. W związku z tym, dla umożliwienia pełnej funkcjonalności stacji, zasadne jest przeprowadzenie wskazanych we wniosku prac, które umożliwią nadto prowadzenie ruchu pociągów z założonymi wyjściowo prędkościami- 120 km/h dla pociągów pasażerskich oraz 70 km/h dla pociągów towarowych na całym rewitalizowanym odcinku linii nr 61 oraz przywrócenie prędkości rozkładowej 40 km/h dla pociągów pasażerskich i dla pociągów towarowych na całym rewitalizowanym odcinku linii nr 700. Odnośnie prac, polegających na wzmocnieniu podtorza na stacjach K. i L., zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 54 z dnia 18.10.2012 r., sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień, które zostały zatwierdzone następnie w projekcie wykonawczym. Wykonawca podał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie zamawiającemu korzyści takie jak: możliwość osiągnięcia zakładanych dla rewitalizacji celów i możliwość długoletniego, bezpiecznego eksploataowania stacji.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych robót wyniesie 499.719,95 zł (netto), załączając wycenę przedmiotowych robót (kosztorys nr 2C) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania robót.

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

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

Z uwagi na prowadzenie robót zasadniczych przez wykonawcę, wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego samego wykonawcę. Wykonanie prac dodatkowych było niezbędne dla wykonania podstawowego zamówienia. Wartość robót nie ujętych w (...) inżynier projektu zatwierdził na kwotę 499.719,95 zł (netto).

Zapisy z dziennika budowy dokonywane przez inspektora nadzoru (czyli personel inżyniera projektu zgodnie z warunkami ogólnymi umowy) potwierdza następnie polecenie wykonania robót. objętych wnioskiem nr (...), wykraczających poza (...) na stacji K. i L.. Protokół nr (...) odbioru eksploatacyjnego z dnia 20.02.2014 r. potwierdza

z kolei fakt wykonania przez wykonawcę robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) i ich odbioru przez przedstawicieli zamawiającego i inżyniera projektu.

Wykonawca nie otrzymał od zamawiającego kwoty 499.719,95 zł (netto), której zasadność co do wysokości potwierdził inżynier projektu.

Prawidłowe rozliczenie wniosku nr (...) z dnia 9.06.2014 r., (zmiany dotyczyły wykonania dodatkowych prac torowych w stacji: K. i L.), przedstawia się następująco :

a/ (...) L.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej ((...)) ujął do wykonania:

- (...) tabela 11-tor 1 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia, km 141,255+142,382, wymiana rozjazdów nr R.. 2, R.. 3 R.. 4, R.. 23, R.. 26, demontaż odcinka toru nr 3a na długości przejazdu,
- (...) tabela 11a wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 1 i torem 2 - R.. 1/R.. 2, R.. 4/R.. 6, R..26/R..27 razem 68 m.b.

Zmiana zakresu robót w stacji L., wyniknęła ze zmiany szerokości peronu, która została wprowadzona przez pozwanego już po podpisaniu umowy, podczas posiedzenia w dniu 10.05.2013 r. - przez Zespół (...) ((...)).

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

- likwidacji toru nr 3 o długości 821 m.b.,
- likwidacji R.. Nr 22 190 1:9,
- zamianie rozjazdu R.. nr 5 na rozjazd zwyczajny R.. 190 1:9,
- zabudowie wstawki o długości 6 m,
- zwiększonym zakresie wyrównania międzytorza między torami nr 1 i 2,
- wykonaniu dodatkowych wzmocnień gruntu.

W/w roboty w torze nr 1 i 2 nie zostały ujęte w tabeli 11 i 1 la.

b/ (...) K.:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej ((...)) ujął do wykonania:

- (...) tabela 11-tor 1 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia, wymiana rozjazdów nr R.. 1, R.. 4 R.. 5, R.. 24, R.. 26, R.. 27, remont przejazdu w km 145,296.
- (...) tabela 11a wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 1 i torem 2 - R.. 1/R.. 2, R.. 3/R..4, R..25/R..26, R..27/R..28, razem 38m.b.

Po analizie dokumentów dotyczących wniosku nr 18 biegli stwierdzili, że:

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

- likwidacja toru nr 3 o długości 821 m.b.,
- likwidacja R.. Nr 22 190 1:9,
- zamiana rozjazdu R.. nr 5 na rozjazd zwyczajny R.. 190 1:9,
- zabudowa wstawki o długości 6 m,
- zwiększony zakres wyrównania międzytorza między torami nr 1 i 2,
- wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntu,

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

b/ (...) K.:

Zmiana zakresu robót w stacji K. w torze nr 2 wynikała z przesunięcia rozjazdu nr 4 w torze nr 1 poza obręb przejazdu i polegała na:

- przesunięciu w torze nr 2 rozjazdu nr 2 (wzdłuż osi toru) o 19,5 m i rozjazdu nr 3 (wzdłuż osi toru) o 7,4 m,
- wzmocnieniu podtorza pod zabudowę warstwy ochronno-filtracyjnej od km 145,500 do km 145,650 na długości 150 m (rozjazd nr 2 i 3 w km 145,163-145,227).

Natomiast przesunięcie w torze nr 2 rozjazdów nr 2 i 3, nie było robotą dodatkową.

W trakcie wykonywania robót ziemnych w torze nr 2, stwierdzono, że na długości 150 m w km 145,500 ÷ 145,650 zaszła konieczność wzmocnienia podtorza przed zabudową warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 m.b. ze względu na słabonośne podtorze.

Prace w torze nr 1 i 2 były dodatkowymi, gdyż nie zostały ujęte w tabeli 11 i 11a.

Wartość robót dodatkowych w stacji K. wyniosła 68 495,63 zł (bez kosztów przesunięcia rozjazdów nr 2 i 3 w torze nr 2).

Całkowity skorygowany koszt robót dodatkowych, wynikający z wniosku nr 18, wyniósł 436.311,71 zł.

Koszty robót dodatkowych prac torowych w stacji L. i K. został opracowany w oparciu o Katalog Norm Rzeczowych oraz ceny zgodne z (...) III kwartał 2013 r. i tymi samymi składnikami cenotwórczymi posłużyli się biegli w opinii:

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

b) w stacji K. przesunięcie rozjazdów wzdłuż osi torów (tiret pierwsze), nie było robotą dodatkową, ponieważ przesunięcia rozjazdów nr 2 i 3 (km 145,163 ÷ 145,227) w torze nr 2, należało uwzględnić w ofercie przetargowej. Potrzebę przesunięć rozjazdów należało wykryć podczas wizji na placu budowy na etapie przygotowywania oferty do przetargu, biorąc pod uwagę prace związane z wymianą rozjazdów,

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

d) za uwzględnieniem roboty dodatkowej, obejmującej wzmocnienie podtorza w stacji K. w km 145,50(H 145,650 w torze nr 2 pod zabudowę warstwy ochronno - filtracyjnej przemawia zapis w (...) pkt 1.3. Wykonawca zobowiązany był do opracowania dokumentacji wykonawczej, a dla podtorza wykonanie tej dokumentacji powinno być poprzedzone badaniami gruntu na odcinkach ujawnionych przez użytkownika, jako słabonośne (wskazane w Opisie stanu istniejącego (...)): „Lokalizacja miejsc w podtorzu mającego na celu przywrócenie pierwotnych parametrów użytkowych...”

- brak w (...) ujęcia tej lokalizacji w zestawieniu miejsc w podtorzu, wymagających wzmocnienia, naprawy.

e) udzielona odpowiedź oferentom na pytanie nr 30 z dnia 17.09.2012 r. - , informująca oferentów, że wzmocnienia i naprawy dotyczą tylko toru nr 1 a nie toru nr 2.

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

W dniu 9.06.2014 r. wykonawca przekazał inżynierowi projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany, dotyczący wykonania dodatkowych prac torowych na stacjach L., P. opracowany na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

Wykonawca poinformował Inżyniera Projektu o konieczności wykonania prac na stacji P. (budowa wstawek międzyrozjazdowych od R. nr 4 do R. nr 5 oraz od R. nr 13 do R. nr 14, korekta toru nr 6) oraz na stacji L. (wykonanie wzmocnienia podtorza) i wnosił o wyrażenie zgody na ich wykonanie. Wskazał, iż odnośnie stacji P. zamawiający ograniczył zakres prac do robót wskazanych w części szczegółowej m.in. w T.. 11 i T.. 11 (...), zgodnie z którymi należało wykonać wstawki międzyrozjazdowe w miejscach wyszczególnionych, w pozostałych zaś miejscach wykonać wstawki z nawierzchni staroużytecznej. Takie rozwiązanie spowoduje jednak nieosiągnięcie podstawowego celu rewitalizacji, jakim jest osiągnięcie prędkości- 120 km/h oraz dostosowanie rozjazdów stacji P. do prędkości 160 km/h (zgodnie z p. 1.2.7.) Stopień zużycia wstawek staroużytecznych wskazuje nadto, iż w najbliższym czasie zajdzie konieczność wymiany ich na nowe, co wiązać się będzie z koniecznością uzyskania nowych zamknięć torowych oraz poniesienia znacznie większych kosztów niż w przypadku wykonania ich w ramach umowy. Nadto, zamawiający w stacji P. ograniczył zakres prac tylko do torów 1,2, i 4. Niewykonanie geometrii toru nr 6 spowoduje brak możliwości użytkowania tego toru. Wnioskowane roboty poprawią parametry ruchowe stacji P. i umożliwią prowadzenie prac manewrowych na stacji. Odnośnie natomiast stacji L., zamawiający w części szczegółowej (...) T.. 11, ograniczył zakres prac podając konkretne lokalizacje dla jakich należy wykonać wzmocnienie podtorza. Jednocześnie zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 54 z dnia 18.10.2012 r., sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień, które zostały zatwierdzone następnie w projekcie wykonawczym. Wykonawca podał także, iż zrealizowanie prac wskazanych we wniosku przyniesie zamawiającemu korzyści takie jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii oraz poprawę funkcjonowania infrastruktury kolejowej, bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych robót wynosić będzie kwotę 434.781,66 zł (netto), załączając wycenę przedmiotowych robót (kosztorys ofertowy nr 2A) oraz podał, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania robót.

