

## UZASADNIENIE

W pozwie z 18 czerwca 2019 r. powodowie A. J. i M. J. (1) wnieśli o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa L. z siedzibą w L. solidarnie na rzecz powodów kwot: 57.236,06 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 2 grudnia 2017 r., 32.015,15 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 28 lutego 2018 r., 4.001,90 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 28 lutego 2018 r. oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości czterokrotności stawki minimalnej przewidzianej w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz 34 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu powodowie wskazali, że strony łączyła umowa o roboty budowlane – wykonanie przepustu na rzece L.. Powodowie doznali przeszkód przy wykonywaniu prac: dokumentacja projektowa zawierała błędy, mianowicie nie przewidziano w niej konieczności rozbiórki przyczółków betonowych starego mostu (zinwentaryzowane były wyłącznie przyczółki drewniane), ponadto nie przewidziano konieczności zastosowania igłofiltrów przy odwodnieniu placu budowy. Pozwany odmówił podwyższenia wynagrodzenia z tytułu prac dodatkowych, zaś rozbiórkę przyczółków powierzył podmiotowi trzeciemu, który przy wykonaniu prac wyrządził szkody, co także przyczyniło się do zwiększenia zakresu prac powodów. Ponadto pozwany bezprawnie dokonał połączenia funkcji inspektora nadzoru i kierownika budowy. Powodowie żądali zmiany umowy poprzez wydłużenie terminu wykonania prac i podwyższenie wynagrodzenia, pozwany odmówił. Powodowie wskazali, że wobec tego skutecznie odstąpili od umowy, gdyż nie byli w stanie jej wykonać z uwagi na działania i zaniechania pozwanej, zaś odstąpienie pozwanego dokonane już po odstąpieniu przez powodów jest bezskuteczne. Zdaniem powodów pozwany bezprawnie obciążył powodów karami umownymi i kosztem rozbiórek części robót budowlanych, nadto nie zapłacił za prace wykonane przez powodów. Wobec tego dochodzone pozwem kwoty to 57.236,06 zł tytułem wykonania prac budowlanych, 32.015,15 zł tytułem bezprawnie naliczonej przez pozwanego kary umownej za odstąpienie od umowy oraz 4.001,90 zł tytułem bezprawnie naliczonej kary umownej z zwłokę w wykonaniu umowy.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według złożonego zestawienia, a przypadku braku zestawienia według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazano, że powodowie w trakcie wykonywania prac bezpodstawnie dążyli do podwyższenia wynagrodzenia, powołując się na prace, które nie stanowiły prac dodatkowych, a po wykonaniu części prac przed podmiot trzeci odmówili przystąpienia do kontynuowania budowy. Wobec tego pozwany odstąpił od umowy, obciążył powodów karami umownymi (32.015,15 zł i 4001,90 zł, przy czym ta ostatnia została anulowana) oraz odszkodowaniem w związku z koniecznością rozbiórki części prac (3739,16 zł). Kwoty te potrącił z wynagrodzenia należnego powodom, pozostało do zapłaty kwota 4.786,24 zł, którą pozwany zapłacił 4 grudnia 2018 r.

W piśmie z 18 listopada 2019 r. powodowie ograniczyli powództwo w ten sposób, że wnieśli o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kwoty 78.636,38 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 4 lipca 2019 r. w pozostałym zakresie wnosząc jak dotychczas.

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

W dniu 5 lipca 2017 r. powodowie A. J. i M. J. (1) działając jako konsorcjum, którego liderem był A. J., w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych w formie przetargu nieograniczonego, zawarli z pozwanym Skarbem Państwa - Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe Nadleśnictwem L. umowę nr (...).

Przedmiotem powyższej umowy było wykonanie przez powodów jako wykonawców na rzecz pozwanego jako zamawiającego zadania” Budowa przepustu wielkogabarytowego na rzece L. w km 22+350 w Nadleśnictwie L.”.

Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określa: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, projekt budowlano – wykonawczy, kosztorys ofertowy, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, oferta wykonawcy wraz z załącznikami (§1 ust. 1 i 2 umowy).

Powodowie oświadczyli, że dokładając należytej staranności zapoznali się z dokumentacją opisującą przedmiot umowy w ust. 2 oraz miejscem i otoczeniem terenu realizacji robót budowlanych w zakresie warunkującym wykonanie i nie zgłosili w tej sprawie żadnych uwag (§1 ust. 3 umowy).

W § 2 ust. 1 umowy strony postanowiły, że przedmiot umowy zostanie wykonany w terminie od dnia przekazania placu budowy do 20 listopada 2017 r. z zastrzeżeniem, że roboty rozbiórkowe starego mostu nie mogą być prowadzone wcześniej niż od 1 października 2017 r. ze względu na konieczność zachowania przejezdności drogi w ciągu której jest umiejscowiona inwestycja, ze względu na bezpieczeństwo ppoż.

Z tytułu należytego wykonania przedmiotu umowy zamawiający miał zapłacić wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z oferty wykonawcy w kwocie 196 893,16 zł brutto (§ 9 ust. 1 umowy).

