

## UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wniosła przeciwko pozwanemu Miasto Ł.- Zarząd Inwestycji Miejskich w Ł. pozew z żądaniem orzeczenia nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym obowiązku zapłaty przez pozwaną na rzecz strony powodowej kwoty **108.342,09 zł** tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót nieobjętych zamówieniem podstawowym, a koniecznych do prawidłowego zakończenia robót realizowanych w ramach umowy z dnia 20 06.2016r nr (...) (...) pn. „Przebudowa ulic (...)” z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 25 kwietnia 2017 r. do dnia zapłaty, oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej za pełnomocnictwo.

W przypadku skierowania sprawy na rozprawę, powód wniósł o zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego należności zgodnie z żądaniem pozwu.

Powód wskazał w uzasadnieniu pozwu, iż dochodzi wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót budowlanych, nie objętych przedmiotem zamówienia i umowy zawartej z pozwanym (pозew k. 2-5 akt).

**Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 24 lutego 2020r. (sygn. akt (...))** starszy referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w (...) w całości uwzględnił powództwo i orzekł o kosztach postępowania (nakaz zapłaty k. 126 akt).

**W sprzeczności od nakazu zapłaty pozwany wniósł o** oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania wg. norm przepisanych. Na podst. art. 84 k.p.c. pozwany wniósł o zawiadomienie poniższych podmiotów o toczącym się procesie i wezwanie ich do wzięcia w nim udziału (przypozwanie):

##

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...) P.;
- (...) sp. z o.o. z siedzibą w G., ul. (...), (...)-(...) G.,
- (...) sp. z o.o. z siedzibą w G., ul. (...), (...)-(...) G..

W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany potwierdził, że strony zawarły w dniu 20 czerwca 2016 r. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie zamówienia pod nazwą: „Przebudowa ulic (...)”.

Pozwany potwierdził, że powód wykonał prace opisane w pozwie, pozwany zaprzeczył jednak, iż z tytułu wykonania tychże prac należne jest powodowi dodatkowe wynagrodzenie, poza tym które zostało już wypłacone na podstawie umowy. Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy ustalone przez strony wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Wynagrodzenie ustalone w formie ryczałtu polega na umówieniu przez strony wysokości wynagrodzenia w stałej kwocie, która będzie stanowiła ostateczne wynagrodzenie przyjmującego zamówienie z tytułu zamówionego dzieła, niezależnie od tego, jakie nakłady, czy też koszty będzie musiał ponieść ten podmiot w celu wykonania dzieła. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem przyjęcie przez przyjmującego zamówienie ryzyka ekonomicznego polegającego na niemożliwości zmiany ustalonej pierwotnie kwoty, nawet jeżeli w chwili jej ustalania nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przepis art. 632 k.c. przewiduje bowiem, że ryzyko nisko ustalonego ryczałtu ponosi przyjmujący zamówienie, będący przedsiębiorcą, który ustalając wynagrodzenie z góry powinien uwzględnić przewidywane koszty wykonania dzieła będącego przedmiotem umowy. Stąd nie może żądać podwyższenia ryczałtu, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W podobny sposób definiuje się istotę ryczałtu w bogatym w tym zakresie orzecznictwie (...). Zgodnie z wyrokiem z 13.05.2013r. (KIO 973/13, LEX nr 1335075):

„Istotą wynagrodzenia ryczałtowego nie jest jedynie jego niezmiennosc i brak możliwości rozliczenia powykonawczego, gdyż te dwa elementy nie stanowią cech charakterystycznych dla ryczałtu. Zasadniczym elementem mającym wpływ na rodzaj wynagrodzenia jest rozkład ryzyka za identyfikację przedmiotu zamówienia oraz obliczenie wynagrodzenia, jak również konsekwencje tego ryzyka na etapie realizacji przedmiotu umowy. Tym samym, wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac stanowiący zazwyczaj jego ogólną charakterystykę winien w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego dokonać analizy tego i przy przewidzeniu wszelkich możliwych ryzyk określić swoje całkowite wynagrodzenie, ponosząc całkowitą odpowiedzialność za poprawność wyceny i prawidłowość identyfikacji przedmiotu zamówienia. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności, czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych) na wysokość wynagrodzenia obciąża przy wynagrodzeniu ryczałtowym przyjmującego zamówienie. Należy przyjąć, że jest ono dopuszczalne z perspektywy zasady swobody umów, zwłaszcza że ryzyko przyjmującego zamówienie równoważy sytuacja prawna zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, nawet w wypadku, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści, na przykład wskutek poniesienia niższych od zakładanych kosztów rzeczywistych.” (por. Frasz Mariusz Habdas Magdalena, Kodeks Cywilny, Komentarz. Tom IV. Zobowiązania, LEX).

Pozwany podkreślił w sprzeciwie, że w §9 ust. 14 umowy, wykonawca oświadczył, że zapoznał się z dokumentacją określającą przedmiot zamówienia. Wszystkie roboty dodatkowe, które wystąpią w okresie realizacji inwestycji, a które wykonawca - jako jednostka działająca zgodnie ze sztuką budowlaną, wiedzą i doświadczeniem - mógł przewidzieć na etapie składania oferty - muszą być wykonane w ramach wynagrodzenia określonego w umowie. Roszczenia dochodzone pozwem są niezasadne, gdyż na etapie składania oferty powód mógł przewidzieć te prace i uwzględnić je w wycenie, a ich wykonanie mieści się w zakresie prac ujętych w dokumentacji projektowej

Pozwany, również podkreślił, że na podstawie § 1 ust. 3 lit. z) umowy, powód zobowiązał się do wykonania wszelkich czynności dodatkowych wynikających z przyjętej technologii wykonania robót oraz wynikających z dostępu do miejsca robót. W tym kontekście należy uznać za nieuprawnione żądanie zapłaty za prace wskazane w pkt 1.2 i 1.3 uzasadnienia pozwu. Konieczność wykonania prac opisanych w pkt 1.3 niezależnie od podniesionej wcześniej możliwości uwzględniania ich w wycenie na etapie składania oferty - wynikała z uzgodnień z gestorem sieci Gazownią (...) i była konieczna do należytego wykonania przez powoda przedmiotu umowy. Powód jako podmiot profesjonalny mógł przewidzieć konieczność przyjęcia takiej technologii wykonania prac na czynnym gazociągu.

Zdaniem pozwanego, niezasadne są roszczenia związane z regulacją studni. Roboty wykonane w tym zakresie przez powoda mieszczą się w zakresie robót ujętych w dokumentacji projektowej.

Pozwany zaprzeczył jakoby dokumentacja projektowa została sporządzona wadliwie w sposób uniemożliwiający przewidzenie przez powoda konieczności wykonania robót opisanych w pozwie i ujęcia ich w wycenie.

Pozwany zaprzeczył, iż bezpodstawnie wzbogacił się kosztem powoda (sprzeciw od nakazu zapłaty k. 130-131 akt).

Na rozprawie poprzedzającej wyrokowanie powód ograniczył powództwo do kwoty 102.737,07 zł wynikającej z kosztorysu sporządzonego przez biegłego sądowego, cofnął pozew bez zrzeczenia się roszczenia ponad tę kwotę, a pozwany wyraził na powyższe zgodę (protokół rozprawy k. 353-354 akt).

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

**W dniu 20 czerwca 2016 roku** w Ł. pomiędzy pozwanym Miastem Ł. -Zarządem Dróg i (...) jako inwestorem a powodem (...) S.A. z siedzibą w Ł. jako generalnym wykonawcą została zawarta umowa nr (...)84? (...) na wykonanie robót drogowych.

Umowa została zawarta na skutek ogłoszonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Przedmiotem umowy było wykonanie zadania pod nazwą „Przebudowa ulicy (...)” zgodnie ze złożoną ofertą , dokumentacją projektową i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz innymi wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy zostało ustalone na kwotę 2.429.885,05 zł netto plus należny podatek Vat.

Termin realizacji prac został ustalony na 90 dni od daty przekazania przez zamawiającego placu budowy, w tym : dla ulicy (...) przekazanie placu budowy miało nastąpić po uzyskaniu przez zamawiającego decyzji (...). Uzyskanie tej decyzji inwestor zaplanował do dnia 30 czerwca 2016 roku.

Do umowy z dnia 20 czerwca 2016r. zawarto 5 aneksów. W aneksie numer (...) (pięć) strony ustaliły termin zakończenia prac na 28 grudnia 2016 roku.

(dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszereżeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251 akt ).

Funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych przy przebudowie ul. (...) pełniła **G. P.**. G. P. nie nadzorowała robót przy ul. (...). Nie pełniła na tej inwestycji funkcji inspektora nadzoru robót wodno-kanalizacyjnych i gazowych (dowód: zeznania świadka G. P. k. 165 akt).

**R. D.** pełnił obowiązki menadżera projektu w zespole, który był odpowiedzialny za realizację zadania pod nazwą „Przebudowa ulic (...)” (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt).

**A. M.** pełnił na inwestycji obowiązki menadżera projektu odpowiedzialnego za część projektu w zakresie sieci zewnętrznych i odwodnienia (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt).

**D. B.** pełnił na inwestycji funkcję kierownika projektu w zakresie wewnętrznego konsorcjum (...) S.A. (dowód: zeznania świadka D. B. k. 175 akt).

**I. P.** nadzorowała pod względem formalnym, prawnym, finansowym, technicznym przygotowanie oferty, wycenę zamówienia publicznego oraz realizację jako pełnomocnik (...) S.A. (dowód: zeznania świadka I. P. k. 179 akt).