W dniu 10.06.2014 r. inżynier projektu zatwierdził zmiany poprzez podpisanie protokołu konieczności oraz zarekomendował udzielenie zamówienia dodatkowego wykonawcy. W protokole tym stwierdzono, iż wykonanie prac, wskazanych we wniosku, na stacjach L. i P. jest konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Z uwagi na prowadzenie robót zasadniczych przez wykonawcę wykonanie powyższych prac towarzyszących powinno być kontynuowane przez tego samego wykonawcę. Zamawiający ze względu na brak pomiarów geodezyjnych, aktualnej mapy sytuacyjno wysokościowej oraz inwentaryzacji nie mógł przewidzieć konieczności wykonania prac przedstawionych we wniosku nr (...) na stacji P., które wykraczają poza (...). Doświadczony wykonawca nie mógł również przewidzieć konieczności wykonania powyższych prac w złożonej ofercie. Podczas wykonywania prac ziemnych na stacji L. okazało się, że grunt rodzimy po zagęszczeniu nie spełnia wymagań nośności gruntu. Zaszła więc

konieczność jego wzmocnienia. Wartość robót nie ujętych w (...) inżynier projektu zatwierdził na kwotę 454.781,66 zł (netto).

Zapisy z dziennika budowy dokonywane przez inspektora nadzoru (czyli personel inżyniera projektu zgodnie z warunkami ogólnymi umowy) potwierdza polecenie wykonania robót objętych wnioskiem nr (...), wykraczających poza (...), na stacji L. i P..

Protokół usunięcia usterek do protokołu nr (...) dot. odbioru eksploatacyjnego z dnia 4.10.2013 r. potwierdza z kolei fakt wykonania przez wykonawcę robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...) i ich odbioru przez przedstawicieli zamawiającego i inżyniera projektu.

Wykonawca nie otrzymał od zamawiającego kwoty 434.781,66 zł (netto), której zasadność co do wysokości potwierdził inżynier projektu.

Wniosek nr 19 (...) z dnia 09.06.2014 r. dotyczył wykonania dodatkowych robót torowych na stacji L. i P..

Pozwana spółka w dokumentacji przetargowej (...) ujęła do wykonania:

a/ (...) P.:

- (...) tabela 11

- tor 1:

wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia km 161,069+162,062, wymiana rozjazdów nr R.. 4, R.. 12, R.. 14, korekta geometrii łuku w torze nr 1 (do V=120 km/h) w związku z likwidacją toru nr 4, remont przejazdu w km 161,114,

- tor 2:

likwidacja rozjazdów nr 6 i 11 w torze nr 4, likwidacja toru nr 4, korekta geometrii łuku w torze nr 1 i 2 (do V=120 km/h), w związku z likwidacją toru nr 4.

b/ (...) L.:

- (...) tabela 11

- tor 5:

wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie, i udroźnienie rowów i odwodnienia, km 151,205 --- 152,737 wymiana rozjazdów nr R.. 3, R.. 14, R.. 98, R.. 100, R.. 103, R.. 106, R.. 109,

- tor 3:

wymiana rozjazdów nr R.. 12, R.. 94, likwidacja R.. 11, R.. 13.

- (...) tabela 11a

wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 3 i torem 5

-R.. 5/R.. 5, R.. 12/R..4, R..94/R..95, razem 15m.b.

Po analizie dokumentów, dotyczących wniosku nr 19, biegli stwierdzili, że:

a/ w stacji P. powodowa spółka wykonała następujące roboty dodatkowe, które nie były ujęte w (...):

- wymiana wstawek za rozjazdem nr 5 R., w kierunku toru nr 3 o długości 22,3 m.b.,
- wymiana wstawek za rozjazdem nr 23 R., w kierunku toru nr 3 o długości 10,92 m.b.,
razem 33,22 m.b.

- korekta toru nr 6 na długości 311,93 m.

Po przeprowadzeniu analizy zapisów zawartych w protokole konieczności nr 19, wniosku nr 19 i kosztorysie -biegli stwierdzili różnicę w długości wykonanych wstawek w stacji P..

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

Korekta toru nr 6 na długości 311,93 m, ujęta we wniosku nr 19 obliczona przez powódkę wyniosła 150.698,51 zł i była robotą dodatkową nie ujętą w (...).

Całkowity koszt robót dodatkowych w stacji P., ujętych we wniosku nr 19, po przeprowadzonej korekcie wynosi 67 863.15 zł + 150 698,51 zł = 218 561,66 zł.

b/ w stacji L.:

Wykonawca robót w stacji L. we wniosku i w protokole konieczności nr 19 wykazał jako robotę dodatkową:

- wzmocnienie podtorza na długości 220 m.b. w torze nr 5 od km 151,700 do rozjazdu R. nr 3

W Załączniku nr 1 a w torze nr 5 - pozycja BI 9 ujęta jest: „Wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia”, jako wymagająca naprawy. W związku z tym opisany zakres nie należy do robót dodatkowych.

Całkowity skorygowany koszt robót dodatkowych, wynikający z wniosku nr 19, wynosi 218.561,66 zł.

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

Uzasadnieniem dla takiego rozliczenia są następujące okoliczności:

a/ roboty wymienione w pkt IIIc. i III d., nie były ujęte w (...) w tabelach nr 11 i 11a, które obejmowały zakresy robót zasadniczych i zakresy wymiany nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych,

b/ w stacji P. wstawki za rozjazdami:

- nr 5 w kierunku toru nr 3 o długości 22,3 m.b.,
- nr 23 R., w kierunku toru nr 3 o długości 10,92 m.b.,

razem 33,22 m.b.,

zlokalizowane były w torach głównych dodatkowych, a nie w torach głównych zasadniczych nr 1 i 2.

c/ ujęcie w Załączniku nr 1 a (...) zakresu robót w poz. B19.1 na naprawę podtorza w torze nr 5 w stacji L., nie upoważniało powodowej spółki do traktowania wykonanej roboty, jako dodatkowej.

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

W dniu 25.06.2014 r. wykonawca przekazał inżynierowi projektu wniosek nr (...) o wprowadzenie zmiany, dotyczący wykonania dodatkowych prac kompleksowego odwodnienia na stacjach C. G., L., L., opracowany na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

Wykonawca poinformował inżyniera projektu o konieczności wykonania w/w prac. Wskazał, iż prace konieczne do wykonania na stacji C. G. polegają na: wykonaniu drenażu wglębnego, wykonaniu studni osadnikowych karbowanych oraz odprowadzenia do istniejących rowów rurami pełnymi, wykonanie drenażu francuskiego. Prace konieczne do wykonania na stacji L. polegały na: wykonaniu drenażu wglębnego oraz wykonaniu drenażu francuskiego. Prace konieczne na stacji L. polegały zaś na: wykonaniu drenażu wglębnego oraz wykonaniu studni osadnikowych karbowanych oraz odprowadzeń do istniejących rowów rurami pełnymi. (...) zakładało przeprowadzenie prac rewitalizacyjnych na linii 61 i 700, w zakresie prac wskazywało zaś na odbudowę istniejących rowów bocznych ziemnych, co zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe oznacza wykonanie nowej budowli kolejowej w miejsce niesprawnej lub nieczynnej. W tabeli nr 11 (...) zamawiający zawarł szczegółowy zakres robót do wykonania na poszczególnych stacjach, gdzie roboty odwodnieniowe doprecyzował następująco: „Odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia" (istniejącego). Potwierdzają to również odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej, gdzie zamawiający potwierdził, iż nie posiada mapy zasadniczej, aktualnych map sytuacyjno - wysokościowych, a jako zakres robót do wyceny wskazał odmulenie, odtworzenie rowów otwartych wraz z wycinką krzewów. Brak wykonania wnioskowanych prac pozwoli na eksploatację linii, jednakże w krótkiej perspektywie czasowej spowoduje obniżenie nośności podtorza, jego nawilgocenie, które doprowadzi do tworzenia się wychlapiek, a w perspektywie do konieczności ponoszenia niewspółmiernych kosztów kolejnych remontów. W okresie jesienno-zimowym może powodować nadto wysadziny (zamarzająca nieodprowadzona woda).

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

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

Wykonanie dodatkowych prac, objętych wnioskiem nr (...), konieczne było nie tylko na stacjach C. G., L., L., ale również na stacjach B., K. i P.. Wykonanie tych robót na stacjach B., K. i P. objęte zostało innym wnioskiem wykonawcy, opracowanym również na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy, tj. wnioskiem nr 20/ (...)/2014 r. z dnia 25.06.2014 r. (zał. 17A) z analogiczną, jak we wniosku nr (...) argumentacją, a sprowadzającą się do konieczności przeprowadzenia prac kompleksowego odwodnienia stacji, które są niezbędne dla spełnienia wymagań (...), a nie zostały nim objęte, pozwolą zaś na poprawne wykonanie układu torowego na stacjach, poprawią stan techniczny torów stacyjnych, dzięki poprawieniu parametrów użytkowych stacji oraz umożliwią długotrwałe i bezawaryjne użytkowanie stacji.