Zamówienia na roboty zamienne miały zostać wycenione według wskaźników kalkulacyjnych i cen materiałów nie wyższych niż podane w ofercie, a w przypadku ich braku ceny miały zostać przyjęte z zeszytów S. jako średnią za okres III kwartału 2017 r. (§ 9 ust. 1 umowy).

Wynagrodzenie miało być płatne w terminie 30 dni od otrzymania przez zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury z załącznikami (§ 9 ust. 8)

Strony ustaliły, że zamawiający będzie mógł potrącić z wynagrodzenia wszelkie należności pieniężne należne wykonawcy na podstawie umowy, w tym w szczególności kary umowne, odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu umowy, w tym odszkodowania za szkody przewyższające wysokość zastrzeżonych kar umownych, koszty ubezpieczenia wykonawcy i koszty poniesione przez zamawiającego w związku z wykonaniem zastępczym (§ 9 ust. 9 umowy).

Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 13.782,52 zł tj. 7% ceny podanej w ofercie (§ 16 ust. 2 umowy).

Zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 1 pkt 1 lit a) umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 umowy lub terminów wymienionych w harmonogramie, o którym mowa w § 2 ust. 3, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia netto wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od następnego dnia po upływie terminu określonego w § 2 ust. 1 umowy.

Zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 1 pkt 1 lit c) umowy wykonawca z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia netto wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy.

Strony postanowiły też, że kary umowne mogły podlegać kumulacji (§ 17 ust. 4 umowy).

Strony przewidziały możliwość zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z następujących okoliczności:

1) Zmiana wynagrodzenia wykonawcy w przypadku m.in: b) zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy ze względu na błędy w dokumentacji projektowej, które ujawniły się w trakcie realizacji przedmiotu umowy, koniecznej do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej – jeżeli ta zmiana ma wpływ na wysokość kosztów wykonania przedmiotu umowy; c) konieczności wykonania prac lub zastosowania materiałów nieobjętych opisem przedmiotu zamówienia ze względu na błędy w dokumentacji projektowej, które ujawniły się w trakcie

realizacji przedmiotu umowy, koniecznych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej – jeżeli ta zmiana ma wpływ na wysokość kosztów wykonania przedmiotu umowy,

2) Zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy lub jego poszczególnych etapów możliwa była m.in. w następujących przypadkach: g) konieczności uwzględnienia wpływu ewentualnych robót dodatkowych lub zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP, na realizację przedmiotu umowy; h) wykrycia błędów w dokumentacji projektowej;

3) Zmiana zakresu i sposobu wykonania przedmiotu umowy, w tym również w zakresie materiałów, parametrów technicznych, technologii wykonania robót m.in. w następujących przypadkach: c) zastosowania innych technologii, jeżeli zmiana jest korzystna z punktu widzenia realizacji przedmiotu umowy, w szczególności przyspieszających realizację, obniżających koszty ponoszone przez zamawiającego na wykonanie, utrzymanie lub użytkowanie przedmiotu umowy bądź zwiększających użyteczność przedmiotu umowy; d) wykrycie błędów w dokumentacji projektowej; e) konieczność zrealizowania jakiegokolwiek części robót objętej przedmiotem umowy przy zastosowaniu innych materiałów, odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, a wynikających ze stwierdzonych wad tej dokumentacji lub zmiany stanu prawnego w oparciu, o który je przygotowano, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy; g) wystąpienia warunków placu budowy odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej, w szczególności napotkania niezainwentaryzowanych lub błędnie zainwentaryzowanych sieci, instalacji.

Strony przewidziały też w § 19 umowy, że oprócz przypadków wymienionych w tytule XV kodeksu cywilnego, w art. 145 PZP oraz w art. 143c ust. 7 PZP, będą miały prawo odstąpienia od umowy w następujących przypadkach: 1) wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli zamawiający odmawia bez uzasadnionych przyczyn odbioru robót; b) zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpoczął lub przerwał rozpoczęte już prace i nie kontynuuje ich przez 20 dni mimo dodatkowego wezwania zamawiającego; c) zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli wykonawca nie wykona przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 umowy.

W SIWZ wskazano m. in., że przedmiotem zamówienia jest rozbiórka mostu o konstrukcji drewnianej i że dopuszcza się do stosowania rozwiązania równoważne do opisanych w (...). W szczegółowej specyfikacji technicznej robót ziemnych w pkt. 5.3 i 5.4 wskazano, że wykonawca niezależnie od budowy urządzeń stanowiących elementy systemów odwadniających ujętych w dokumentacji projektowej powinien wykonać urządzenia, które zapewniają odprowadzenie wód gruntowych i opadowych, by zabezpieczyć grunt przed przewilgoceniem, a jeśli wskutek zaniedbań grunty ulegną nawodnieniu, wykonawca ma wymienić grunt na własny koszt bez dodatkowych opłat. Wskazano, że technologia wykonania wykopu musi umożliwiać jego prawidłowe odwodnienie.

W kosztorysie stanowiącym załącznik do umowy wskazano na rozbiórkę drewnianych przyczółków mostu oraz odwodnienie wykopu fundamentowego przez pompowanie wody z wykopu.