**M. P.** był pracownikiem Zarządu Inwestycji Miejskich i pełnił funkcję inspektora nadzoru robót wodno-kanalizacyjnych i gazowych przy przebudowie ulic : Honorowej, W. , Kompostowej, Czystej i Mylnej w Ł. (dowód: zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

**B. J.** pełnił na inwestycji funkcję inspektora robót drogowych, nie zajmował się sprawami odwodnienia, kanalizacją ani instalacją gazową (dowód: zeznania świadka B. J. k. 228 akt).

**W trakcie realizacji inwestycji zaszła konieczność wykonania dodatkowych prac na istniejących wpustach.** Na ulicach: (...) wpusty przeznaczone do regulacji sytuacyjno - wysokościowej **po odkopaniu** nie posiadały elementów odciążających oraz nadstawek betonowych do osadników. W te elementy powinny być wyposażone prawidłowo wybudowane wpusty deszczowe. Wpust deszczowy nr WiCl był całkowicie popękany, co uniemożliwiało jego ponowne wbudowanie (dowód: zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

Dokumentacja projektowa przygotowana przez pozwanego jako inwestora nie zawierała informacji mówiących, że istniejące wpusty deszczowe nie zawierają nadstawek oraz elementów odciążających (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt, zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

W dniu 19 lipca 2016r. inspektor robót wodnokanalizacyjnych i gazowych M. P. sporządził na te okoliczność notatkę. Nie negocjował, że wpusty powinny mieć te elementy i należało je zakupić. Zakupu brakujących elementów betonowych

dokonał za własne środki powód jako wykonawca robót (dowód: notatka służbowa z dnia 19 lipca 2016r. k. 58v akt, zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

Regulacja wysokościowa wpustów, to regulacja w zakresie wysokości do maksymalnie 25 cm i nie obejmuje zakupu brakujących elementów betonowych (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt).

Zmiana wysokości wpustów nie ingeruje w elementy konstrukcyjne i wynosi jedynie kilka centymetrów i tak to zostało ujęte w dokumentacji projektowej. Inwestor nie opisał w przedmiocie zamówienia, że chodzi o przebudowę, rozbudowę lub remont wpustów ( dowód: zeznania świadka I. P. k. 179 akt).

Skoro wpusty deszczowe nie zawierały nadstawek oraz elementów odciążających, to nie można było zmienić wysokości wpustu, bowiem regulacja następuje poprzez te elementy (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt).

Powód jako wykonawca na etapie przetargu nie mógł przewidzieć zakupu brakujących elementów, gdyż wszystkie istniejące wpusty znajdowały się pod nawierzchnią gruntową. Powód by wykonać te prace, musiał zakupić brakujące elementy betonowe (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt, oraz opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w roszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

Zaszła też konieczność wykonania **przyłącza siodłowego (...)** i **było to inne rozwiązanie dla wpustów, niż podano w dokumentacji projektowej na ul. (...)**. Dokumentacja projektowa przewidywała wykonanie na ulicy (...) nowych wpustów wraz z przykanalikami podłączonymi do istniejących trójników na kanale deszczowym. Zgodnie z dokumentacją **po odkopaniu** w miejscach przyłączeniowych stwierdzono brak trójników umożliwiające włączenie do kanału (dowód: zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

Ze względu na brak istniejących trójników wystąpiła konieczność zakupu dodatkowych materiałów i zamontowania przyłączy siodłowych (...) ze zintegrowanym przegubem kulowym wraz z redukcjami w celu podłączenia nowych wpustów (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt).

Powód, jako wykonawca, założył do oferty kosztów związane z włączeniem nowych przyłączy do istniejących trójników na kanale, które były zawarte w dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego na etapie przetargu. Dokumentacja była tak sporządzona na bazie dokumentacji archiwalnej, że w miejscach włączeń przykanalika powinien być zamontowany trójnik lub „oczko” w kanale. Skoro tych elementów w kanale nie było , należało zamontować dodatkowy element - **przyłącze siodłowe (...)** (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt).

Zakup i montaż przyłączy siodłowych (...) został wykonany przez powoda , a inspektor M. P. sporządził na tę okoliczność notatkę w dniu 21 lipca 2016r. (dowód: 21 lipca 2016r. k. 59 akt, zeznania świadka M. P. k. 184 akt).

Dokumentacja ta nie przewidywała zastosowania, a tym samym zakupu przyłączy siodłowych oraz zwiększonych kosztów związanych z włączeniem w istniejący kanał (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt, zeznania świadka I. P. k. 180 akt, oraz opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w roszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

**W związku z nieprzewidzeniem w dokumentacji projektowej technologii hermetycznego wstrzymania gazu zaszła konieczność montażu F. gazowego.** Na ul. (...) podczas prowadzonych prac związanych z przebudową gazociągu stalowego DNI 50, ustalono z Gazownią (...) konieczność wykonania technologii-hermetycznego wstrzymania gazu na końcach istniejącego gazociągu z jednoczesnym przesyłem gazu (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt).

W tym celu należało zakupić i wykonać spawanie F. na czynnym gazociągu po obu stronach wydzielonego odcinka do wymiany wraz zachowaniem ciągłości przesyłu gazu poprzez gazociąg obejściowy (bajpass) zamontowany na F..

Dokumentacja projektowa wraz ze specyfikacją nie zakładała zastosowania technologii hermetycznego wstrzymania gazu wraz z zakupem fittingów a jedynie dostawę króćców połączeniowych stal/PE. Prace w tym zakresie dodatkowo wykonał powód (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt, zeznania świadka A. M. k. 172, 232 akt, oraz opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

**Powód wykonał poza zakresem umownym dodatkowo dwa wpusty na ul. (...).** Na ul. (...) po wykonaniu krawężników stwierdzono, że dwa istniejące wpusty deszczowe przeznaczone do regulacji wysokościowej znajdują się 0,5 m poza linią krawężnika (w drodze). Powodowało to nieprawidłowe odwadnianie układu drogowego, a także brak możliwości prawidłowej regulacji wysokościowo- sytuacyjnej. W związku z powyższym, wystąpiła konieczność dobudowania dwóch nowych wpustów płytkich zlokalizowanych linii krawężnika w celu prawidłowego odwodnienia układu drogowego oraz prawidłowego montażu krat żeliwnych. Wpusty istniejące w złej lokalizacji zostały przystosowane jako studnie rewizyjne. Powód jako wykonawca w tej sytuacji musiał zakupić i dostarczyć na budowę oraz zamontować rury z wpustami płytkimi, kompletem elementów odciążających oraz włazów ciężkich na istniejące wpusty będące w złej lokalizacji. Na tę okoliczność inspektor M. P. sporządził notatkę w dniu 29 sierpnia 2018r. Prace wykonano w porozumieniu ze (...) (dowód: zeznania świadka M. P. k. 184 akt, 29 sierpnia 2016 r. k. 60 akt, opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

**Na inwestycji zamiast regulacji istniejących studni na ul. (...), co zakładała dokumentacja projektowa z przetargu, faktycznie musiało dojść do ich przebudowy.** Na ulicach (...) wystąpiła konieczność obniżenia istniejących studni fi 1200 z kręgów żelbetowych w celu dopasowania się do nowej niwelety drogi. Regulacja studni polegająca odkopaniu studni, zdjęciu płyty nastudziennej, obcięciu kręgu betonowego DNI 200 (h=15-30 cm), założeniu płyty pokrywowej wraz z uszczelnieniem, montażem pierścieni regulacyjnych i włazów a następnie zasypaniem i zagęszczeniem, związane ze zmianą wysokości części roboczej studni kwalifikowane są jako przebudowa studni Regulacja istniejących włazów na istniejących studniach powinna zostać wykonana z zastosowaniem przeznaczonych do tego typu prac elementów (pierścieni regulacyjnych) poprzez ich dołożenie lub zdjęcie przestrzeni między płytą pokrywową studni a wjazdem co zostało ujęte w ofercie. Na tę okoliczność inspektor nadzoru M. P. sporządził notatkę w dniu 7 września 2016r. (dowód: zeznania świadka M. P. k. 185 akt, 7 września 2016r. k. 60 v akt).

Dokumentacja projektowa nie zakładała przebudowy istniejących studni kanalizacyjnych poprzez zdjęcie płyty pokrywowej wraz z wymianą lub obcinaniem kręgów betonowych studni (dowód: zeznania świadka R. D. k. 165 akt).

Roboty polegające na „przebudowie” studni są zupełnie innymi robotami, niż „regulacje” dla wykonania, których są w jednoznaczny sposób dedykowane elementy regulacyjne studni (dowód: zeznania świadka R. D. k. 166 akt).

Zakres regulacji studni znacząco odbiegał od ogólnie przyjętej definicji regulacji w zakresie robót inżynierskich, mających dostosować istniejącą infrastrukturę do nowych parametrów (dowód: zeznania świadka D. B. k. 175 akt).

Wszystkie roboty, które wykraczają poza działania w obrębie elementów regulacyjnych są już „przebudową” studni (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172, 232 akt, zeznania świadka D. B. k. 175 akt, oraz opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

Powód **wykonał, także zwiększony zakres robót przy regulacji studni na ul. (...)**. Na ulicach (...) wystąpiła konieczność obniżenia istniejących studni fi 1200 z kręgów żelbetowych w celu dopasowania się do nowej niwelety drogi. Regulacja studni polegająca na odkopaniu studni, zdjęciu płyty nastudziennej, obcięciu kręgu betonowego (...) (h =15-30 cm) założeniu płyty pokrywowej wraz z uszczelnieniem, montażem pierścieni regulacyjnych i włączów a następnie zasypaniem i zagęszczeniem, związana ze zmianą wysokości części roboczej istniejącej studni kwalifikowane są jako przebudowa studni. Regulacja istniejących włączów na istniejących studniach powinna zostać wykonana z zastosowaniem przeznaczonych do tego typu prac elementów (pierścieni regulacyjnych) poprzez ich dołożenie lub zdjęcie w przestrzeni między płytą pokrywową studni a włączem co zostało ujęte w ofercie. Dokumentacja projektowa nie zakładała przebudowy istniejących studni kanalizacyjnych poprzez zdjęcie płyty pokrywowej wraz z wymianą lub obcinaniem kręgów betonowych studni.