Pismem z dnia 31.07.2014 r. inżynier projektu zarekomendował zamawiającemu wykonanie robót objętych wnioskiem nr (...), a zamawiający wyraził wykonawcy pisemną zgodę na ich wykonanie w dniu 4.08.2014 r.

Roboty objęte zarówno wnioskiem nr (...), jak i wnioskiem nr (...) zostały wykonane przez wykonawcę. Fakt zakończenia tych robót weryfikuje protokół odbioru eksploatacyjnego nr (...) z dnia 11.09.2014 r. oraz protokół usunięcia usterek nr (...) z dnia 12.09.2014 r.; zostały one odebrane przez personel zamawiającego i inżyniera projektu.

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

Wniosek nr (...) z dnia 25.06.2014 r. dotyczył dodatkowych robót torowych odwodnieniowych na stacji C. G., L., L., polegających na wykonaniu:

a/ w stacji C. G.:

- drenażu wgłębnego o przekroju o 160mm - 344 m.b.,
- studni osadnikowych karbowanych o przekroju o 400mm-24 szt,
- odprowadzenia wody o przekroju o 200mm - 844 m.b.,
- drenażu francuskiego o przekroju o 400mm x500mm - 163 m.b.
- (...) tabela 11-tor 1 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia, km 121,735 ÷ 122,730,

b/ w stacji L.:

- drenażu wgłębnego o przekroju o 160 mm - 24 m.b.,
- drenażu francuskiego o przekroju o 400 mm x 500 mm - 708 m.b.,
- (...) tabela 11-tor 1 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia, km 141,255 ÷ 142,382,
- (...) tabela 1 la wymiana nawierzchni na wstawkach międzyrozjazdowych pomiędzy torem 1 i torem 2 - R.. 1/R.. 2, R.. 4/R..6, R..26/R..27, razem 66 m.b.,

c/ w stacji L.:

- drenażu wgłębnego o przekroju o 160 mm 822 m.b.,
- studni osadnikowych karbowanych o przekroju o 400 mm - 30 szt.,
- odprowadzenia wody do istniejących rowów rurami pełnymi o przekroju o 200 mm - 844 m.b.
- (...) tabela 11-tor 5 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia.

Analiza dokumentów, ujętych we wniosku nr 21, pozwala stwierdzić, że roboty odwodnieniowe w stacjach: C. G., L. i L. były robotami dodatkowymi, pominiętymi w (...).

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

Wycena kosztorysowa została przeprowadzona przez powódkę w oparciu o ceny jednostkowe przy robotach zamiennych, ujętych we wnioskach nr (...) i 04/ (...), akceptowanych przez pozwanego przedsiębiorcę.

Dla uzasadnienia powyższego wyliczenia Sąd Okręgowy przedstawił następujące argumenty:

- a) zgodne z § 16 ust. 4 pkt 1 i 2 oraz § 46 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie
- podtorze kolejowe powinno zapewniać między innymi wytrzymałość, dopuszczalne odkształcenia trwałe, nie powodować osłabienia stateczności budowli posadowionych na odwadnianym terenie,

b) zamawiający w SIWZ i (...) w zakresie odwodnienia powierzchniowego i wglębnego wymagał udroźnienia: „odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia”, nie precyzując jak należy postąpić w przypadku uszkodzonego i nieczynnego odwodnienia wglębnego.

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

Zamawiający udzielając odpowiedzi:

- na pytanie oferenta dotyczące warunków geotechnicznych (pytanie nr 17 - z dnia 17.09.2012 r.) „ o zamieszczenie wyników badań geotechnicznych gruntów” poinformował oferentów, że nie posiada badań geotechnicznych,

- na pytanie 47 z dnia 17.09.2012 r. o zamieszczenie wykazu rowów otwartych i odwodnienia wglębnego odpowiedział, że wykaz rowów otwartych jak również odwodnienia wglębnego został ujęty w (...) w tab. 11.

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

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

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

W dniu 8.07.2014 r. wykonawca przekazał inżynierowi projektu wniosek nr (...), dotyczący wykonania nowego układu torowego i nowych peronów w stacji P. w km 168+171,06 do 169+ 165,01, opracowany na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

Wykonawca wnosił o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmiany w stosunku do (...) w zakresie wykonania robót torowych oraz peronowych w stacji P., polegających na: przebudowie peronu nr 1 z wykonaniem robót ziemnych oraz wykonaniem nawierzchni z płyt poziomych typu P i wykonaniem nawierzchni z kostki brukowej na pozostałej powierzchni, częściowa rozbiórka peronu, budowa nowego peronu nr 2 w zmienionej lokalizacji z wykonaniem robót ziemnych, zabudowa ścianek peronowych typu L-2 oraz wykonanie nawierzchni z płyt typu P, pochylni, labiryntów, przejścia przez tory z płyt (...), całkowitą rozbiórkę peronu nr 2, skrócenie toru nr 3, wzmocnienie podtorza pod rozjazdem nr 2. Wykonawca poinformował inżyniera projektu o konieczności wykonania w/w prac, podając, iż na etapie dokonywania oceny projektów wykonawczych branży torowej podczas (...) nr 5 zamawiający sam wskazał, że jego wolą jest rozszerzenie przedmiotu zamówienia o wykonanie nowych peronów zgodnie z p. 1.2.10. (...). Na (...) w dnia 10.05.2014 r. (Protokół nr (...)) wniesiono uwagę, (zał. Nr 2- pismo nr (...) z dnia 13.05.2013 r.), że w cz. przystanków osobowych istniejące perony nie spełniają ustawowych wymagań Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, wskazana jest ich przebudowa zgodnie z § 45 i § 8 w/w rozporządzenia. Wykonanie nowych peronów zgodnie z przepisami w/w rozporządzenia powoduje konieczność wykonania ich w nowej lokalizacji i rozebrania istniejących. Wykonanie nowego peronu nr 1 spowoduje również konieczność skrócenia toru nr 3 oraz zabudowy kozła oporowego w nowej lokalizacji. (...) zakładało dla umożliwienia przejazdu z naciskiem 221 kN/oś wykonanie wzmocnień podtorza zapewniających odpowiednią nośność (zgodnie z p. 1.2. (...)). Zamawiający w części szczegółowej (...) T.. 11 ograniczył zakres prac, podając konkretne lokalizacje, dla jakich należy wykonać wzmocnienie podtorza. Jednocześnie, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 54 z dnia 18.10.2012 r., sam wskazał na możliwość wykonania większej ilości wzmocnień informując, iż większą ilość wzmocnień określi projektant. W dzienniku budowy na rysunkach uzupełniających projektant określił konieczność wykonania dodatkowego wzmocnienia (rysunek został załączony do wniosku).

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania dodatkowych robót wyniesie 1.251.445,00 zł (netto), podając szczegółowy sposób dokonania wyceny, dodając, iż wykonanie prac objętych wnioskiem nie spowoduje zmian w ostatecznym terminie wykonania robót.

Wykonawca wnosił o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmiany w stosunku do (...) w zakresie wykonania robót torowych oraz peronowych w stacji P., dotyczących wykonania nowego układu torowego i nowych peronów w stacji P. w km 168+171,06 do 169+ 165,01, już we wniosku nr II/ (...) z dnia 16.05.2014 r., opracowanym także na podstawie klauzuli 13.2. warunków ogólnych umowy.

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

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

Wartość robót nie ujętych w (...) inżynier projektu zatwierdził na kwotę 1.251.445,00 zł netto.

Zapisy z dziennika budowy dokonywane przez inspektora nadzoru (czyli personel inżyniera projektu zgodnie z warunkami ogólnymi umowy) potwierdziły: polecenie wykonania robót objętych wnioskiem nr (...), wykraczających poza (...) na stacji P., a także wykonanie ich przez wykonawcę. Roboty, będące przedmiotem wniosku nr (...), były systematycznie odbierane przez inspektora nadzoru, co zostało udokumentowane wpisami w dzienniku budowy.

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

Wniosek nr (...) z dnia 8.07.2014 r. na stacji P. dotyczył wykonania:

- nowego układu torowego,
- nowych peronów w km od 168÷171,06 do 169÷165,01,
- (...) tabela 11-tor 1 wymiana nawierzchni z naprawą podtorza, odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia, remontu peronu - polegającego na dostosowaniu do obowiązujących standardów dla peronów o wysokości 55 cm, demontaż i montaż wiat peronowych.
- (...) tabela 14- perony.

Koszt robót wyliczony przez powódkę na etapie składania oferty, obejmujący swoim zakresem czynności wymienione w (...), wynosił 986.455 zł.

Na etapie oceny projektów wykonawczych branży torowej (...) nr 5 - z dnia 10.05.2013 r. zalecono przebudowę istniejących peronów do wysokości 0,55 m i wymaganej szerokości zgodnie z § 45 i § 45 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać

budowle kolejowe i ich usytuowanie. Zmiana ta spowodowała zwiększenie zakresu robót i kosztów. Wartość robót po zmianach wyliczona przez powodową spółkę wyniosła 2.237.900 zł. Skorygowana (zweryfikowana) przez biegłych wartość robót dodatkowych, opisanych we wniosku nr 23, uwzględniając ceny ujęte w (...), wynosi: 2. 237.900 zł – 986.455 zł = 1.251.445 zł.