W projekcie wskazano, że na wykonanie przepustu składają się elementy wskazane na str. 6, w tym odwodnienie powierzchniowe wykopu fundamentowego na czas budowy przepustu.

Na ww. prace zostało w dniu 10.08.2016 r. wydane pozwolenie wodnoprawne, określające parametry techniczne przepustu, w tym rzędne dna wlotu i wylotu przepustu. Pozwolenie na budowę wydano 16.12.2016 r.

**Dowody:** umowa z 5.07.2017 r. (k. 20 – 28), SIWZ z załącznikami (k. 29 – 44, 47 – 54,) (...), (...) (k. 874-919, kosztorys ofertowy (k. 45 – 46), oferta z załącznikami (k. 55 – 62), projekt budowlany z załącznikami (k. 63 – 87), decyzje k. 380-383

W związku z umową powodowie zawarli z (...) spółką akcyjną V. (...) umowę gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu oraz usunięcia wad i usterek, na mocy której ubezpieczyciel zagwarantował pozwanemu zapłatę

należności w okresie od 5 lipca 2017 r. do 31 grudnia 2017 r. do kwoty 13.782,52 zł tytułem wymagalnych kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

**Dowód:** gwarancja ubezpieczeniowa (k. 88 – 88v, 805 – 806).

Powodowie nie kwestionowali dokumentacji obejmującej SIWZ wraz z załącznikami w trybie postępowania przetargowego, nie składali też wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

**Dowód** : zeznania B. H. k. 850, zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853

W lipcu 2017 r. strony prowadziły korespondencję dot. wykonania kanału obiegowego, w piśmie z 31.07.2017 r. Nadleśnictwo wskazało, że wybór technologii odwodnienia leży w gestii wykonawcy.

**Dowód** : korespondencja k. 726-731

W dniu 5 lipca 2017 r. L. J. rozpoczął pełnienie obowiązków kierownika budowy zgodnie z posiadanymi uprawnieniami.

W piśmie z 7 lipca 2017 r. wystąpiono do Starosty Powiatowego w S. o wydanie dziennika budowy.

Plac budowy został przekazany powodom przez inwestora w dniu 12 lipca 2017 r. W tym samym dniu powodowie przejęli od inwestora dokumentację techniczną. Także w tym dniu T. S. (1) objął obowiązki inspektora nadzoru na przedmiotowej budowie na podstawie umowy zawartej z pozwanym.

Rozpoczęcie robót budowlanych przewidziane było na 1 października 2017 r.

Mailem z 10.10.2017 r. T. S. (1) zawiadomił M. K. (2), że wykonawca miał rozpocząć roboty 1.10.2017r., a zaczyna je dopiero 10.10.2017 r.

**Dowód:** zawiadomienie o terminie rozpoczęcia budowy (k. 384), oświadczenie kierownika budowy (k. 385), decyzja z 18.05.2013 r. (k. 386 – 386v), zaświadczenie (k. 387), oświadczenie z 12.07.2017 r. (k. 388), zaświadczenie (k. 389), decyzja z 6.10.2003 r. (k. 390 – 390v), pismo z 7 lipca 2017 r. (k. 391), pismo z 13.07.2017 r. (k. 392), umowa nr S.271.1.20.17 z aneksami i załącznikami (k. 393 - 398), protokół przekazania terenu budowy (k. 399 – 399v), protokół przekazania dokumentacji technicznej (k. 400), kopia dziennika budowy (k. 105 – 108), mail k. 720

W piśmie z 28 września 2017 r. powodowie zwrócili się do Nadleśnictwa o wycinkę drzew kolidujących z inwestycją.

**Dowód** : pismo z 28.09.2017 r. (k. 722),

W dniu 9 października 2017 r. powodowie rozpoczęli roboty rozbiórkowe mostu. W toku tych prac odkryto niezainwentaryzowane żelbetowe przyczółki mostu. Kierownik budowy L. J. zwrócił się do inwestora o przedstawienie rozwiązania tego problemu.

W dniu 11.10.2017 r. inspektor nadzoru wpisał do dziennika budowy: „ze względu na napływ wody od spodu należy odwodnić wykop igłofiltrami.”

**Dowód:** kopia dziennika budowy (k. 105 – 108).

Na etapie projektowania inwestycji przyczółki betonowe planowano pozostawić jako wzmocnienie skarp. Były one zaznaczone na mapie, nie były przewidziane w kosztorysie. Jednakże w trakcie prac powodów jeden z przyczółków został przewrócony, tak że konieczna stała się ich rozbiórka. W projekcie przewidziano wykonanie prefabrykowanych fundamentów pod przepust, do czego wystarczyłoby odwodnienie powierzchniowe, powodowie zdecydowali się wykonać fundamenty wylewane na miejscu, co wymagało innej technologii odwodnienia. Technologia odwodnienia nie jest objęta projektem.