Prace w zakresie odpowiadającym w rzeczywistości przebudowie studni nie były ujęte w SIWZ , ani w dokumentacji projektowej (dowód: zeznania świadka D. B. k. 175 akt, opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

Powód wykonał **dodatkowe wpusty na ul. (...)**. Na ul. (...) po wykonaniu krawężników stwierdzono, że istniejące wpusty deszczowe przeznaczone do regulacji wysokościowej znajdują się 0,7 m poza linią krawężnika, co skutkowało by nieprawidłowym odwadnianiem układu drogowego, a także brakiem możliwości prawidłowej regulacji wysokościowo-sytuacyjnej. W związku z powyższym, wystąpiła konieczność dobudowania nowych wpustów płytkich zlokalizowanych w linii krawężnika w celu prawidłowego odwodnienia układu drogowego oraz prawidłowego montażu krat żeliwnych. Powód jako wykonawca w tej sytuacji musiał zakupić i dostarczyć na budowę i zamontować rury wraz z wpustami płytkami kompletem elementów odciążających oraz włączów ciężkich na istniejące wpusty będące w złej lokalizacji (dowód: zeznania świadka A. M. k. 172 akt oraz

opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt , dziennik budowy k. 117 akt ).

Wykonawca wycenił swoje prace w oparciu o przedmiot zamówienia i dokumentację projektową. Wykonał jednak prace dodatkowe, nie ujęte w dokumentacji przetargowej, mając na uwadze dobro inwestycji oraz współdziałanie stron w dobrej wierze przy realizacji umowy. Wykonawca pokrył z własnych środków koszt prac dodatkowych, w tym zakupu materiałów budowlanych. Prac tych powód nie mógł przewidzieć przy zawieraniu umowy, mimo profesjonalizmu i dołożenia należytej staranności (dowód: zeznania świadka D. B. k. 175-175v akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w roszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt, dziennik budowy k. 117 akt, notatka służbowa z dnia 19 lipca 2016r. k. 58v akt, 21 lipca 2016r. k. 59 akt, 27 lipca 2016r. k. 59v akt, 29 sierpnia 2016 r. k. 60 akt, 7 września 2016r. k. 60 v akt, 10 października 2016r. k. 63 akt, 13.10.2016r. k. 62v akt; 21.10.2019r. k. 62, pisma z dnia 22.09.2016r.k. 57-58 akt, 21.11.2016 r. k. 61 akt).

W trakcie realizacji prac na inwestycji okazało się, czego nie można było przewidzieć przy przygotowaniu oferty, że dokumentacja projektowa przygotowana przez inwestora zawiera błędy z powodu braku prawidłowego rozpoznania warunków terenowych i zastosowania adekwatnych do nich rozwiązań technicznych, technologicznych, materiałowych. Mimo profesjonalizmu powoda nie można było przewidzieć wielu scenariuszy robót dodatkowych, **bowiem wycena prac musi opierać się na opisie przedmiotu zamówienia i dokumentacji projektowej, a nie na domniemaniu braków w tej dokumentacji** (dowód: zeznania świadka I. P. k. 179v akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w roszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt ).

**Strona powodowa wymieniła w pozwie w tabeli numer 1 i 2 rodzaj, ilość robót wraz z ich kosztem, traktując je jako roboty dodatkowe. Analiza wymienionych robót pokrywa się ze sporządzonymi notatkami przez kierownika budowy oraz inspektora nadzoru, działającego z ramienia inwestora.**

Tabela numer 1 stanowiąca załącznik do pozwu dotyczy ulicy (...). Stanowi ona zakres robót do zgodnie z zapisami notatki z dnia 19 lipca 2016 r. spisanej przez kierownika budowy i inspektora nadzoru. Jak wynika z notatki służbowej, po odkopaniu wpustów stwierdzono, że nie posiadają one elementów odciążających oraz nadstawek betonowych do osadników, w które powinny być istniejące w drodze wpusty deszczowe. Dokumentacja projektowa nie zawierała informacji, że istniejące wpusty deszczowe nie zawierają nadstawek oraz elementów odciążających. Notatka służbowa z 21 lipca 2016 roku dotyczy ulicy (...), gdzie potwierdzono brak istniejących trójników. W tym przypadku zaszła konieczność zamontowania przyłączy siodłowych (...) wraz z integrowanym przegubem wraz redukcjami w celu podłączenia nowych wpustów. Dokumentacja nie przewidywała zakupu w/w elementów. Na ulicy (...) zaszła konieczność montażu fittingu gazowego fi DN 150 wraz z montażem w ilości 2 szt. - notatka z dnia z 27-07-2016 r. W dniu 29 sierpnia 2016 roku została spisana przez kierownika budowy i inspektora nadzoru notatka służbowa dotycząca ulicy (...), w której stwierdzono, że dwa istniejące wpusty przeznaczone tylko do regulacji wysokościowej nie znajdują się w linii krawężnika. Podjęto decyzje, że istniejące dwa pozostaną w istniejącej lokalizacji, natomiast dwa płytkie wpusty bez osadników DN 500 z kompletem pierścieni odciążających zostaną usytuowane w linii krawężnika i zostaną podłączone do istniejących studni osadnikowych. Zgodnie z notatką z dnia 7 września 2016 roku na ulicy (...) zaszła konieczność obniżenia ośmiu istniejących studni z kręgów żelbetowych fi 1200 w celu dopasowania się do niwelety drogi. Regulacja studni polega na odkopaniu studni, zdjęcie płyty nastudziennej obcięcie kręgu betonowego DN 1200( (...)-50 cm) założenia płyty pokrywowej wraz uszczelnieniem i zasypanie i zgęszczenie. Dokumentacja projektowa nie przewidywała wykonanie w/w prac.

Zgodnie z notatkami na ulicy (...) zaszła konieczność regulacji dwóch sztuk istniejących studni o średnicy 1200, na ulicy (...) w ilości 9 szt. oraz montażu wpustu płytkiego (...) wraz kompletem elementów odciążających i

władem ciężkim. Przyczyną wystąpienia robót wskazanych przez stronę powodową był fakt nieuwzględnienia ich w dokumentacji projektowej przez zamawiającego. **Powodem braku uwzględnienia wskazywanych robót był fakt, że wskazane prace dodatkowe na etapie wizji w terenie nie były widoczne.** Dopiero podczas wytyczenia trasy krawężników, wykonaniu robót ziemnych i przystąpieniu do regulacji studni okazało się, że w celu poprawnej regulacji wysokości brakuje poszczególnych elementów wymienionych w notatkach służbowych spisanych przez kierownika budowy, inspektora nadzoru. **W trakcie budowy wspólnie z inspektorem nadzoru przyjmowano nowe rozwiązania projektowe, które finalizowano w formie uzgodnień w notatkach.**

(dowód: opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt, dziennik budowy k. 117 akt, notatka służbowa z dnia 19 lipca 2016r. k. 58v akt, 21 lipca 2016r. k. 59 akt, 27 lipca 2016r. k. 59v akt, 29 sierpnia 2016 r. k. 60 akt, 7 września 2016r. k. 60 v akt, 10 października 2016r. k. 63 akt, 13.10.2016r. k. 62v akt; 21.10.2019r. k. 62, pisma z dnia 22.09.2016r.k. 57-58 akt, 21.11.2016 r. k. 61 akt).

**W dokumentacji przetargowej wystąpiły niedopatrzienia w postaci nieuwzględnienia konieczności prac wymienionych we wskazanym w uzasadnieniu pozwu tabeli nr 1 i 2, przy czym** powód wyliczył wartość prac w tabelach według własnych cen jednostkowych i tak:

**Tabela nr 1**

Lp	Wyszczególnienie robót rozliczeniowych	Ilość	Cena jednostkowa (1 PLN netto)	wartość PLN netto
1	Pierścieńsz. odciażający fi 1120x150	25		5 450,00 zł
	Pierścieńsz. dystansowy fi 920x250	25	176,00 zł	4 400,00 zł
	Podstawasz. betonowa (...) z otworem fi 500	25	210,00 zł	5 250,00 zł



	Nadstawka betonowa fi500	szt.	25	213,00 zł	5 450,00 zł	
	Wpust betonu fi500 z syfonem i osadnikiem	szt.		1 280,00 zł	1 280,00 zł	
2.	Przyłącze siodłowe fabekun 315/150 z redukcją 150/199	szt.	6	650,00 zł		
3.	Montaż fittingu gazowego fi150 wraz z montażem	szt.	2	2 850,00 zł	5 700,00 zł	
4	Montaż wpustu płytkiego (...) wraz z kompletem elementów odciążających i włazem ciężkim 0400	szt.	2	2 795,00 zł	5 590,00 zł	
5.	Regulacja istniejących studni fi1200 (h*15-30cm) ul. (...)	szt.	8	1 952,00 zł	15 616,00 zł	

			Razem netto	52 636,00 zł	
			Podatek VAT	12 106,28 zł	
		Razem brutto	64 742,28 zł		

**Tabela nr 2**

L.p.	Wyszczególnienie robót rozliczeniowych	jedn. miary	ilość	Cena (...).netto	Wartość
	Regulacja istniejących studni fi1200 (h*15-30cm) ul. (...)	szt.	2	(...),00: zł	3 904,00

	Regulacja istniejących studni fi1200 (h*15-30cm) - ul. (...)	szt.	9	1 952,00	17.568,00zł
2	Montaż wpustu płytkiego (...) wraz z kompletem	szt.	5	2 795,00 zł	13.975,00

	elementów odciążających i włazem ciężkim D400 - ul. (...)					
				Suma netto:	35.447,00zł	
	Podatek VAT				8 152,81 zł	
	Razem brutto				43 599,81 zł	

Zamawiający na etapie przygotowania postępowania przetargowego nie przewidział, że nastąpi konieczność zakupu i montażu wymienionych elementów w notatkach służbowych, co przełożyło się na nowe rozwiązania i wystąpienie prac dodatkowych nieprzewidzianych w umowie.