Mając na uwadze okoliczność, iż stosownie do zapisów subklauzuli 20.1 warunków szczególnych obowiązkiem wykonawcy było także zgłoszenie do inżyniera projektu powiadomienia o roszczeniu i żądaniu udzielenia dodatkowej płatności, wykonawca pismem z dnia 14.10.2015 r. zgłosił stosowne roszczenia inżynierowi, wskazując pisemne uzasadnienie każdego z wniosków o wprowadzenie zmian w umowie, wskazanych w pkt. 1.1-1.5. Inżynier, w oparciu o stanowisko przedstawione przez zamawiającego, nie uwzględnił roszczenia wykonawcy i pismem z dnia 17.11.2015 r. odrzucił w całości roszczenia wykonawcy jako niezasadne.

Dnia 2.12.2014 r. wykonawca, reprezentowany przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K., wystąpił o zawezwanie do próby ugodowej, wskazując na treść wszystkich ww. wniosków i wzywając pozwaną spółkę do dobrowolnej zapłaty. Mimo dwukrotnego wyznaczenia terminu posiedzenia (31.03. 2015 r. i na żądanie pozwanej dodatkowego terminu 9.06.2015 r.) oraz deklarowanej chęci zawarcia ugody przez wykonawcę (w tym powódkę), do polubownego rozwiązania sporu nie doszło, co potwierdzają dokumenty w sprawie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, sygn. akt XVII GCo 454/15, w tym protokoły posiedzeń. Zamawiający przedstawił Przedsiębiorstwu (...) sp. z o.o. z siedzibą w K., stanowisko w piśmie z 5.05.2015 r., w którym w pkt. 2-6 wskazał, iż pozwana nie przyjmuje żadnego z wniosków powódki o uznanie robót za dodatkowe i zapłatę dodatkowego wynagrodzenia (jak we wnioskach 1.1-1.5 powyżej).

Powódka, uwzględniając treść subklauzuli 20.5 warunków szczególnych umowy, podjęła wszelkie dostępne dla niej działania (zgłoszenie roszczenia w myśl subklauzuli 20.1, wystąpienie z zawezwaniem do próby ugodowej), w celu dochodzenia roszczeń za wykonane roboty. Na gruncie umowy nie posiadała bowiem innych instrumentów, pozwalających na przekonanie pozwanej do polubownego rozwiązania sporu.

Podstawą poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych były dowody z dokumentów w postaci: umowy z dnia 25.03.2013 r. na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu <Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C.- F.> Nr Projektu: (...) 7.1.-67” wraz z załącznikami, umowy konsorcjum z dnia 18.09.2012 r., umowy o realizację zamówienia z dnia 26.03.2013 r, dziennika budowy, protokołów konieczności, korespondencji wykonawcy i zamawiającego, dotyczącej wykonania robót dodatkowych, zawiadomienia o terminie posiedzenia z dnia 31.03.2015 r. Sądu Rejonowego (...) W., sygn. XVII GCo 454/15 oraz porozumienia konsorcjantów z dnia 3.12.2015 r. Dowody z dokumentów nie były kwestionowane przez strony ani pod kątem ich autentyczności, ani zgodności z prawdą (art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c.), a Sąd Okręgowy uznał je za w pełni wiarygodne.

Sąd przeprowadził również dowody z przesłuchania świadków: J. T., J. R., M. B., S. M., K. K. na okoliczność zawarcia przez powódkę z pozwaną umowy, treści tej umowy, okoliczności faktycznych dotyczących wykonania umowy, (w których doszło do pojawienia się konieczności wykonania robót dodatkowych), ilości i charakteru prac wskazanych jako roboty dodatkowe, a także ich wartości. Sąd dał wiarę zeznaniom wszystkich świadków, ponieważ były spójne, wiarygodne i logiczne, a także zgodne z dokumentami zgromadzonymi w sprawie, a przedłożonymi przez obie strony sporu. Zeznania wszystkich świadków potwierdziły, iż powódka prowadziła poza pracami głównymi również prace dodatkowe - zlecone jej przez pozwaną, pomimo, że zamawiający i wykonawca nie zawarli pisemnej umowy na prace dodatkowe. W celu ustalenia, czy dany zakres prac stanowił robotę dodatkową, czy wchodził w zakres umowy, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłych, którzy wydali opinię wspólnie. Z wniosków wydanej przez biegłych opinii, które Sąd I Instancji w pełni podzielił, wynikało, że część robót ujętych w analizowanych wnioskach na kwotę 3.145.945,47 zł netto została wykonana, jako roboty dodatkowe, natomiast pozostała część robót wykazanych we wnioskach, na kwotę 774.832,84 zł netto, nie miała charakteru robót dodatkowych, ponieważ ich zakres mieścił się w zawartej umowie. Biegli swoje wnioski wydali po wykonaniu stosownych obliczeń, posługując się cenami w (...) (rozbicie ceny ofertowej) znajdującymi się w umowie, danymi z Katalogu Norm Rzeczowych oraz w oparciu o ceny

zgodne z (...) III kwartał 2013 r. Biegli w sposób wyczerpujący ustosunkowali się także do zgłoszonych przez stronę pozwaną zarzutów do opinii pisemnej, w tym przedstawili dowody z dokumentów, które potwierdziły posiadanie przez nich wiadomości specjalnych.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo w przeważającej części zasługiwało na uwzględnienie co do zasady i co do wysokości.

Na zamawiającym na etapie procedowania zamówienia budowlanego spoczywał obowiązek prawidłowego i pełnego opisanego zakresu, wymogów technicznych, ilości robót i ich lokalizacji, tak, aby w trakcie realizacji zadania nie zachodziła konieczność wprowadzania zmian, mających wpływ na wartość robót. Powódka składała wnioski na roboty dodatkowe, dlatego że nie zostały one ujęte przez pozwaną spółkę w (...) i w SIWZ. Brak ujęcia w zamówieniu części robót koniecznych do jego wykonania nie powinien oznaczać braku możliwości dochodzenia przez wykonawcę roszczeń po wykonaniu prac, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z norm i przepisów technicznych. Sąd Okręgowy powołał się także na fakt, że zamawiający podejmowanymi przez siebie działaniami, w szczególności podczas posiedzeń Rady Budowy, utwierdzał wykonawcę, że jego wnioski o zwiększenie zakresu robót będą procedowane. Wyliczając wartość należnego powódce wynagrodzenia, Sąd oparł się na wnioskach zawartych w opinii biegłych, zestawiając je z pozostałym materiałem dowodowym w sprawie, tj. dokumentami i zeznaniami świadków.

Powódka wykazała wykonanie robót opisanych we wnioskach 17, 18, 19, 21, 23, które w większości nie były objęte wynagrodzeniem za wykonanie robót na podstawie umowy łączącej wykonawcę z zamawiającym. Sąd Okręgowy podkreślił, iż od momentu zgłoszenia ww. wniosków, tj. między 9.06.2014 r. i 8.07.2014 r., postawa zamawiającego nie wskazywała, aby roboty dodatkowe miały mieć charakter nieodpłatny.

Sąd uznał, że z uwagi na niewykonanie przez pozwaną swoich obowiązków umownych, (w szczególności obowiązku współdziałania z powódką na mocy art. 354 k.c.), poprzez nieudzielenie wykonawcy zamówienia na roboty dodatkowe, pozwana spółka wyrządziła powodowej spółce szkodę, dlatego zobowiązana jest do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości zwykłego wynagrodzenia za wykonane na jej rzecz prace budowlane.

Również w przypadku przyjęcia, że roszczenie powódki o zapłatę kwoty 3.145.945,47 zł netto pozostaje poza ramami stosunku kontraktowego łączącego strony (art. 471 k.c.), to znajdzie ono podstawę w art. 414 k.c. w zw. z art. 410 § 1 k.c.

Uzasadniając istnienie roszczenia o zapłatę na podstawie art. 471 k.c.,

Sąd Okręgowy odniósł się zarówno do treści umowy i jej załączników oraz dokonał ich analizy przede wszystkim w aspekcie prawa zamówień publicznych. Stosownie do art. 29 ust. 1 p.z.p. do podstawowych obowiązków zamawiającego należało zatem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia obejmować musi wszelkie elementy istotne dla wykonania zamówienia, z tej przyczyny aby wykonawca miał możliwość określenia (bez dokonywania dodatkowej interpretacji), z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, a w konsekwencji ma umożliwić wykonawcy obliczenie ceny w składanej ofercie.

Zgodnie z art. 31 p.z.p., jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty stanowiące zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zamawiający powinien sporządzić opis przedmiotu zamówienia za pomocą tzw. programu funkcjonalno-użytkowego (...), opisującego w sposób szczegółowy zadanie budowlane, uwzględniając przy tym przeznaczenie zamierzonych robót po ich ukończeniu oraz stawianych im wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Stosownie do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. 2013, poz. 1129), podstawowym celem dla którego sporządza się (...) jest ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowanie oferty w szczególności co do prawidłowego obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (§ 15 rozporządzenia). Tym samym prawidłowość sporządzenia

(...) czy konsekwencje nieprawidłowego jego opracowania wykraczają poza sferę interesów zamawiającego, mogą prowadzić do nietrafnych decyzji inwestycyjnych i niewykorzystania środków przeznaczonych na inwestycje, lecz także uderzają w wykonawców, utrudniając czy uniemożliwiając prawidłowe określenie wartości oferty, a co za tym idzie zmniejszając zainteresowanie potencjalnych wykonawców z uwagi na nieprzewidywalność rentowności danej inwestycji i nieakceptowalny poziom ryzyka inwestycyjnego. W ten sposób, także w niniejszym postępowaniu, brak należytego sformułowania (...) przyczynił się do wprowadzenia tak wykonawcy (powódki), jak i zamawiającego (pозwanej) w błąd co do zakresu i rozmiaru robót koniecznych do wykonania zadania inwestycyjnego.