**Dowód** : zeznania B. H. k. 850, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954, mapa k. 846, opinia biegłego k. 1154-1198,

W dniu 16 października 2017 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron, na którym stwierdzono, że po rozbiórce mostu drewnianego okazało się, że istnieją betonowe elementy, które należy rozebrać, a które nie były zinwentaryzowane. Inwestor zlecił rozbiórkę tych elementów jako roboty dodatkowe, zobowiązując wykonawcę do wykonania przedmiarów do kosztorysu.

**Dowód:** notatka służbowa z 16.10.2017 r. (k. 719), zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954,

W piśmie z 17 października 2017 r. poinformowano T. S. (1), powodów oraz B. H. (2) o spotkaniu w sprawie inwestycji, które ma się odbyć 20 października 2017 r. z prośbą o przybycie.

W dniu 20 października 2017 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron, podczas którego ustalono, że powodowie odstępują od rozbiórki przyczółków betonowych, które odkryto po rozbiórce mostu drewnianego, w związku z czym przedstawiony przez powodów kosztorys dotyczący rozbiórki przestał obowiązywać. Ustalono wykonanie kanału obiegowego w postaci wykopu otwartego za przyczółkiem betonowym tj. od strony lasu. Objętość mas ziemnych miała zostać ustalona z pomiarów geodezyjnych. Odtworzenie konstrukcji nawierzchni uszkodzonej w wyniku wykonania kanału obiegowego miało pozostać w gestii pozwanego (zamawiającego). Rozliczenie robót dodatkowych wynikających z pomiarów geodezyjnych miało nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez wykonawcę (powodów) w oparciu o średnie stawki cenowe wynikające z zeszytów S. za III kwartał 2017 r. po zatwierdzeniu jego treści przez inspektora nadzoru inwestorskiego.

**Dowód:** notatka służbowa z 20.10.2017 r. k. 430, pisma z 17.10.2017 r. k. 716- 718

W październiku 2017 r. prowadzona była korespondencja dot. kosztorysów na prace dodatkowe. W dniu 17 października 2017 r. powodowie przedstawili pozwanemu kosztorys robót dodatkowych - prace rozbiórkowe - na łączną kwotę 23541,90 zł brutto. W dniu 26 października 2017 r. powodowie przedstawili pozwanemu kosztorys robót dodatkowych - prace rozbiórkowe - na łączną kwotę 28497,50 zł brutto. W dniu 30 października 2017 r. powodowie przedstawili pozwanemu kosztorys robót dodatkowych na łączną kwotę 89.952,85 zł brutto, w tym 47963,70 zł netto za pracę igłofiltrów. Pozwany wskazał, że kosztorysy składane przez powodów zawierają błędy i dotyczą prac niebędących pracami dodatkowymi.

**Dowód** : mail z kosztorysem k 691-699, pismo k 690, maile k. 700-702, 704,708-709 kosztorys k. 705-707, 710-715

Pismem z 27.10.2017 r. powodowie zawiadomili Nadleśnictwo, że z uwagi na przedłużającą się procedurę zlecenia robót dodatkowych od 30.10.2017 r. wstrzymują prace.

**Dowód** : pismo k. 703

W dniu 2 listopada 2017 r. powodowie przedstawili pozwanemu kosztorys robót dodatkowych na łączną kwotę 89.476,40 zł brutto obejmujących rozbiórkę przyczółków o wartości 17.401,32 zł, wykop kanału obiegowego o wartości 7.748,20 zł oraz odwodnienie igłofiltrami o wartości 47.595,60 zł.

W dniu 3 listopada 2017 r. odbyło się spotkanie, w którym brali udział przedstawiciele zamawiającego i wykonawcy. Podczas tego spotkania wskazano, że zaproponowana cena przez wykonawcę dotycząca rozbiórki betonowych przyczółków jest nie do przyjęcia przez zamawiającego ze względu na zbyt wysoki koszt wykonania tych robót. Ustalono także, że zamawiający na własny koszt i z wykorzystaniem firmy zewnętrznej dokona rozbiórki istniejących przyczółków. Na czas rozbiórki obowiązki kierownika budowy pełnić będzie T. S. (1). Wykonawca wyraził zgodę na wykonanie rozbiórki przez firmę zewnętrzną. Przekazanie placu budowy na okres rozbiórki miało nastąpić protokołem. Strony postanowiły, że o okres czasu od przekazania placu budowy na roboty rozbiórkowe do jego

ponownego przekazania wykonawcy, zostanie przedłużony termin wykonania przedmiotu umowy. Wskazano, że przedstawiona kalkulacja pracy igłofiltrów jako roboty dodatkowe w kosztorysie z 2 listopada 2017 r. jest nie do przyjęcia – cena odwodnienia wykopów na czas prowadzenia robot w opinii zamawiającego została wliczona w kalkulacji wykonawcy do składanej oferty na wykonanie robot i jest ceną ryczałtową. Dalej wskazano, że odwodnienie wykopów powinno być wykonane zgodnie z wytycznymi zawartymi w (...).11.00.00 – roboty ziemne pkt 5.3. i 5.4. Jednocześnie oświadczono, że kosztorys z 2 listopada 2017 r. nie zawiera potwierdzenia obmiarów dokumentacją geodezyjną do pozycji dotyczącej wykopania kanału obiegowego. Rozliczenie robót powinno nastąpić zgodnie z zasadami opisanymi w notatce z 20.10.2017 r. Wykonawca oświadczył, że nie przedłoży obmiaru geodezyjnego bez zlecenia usługi wykopania kanału obiegowego jako roboty dodatkowej. Wykonawca wskazał, że traktuje wykonanie kanału obiegowego jako roboty dodatkowe, a według zamawiającego są to roboty zamiennie. Strony ustaliły, że różnica pomiędzy obmiarem geodezyjnym kanału obiegowego a ilościami robót ziemnych ujętych w ofercie wykonawcy będzie traktowana jako roboty dodatkowe.