**Wartość robót dodatkowych została oszacowana według kosztorysu (bez uwzględnienia cen jednostkowych powoda) na poziomie 102.737,07 zł brutto.**

**Wskazane prace były nie przewidziane w dokumentacji projektowej nie tylko przez zamawiającego, ale również przez powoda, więc nie było możliwości na etapie przygotowania oferty dokonania ich wyceny.** Wykonawca w ofercie wycenił regulacje studni z kręgów żelbetonowych, która polega na dołożeniu lub zdjęciu pierścieni regulacyjnych pomiędzy płytą pokrywową a włazem. Natomiast, prace polegające na odkopaniu studni, demontażu płyty nastudziennej, obcięciu kręgu betonowego DN 1200 o około-15-30 cm a następnie na założeniu płyty pokrywowej wraz uszczelnieniem, montażem pierścieni regulacyjnych i włazów a następnie na zasypaniu wraz zagęszczeniem są pracami o wiele droższymi. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone w notatce przez inspektora nadzoru (dowód: opinia biegłego sądowego za zakresu budownictwa wraz z kosztorysem k. 269-293, 326-328 akt, opinia ustna w protokole rozprawy k. 354 akt, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z załącznikami k. 19-56, umowa o wykonanie robót budowlanych k. 64-72 akt, pięć aneksów do umowy k. 73-78 akt, dokumentacja projektowa (powykonawczy projekt drogowy z opisem technicznym, powykonawczy projekt dotyczący kanalizacji deszczowej, wykaz specyfikacji technicznych adekwatnych do kategorii robót wykazanych w rozszczeniach, opis techniczny dotyczący przebudowy gazociągu) płyta DVD k. 251akt, dziennik budowy k. 117 akt, notatka służbowa z dnia 19 lipca 2016r. k. 58v akt, 21 lipca 2016r. k. 59 akt, 27 lipca 2016r. k. 59v akt, 29 sierpnia 2016 r. k. 60 akt, 7 września 2016r. k. 60 v akt, 10 października 2016r. k. 63 akt, 13.10.2016r. k. 62v akt; 21.10.2019r. k. 62, pisma z dnia 22.09.2016r.k. 57-58 akt, 21.11.2016 r. k. 61 akt).

**Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.**

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy podnieść, że sprawa była rozpoznawana w ramach procedur określonej w D. (...) w sprawach gospodarczych” W myśl art. 458<sup>1</sup> § 1 k.p.c. Przepisy tego działu stosuje się w sprawach gospodarczych podlegających rozpoznaniu w procesie.

W art. 458<sup>1</sup> § 2 k.p.c. w sprawach gospodarczych rozpoznawanych według przepisów niniejszego działu przepisy o innych postępowaniach odrębnych stosuje się w zakresie, w którym nie są sprzeczne z przepisami niniejszego działu. Nie dotyczy to spraw gospodarczych rozpoznawanych w europejskim postępowaniu nakazowym, europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń oraz elektronicznym postępowaniu upominawczym.

W postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, w którym powód jest obowiązany powołać wszystkie twierdzenia i dowody w pozwie, a pozwany – w odpowiedzi na pozew (art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c.) pod rygorem ich pominięcia, chyba że strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynika później. Jest to pierwszy moment koncentracyjny w tym postępowaniu. Aktualność zachowuje przy tym wyr. SN z 14.12.2006 r., I CSK 322/06, L., w którym SN podkreślił, że przy ocenie, jakie twierdzenia i dowody powód jest obowiązany zawrzeć już w pozwie, a co do jakich potrzeba ich powołania może wynikać później (d. art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c.), trzeba mieć na uwadze także to, że nie można wymagać od powoda, by zgłaszał już w pozwie takie dowody, które antycypowałyby ewentualny sposób obrony pozwanego, a tym samym zmuszać go do przewidywania, jaką obronę podejmie pozwany i jakie dowody zgłoszone już w pozwie mogą tę obronę unicestwić. Ustawodawca, przewidując dopuszczalność późniejszego powołania dowodów, których potrzeba zgłoszenia wynika później, uwzględnił właśnie to, że strony stosunku prawnego mogą zmieniać swoje stanowiska lub je uzupełniać, w związku z czym powód z reguły nie może przewidzieć sposobu obrony pozwanego, który ma prawo zająć w procesie inne stanowisko niż zajmował poprzednio, i bronić się inaczej niż czynił to przed procesem. Tym samym należy uznać, że obowiązek wyrażony w art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. nie ma charakteru bezwzględnego i odnosi się do stron reprezentowanych przez profesjonalnych pełnomocników (art. 458<sup>5</sup> § 2 w zw. z art. 458<sup>4</sup> § 1 KPC). W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie 2 tygodni od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania (art. 458<sup>5</sup> § 4 k.p.c.).

Mając powyższe na uwadze, Sąd zobowiązał stronę powodową do zajęcia stanowiska po zapoznaniu się ze sprzeciwem od nakazu zapłaty, przedstawienia twierdzeń oraz wniosków dowodowych, które odnosiłyby się do zarzutów strony pozwanej. Stanowisko takie zostało zajęte w odpowiedzi na sprzeciw z dodatkowymi dowodami z dokumentów, z których przeprowadzenie dowodu nie narusza rygору **art. 458<sup>11</sup> k.p.c.**

Nie można zapomnieć, że szczególna regulacja dowodu z dokumentu znalazła się w przepisach o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Wedle tych odrębności dowód z dokumentu w niektórych przypadkach staje się dowodem wyłącznym. Czynność strony, w szczególności oświadczenie woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia strony w zakresie danego stosunku prawnego, może być wykazana tylko dokumentem, o którym mowa w art. 77<sup>3</sup> k.c., chyba że strona wykaże, że nie mogła przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych (art. 458<sup>11</sup> k.p.c.). Z treści przywołanego przepisu wynika, że konieczność posługiwania się w postępowaniu dowodowym w sprawach gospodarczych wyłącznie dokumentami, obejmuje w przeważającej części dochodzenie roszczeń opartych na odpowiedzialności kontraktowej. Ze względu na to, że źródłem odpowiedzialności deliktowej są działania faktyczne stron, a nie ich oświadczenia woli bądź wiedzy, w sprawach, w których podstawą roszczeń jest odpowiedzialność deliktowa, katalog przeprowadzanych środków dowodowych będzie szerszy. Ustawodawca w art. 458<sup>11</sup> k.p.c. wprost odwołał się do przepisu art. 77<sup>3</sup> k.c., zawierającego definicję dokumentu. Dowodem wyłącznym w postępowaniu gospodarczym może być zatem każdy dokument spełniający kryteria określone dla formy pisemnej czynności prawnej (art. 78 k.c.), formy elektronicznej czynności prawnej (art. 78<sup>1</sup> k.c.) oraz formy dokumentowej czynności prawnej (art. 77<sup>2</sup> k.c.). Należy zauważyć, że przepisy o oświadczeniach woli mają odpowiednie zastosowanie do oświadczeń wiedzy (art. 65<sup>1</sup> k.c.). W świetle powyższego, przedsiębiorca na potrzeby postępowania sądowego będzie mógł skorzystać z szerokiego spektrum nośników w postaci pisemnej,

audialnej, wizualnej i każdej innej, przy użyciu wszelkich technik, na których zostaną utrwalone oświadczenia woli lub wiedzy. Przykładami mogą być notatki, rysunki, szkice, utrwalenia na dyskach (wszelkiego rodzaju), korespondencja e-mailowa, SMS-owa, nagrania wideokonferencji lub telekonferencji, zrzuty ekranów telefonicznych lub komputerowych.

Należy też wskazać, że w doktrynie pojawił się pogląd, zgodnie z którym regulacja zawarta w art. 458<sup>11</sup> k.p.c. powinna być uznana za sprzeczną z regulacją z art. 74 § 4 k.c.. Przepisów o skutkach niezachowania formy pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami. Według art. 74 § 4 k.c., w sporach między przedsiębiorcami można powoływać się na dowód ze świadków i dowód z przesłuchania stron co do faktu dokonania czynności prawnej i co do jej treści, przy niezachowaniu wymogu właściwej formy ad probationem. Z artykułu 458<sup>11</sup> k.p.c. wynika natomiast, że w postępowaniu gospodarczym została wprowadzona przeciwna reguła. Oznacza to, że zasadniczo w razie niezachowania pomiędzy przedsiębiorcami formy pisemnej, elektronicznej lub dokumentowej czynności prawnej dowód ze świadków i dowód ze stron będzie niedopuszczalny. Rozwiązaniem tej sprzeczności jest uznanie, że art. 458<sup>11</sup> k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 74 § 4 k.c., a w konsekwencji ma on prymat w stosowaniu.