W ocenie Sądu Okręgowego za niedopuszczalną należy uznać sytuację, aby błędy czy niedokładności (...) (dokumentu sporządzonego przez zamawiającego) miały w ostatecznym rachunku obciążyć wykonawcę. Wykonawca (powódka) nie może ponosić negatywnych skutków nieprawidłowej oceny zakresu świadczenia koniecznego do wykonania tylko z tej przyczyny, iż stosownie do art. 140 ust. 1 p.z.p. strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są związane treścią zobowiązania ofertowego wykonawcy. W doktrynie przyjmuje się, iż zakres świadczenia wykonawcy odpowiada przede wszystkim opisowi przedmiotu zamówienia, wynikającym z treści SIWZ wraz z odpowiednimi załącznikami. Zatem braki w opisie robót wskazane w SIWZ nie mogą być uzupełniane przez domniemanie obowiązku świadczenia przez wykonawcę w szerszym lub innym rozmiarze niż wynikające z opisu.

Sąd Okręgowy podkreślił także, iż z treści protokołów konieczności (zał. do wniosków (...), (...), (...), (...)) wynika, (zarówno w ocenie wykonawcy jak i inżyniera projektu), że z uwagi na brak pomiarów geodezyjnych, aktualnej mapy sytuacyjno-wysokościowej oraz inwentaryzacji, nawet sam zamawiający nie był w stanie przewidzieć konieczności wykonania robót dodatkowych objętych ww. wnioskami.

Zamawiający od czerwca 2014 r. i lipca 2014 r., kiedy doręczone mu zostały pisma inżyniera projektu, zawierające protokoły konieczności wykonania robót dodatkowych i wnioski o wprowadzenie zmiany do umowy, akceptował zmiany i nakazywał wykonanie tych prac, także w zakresie ich wartości. Dopiero czynności wykonawcy, zmierzające do realizacji roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych, spowodowały negatywną reakcję pozwanej spółki. Jej wielomiesięczne milczenie, w ocenie Sądu Okręgowego, należy potraktować jako uznanie, że roboty wskazane jako dodatkowe we wnioskach nr 17, 18, 19, 21, 23, (wcześniej zaakceptowane przez inżyniera projektu), są konieczne dla wykonania zadania. Zatem po aprobacie wykonania tych robót, zamawiający nie był uprawniony do jednostronnego uchylenia się od skutków takiego postępowania. Postępowanie zamawiającego skutkowało wymuszeniem wykonania przez wykonawcę szerszego (niż pierwotnie przewidziany) zakresu robót, co wyrządziło powódce szkodę. Szkada ta była skutkiem niepodjęcia przez zamawiającego działań, mających na celu usunięcie braków (...) i udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe, przy jednoczesnym działaniu zmierzającym do uzyskania świadczenia w rozmiarze wykraczającym poza pierwotnie przewidzianą umową, co należy zakwalifikować, jako nienależyte wykonanie umowy w rozumieniu art. 471 k.c.

Za alternatywną podstawę roszczeń powódki Sąd Okręgowy uznał art. 414 k.c. w zw. z art. 410 k.c.

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

Odwołując się do stanowiska judykatury, Sąd Okręgowy uznał za dopuszczalne dochodzenie, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, zwrotu wartości świadczeń, które przysługują wykonawcy za realizację prac wykraczających poza przedmiot umowy.

Pozwana spółka jako zamawiający znała przedmiot umowy, na bieżąco dysponowała informacjami i dokumentami powstałymi w toku jej realizacji, potwierdzającymi rozszerzenie jej zakresu przedmiotowego, co bezsprzecznie wynika z pisma sporządzonego przez samego zamawiającego w dniu 5.05.2015 r. oraz pisma inżyniera kontraktu z dnia 17.11.2015 r. Z uwagi na fakt wykonania robót, przekraczających zakres robót z umowy, nie jest możliwe przywrócenie

przez pozwaną stanu pierwotnego. Jedyną możliwą formą prawnego zaspokojenia powódki jest zapłata przez pozwaną równowartości wzbogacenia z tytułu wykonania robót dodatkowych przez powódkę. Fakt braku zapłaty za takie prace budowlane nie jest pomiędzy stronami sporny. Z samej istoty świadczenia nienależnego (wykonania świadczenia wykraczającego poza zakres stosunku zobowiązaniowego) płynie domniemanie wzbogacenia się beneficjenta tego świadczenia, a fakt spełnienia w tym wypadku nienależnego świadczenia uzasadnia roszczenie kondykcyjne.

Sąd Okręgowy uznał za niezasadne zarzuty podnoszone przez pozwaną w toku procesu o braku legitymacji czynnej powódki. Pozwana spółka niesłusznie zarzuca powódcie brak legitymacji do samodzielnego wystąpienia z powództwem w niniejszej sprawie. Art. 141 p.z.p. nie jest ustawowym źródłem współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, a wyłącznie źródłem ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, których to elementów nie można ze sobą utożsamiać. Wynikająca z tego przepisu solidarność bierna wykonawców nie rodzi po ich stronie solidarności czynnej w przedmiocie dochodzenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez każdego z uczestników konsorcjum roboty budowlane, czy też o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia.

W tzw. konsorcjum zewnętrznym (jawnym), będącym organizacją współdziałania widoczną dla osób trzecich, uczestnicy konsorcjum mogą, lecz nie muszą występować wobec osób trzecich we wspólnym imieniu. Kluczowym elementem omawianej postaci konsorcjum jest określenie w umowie zakresu robót poszczególnych uczestników - wykonujących powierzone zadanie samodzielnie i na własny koszt. Funkcją umowy konsorcjum jest wówczas podział ryzyka wykonania kontraktu oraz podział obowiązków wynikających z tytułu udzielonej gwarancji jakości.

Sąd Okręgowy stwierdził, że strony umowy konsorcjum z dnia 18.09.2012 r. (powódka oraz Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w K.) podzieliły między siebie zakres robót, które wykonywały na rzecz pozwanej spółki w ramach realizowanego zamówienia.

Stosownie do zapisów § 6 umowy konsorcjum, podzieliły również obowiązek naprawienia szkody i odpowiedzialność za należyte wykonywanie kontraktu głównego w zależności od tego, czy przyczyna zaistnienia tej odpowiedzialności mogła być przypisana konkretnemu konsorcjantowi, natomiast postanowienia § 4 ust. 4 oraz § 8 umowy konsorcjum wyraźnie potwierdzają zasadę ponoszenia przez każdego partnera własnych kosztów- a nie istnienie kosztów „konsorcjum” jako odrębnego bytu. W rezultacie, jedynie powódcie przysługuje interes prawny i roszczenie o zapłatę kwot niewypłaconych przez pozwaną za roboty wykonane przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w M..

Celem usunięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do prawa samodzielnego wystąpienia z powództwem o zapłatę za roboty dodatkowe wykonane przez powódkę, doszło do zawarcia pomiędzy konsorcjantami w dniu 3.12.2015 r. porozumienia, mocą którego strony jednoznacznie postanowiły, że dotychczasowe umocowanie (pełnomocnictwo) udzielone przez powódkę liderowi konsorcjum ulega zmianie i w zakresie wszelkich roszczeń objętych pozwem powódka ma pełne prawo do samodzielnego ich dochodzenia.

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

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

Rozstrzygnięcie o kosztach zapadło w oparciu o art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożyła pozwana, zaskarżając orzeczenie Sądu Okręgowego w punktach pierwszym i trzecim na podstawie następujących zarzutów:

1. naruszenia prawa materialnego:

- art. 647 k.c. w zw. z art. 23 ust. 1 p.z.p., poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że powódka posiada samodzielną legitymację czynną do występowania z wywodzonym w sprawie roszczeniem,
- art. 471 k.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że pozwana w sposób nienależyty wykonała zobowiązanie względem strony powodowej,
- art. 647 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 p.z.p. i art. 82 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 1 ust. 1 umowy z dnia 25 marca 2013 r., Nr 90/133/003/13/Z/l poprzez błędne określenie zakresu zobowiązania spoczywającego na stronie powodowej,
- art. 410 § 2 k.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wykonanie przez powódkę prac objętych wnioskami nr (...), (...), (...), (...) stanowiło spełnienie świadczenia nienależnego,
- art. 410 § 2 k.c. i art. 405 k.c. w zw. z art. 632 § 1 k.c. i § 3 umowy z dnia 25 marca 2013 r., Nr 90/133/003/13/Z/l poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wartość bezpodstawnego wzbogacenia pozostaje tożsama z wartością wynagrodzenia umownego,
- art. 411 § 1 pkt 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji istnienia podstaw do dokonania tego rodzaju subsumcji,
- art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że termin wymagalności roszczenia strony powodowej należy określić jako dzień następujący po dacie posiedzenia wyznaczonego celem rozpoznania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej;

2. naruszenia przepisów postępowania:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego,
- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nienależytą konstrukcję uzasadnienia zaskarżonego wyroku przejawiającą się w zaniechaniu samodzielnego ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz zaniechaniu samodzielnego wyjaśnienia podstawy prawnej wydanego orzeczenia.

W oparciu o przytoczone zarzuty apelująca wniosła o

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz kosztów proces za I instancję,
2. zasądzenie na rzecz pozwanej kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych,

ewentualnie,

3. uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia w przedmiocie zasądzenia na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Jako nietrafny ocenił Sąd Apelacyjny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. Nie każda wadliwość uzasadnienia wyroku może stanowić podstawę do formułowania zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., ale tylko szczególnie istotna, czyli powodująca, że na podstawie uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia Sąd II instancji nie byłby w stanie stwierdzić, jaki stan faktyczny Sąd I instancji ustalił i jakie przepisy prawa materialnego do jego oceny zastosował, a tego typu wadliwości uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2009 r., I UK 129/09, Lex nr 558286, z dnia 30 września 2008 r., II UK 385/07, Lex nr 741082 oraz z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 460/98, OSNC 2000/5/100).