Powyższa notatka została podpisana przez M. K. (2) działającego w imieniu zamawiającego, A. J. oraz inspektora nadzoru inwestorskiego T. S. (1). W spotkaniu brał udział również Nadleśniczy Z. Ł..

**Dowody:** e-mail z 2.11.2017 r. z kosztorysem (k. 89 – 99), notatka służbowa z 3.11.2017 r. (k. 100 -100v, 432 - 432v), e-mail z 2.11.2017 r. (k. 677), kosztorys robót dodatkowych (k. 678 – 715), zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954,

W dniu 6 listopada 2017 r. powodowie przekazali pozwanemu plac budowy. W protokole przekazania zawarto adnotację, że inwestor nie ponosi odpowiedzialności za pozostawione przez wykonawcę urządzenia i materiały, w tym szpilki igłofiltrowe. Stwierdzono też, że do dnia sporządzenia protokołu wykonany został kanał obiegowy, ścianka szczelna zabezpieczająca wykop pod przepust od strony kanału obiegowego, grodzie ziemne, dwa fundamenty pod przyczółki przepustu.

W dniu przekazania plac budowy był zalany.

W tym samym dniu T. S. (1) przejął obowiązki kierownika budowy w zakresie prac związanych z rozbiórką przyczółków mostu i jednocześnie zrzekł się funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego.

**Dowód:** protokół przekazania z 6.11.2017 r. (k. 101,475 – 475v), kopia dziennika budowy (k. 105 – 108), oświadczenie z 6.11.2017 r. (k. 415), oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego (k. 416), pismo z 9.11.2017 r. (k. 420), zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954, zdjęcia k. 863-865

W piśmie z 9 listopada 2017 r. A. J. jako wykonawca robót poinformował Starostę (...) o tym, że obowiązki kierownika budowy przejął inspektor nadzoru inwestorskiego T. S. (1).

**Dowód :** pismo z 9.11.2017 r. (k. 420)

W piśmie z 13 listopada 2017 r. powodowie wskazali, że w związku z tym, że nie są zobowiązani do wykonania rozbiórki betonowych przyczółków mostu, braku podstaw do wykonania przez zamawiającego rozbiórki tych przyczółków na koszt i ryzyko wykonawcy, piastowanie przez tę samą osobę funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz kierownika budowy jest sprzeczne z prawem, wnoszą o niezwłoczne zawarcie aneksu do umowy, którego skutkiem będzie rozszerzenie zakresu zadań wykonawcy i wykonania umowy zgodnie z obowiązującym prawem, z uwzględnieniem przysługującego wykonawcy wynagrodzenia a następnie przekazanie wykonawcy placu budowy i umożliwienie wykonania dalszych prac.

Powodowie nadto wskazali, że ich żądania w zakresie zawarcia aneksu są uzasadnione gdyż w toku wykonywania prac wyszło na jaw, że specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz projekt budowlany zostały wykonane wadliwie i niezgodnie ze stanem faktycznym. W powołanych dokumentach nie uwzględniono bowiem okoliczności, iż przyczółki mostu wykonane są z żelbetonu, nieprawidłowo opisując je jako wykonane z drewna.

W odpowiedzi na powyższe pismo pozwany wyjaśnił, że prowadzone były rozmowy w zakresie wynagrodzenia, jednakże nie uzyskało ono aprobaty z uwagi na znaczne odbieganie od cen rynkowych i w związku z brakiem porozumienia pozwany zlecił te prace innemu wykonawcy. Twierdzenia o szkodliwym działaniu T. S. (1) na proces budowlany pozwany uznał za bezzasadne. Pozwany podał, że nie widzi też podstaw do zapłaty wynagrodzenia za prace, których powodowie nie wykonali.

**Dowód:** pismo pozwanego z 15.11.2017 r. (k. 648 – 650), pismo powodów z 13.11.2017 r. (k. 102 – 103v, 673-678).

W e-mailu z 13 listopada 2017 r. powód M. J. (2) w związku z prowadzeniem odwodnienia powierzchniowego oraz obsuwaniem się skarp zwrócił się do pozwanego o zabezpieczenie skarp oraz sprzętu wykonawcy pozostawionego w dniu wykopu.

W piśmie z 13 listopada 2017 r. pozwany dokonał zgłoszenia w Starostwie Powiatowym w S. rozbiórki przyczółków betonowych, do których to prac Starostwo nie zgłosiło sprzeciwu.