Szczególne role dowodu z dokumentu jest także widoczna **w przepisie art. 458<sup>10</sup> k.p.c., który kreuje pewną nadrzędność tego dowodu. W myśl tego przepisu sąd może dopuścić dowód z zeznań świadków jedynie wtedy, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w razie ich braku, pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.** Trzeba mieć przy tym na uwadze, że te inne środki **dowodowe to przede wszystkim dokumenty, ponieważ dowód z przesłuchania stron ma sam z siebie charakter subsydiarny (art. 299 k.p.c.).** Przepis art. 458<sup>10</sup> k.p.c. powinien być w pewnym zakresie odczytywany łącznie z art. 458<sup>11</sup> k.p.c. Odmienne założenie prowadziłyby do uznania, że w każdej sytuacji, w której strona nie przedstawi innych dowodów, sąd powinien rozważyć, czy nie powinien jednak dopuścić dowodu z przesłuchania świadków.

Norma zawarta art. 458<sup>11</sup> k.p.c. ma charakter wyłącznie procesowy i nie modyfikuje w żaden sposób regulacji prawa materialnego dotyczącej formy czynności prawnych (zawartej w szczególności w art. 73 i n. k.c.). Przeprowadzenie innego dowodu co do oświadczenia woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnień strony w zakresie danego stosunku prawnego jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy strona wykaże, że nie może przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych. Do takich okoliczności zalicza się niezawinioną utratę dokumentu (np. zniszczenie zapisu cyfrowego wskutek awarii komputera czy też kradzież dokumentu albo nośnika, na którym został zapisany).

Ograniczenia dotyczące dowodów nie mają zastosowania, jeżeli prowadzenie dowodu z zeznań świadków oraz przesłuchania stron zmierza w kierunku ustalenia woli stron w drodze wykładni, rozumienia treści umowy, a także towarzyszących jej zawarciu uzgodnień, gdyż, jak wynika z art. 458<sup>11</sup> k.p.c., dotyczy on wykazania czynności strony, co nie obejmuje innych elementów stanu faktycznego.

**Zatem, jak wynika z powyższego, zakres postępowania dowodowego został wyznaczony wnioskami dowodowymi zamieszczonymi w pozwie oraz wnioskami dowodowymi ze sprzeciwu od nakazu zapłaty. Sprzeciw wyznaczył, też zakres zaskarżenia oraz zarzuty przeciwko żądaniu pozwu. Twierdzenia i zarzuty poza sprzeciwem nie mogły odnieść zamierzonego skutku.**

W toku postępowania dowodowego strona powodowa wniosła o :

- dopuszczenie dowodu z dokumentów na okoliczność wskazaną w uzasadnieniu pozwu,

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków: R. D., I. P., A. M., D. B., K. M. - na okoliczność sposobu czasu realizacji przedmiotu umowy z dnia 20.06.2016r. nr 333. (...), przyczyn wystąpienia robót dodatkowych i ich wykonania, rozliczenia robót dodatkowych, rozbieżności w dokumentacji projektowej,

- **dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w branży budownictwo drogowe - projektowanie ceny, kosztorysowane i rozliczenia robót budowlanych** na okoliczność stanu zaawansowania robót budowlanych umowy z dnia 20.06.2016r nr (...). (...), przyczyn wystąpienia robót dodatkowych, ich wykonania, wartości robót dodatkowych, a w szczególności w celu odpowiedzi na pytanie, czy w dokumentacji przetargowej wystąpiły błędy: w postaci nieuwzględnienia konieczności wykonania prac wymienionych we w uzasadnieniu pozwu i wskazanych w tabeli nr 1 i 2, jaka jest wartość zubożenia powoda wskutek konieczności dodatkowych prac spowodowanych błędami projektowymi, jaka jest wartość wzbogacenia pozwanego, wskutek wykonania przez powoda w wyniku błędów projektowych prac dodatkowych.

**Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty wniosł** o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: G. P., B. J. , M. P. na okoliczność sposobu realizacji umowy pozwanego z dnia 20.06.2016 r., braku wystąpienia robót dodatkowych, braku rozbieżności w dokumentacji projektowej.

W przypadku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, o który wnioskował powód w pkt 5 pozwu, wniosł o rozszerzenie tezy dowodowej dla biegłego również o następujące pytania:

- czy powód jako podmiot profesjonalny mógł przewidzieć i ująć w wycenie konieczność wykonania prac opisanych w pkt 1 .1 - 1.7 uzasadnienia pozwu,

- jak zgodnie z obowiązującymi normami oraz dokumentacją projektową przedmiotowego postępowania można określić zakres prac koniecznych do wykonania w celu „regulacji studni z kręgów żelbetowych” (vide pkt 1.5 i 1.6 uzasadnienia pozwu),

- czy prace opisane przez powoda można uznać za roboty dodatkowego w kontekście zakresu prac określonego w umowie.

Zdaniem Sądu, zeznania świadka **G. P.** nie wniosły nic istotnego do sprawy. Świadek przyznała, co zresztą wynika z dokumentów, że nie nadzorowała robót przy ul. (...) i nie pełniła na tej inwestycji funkcji inspektora nadzoru robót wodno-kanalizacyjnych i gazowych. Zeznania świadka na temat tego, na czym polega regulacja wysokościowa studni o tyle nie mają znaczenia, iż w tym przypadku z taką regulacją nie mieliśmy do czynienia, co zresztą wynika z opinii biegłego sądowego, a i świadek w ogóle nie uczestniczyła w tych pracach budowlanych.

Zeznania **świadka M. P.** k. 184 akt w zakresie twierdzenia, że powód na etapie składania oferty powinien przewidzieć zmianę sposobu prowadzenia prac, kontaktując się z Zakładem (...) lub zadając pytania inwestorowi, jest sprzeczne z zakresem obowiązków umownych powoda. To inwestor powinien poczynić ustalenia z gestorami sieci, a następnie w dokumentacji przetargowej opisać konieczność wykonania hermetycznego wstrzymania gazu dla potrzeb włączenia nowego gazociągu w istniejący. Dokumentacja projektowa wraz ze specyfikacją nie zakładały, jak trafnie podkreślał powód , a potwierdził biegły w opinii, zastosowania technologii hermetycznego wstrzymania gazu wraz z zakupem fittingów, a jedynie dostawę króćców połączeniowych stal/PE.

Biegły, również w opinii odniósł się do powyższych zeznań wskazując, że spisana w dniu 27-07-2016 roku przez kierownika budowy i inspektora nadzoru notatka służbowa zakładała konieczność wykonania hermetycznego wstrzymania gazu dla potrzeb włączenia nowego gazociągu w istniejący. Dokumentacja zakładałaospawanie króćców PE/stal przez gazownię, natomiast nie przewidywała wstrzymania gazu w istniejącym gazociągu w technologii hermetycznego wstrzymania gazu poprzez montaż F. na końcach istniejącego gazociągu w miejscu włączeń. Świadek M. M., inspektor nadzoru robót wod.-kan. i gazowych na przedmiotowej inwestycji, zeznał w dniu 3 lipca 2020 r., iż

w tym przypadku powód na etapie składania oferty mógł przewidzieć zmianę sposobu wykonania prac kontaktując się z Zakładem (...) w Ł., lub zadając pytanie inwestorowi.

Biegły podkreślił, odnosząc się do powyższej kwestii, że zadaniem wykonawcy było realizowanie inwestycji zgodnie z projektem. Jeżeli dokumentacja zakładała konkretne rozwiązanie, **to wykonawca nie był obligowany na etapie składania oferty do zgłaszania zmian projektowych lub technologicznych inwestorowi.** Wykonawca nie miał obowiązku na etapie składania ofert kontaktowania się z Zakładem (...). **Obowiązkiem wykonawcy jest jedynie posiadanie umiejętności czytania dokumentacji projektowej bez obowiązku jej sprawdzania.** Fakt, że zamawiający przygotował przedmiar robót i sam nie był w stanie przewidzieć wszystkich prac świadczy o tym, że wykonawca tym bardziej nie mógł przewidzieć konieczności wstrzymania gazu w istniejącym gazociągu w technologii hermetycznego wstrzymania gazu poprzez montaż F. na końcach istniejącego gazociągu w miejscu włączeń. Strona pozwana przywołuje jedynie po fackie błędne założenie, że gdyby strona powodowa zadała pytanie inwestorowi bądź skontaktowała się z Zakładem (...), to mogłaby wtedy przewidzieć zmiany, a sama na etapie wykonania i uzgadniania dokumentacji projektowej nie przyjęła sposobu wykonania hermetycznego wstrzymania gazu dla potrzeb włączenia nowego gazociągu w istniejący.

Zdaniem Sądu, ocena biegłego powyższej kwestii jest logiczna i przekonująca.

Strona pozwana podnosiła także, że analizując łącznie profile podłużne kanałów deszczowych zawartych w dokumentacjach branży wod.-kan. z profilami niwelety drogowej zawartych w dokumentacjach branży drogowej można wprost odczytać, że docelowa konieczna regulacja wysokościowa studni kanalizacji deszczowej fi 1200 będzie przekraczać poza zakres regulacji przewidziany projektami branży kanalizacji.