Wprawdzie rację ma co do zasady skarżąca, że nawet w przypadku, gdy Sąd I instancji podziela w całości argumentację jednej ze stron postępowania i to zarówno w zakresie twierdzeń faktycznych, jak i oceny prawnej, ale mimo to powinien unikać inkorporowania obszernych fragmentów pism procesowych tej strony, czyniąc je znaczną częścią sporządzonego uzasadnienia. Natomiast, w ocenie Sądu Apelacyjnego, powoływanie wniosków biegłych *in extenso* w uzasadnieniu orzeczenia przez Sąd I instancji nie jest wadliwe, w sytuacji gdy na podstawie dowodu z opinii tych biegłych zostały poczynione ustalenia faktyczne.

Jednak z natury rzeczy nawet wadliwy sposób sporządzenia uzasadnienia orzeczenia nie ma wpływu na wynik sprawy, ponieważ uzasadnienie wyraża jedynie motywy wcześniej podjętego rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2010 r., II UK 148/09, Lex nr 577847).

Nietrafny jest także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie jest wystarczające samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącej odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie Sądu w tym zakresie. W szczególności strona apelująca powinna wskazać, jakie kryteria zostały naruszone przy ocenie dowodów (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753 i z dnia 10 stycznia 2002 r. sygn. II CKN 572/99, Lex nr 53136). Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżąca nie przedstawiła argumentów, w oparciu o które można byłoby skutecznie zakwestionować, dokonaną przez Sąd I instancji, ocenę zebranych w sprawie dowodów. Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny podzielił w całości i uznał za własne ustalenia faktyczne poczynione w sprawie przez Sąd Okręgowy.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd I instancji prawidłowo ustalił zakres robót, których wykonania podjęło się konsorcjum na podstawie umowy z dnia 25.03.2013 r. w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C- F.” Nr Projektu: (...) 7.1.-67 oraz tych które wykraczały poza przedmiot umowy, a uczynił to odnośnie do każdego z wniosków zlecenia wykonania robót dodatkowych, z jakimi powódka wystąpiła do pozwanej.

Pozwana w złożonej apelacji, podważając ustalenia Sądu Okręgowego odnośnie do konieczności wykonania robót dodatkowych i przyczyn tego stanu, zarzuciła, że Sąd poprzestał na „powieleniu” twierdzeń opinii zespołu biegłych, przywiązując nadmierne znaczenie (przy określeniu zakresu zobowiązania wykonawcy) do (...), nie uwzględniając tym samym regulacji prawnych w postaci art. 140 ust. 1 p.z.p. i art. 82 ust. 3 p.z.p., a także treści § 1 umowy, punktu 4.1 subklauzuli warunków szczególnych umowy oraz punktów: 1.2., 1.5, 3.3 (...). Prawidłowe zastosowanie wskazanych przepisów oraz wykładnia postanowień umowy i dokumentów, które stanowiły jej integralną część, powinny, zdaniem skarżącej, skutkować ustaleniem przez Sąd, że wykonawca zobowiązany był do uwzględnienia wszelkich warunków i wykonania wszelkich robót, które w świetle wiedzy technicznej i sztuki budowlanej decydowały o konieczności wykonania prac zmierzających do uzyskania wyznaczonych parametrów, w tym z uwzględnieniem właściwości funkcjonalno - użytkowych określonych w punkcie 1.5 (...). Ponadto z treści złożonej przez wykonawcę oferty wynikało, jak twierdzi pozwana, że wskazana w niej cena brutto uwzględniała wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmowała wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutów pozwanej odnośnie do „nadmiernego znaczenia (...), jakie miał nadać Sąd Okręgowy temu dokumentowi. Zgodnie z art. 31 ust. 2 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą (...), jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. # Prawo budowlane. Kategoryczny nakaz sformułowany w tym przepisie nie pozostawia zamawiającemu możliwości opisania przedmiotu zamówienia w inny sposób niż przy użyciu (...). Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 31 ust. 4 p.z.p., wydane zostało w dniu 2 września 2004 r. rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Postanowienie § 15 tego rozporządzenia określa cel (...), zgodnie z którym dokument ten służy

do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Z powyższego wynika, że jest to kluczowy dokument stanowiący podstawę do przygotowania oferty przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać również należy, że jest to istotny dokument w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia oceny składanych ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. Niezgodność treści oferty z postanowieniami (...), stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Dokument ten określa zakres przedmiotowy przyszłej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Z art. 140 ust. 1 p.z.p. wynika, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, która to oferta została przygotowana w oparciu o (...) stanowiący element treści SIWZ. W związku z powyższym wykonawca, realizujący roboty budowlane, będzie zobowiązany do wykonania tylko i wyłącznie takiego zakresu, który został opisany w (...), a ewentualne roboty, które nie mieszczą się w tym opisie, mogą stanowić podstawę do udzielenia zamówienia dodatkowego bądź zmiany postanowień umowy.

Pozwana wszczęła postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 61 i 700 na odcinku C. - F.” w ramach Projektu: (...) 7.1.-67”.

Gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule „projektu i buduj” zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego ((...)), obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia. W (...) inwestor wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych czy technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać - techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jakość sporządzonego przez zamawiającego programu (...) jest jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu kontraktu. Jest oczywiste, że (...) w zamówieniach realizowanych w tej formule stanowi opis przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 p.z.p. Zamawiający przygotowuje zatem dokument (...), w którym opisuje przedmiot zamówienia oraz koncepcje planowanej inwestycji, a także jeżeli uznaje za słuszne to także sposób jego wykonania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2017 r., KIO 1563/17, Lex nr 1676014).

Prawidłowo zatem Sąd Okręgowy uznał (...) za dokument określający zakres przedmiotowy przyszłej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Art. 29 ust. 1 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wysokie koszty przeprowadzenia dokładniejszych prac geodezyjno - kartograficznych, czy geologicznych (hydrologicznych), które są niezbędne do ustalenia zakresu robót, nie stanowią - w świetle art. 29 ust. 1 p.z.p. - podstawy do odstąpienia od uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nawet jeżeli znacząco wpływają na wysokość ofert. W związku z tym, w oparciu o przeprowadzone badania, w dokumentacji, na podstawie której zostaje złożona oferta, powinien zostać jednoznacznie określony przedmiot umowy. Jeżeli inwestor wykona (z jakiegokolwiek powodu, np. zbyt wysokich kosztów) jedynie częściowe badania, to dokumentacja powinna zawierać stosowną informację w tym przedmiocie. Nie jest wystarczające zaznaczenie, że wykonawca ma wykonać wszystkie roboty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, gdyż jeżeli zostają wskazane miejsca, w których niezbędne jest wykonanie określonych prac, oznacza to, że powinny zostać one wykonane w tych właśnie miejscach (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., IV CSK 363/18, Lex nr 2691628).

Ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia obciąża zamawiającego, który nie może go przerzucać na wykonawcę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, Lex nr 2019505), co oznacza, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 maja 2017 r., II CSK 541/16, Lex nr 2329450, z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, Lex nr 1311808).

Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 p.z.p., jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem innych okoliczności (szczególnie wizji lokalnej terenu, na którym mają być wykonywane roboty), w związku z czym jeżeli dokumentacja (w tym SIWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi zamawiającemu), ryzyko nieprzewidywanych zdarzeń obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę. Trudno bowiem wymagać od wykonawcy oszacowania ewentualnego kosztu ryzyka w sytuacji, gdy nie ma on możliwości jego zidentyfikowania ani na podstawie dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego, ani na podstawie wizji lokalnej terenu, na którym roboty mają być wykonywane (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., IV CSK 363/18, Lex nr 2691628)

Wbrew zarzutom skarżącej ustalenia w zakresie konieczności wykonania robót dodatkowych (w stosunku do zakresu prac wynikającego z (...)), Sąd Okręgowy czynił nie tylko na podstawie (...), ale także opinii zespołu biegłych i dowodów z dokumentów załączonych do wniosków (...), nr (...), nr (...) i nr (...), dokumentacji sporządzonej przez inżyniera projektu (w tym przede wszystkim zatwierdzonych protokołów konieczności) oraz dziennika budowy, (w szczególności wpisów dokonywanych w nim przez inspektora nadzoru).

W zakresie robót objętych wnioskiem nr (...) z dnia 9.06.2014 r. Sąd Okręgowy ustalił, że zamawiający wprowadzając zmiany typów rozjazdów oraz ich parametrów technicznych, nie posiadając inwentaryzacji, ani pomiarów geodezyjnych infrastruktury kolejowej, pragnął osiągnąć cele określone w (...) i nie mógł przewidzieć skutków, jakie one mogą wywołać. Przede wszystkim pozwana spółka nie ujęła w (...) wymiany części wstawek. W (...), dotyczącym stacji C. S., brak było informacji o istniejących typach szyn leżących w torach głównych dodatkowych. W celu połączenia wymienionych rozjazdów typu (...) z torami typu (...) na stacji, zachodziła konieczność (na etapie wykonawczym) zastosowania szyn przejściowych (...) na wstawkach.