W dniu 13 listopada 2017 r. pozwany zlecił prace w zakresie rozbiórki dwóch przyczółków żelbetowych mostu Ż. R. (1) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą (...), która wykonała rozbiórkę za kwotę 3.025,80 zł. Pozwany zlecił także transport koparki z siedziby przedsiębiorstwa (...) na teren budowy na rzece i jej odtransportowanie po wykonaniu prac. Z tego tytułu wykonawca wystawił na rzecz pozwanego fakturę na kwotę 4.920 zł brutto. Rozbiórka została wykonana 13.11.2017 r., w tym celu Ż. R. odwodniła wykop, jednak po zakończeniu jej prac wykop w sposób naturalny wypełnił się wodą.

Materiał po rozbiórce został przekazany 13 listopada 2017 r. do dyspozycji pozwanego.

Prace w zakresie rozbiórki zostały zakończone 14 listopada 2017 r. W tym dniu T. S. (1) zrzekł się funkcji kierownika budowy i objął ponownie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego.

W piśmie z 14 listopada 2017 r. pozwany poinformował powodów o zakończeniu prac związanych z rozbiórką przyczółków i wyznaczył termin na protokolarne przekazanie placu budowy powodom 15 listopada 2017 r. Odnosząc się do sugestii powoda w zakresie niszczenia sprzętu pozwany wskazał, że podczas prac obecny był pracownik pozwanego M. K. (2), który nie stwierdził żadnych uszkodzeń, dokumentując cały proces zdjęciami.

**Dowód:** zamówienie z 13.11.2017 r. (k. 104), faktura VAT nr (...) z 20.11.2017 r. (k. 759), oferta z 6.11.2017 r. (k. 401), faktura VAT (...) (k. 402), zamówienie z 13.11.2017 r. (k. 403), protokół z 13.11.2017 r. (k. 404), karta pracy sprzętu (k. 405), pismo z 2.02.2018 r. (k. 406), zgłoszenie z 13.11.2017 r. (k. 407), pismo z 27.11.2017 r. (k. 409), oświadczenie z 13.11.2017 r. (k. 408 – 408v), kopia dziennika budowy (k. 410 – 414), oświadczenie z 15.11.2017 r. (k. 417), oświadczenie inspektora nadzoru z 15.11.2017 r. (k. 418), pismo z 30.11.2017 r. (k. 421), pismo z 22.11.2017 r. (k. 422), pismo z 14.11.2017 r. (k. 670), e – mail z 13.11.2017 r. (k. 671 – 672), zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954

W piśmie z 14 listopada 2017 r. powodowie zwrócili się do pozwanego o udzielenie informacji, w oparciu jaką procedurę zlecone zostały prace wykonawcy zastępczemu, a także przesłanie kopii umowy zawartej z wykonawcą zastępczym ze wskazaniem umówionego wynagrodzenia.

W e-mailu z 14 listopada 2017 r. pozwany przesłał powodom – zgodnie z ich wnioskiem z 13 listopada 2017 r. - aneks nr (...) do umowy z 5 lipca 2017 r. zmieniającego termin wykonania przedmiotu umowy na 18 grudnia 2017 r.

W piśmie z 15 listopada 2017 r. powodowie zwrócili się z prośbą o wydłużenie proponowanego w aneksie terminu zakończenia prac do 30 grudnia 2017 r. zaznaczając, że w aneksie nie ma uzgodnionej zmiany wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych tj. budowę kanału obiegowego. Wraz z pismem przesłano obmiar geodezyjny budowy kanału obiegowego.

**Dowód:** pismo z 15.11.2017 r. z obmiarem (k. 651 – 655), pismo z 14.11.2017 r. (k. 657,665), e-mail z 14.11.2017 r. wraz z aneksem (k. 666 – 667),

Mimo zawiadomienia powodów o terminie przekazania placu budowy w dniu 15 listopada 2017 r. powodowie nie stawili się na placu budowy celem przekazania go do dalszych prac. W piśmie z 15 listopada 2017 r. A. J. wyjaśnił przyczyny nieobecności, które wynikały z obecności na innych budowach. Jednocześnie z uwagi na jego zdaniem nieprawidłowy sposób odwodnienia w czasie prowadzenia prac rozbiórkowych zwrócił się do pozwanego o odwodnienie wykopu na czas protokolarnego przekazania placu budowy w celu umożliwienia dokładnej komisyjnej oceny i oszacowania zniszczeń.

**Dowody:** pismo z 15.11.2017 r. (k. 656, 669), notatka służbowa z 15.11.2017 r. z fotografiami (k. 659 - 664).

W piśmie z 16 listopada 2017 r. powodowie zwrócili się z prośbą o zwołanie w trybie pilnym rady budowy.