Biegły podkreślił, że są to jedynie przypuszczenia, chociaż wstępnie można poczynić pewne założenia. Natomiast, jeśli strona pozwana twierdzi, że z analizy profili podłużnych kanałów deszczowych w dokumentacjach branży wod.-kan. z profilami niwelety drogowej zawartych w dokumentacjach branży drogowej była możliwość odczytania przekraczający zakres regulacji 40 cm studni, **to zastanawiające jest dlaczego zamawiający na etapie przygotowania przedmiaru nie przewidział w/w okoliczności.** W ocenie biegłego, nie jest możliwe precyzyjne określenie zakresu regulacji studni, która przekraczała standardową regulację do 40 cm bez uprzednio wykonanych pomiarów geodezyjnych. Przed rozpoczęciem robót, uprawniony geodeta dokonuje wytyczenia wysokościowego niwelety krawężników i pozostałych elementów drogi. Dopiero po wykonanych pomiarach niwelety jezdni jest możliwość stwierdzenia ile dokładnie wynosi regulacja studni.

W ocenie Sądu, zeznania świadka **B. J.** nie wniosły nic istotnego sprawy. Świadek nadzorował roboty drogowe, nie zajmował się branżą wodno-kanalizacyjną, czy gazową, nie analizował dokumentacji branżowej, nie pamiętał spraw związanych z brakami, czy błędami dokumentacji.

Natomiast, opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa była, w ocenie Sądu, logiczna i przekonująca, a przez to jej wnioski mogły być podstawą dokonania ustaleń faktycznych. Biegły potwierdził braki w dokumentacji projektowej, w przedmiarze robót, w szczególności w zakresie prawidłowego oznaczenia zakresu robót, przyjęcia adekwatnych rozwiązań technicznych do stanu faktycznego urządzeń w gruncie, braku możliwości przewidzenia wykonania prac opisanych w pozwie jako dodatkowe. Wartość robót dodatkowych strona powodowa wyceniła w pozwie według własnych cen jednostkowych. W celu ich weryfikacji biegły podjął próbę wyceny tych prac na podstawie kosztorysu budowlanego w oparciu o zgromadzony materiał w aktach sprawy, na podstawie oględzin w terenie oraz cenników z okresu wykonywania prac. Wnioski z opinii, w tym kosztorys biegłego nie zostały skutecznie zakwestionowane przez pozwanego. Nadto, nie można przeoczyć, że zakres prac dodatkowych potwierdzały na bieżąco spisywane notatki inspektora nadzoru robót wodno-kanalizacyjnych i gazowych, a poza sporem jest, że rzeczywisty stan faktycznych urządzeń tych sieci był widoczny dla jednej i drugiej stron dopiero po odkopaniu tych urządzeń wykonaniu prac zmiennych.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo prawie w całości okazało się zasadne.

W zakresie cofniętego pozwu (pkt 2 wyroku) Sąd umorzył postępowanie na podstawie art. 203 §1 k.p.c. w zw. z art. 355 k.p.c.

**Odnosząc się do najistotniejszych kwestii z punktu widzenia rozstrzygnięcia należy podnieść, że:**

\_\_\_\_\_

**Strony zawarły umowę** w dniu 20 czerwca 2016 r. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie zamówienia pod nazwą: „Przebudowa ulic (...)” w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. **Prawo zamówień publicznych** (Dz.U.2015.2164 tekst jednolity- w brzmieniu obowiązującym na datę zawarcia umowy).

Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust.1 ustawy).

W wyroku (...) z dnia 23 lipca 2010 r., (KIO(...), (...) (...)) zwróciła uwagę, że:

"Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, poprzedzający przedmiot następnie zawieranej umowy nie podlega, po wyborze oferty najkorzystniejszej, negocjacom, dookreśleniom ani innym zabiegom mających na celu sprecyzowanie przedmiotu a zakres świadczenia jaki został zaoferowany przez wykonawcę musi być tożsamy z tym zawartym w umowie. (...) Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia poprzez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt, ale również, gdy zamawiający nie dokona właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Zasada określona w art. 7 ust. 1 ustawy - zasada uczciwej konkurencji będąca zabezpieczeniem szerokiego dostępu wykonawców do rynku zamówień ma gwarantować Zamawiającemu możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego oraz **korzystnej cenowo a więc sprzyjającej celowemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych**. Jednakże, aby założenia jakich osiągnięcie ma być efektem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zostały spełnione, konieczne jest, aby zamawiający wypełnił ciążące na nim obowiązki, w tym obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób **jednoznaczny, przejrzysty, wyczerpujący** prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem konkurencja pomiędzy ofertami, które zostaną złożone w postępowaniu nie będzie możliwa a to doprowadziłoby od unieważnienia postępowania".

**Obowiązek jednoznanego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym. Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający.** Oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych dla przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji (zob. wyrok (...) z dnia 19 sierpnia 2008 r., (...), (...))

W wyroku z dnia 18 maja 2015 r., (...), (...) zwróciła uwagę, że:



"Art. 29 ust. 1 P.z.p. zobowiązuje zamawiającego do opisanego 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**. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu **wyeliminowania elementu niepewności wykonawców**, co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że **wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka**. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ".

Uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ma umożliwić wykonawcom obliczenie ceny oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Jeśli nie zrobi tego zgodnie z art. 29-31, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. wyrok (...) z dnia 24 sierpnia 2011 r., (...), (...))

Niedopuszczalne jest również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który dałby wykonawcy zbyt duży margines swobody na etapie wykonywania umowy w stosunku do wymagań zamawiającego wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. wyrok (...) z dnia 20 października 2010 r., (...), (...))

Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, **jak również pozwala obliczyć cenę oferty**, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 66 § 1 k.c.: "Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy". Zatem z jednej strony zamawiający obowiązany jest opisać świadczenie, jakiego oczekuje od wykonawców, a z drugiej strony wykonawcy na podstawie powyższej wiedzy mogą złożyć oferty (dokonując ich wyceny) na określonych warunkach co do np.: **ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji, cech i parametrów technicznych, cech jakościowych, cech funkcjonalnych** itp. Użyte w art. 29 ust. 1 sformułowanie "mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty" oznacza **wszystkie informacje** o przyszłym świadczeniu umożliwiające wykonawcom także obliczenie ceny oferty.

**Zgodnie z art. 31 ust. 1** ustawy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za **pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 ustawy)**.

Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust. 3).

Zgodnie z art. 31 ust. 4 ustawy Minister właściwy do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

1) dokumentacji projektowej,

2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,

3) programu funkcjonalno-użytkowego

- mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tekst jednolity Dz.U.2013.1129) w § 15 rozporządzenia określa, że **program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych**. Zgodnie z § 16 rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać:

1) stronę tytułową;

2) część opisową;

3) część informacyjną.

**W § 18 ust. 1** rozporządzenia wskazano, że część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

1) opis ogólny przedmiotu zamówienia;

2) opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**W § 18 ust. 2** rozporządzenia określono, że opis ogólny przedmiotu zamówienia obejmuje:

1) charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych;

2) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;

3) ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe;

4) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 "Właściwości użytkowe w budownictwie. Określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych", jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:

a) powierzchnie użytkowe poszczególnych pomieszczeń wraz z określeniem ich funkcji,

b) wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,

c) inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,

d) określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników.

Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia należy określić, podając, odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące:

1) przygotowania terenu budowy;

2) architektury;

3) konstrukcji;

- 4) instalacji;
- 5) wykończenia;
- 6) zagospodarowania terenu.

Opis wymagań, o których mowa w ust. 3, obejmuje:

- 1) cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;
- 2) warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, o których mowa w rozdziale 3.

**W § 19 rozporządzenia określono**, że część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

- 1) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
- 3) przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego;
- 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:
  - a) kopię mapy zasadniczej,
  - b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
  - c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
  - d) inwentaryzację zieleni,
  - e) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
  - f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
  - g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,
  - h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,
  - i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Jak wynika z powyższego, program funkcjonalno -użytkowy służy do ustalania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczania ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

**Zgodnie z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych** do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie nieuregulowanym w prawie zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy więc stosować wprost (a nie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 3 lipca 2007 r., (...) SA/Wa 172/07, LEX nr 368193, WSA w (...) orzekł, że:

"Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej".

Jak wynika z powyższych przepisów, to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania wszystkich dokumentów istotnych dla wykonawcy, a będących podstawą przygotowania oferty, a następnie zawarcia umowy, w tym oczywiście Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powód formułując ofertę, opierając się na SIWZ, odczytując jego literalnie brzmienie i dokonując stosownej wykładni (art. 65 k.c. i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych), określił zakres prac budowlanych, konieczność zakupu określonych materiałów budowlanych oraz skalkulował cenę ofertową swojego świadczenia. Trudno zarzucić powodowi, że od razu nie założył kilku wariantów rozwiązań technicznych i dodatkowych materiałów budowlanych, bowiem w tej sytuacji naraziłby inwestora z góry na niepotrzebne koszty, zawyżenie ceny ofertowej, chociaż w tym momencie nie zachodziły żadne okoliczności skutkujące przyjęciem, że **dokumenty przetargowe odczytywane w całości**, czyli umowa, dokumentacja projektowa, SIWZ, przedmiar robót mogą zawierać braki lub błędy.

Nie można zarzucić powodowi, że od początku popełnił błąd, źle skalkulował cenę ofertową i nie przewidział wszystkich prac dodatkowych, skoro dopiero ***odkopenie urządzeń w gruncie*** dało obraz rzeczywistego ich stanu, czego i też zamawiający się nie spodziewał.

Ciężar rozstrzygnięcia o podstawach odpowiedzialności pozwanego koncentruje się nie tylko na etapie poprzedzającym przygotowanie dokumentów do przetargu, ale przesuwają się także na etap realizacji umowy, w tym na kwalifikację z punktu widzenia skutków prawnych także zapisów i poleceń inspektora robót wodno-kanalizacyjnych i gazowych, zawartych w notatkach i wpisach kierownika budowy do dziennika budowy.