W zakresie robót objętych wnioskiem nr (...) z dnia 9.06.2014 r. Sąd Okręgowy ustalił, że wykonanie prac wskazanych we wniosku na stacjach L. i K. było niezbędne dla zachowania standardów i uzyskania celów określonych w (...). Podczas wykonywania robót ziemnych, (po dokonaniu badań nośności gruntu), zaszła konieczność wykonania wzmocnienia gruntu pod zabudowę warstwy ochronno - filtracyjnej na długości 604 mb. Natomiast, w celu wykonania peronu o normatywnych parametrach szerokości, konieczne było przeprowadzenie dodatkowych robót nie ujętych w (...). Zmiana zakresu robót w stacji L., wynikała ze zmiany szerokości peronu, która została wprowadzona przez pozwaną już po podpisaniu umowy, podczas posiedzenia w dniu 10.05.2013 r. - przez Zespół (...) ((...)). Z kolei zmiana zakresu robót w stacji K. w torze nr 2 wynikała z przesunięcia rozjazdu nr 4 w torze nr 1 poza obręb przejazdu i polegała na: przesunięciu w torze nr 2 rozjazdu nr 2 (wzdłuż osi toru) o 19,5 m i rozjazdu nr 3 (wzdłuż osi toru) o 7,4 m, wzmocnieniu podtorza pod zabudowę warstwy ochronno-filtracyjnej od km 145,500 do km 145,650 na długości 150 m (rozjazd nr 2 i 3 w km 145,163-145,227). W trakcie wykonywania robót ziemnych w torze nr 2, stwierdzono, że na długości 150m w km 145,500 ÷ 145,650 zaszła bowiem konieczność wzmocnienia podtorza przed zabudową warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 m.b. ze względu na słabonośne podtorze. Za uwzględnieniem roboty dodatkowej, obejmującej wzmocnienie podtorza w stacji K. w km 145,50(H 145,650 w torze nr 2 pod zabudowę warstwy ochronno filtracyjnej, przemawiał zapis w (...) pkt 1.3. Wykonawca zobowiązany był do opracowania dokumentacji wykonawczej, a dla podtorza wykonanie tej dokumentacji powinno być poprzedzone badaniami gruntu na odcinkach ujawnionych przez użytkownika, jako słabonośne (wskazane w Opisie stanu istniejącego (...)): „Lokalizacja miejsc w podtorzu mającego na celu przywrócenie pierwotnych parametrów użytkowych...”. Sąd stwierdził brak w (...) ujęcia tej lokalizacji w zestawieniu miejsc w podtorzu, wymagających naprawy.

W zakresie robót objętych wnioskiem nr (...) z dnia 9.06.2014 r., Sąd Okręgowy stwierdził wykonanie prac na stacji P., które wykraczały poza (...). Ponadto podczas wykonywania prac ziemnych na stacji L. okazało się, że grunt rodzimy po zagęszczeniu nie spełnia wymagań nośności gruntu. Zaszła więc konieczność jego wzmocnienia.

W zakresie robót dodatkowych objętych wnioskiem nr (...), Sąd Okręgowy stwierdził potrzebę wykonania dodatkowych prac kompleksowego odwodnienia na stacjach C. G., L., L.. W tabeli nr 11 (...) zamawiający zawarł szczegółowy zakres robót do wykonania na poszczególnych stacjach, gdzie roboty odwodnieniowe doprecyzował następująco: „Odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia” (istniejącego). Potwierdzają to również odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej, gdzie zamawiający potwierdził, iż nie posiada mapy zasadniczej, aktualnych map sytuacyjno - wysokościowych, a jako zakres robót do wyceny wskazał odmulenie, odtworzenie rowów otwartych wraz z wycinką krzewów. Sąd ustalił, że brak wykonania wnioskowanych prac pozwoliłby na eksploatację linii, jednakże w krótkiej perspektywie czasowej spowodowałby obniżenie nośności podtorza, jego nawilgocenie, które doprowadziłoby do tworzenia się wychłapek, a w perspektywie do konieczności ponoszenia niewspółmiernych kosztów kolejnych remontów. W okresie jesienno-zimowym może powodować nadto wysadziny (zamarzająca nieodprowadzona woda). Zamawiający w SIWZ i (...) w zakresie odwodnienia powierzchniowego i wglębnego wymagał udroźnienia: „odtworzenie i udroźnienie rowów i odwodnienia”, nie precyzując - jak należy postąpić w przypadku uszkodzonego i nieczynnego odwodnienia wglębnego. Ponadto, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 17 oferenta z dnia 17.09.2012 r. „o zamieszczenie wyników badań geotechnicznych gruntów”, poinformował oferentów, że nie posiada badań geotechnicznych. Opracowując (...) nie dołożył należytej staranności w zakresie opisu robót odwodnieniowych, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia: „odtworzenie”, „udroźnienie rowów i odwodnienia”.

W zakresie robót dodatkowych, dotyczących wniosku nr (...) z dnia 8.07.2014 r., Sąd Okręgowy stwierdził, iż wykonanie tych prac przyniosło zamawiającemu takie korzyści jak: osiągnięcie założeń związanych z rewitalizacją linii, wykonanie prac zgodne ze sztuką budowlaną i przepisami, poprawę funkcjonowania infrastruktury kolejowej, bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów i obsługi pasażerów, poprawę obsługi bocznic - nasycalni podkładów w P.. Na etapie oceny projektów wykonawczych branży torowej (...) nr 5 z dnia 10.05.2013 r. zalecono przebudowę istniejących peronów do wysokości 0,55 m i wymaganej szerokości zgodnie z § 45 i § 45 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Zmiana ta spowodowała zwiększenie zakresu robót i kosztów.

Z poczynionych przez Sąd Okręgowych prawidłowych ustaleń wynika zatem, że przyczyną wykonania robót dodatkowych, było m.in.:

- nieuwzględnienie w (...) wszystkich robót (pominięcie wstawek, brak informacji o istniejących typach szyn leżących w torach głównych dodatkowych, konieczność na etapie wykonawczym zastosowania szyn przejściowych (...)),

-wprowadzenie zmian robót już po podpisaniu umowy (podczas posiedzenia w dniu 10.05.2013 r. - przez Zespół (...) / (...)/ wprowadzono zmianę szerokości peronu, ponadto na etapie oceny projektów wykonawczych branży torowej tego samego dnia zalecono przebudowę istniejących peronów do wysokości 0,55 m i wymaganej szerokości zgodnie z § 45 i § 45 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10.09.1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie),

-niewykonanie uprzednio badań gruntu (badań geotechnicznych gruntów przy zleceniu wykonania robót odwodnieniowych; podczas wykonywania robót ziemnych po dokonaniu badań nośności gruntu zaszła konieczność wykonania wzmocnienia gruntu pod zabudowę warstwy ochronno - filtracyjnej na długości 604 mb, czy konieczność wzmocnienia podtorza przed zabudową warstwy ochronno-filtracyjnej na długości 150 m.b. ze względu na słabonośne podtorze. Wykonawca zobowiązany był do opracowania dokumentacji wykonawczej, a dla podtorza wykonanie tej dokumentacji powinno być poprzedzone badaniami gruntu na odcinkach ujawnionych przez użytkownika, jako słabonośne, a w (...) nie ujęto tej lokalizacji w zestawieniu miejsc w podtorzu, wymagających wzmocnienia),

- ujawnienie okoliczności nadzwyczajnych (grunt rodzimy po zagęszczeniu nie spełniał wymagań nośności gruntu, dlatego zaszła konieczność jego wzmocnienia),

- niedokładny opis robót w SIWZ i (...) (w zakresie odwodnienia powierzchniowego i wglębnego zamawiający wymagał udrożnienia: „odtworzenie i udrożnienie rowów i odwodnienia”, ale ogólnikowo określił prace do wykonania, nie precyzując jak należy postąpić w przypadku uszkodzonego i nieczynnego odwodnienia wglębnego).

Sąd Okręgowy ustalił także, że zamawiający nie posiadał inwentaryzacji, ani pomiarów geodezyjnych infrastruktury kolejowej, a także aktualnej mapy sytuacyjno – wysokościowej. Umowa zaś nie przewidywała, aby tego typu prace (pomiar, mapy, czy specjalistyczne badania gruntu) miały zostać wykonane przez wykonawcę na koszt zamawiającego.

Rodzaj wskazanych powyżej braków w opisie przedmiotu zamówienia nie mógł zostać, zdaniem Sądu Apelacyjnego, wyeliminowany przez wykonawcę poprzez dokonanie wizji lokalnej miejsca robót, co zgodnie z postanowieniem z pkt 19.1 SIWZ (SIWZ k.49v), zamawiający zalecał wykonawcy przed złożeniem oferty.

W tej sytuacji wykonawca nie może zostać obciążony ryzykiem wykonania prac niezbędnych do realizacji zamówienia, nie przewidzianych w (...) a wiążących się ze znacznymi kosztami.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutów dotyczących braku legitymacji czynnej powódki. Umowa konsorcjum nie została uregulowana w k.c. ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym. Ukształtowała ją praktyka, jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego, na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Podstawą powołania konsorcjum jest umowa o wspólne działanie samodzielnie i autonomicznie występujących partnerów przy zawieraniu, której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymogiem zachowania jednolitej formy organizacyjno-prawnej. Ani w doktrynie ani w judykaturze nie wypracowano jednolitej charakterystyki prawnej umowy konsorcjum, ani nie dokonano precyzyjnej oceny skutków jej zawarcia. Zasadniczo przyjmuje się, że konsorcjum stanowi umowny stosunek prawny nakierowany na współdziałanie, w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, a jego konstrukcja jest najbardziej zbliżona do umowy spółki cywilnej, choć co do zasady współpraca ma charakter tymczasowy, odmienny jest charakter reprezentacji, nie występuje rozbudowana więź organizacyjna ani wspólny majątek. Z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną, zawiązaną na podstawie art. 860 k.c., a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p., którego zawarcie nie musi skutkować powstaniem majątku wspólnego uczestników konsorcjum. Zakwalifikowanie określonej umowy konsorcjum, jako umowy spółki cywilnej, jest uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej, tj. istnienie przedsiębiorstwa, majątku wspólnego, więzi organizacyjnych i majątkowych wspólników (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, Lex nr 1733674 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 r., II CSK 27/16, Lex nr 2151414).