Po uzgodnieniu z powodami w dniu 17 listopada 2017 r. odbyło się kolejne spotkanie przedstawicieli stron, na którym wykonawca zgłosił następujące uwagi:

- wniósł o dokonanie zamiennej technologii odwodnienia wykopów z odwodnienia powierzchniowego na odwodnienie igłofiltrami, które nie zostało ujęte w przedmiarze robót, a co za tym idzie zmiany stawki wynagrodzenia,

- stwierdził, że w wyniku rozbiórki betonowych przyczółków przez innego wykonawcę powstały uszkodzenia: przegłębienie dna wykopu, zamulenie przyczółków, uszkodzenie szpilek igłofiltrowych w ilości nieokreślonej przez wykonawcę.

Pozwany nie zgodził się na zapłatę dodatkowego wynagrodzenia w związku z użyciem igłofiltrów, wykonawca zobowiązał się odwodnić wykop, powołać geologa do zbadania gruntu w wykopie, a ewentualnych szkód dochodzić od kierownika nadzorującego rozbiórkę przyczółków betonowych.

Strony ustaliły ceny jednostkowe dla robót dodatkowych związanych z wykonaniem kanału obiegowego oraz cenę za obsługę geodezyjną na obmiar mas ziemnych wynikających z wykonania kanału obiegowego.

**Dowód:** notatka służbowa z 17.11.2017 r. (k. 111 – 112, 433 – 433v, 643v - 644), pismo z 16.11.2017 r. (k. 645), e-mail z 16.11.2017 r. (k. 646), pismo z 16.11.2017 r. (k. 647),

Powodowie odmówili przejęcia placu budowy i kontynuowania robót. W piśmie z 20 listopada 2017 r. wyjaśnili, że głównym powodem odmowy podpisania protokołu przekazania terenu i placu budowy był fakt, że inwestor wprowadził do protokołu zapis, że wykonawca odpowiada bezpośrednio za bezpieczeństwo ppoż. i bhp co wiązałoby się z obowiązkiem po stronie wykonawcy sporządzenia nieodpłatnie instrukcji ppoż na czas budowy. Zwrócili się też o wskazanie podmiotu odpowiedzialnego za szkody powstałe w czasie rozbiórki przyczółków.

W piśmie z 20 listopada 2017 r. pozwany wezwał powodów do natychmiastowego przejęcia placu budowy i kontynuacji robót zgodnie z umową i projektem, gdyż zagrożony był termin realizacji wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wyjaśnił, że propozycja przedłużenia terminu do 30 grudnia 2017 r. jest nie do zaakceptowania. Nadto wskazał, że przyczyny odmowy przejęcia terenu wskazane w piśmie z 20 listopada 2017 r. są nieuzasadnione.

W piśmie z 22 listopada 2017 r. powodowie podkreślili, że w aneksie do umowy nie zawarto zapisów dotyczących zmiany wynagrodzenia za roboty dodatkowe, a tylko zmieniono termin realizacji umowy na 18.12.2017 r. Ponownie podniesiono kwestię prac dodatkowych powstałych po rozbiórce betonowych elementów.

**Dowody:** pismo pozwanego z 20.11.2017 r. (k. 113, 636 – 636v), pismo powodów z 22.11.2017 r. (k. 114, 637 – 637v), pismo powodów z 20.11.2017 r. (k. 642), zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954,



W piśmie z 21 listopada 2017 r. Powiatowy Inspektor Budowlany wezwał pozwanego jako inwestora do udziału w podejmowanych czynnościach w sprawie skargi wniesionej przez powodów, poprzez złożenie pisemnego wyjaśnienia odnośnie nieprawidłowości w zakresie objęcia funkcji kierownika budowy przez inspektora nadzoru.

W odpowiedzi na powyższe pozwany wyjaśnił, że T. S. (1) w okresie od 6 listopada 2017 r. do 15 listopada 2017 r. kierował robotami w zakresie rozbiórki dwóch przyczółków betonowych mostu drewnianego, którą prowadziła w wyniku odrębnego zgłoszenia Ż. R. (1). W okresie rozbiórki T. S. (1) nie wykonywał czynności związanych z pełnieniem funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, gdyż te roboty nie wymagały ustanowienia osoby pełniącej tę funkcję zaś powodowie nie wykonywali w tym czasie żadnych prac.

**Dowód:** pismo z 28.11.2017 r. (k. 409), pismo z 21.11.2017 r. (k. 419)

W piśmie z 22 listopada 2017 r. pozwana wyjaśniła powodom, że nie zaistniały żadne zarzucane przez nich szkody na budowie, co potwierdzili na wizji lokalnej 17 listopada 2017 r. powodowie. Podkreślił, że mimo zobowiązania w protokole z 6 listopada 2017 r. powodowie nie odebrali dotychczas placu budowy, a pozwany wciąż wykazuje gotowość do przekazania. Nadto, zdaniem pozwanego niezasadne są zarzuty co do dokumentacji projektowej, która zawiera szczegółowe wytyczne w zakresie odwodnienia pasa robót i wykopów. W razie wątpliwości co do zapisów dokumentacji oferent mógł zadać pytania na etapie postępowania przetargowego czego jednak nie uczynił. Pozwany wezwał przy tym powodów do przedłożenia dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru wykonanych przyczółków na wlocie i wylocie wyznaczając termin do 24 listopada 2017 r. Nadto, pozwany wezwał po raz kolejny powodów do przedstawienia celem akceptacji harmonogram robót wyznaczając termin 24 listopada 2017 r.