**Zgodnie z art. 144 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu (ust. 2).

Przepis art. 144 ust. 1 może mieć zastosowanie do zmiany umowy zarówno w przypadku, gdy zdarzenie warunkujące możliwość dokonania takiej zmiany przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wystąpiło przed zawarciem umowy, jak i po jej zawarciu.

Warto, również w tym miejscu zwrócić uwagę ***na charakter wynagrodzenia ryczałtowego***.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie go z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, LEX nr 138655). W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., I ACa (...), orzeczenia.ms.gov.pl, Sąd Apelacyjny w (...) zwrócił uwagę, że: "Istotą (...) wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia niezależnie od tego, czy w czasie zawierania umowy miał możliwość przewidzenia rozmiaru prac i wielkości ich kosztów. (...) przy

ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Wynika to zresztą wprost z art. 632 § 1 k.c., który przewiduje, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą liczyć się z jego bezwzględnie i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10)". Wynagrodzenie ryczałtowe daje zamawiającemu gwarancję zapłaty umówionej kwoty, chyba że zachodzą przesłanki wymienione w art. 632 § 2 k.c. Jeżeli bowiem wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie zamówienia groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę. Wykonawca może jednakże powołać się na wynikającą z art. 629 i 632 § 2 k.c. klauzulę tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (rebus sic stantibus). Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (zob. art. 632 § 2 k.c.). Przepis art. 632 § 2 k.c. stanowi podstawę prawną sądowej zmiany umowy, równorzędną z art. 357<sup>(1)</sup> k.c., ale z uwagi na wskazanie innych przesłanek - o częściowo krzyżującym się zakresie zastosowania.

Orzecznictwo (...) zwraca natomiast uwagę, że ryczałt może odnosić się tylko do tego, co zamawiający uwzględnił w dokumentacji projektowej określającej przedmiot zamówienia i opisał w sposób zgodny z treścią art. 29 i 31 p.z.p. w umowie. W przypadku ryczałtowego wynagrodzenia za roboty budowlane przepis art. 632 § 1 k.c. doznaje ograniczenia w tym sensie, że pierwszeństwo stosowania mają przepisy art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 p.z.p. (zob. wyrok (...) z dnia 11 lutego 2014 r., (...); (...); (...), (...)

W wyroku z dnia 2 marca 2010 r., (...), (...) (...) zwróciła uwagę, że:

"W ramach wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia opisanego projektem budowlanym i wykonawczym, niezależnie od tego, w jakich wielkościach zostały one ujęte w przedmiarze. Jednak bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikających z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno-gruntowych niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 k.c., jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Izba podziela pogląd odwołującego, iż wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty. W ocenie I., również postanowienia specyfikacji, wymagające przejęcia przez wykonawcę ryzyka związanego z niepełnym rozeznaniem warunków geologiczno-gruntowych oraz wynikających z wad projektu, świadczą o tym, iż zamawiający najwyraźniej liczy się z prawdopodobieństwem wystąpienia konieczności wykonania robot niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem, a mogły okazać się konieczne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu umowy. **Wówczas, w przypadku ziszczenia się przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, pozostając w zgodności z przepisami ustawy Pzp, zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych, za**

**odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust. 3 i 144 ust. 1 ustawy Pzp.** Istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji. Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a przesłanką ich dopuszczalności w wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż nie znając wad dokumentacji projektowej, nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalanego wynagrodzenia (ceny oferty). Tymczasem, zamawiający nie tylko nakazuje skalkulować w cenie oferty koszt robót nieprzewidzianych, wynikających z wad dokumentacji projektowej, lecz także obciąża wykonawcę kosztami wykonania wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej, potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego, a wchodziła w zakres dokumentacji, którą zobowiązał się wykonać zamawiający. Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Zatem, art. 632 § 1 k.c., na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. (...) Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 Pzp na roboty dodatkowe. Z tych względów Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno znany, jak i nieznanый dokładnie od początku przedmiot zamówienia. (...) (...) podzieliła również pogląd wyrażony wyroku (...) że "obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty".

W wyroku z dnia 11 lutego 2014 r., (...), (...) (...) podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., (...), "że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy P.z.p."

W wyroku z dnia 30 kwietnia 2013 r., (...), LEX nr 1318186, (...) zwróciła natomiast uwagę, że wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane może "przybrać formę wynagrodzenia ryczałtowego bądź kosztorysowego. Zamawiający, ustalając taki sposób wynagrodzenia, skłaniają się do traktowania tej ceny jako absolutnie stałej nie podlegającej żadnym zmianom. Takie stanowisko wynika głównie z uproszczonej interpretacji treści ustawy o zamówieniach publicznych, art. 144, który bardzo ogranicza prawo zamawiającego do wprowadzania zmian w ustaleniach kontraktowych. Oceniając tę kwestię, konieczne jest przyjęcie założenia ustawodawcy, że zamawiający, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia, winien zgodnie z przepisem art. 29 ustawy P.z.p. wykonać obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wiele dalszych uregulowań przepisów P.z.p., w tym także cena ryczałtowa, są uzależnione od założenia, że zamawiający ten bezwzględnie obowiązujący wymóg spełnił. Ponadto możliwość jednolitego rozumienia przez wykonawców opisu przedmiotu zamówienia oraz jego zupełność jest podstawowym warunkiem uczciwej i równej konkurencji pomiędzy oferentami przystępującymi do przetargu. Ustawa o zamówieniach publicznych w odniesieniu do robót budowlanych w art. 30 i 31 wyraźnie określiła, jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia. Dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna są odpowiednimi narzędziami do dokonania tego opisu. Z tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać zakres robót budowlanych, tj. wielkość, oczekiwana jakość, funkcja, warunki realizacji, warunki odbioru przedmiotu zamówienia, itd. Tym samym stwierdzić należy, że cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i dopiero wtedy może stanowić niezmienny element kontraktu.

Natomiast jeśli zamawiający nie opisał w sposób jednoznaczny i pełny przedmiotu zamówienia, to powinien rozważyć możliwość przyjęcia innego sposobu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia".

Zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego **nie wyklucza, także możliwości udzielenia wykonawcy zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5.** Zamawiający ma prawo także udzielić przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamówień uzupełniających, które wcześniej zostały przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu i które wykraczają poza określenie przedmiotu zamówienia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 (por. wyrok (...) z dnia 11 lutego 2013 r., (...), (...)

Mając zatem na uwadze charakter wynagrodzenia ryczałtowego, oraz wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać, że skoro nie doszło do zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w sposób umowny poprzez dodatkowe zamówienie lub zawarcie subklauzul umownych, dających taką możliwość, to należało zastanowić nad poszukaniem podstawy prawnej w Kodeksie cywilnym.

Należy podnieść, że **zgodnie z art. 139 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (ust.2).

Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (ut.3).

Artykuł 139 ust. 1 potwierdza cywilistyczny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych (art. 139-151a) stanowią ograniczenie określonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody zawierania umów ("Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego"). Ograniczenia zasady swobody zawarcia lub niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają m.in.: art. 142 ust. 1 i 2 (zawarcie umowy na okres 4 lat i warunki zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata), art. 143 ust. 1 (ograniczenia zawarcia umowy na czas nieoznaczony), art. 144 ust. 1 (warunki zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy).

Artykuł 139 ust. 1 nakazuje stosowanie wprost przepisów kodeksu cywilnego, natomiast wyłączenie stosowania tych przepisów uzależnia od istnienia w prawie zamówień publicznych odrębnej regulacji ("jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej"). Do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy sprzedaży, umowy dostawy, umowy o roboty budowlane, umowy o dzieło, a także przepisy prawa bankowego w odniesieniu do umów kredytu, pożyczki i rachunku bankowego (art. 142 ust. 4 pkt 1 i 2) oraz przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej w odniesieniu do umów ubezpieczenia (art. 142 ust. 4 pkt 3) oraz gwarancji ubezpieczeniowych (art. 45 ust. 6 pkt 4, art. 148 ust. 1 pkt 4 oraz art. 151a ust. 5). W celu ustalenia rzeczywistej treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego art. 139 nie wyłącza dokonania wykładni umowy na **podstawie art. 65 k.c.**

Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za sui generis umowę adhezyjną. Zamawiający, działając w interesie publicznym, określa bowiem istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 16), przy przestrzeganiu przepisów p.z.p. (np. art. 7 ust. 1). Ponadto: "Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj

przedsiębiorcy" (zob. wyrok (...) z dnia 25 maja 2012 r., (...), (...)) Jeżeli wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, naruszają jego interesy, może on nie ubiegać się o udzielenie zamówienia (zob. wyrok (...) z dnia 16 czerwca 2009 r., (...)) Przepisy art. 139 i 144 nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. (zob. wyrok SA w (...) z dnia 18 kwietnia 2013 r., I ACa (...), orzeczenia.ms.gov.pl). Przede wszystkim należy zauważyć, że wykonanie zasady swobody umów nie zawsze musi przejawiać się równością stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, zasada swobody umów posiada aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce zawrzeć umowę. Co do zasady więc to strony umowy decydują, na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Zasada swobody umów może podlegać modyfikacjom, jeżeli treść lub cel umowy pozostają w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współzycia społecznego. Zamieszczonych we wzorze umowy postanowień o karach umownych obciążających w większym stopniu wykonawcę niż zamawiającego nie można uznać za postanowienia wymierzone przeciwko zasadom współzycia społecznego lub pozostające w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współzycia społecznego. Okoliczności związane z ryzykiem kontraktowym wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty, gdyż na ich podstawie dokonuje on obliczenia ceny oferty. Tym bardziej, gdy kary umowne nie zostały zastrzeżone w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kary umowne stanowią zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnymi działaniami lub zaniechaniem wykonawcy polegającymi na niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Istotą kary umownej jest stworzenie dolegliwości finansowej wobec wykonawcy zamówienia publicznego w razie zaistnienia zdarzenia powodującego niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że podobne zabezpieczenia istnieją po stronie wykonawcy w postaci odsetek ustawowych należnych z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r., (...), (...) (...) zwróciła uwagę, że zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami - zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilnoprawnych regulowanych w kodeksie cywilnym, z zastrzeżeniem wszelkich - materialnych czy proceduralnych - szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach prawa zamówień publicznych, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Podobnie wypowiedział się SO w (...) w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r., V CA (...), niepubl., w którym stwierdził, że: "Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować" (zob. postanowienia (...): z dnia 10 marca 2009 r., (...); z dnia 4 listopada 2010 r., (...); wyrok (...) z dnia 20 czerwca 2012 r., (...), (...))