Umowa konsorcjum została zawarta przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. i Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. w dniu 18.09.2012 r. Regulowała ona współdziałanie konsorcjantów nakierowane na realizację określonego przedsięwzięcia gospodarczego, ale już z jej treści wynikał tymczasowy charakter tej współpracy, (do dnia dokonania ostatecznych rozliczeń między zamawiającym i konsorcjum z tytułu realizacji zamówienia, nie krócej jednak niż przez cały okres realizacji kontraktu łącznie z okresem gwarancyjnym, aż do dnia protokolarnego bezusterkowego odbioru pogwarancyjnego przedmiotu zamówienia - § 5 ust. 1a umowy konsorcjum k.125v). Wolą konsorcjantów nie było zawarcie umowy spółki cywilnej o czym wprost świadczy treść § 2 ust. 3 porozumienia wykonawczego (porozumienie wykonawcze k.127v), z którego wynika, że zawarcie umowy konsorcjum i porozumienia wykonawczego nie stanowi powołania spółki. Według stanu na dzień zamknięcia rozprawy apelacyjnej współpraca ta już się zakończyła, co potwierdza dowód w postaci wystawionego przez pozwaną świadectwa wykonania robót objętych umową (świadectwo k.933), w związku z upływem okresu zgłaszania wad.

Konsorcjanci nie posiadali wspólnego majątku, bo za taki, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie może być uznany rachunek bankowy (§ 7 ust. 5 i ust. 9 umowy konsorcjum), na który zamawiający uiszczał wynagrodzenie należne wykonawcy. Wpłacone środki lider konsorcjum przekazywał powódce, w części odpowiadającej zakresowi wykonanych przez nią

robót. Zgodnie bowiem z porozumieniem wykonawczym konsorcjantów, każdy z nich wykonywał określony zakres prac (§ 2 ust. 3 i 4 porozumienia wykonawczego k.127v). Ponadto sam zamawiający domagał się, aby uczestnicy konsorcjum na bieżąco dokonywali podziału przekazanych im środków i to monitorował (okoliczność przyznana k. 928). W tej sytuacji nie ma podstaw do zakwalifikowania umowy konsorcjum z dnia 18.09.2012 r., jako umowy spółki cywilnej, gdyż nie spełnia ona cech konstrukcyjnych takiej umowy.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko skarżącej o braku podstaw do zastosowania w sprawie art. 471 k.c. Przepis ten stanowi podstawę do domagania się zapłaty odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy. Roboty dodatkowe nie były objęte przedmiotem umowy z dnia 25.03.2013 r., co oznacza, że skutki prawne wynikające z ich wykonania nie podlegają ocenie na podstawie przepisów o odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu, ale na podstawie art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

Uprawnienie wykonawcy do żądania zwrotu świadczenia nienależnego, spełnionego w wykonaniu robót budowlanych nie wskazanych w umowie objętej reżimem prawnym ustawy regulującej prawo zamówień publicznych, znalazło wielokrotne potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 r., II CSK 541/16, Lex nr 2329450, z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, Lex nr 1293945, z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, Lex nr 519298, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, Lex nr 238947, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844, z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, Lex nr 453070 i z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, Lex nr 1311808).

W ocenie Sądu Apelacyjnego wykonanie przez powodową spółkę robót dodatkowych poza stosunkiem umownym, nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 411 pkt 1 k.c. Przepis ten stanowi, iż nie można żądać zwrotu nienależnego świadczenia, jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej. Pojęcie przymusu, o jakim mowa w art. 411 pkt 1 k.c., nie może być interpretowane w sposób zawężający i odnosi się ono także do sytuacji, w której nienależnie świadczący działał w celu uniknięcia konsekwencji mających wymiar ekonomiczny, na przykład związanych z przerwaniem realizacji umowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego taki charakter miało działanie wykonawcy, bowiem bez wykonania spornych prac ukończenie inwestycji w ogóle nie było możliwe, a wstrzymanie wykonania prac i oczekiwanie na decyzję zamawiającego, zagrażało niedotrzymaniem terminu wykonania umowy, co mogło stanowić podstawę roszczeń zamawiającego w stosunku do wykonawcy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 r., II CSK 541/16, Lex nr 2329450 i z dnia 9 listopada 2005 r., II CK 177/05, Lex nr 346049).

Za ugruntowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznać należy pogląd, że w art. 410 § 1 k.c. ustawodawca przesądził, iż samo spełnienie świadczenia nienależnego jest źródłem roszczenia zwrotnego, przysługującego zubożonemu. Zatem nie ma potrzeby ustalania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło accipiensa ani czy na skutek tego świadczenia majątek solvensa uległ zmniejszeniu. Wykazanie samego faktu spełnienia świadczenia wypełnia bowiem przesłankę zubożenia po stronie powoda, a uzyskanie tego świadczenia przez pozwanego - przesłankę jego wzbogacenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2011 r., I CSK 66/11, Lex nr 1133784, z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 372/11, Lex nr 1231631, z dnia 28 sierpnia 2013 r., V CSK 362/12, Lex nr 1391375, z dnia 15 maja 2014 r., II CSK 517/13, Lex nr 1488794, z dnia 29 listopada 2016 r., I CSK 798/15, Lex nr 2183475, z dnia 11 grudnia 2015 r., III CSK 23/15, Lex nr 1936702, z dnia 7 kwietnia 2017 r., V CSK 481/16, Lex nr 2269071, z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, II CSK 414/10, Lex nr 738545, z dnia 28 kwietnia 2016 r., V CSK 514/15, Lex nr 2054103). W odniesieniu do bezpodstawnego wzbogacenia nie chodzi o konstrukcję z art. 361 § 1 k.c., tj. jak przy odpowiedzialności odszkodowawczej o stwierdzenie sprawstwa, tylko zmianę polegającą na przejściu wartości z jednego majątku do drugiego. Nie musi ona nastąpić w takiej samej postaci ani wysokości, a przyczyna przeniesienia jest w zasadzie obojętna (por. wyrok z dnia 7 lipca 2017 r., V CSK 629/16, Lex nr 2352171).

Ponieważ powodowa spółka spełniła na rzecz pozwanej spółki świadczenie nienależne w postaci robót dodatkowych, to przysługuje jej roszczenie o zwrot wartości tego świadczenia.

Pojęcie zubożenia nie należy utożsamiać z pojęciem szkody wyłącznie w postaci straty, ale może ono polegać także na utracie korzyści. Zwrot równowartości pieniężnej świadczenia niepieniężnego obejmuje korzyść wyliczoną według cen rynkowych, lecz w granicach rzeczywistego zubożenia drugiej strony, przy czym określenie wartości zubożenia wykonawcy i wartości wzbogacenia. Wykorzystywanie przez inwestora faktu braku umowy na roboty dodatkowe, które musiały być wykonane, aby przedmiot umowy został zrealizowany, nie może prowadzić do postawienia wykonawcy w gorszym położeniu i w konsekwencji do uzyskania niższego świadczenia w stosunku do tego które uzyskałby, gdyby została zawarta stosowna umowa i w stosunku do korzyści, jakie uzyskał inwestor, zwłaszcza, gdy konieczność wykonania robót dodatkowych została spowodowana okolicznościami leżącymi po stronie inwestora, a ich wykonywanie odbywało się przy jego pełnej aprobacie. Wykonane w takich okolicznościach roboty budowlane mają określoną wartość rynkową, którą inwestor musiałby ponieść na rzecz innego wykonawcy, w wypadku, gdyby wykonawca odmówił realizacji tych robót w związku z odmową przez inwestora zawarcia umowy na te roboty (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2018 r., II CSK 261/18, Lex nr 2570515).

Zatem prawidłowo Sąd I instancji ustalił, że wartość nienależnego powódce od pozwanej świadczenia odpowiada wartości robót dodatkowych, ustalonej według zasad, jakie obowiązywały strony przy realizacji robót objętych przedmiotem umowy z dnia 25.03.2013 r. nr 90/133/003/13/Z/I.

Sąd I instancji nie naruszył również przy wyrokowaniu art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c., przyjmując jako dzień wymagalności świadczenia - 1 kwietnia 2015 r., czyli dzień następny po dniu wyznaczonego na dzień 31 marca 2015 r. w sprawie sygn. akt XVII GCo 454/15 o zawiązanie do próby ugodowej posiedzenia. Należy mieć także na uwadze, że już przed tą datą powódka zwracała się do pozwanej o zapłatę za wykonane roboty dodatkowe, określając w pismach kierowanych do dłużnika wysokość świadczenia pieniężnego.

Roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia staje się wymagalne w terminie, w którym powinno być spełnione zgodnie z art. 455 k.c. Zgodnie z regułą wyrażoną w tym przepisie, jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Od tej chwili zatem kondykcje stają się wymagalne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2009 r., III CZP 102/09, OSNC 2010/5/75) i od tej chwili, jeśli żądanie opiewa na świadczenie pieniężne, przysługują odsetki za opóźnienie (art. 481 k.c.).

Uznając apelację za bezzasadną Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., orzekł o jej oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 98 §1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., zasądzając od pozwanej na rzecz powódki kwotę 11.250 tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję. Wysokość tych kosztów ustalona została w oparciu o § 10 ust. 1 pkt 2 i § 2 pkt 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.

Przemysław Kurzawa Edyta Jefimko Robert Obrębski