W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, LEX nr 238947, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c. Do umowy o roboty budowlane zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zatem zastosowanie również przepis art. 649 k.c., który stanowi o zakresie umówionych prac wykonawcy oraz zawiera domniemanie dotyczące obowiązków wykonawcy robót budowlanych. **W przypadku, gdy postanowienia umowy o roboty budowlane dotyczące zakresu robót (zakresu umówionych prac wykonawcy robót budowlanych) objętych zobowiązaniem wykonawcy są na tyle niejednoznaczne, że budzą wątpliwości uzasadniające rozbieżną ich wykładnię, ma zastosowanie wyrażona w art. 649 k.c. reguła interpretacyjna.**

Artykuł 139 ust. 2 wymaga, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Zwykła forma pisemna jest zachowana, gdy na dokumencie sporządzonym w dowolny sposób pod treścią oświadczenia woli złożony zostanie przez stronę własnoręczny podpis (konstytutywny element formy pisemnej). Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje



treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.). Strony mogą wymienić między sobą dokumenty, z których każdy zawiera treść oświadczenia woli jednej z nich i jest przez nią podpisany. Elementem konstytuującym własnoręczny podpis jest nazwisko wystawcy oświadczenia lub dokumentu. Wymóg własnoręczności podpisu wynika z art. 78 § 1 zdanie pierwsze k.c.

***Hipoteza przepisu art. 139 § 1 p.z.p., dotyczącego stosowania przepisów kodeksu cywilnego na gruncie prawa zamówień publicznych, odnosi się do każdej z tych faz, albowiem w kontekście art. 56 k.c. już na etapie ferowania treści umowy, jej postanowienia muszą co najmniej pozostawać zgodne z przepisami o charakterze kogentnym (wyrok S.A. w (...) IAcA 358/14-. LEX nr 1544953).***

***W przedmiotowej sprawie pozostaje do rozważenia zatem kodeksowa podstawa żądań strony powodowej – (art. 632 § 2 k.c. i art. 405 k.c. ).***

Z okoliczności ustalonych w sprawie wynika jednoznacznie, że zawarty między stronami kontrakt, którego postanowienia należy integralnie oceniać w zestawieniu z (...), dokumentacją projektową pozwanego, przedmiotami robót, nie przewidywały konieczności wykonania robót opisanych w pozwie. Dopiero w toku realizacji prac okazało się, że zachodzi konieczność wykonania prac dodatkowych i tak :

- konieczność wykonania dodatkowych elementów i prac została niezwłocznie zgłoszona przez powoda jako wykonawcę inspektorowi nadzoru i spisana w formie notatek na budowie oraz wpisów do dziennika budowy,
- opisane przez powoda w pozwie elementy robót nie były przedmiotem zamówienia podstawowego, a ich realizacja była konieczna do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy,
- wystąpienie powyższych okoliczności nie było możliwe do przewidzenia na etapie składania oferty pomimo dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności powoda,
- szczegółowa inwentaryzacja istniejącej infrastruktury w tym elementów sieci kanalizacyjnej powinna zostać wykonana przez projektanta jako bazowy element dokumentacji projektowej, zapewnienie której leży po stronie zamawiającego a nie wykonawcy,
- wykonawca nie może odpowiadać za błędy w inwentaryzacji stanu istniejącego i ponosić z tego tytułu żadnych konsekwencji, w tym finansowych tj. braku zapłaty za dodatkowe roboty,
- dokumentacja projektowa przekazana powodowi na etapie przetargu nie przewidywała kosztów oraz robót budowlanych przedstawionych powyżej.
- zachowanie pozwanego reprezentowanego w procesie budowlanym przez inspektora robót branżowych w kontekście reguł interpretacyjnych przy składanych oświadczeniach woli (wszystkie uzgodnienia i notatki) art. 65 k.c. dawało podstawy do przyjęcia przez powoda , że pozwany akceptuje rozmiar świadczenia i jego koszty. Przy braku takiej akceptacji wyrażanej w formie pisemnej lub ustnej, żaden podmiot nie zgodziłby się do poniesienia kosztów przewyższających wartość ryczałtu o kilkanaście tysięcy złotych – bez gwarancji zapłaty.

***Sąd przyjął, że w niniejszej sprawie świadczenie powoda wyszło poza kontrakt, ma charakter robót dodatkowych, stąd też do oceny roszczeń co do zapłaty za prace opisane w pozwie, Sąd przyjął- art. 405 k.c. (bezpodstawne wzbogacenie).***

"Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalił się przy tym pogląd, który należy podzielić, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów p.z.p. jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 29 kwietnia 2005 r., V CK 537/04, Lex nr 519298; z 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, Lex nr 238947; z 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844)".

W orzecznictwie sądów powszechnych co do zasady przyjmuje się, że wynagrodzenie ryczałtowe - uregulowane w art. 632 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane zostało ukształtowane jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca) w zasadzie nie może domagać się jego podwyższenia. Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza zatem żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Zdarza się też niekiedy, że dochodzi do wykonania stanowiących **korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy. W takich wypadkach przyjmuje się że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.**

Gdyby nawet przyjąć inną kwalifikację świadczenia powoda jako wykonanego w ramach kontraktu co do zasady można byłoby zastosować art. 632 § 2 k.c., bowiem stan faktyczny sprawy daje również ku temu podstawy. Jednakże dodatkową przeszkodą do zastosowania tej regulacji, jest brak sformułowania w tym zakresie pełnego żądania pozwu, które musi sprowadzać się do określenia o ile ryczałt należy podnieść (żądanie konstytutywne), a następnie zawierać roszczenie o zasądzenie. Należy podnieść, że wynagrodzenie ryczałtowe niesie ze sobą ryzyko nadmiernego pokrzywdzenia jednej ze stron, w przypadku gdy ostateczny koszt wykonania robót budowlanych okaże się zasadniczo odmienny od tego przewidzianego podczas sporządzania ryczałtu. W takiej sytuacji odpowiednie zastosowanie znajduje art. 632 § 2, który stanowi, że jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. **Powództwo z art. 632 § 2 k.c. występuje w dwóch postaciach: a) o zmianę prawa - podwyższenie ryczałtu, b) o zniesienie stosunku prawnego - rozwiązanie umowy o dzieło.** W tym pierwszym wypadku wyrok **ma jednocześnie charakter wyroku konstytutywnego i wyroku zasądającego, gdyż dopiero sąd nakłada na zamawiającego obowiązek zapłacenia podwyższonego ryczałtu.** Dla zastosowania art. 629 i 632 § 2 k.c., ale też art. 357[1] k.c. konieczne jest zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej, której strony nie przewidywały przy zawarciu umowy. Nadto jeszcze niepodwyższenie wynagrodzenia wykonawcy w odniesieniu do umówionego przedmiotu zamówienia ma grozić mu rażącą stratą.

W przedmiotowej sprawie, poza sporem powinno być zaoszczędzenie przez stronę pozwaną wydatków na wykonanie prac opisanych w stanie faktycznym złotych i zubożenie powoda o taką samą wartość, a nadto związek przyczynowy między wzbogaceniem jednej strony a zubożeniem drugiej strony kontraktu. Gdyby nie pokrycie kosztów przez powoda i wykonanie prac dodatkowych przez powoda, to przy takich uwarunkowaniach kontraktu, przebudowa ulic w ogóle by nie doszła do skutku.

***Odnosząc się do rozliczenia finansowego należy wskazać, że łączna wartość wszystkich wprowadzonych w trakcie realizacji umowy robót dodatkowych została oszacowana według kosztorysu (bez uwzględnienia cen jednostkowych powoda) na poziomie 102.737,07 zł brutto.*** Zobowiązanie zamawiającego do zapłaty na rzecz wykonawcy dochodzonej niniejszym pozwem kwoty -wynika z 405 k.c.

Mając na uwadze powyższe, Sąd w całości uwzględnił powództwo, a odsetkach orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

Na podstawie art. 481 ust. 2 k.c. strona powodowa dochodziła od wyżej określonej kwoty należnych jej odsetek za opóźnienie, co uzasadnione jest faktem nie uiszczenia należnych świadczeń- od dnia następnego po upływie terminu płatności określonego w zawezwaniu do próby ugodowej tj. 25.04.2017 r.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Stronę pozwaną obciążyły koszty procesu należne powodowi tj. opłata od pozwu 5418 zł, koszty opłaty od pełnomocnictwa 17 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 5400 zł, pokryte z zaliczki powoda wynagrodzenie biegłego sądowego 1790,19 zł, łącznie 12.625,19 zł .

## ZARZĄDZENIE

1. Odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi pozwanego przez portal informacyjny,
2. Do wykonania zwrot zaliczek.

20 IV 22r. SSO Barbara Kubasik