**Dowód:** pismo z 22.11.2017 r. (k. 638 – 639)

W dniu 22 listopada 2017 r. T. S. (1) zwrócił się z wnioskiem do pozwanego o zawarcie aneksu do umowy o nadzór inwestorski podwyższającego wynagrodzenie z uwagi na nieprzewidziane w umowie czynności związane z czynnościami podejmowanymi przez wykonawcę.

**Dowody:** e-mail z 22.11.2017 r. (k. 640), pismo z 22.11.2017 r. (k. 641).

W piśmie z 23 listopada 2017 r. pozwany przesłał powodom aneks nr (...) do umowy zwiększający wynagrodzenie wykonawcy za roboty dodatkowe, a także ponownie przesłał aneks nr (...) wydłużający termin prac z prośbą o podpisanie.

W piśmie z 24 listopada 2017 r. powodowie powołali się na stanowisko dyrektora ds. technicznych J. K. oraz kierownika budowy L. J. odnośnie zmiany technologii, która omijała drogie pompowanie igłofiltrami, jednak projektant B. H. (2) odrzucił zaproponowane przez powodów rozwiązanie i podjął decyzję, że budowę należy prowadzić zgodnie z projektem – zdaniem powodów – nieprawidłowym. Powodowie podkreślili, że odwodnienie to robota podstawowa i jednocześnie jedna z najkosztowniejszych. Jednocześnie powodowie przesłali część wnioskowanej przez pozwanego dokumentacji (zaakceptowane przez inspektora materiały, zdjęcia zbrojenia, deklaracje właściwości użytkowych producenta).

W odpowiedzi na powyższe pismo oraz pismo z 22 listopada 2017 r. pozwany wyjaśnił, że wykonawca ani na etapie przetargu ani w czasie realizacji budowy nie zgłaszał żadnych wad projektu na piśmie, w związku z tym roboty należy wykonać zgodnie z projektem; wpis inspektora nadzoru do dziennika budowy nie jest informacją o zmianie technologii budowy a jedynie zaleceniem; uszkodzenia na placu budowy nie zostały stwierdzone i udokumentowane. Jednocześnie wskazano, że wykonawca przed 6 listopada 2017 r. nie wyłączył pompy i zalał wykop, usypał groble co mogło spowodować zanieczyszczenie i zamulenie dna.

Nadleśnictwo sporządziło i wysłało powodom dwa aneksy do umów – zwiększający wynagrodzenie o wartość robót dodatkowych (ale bez pracy igłofiltrów) i przedłużające termin wykonania prac.

**Dowód:** pismo z 24.11.2017 r. z załącznikami (k. 115 – 131, 618 – 632), pismo z 27.11. 2017 r. (k. 617), pismo z 23.11.2017 r. z aneksem nr (...) do umowy (k. 633 – 635).

W dniu 28 listopada 2017 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron, na którym strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska odnośnie do wykonania rozbiórki przyczółków, uszkodzeń i robót dodatkowych, a także wad w dokumentacji projektowej. Nadleśnictwo stwierdziło, że przed przekazaniem pozwanemu placu budowy w dniu 6.11.2017 r. powodowie zalali wykop i usypali groblę w poprzek koryta rzeki. Powodowie odmawiali przejęcia placu budowy z uwagi na ryzyko związane z zalaniem wykopu, zaś pozwany wzywał do powodów do przejęcia placu budowy podtrzymując stanowisko w zakresie odpompowania wody za pomocą igłofiltrów, co powinno obejmować wynagrodzenie ryczałtowe.

**Dowód:** notatka służbowa z 28.11.2017 r. (k. 132 – 133, 434 – 436).

W piśmie z 28 listopada 2017 r. powodowie wezwali do zawarcia aneksu do umowy w zakresie podwyższenia wynagrodzenia w zakresie robót dodatkowych związanych z odwodnieniem wykopu za pomocą igłofiltrów oraz koniecznością wykonania robót dodatkowych wynikających z prowadzenia prac przez Ż. R. (1), przedłużenia terminu wykonania prac co najmniej do 31 grudnia 2017 r., zmiany zakresu i sposobu wykonania umowy, w terminie 2 dni tj. do 30 listopada 2017 r. pod rygorem odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pozwany wskazał, że nie wyraża zgody na propozycje zawarte w wezwaniu, w szczególności wskazał, że konieczność robót dodatkowych nie została w żaden sposób udokumentowana, zaś wydłużenie terminu nie jest możliwe z uwagi na brak jakiegokolwiek postępu robót na budowie. Dalej pozwany stwierdził, że niezasadne jest powoływanie się na art. 640 k.c.

**Dowód:** pismo z 28.11.2017 r. (k. 109 – 110, 134 – 137, 613 – 616), pismo pozwanego z 30.11.2017 r. (k. 611 – 612)

W piśmie z 1 grudnia 2017 r. (które wpłynęło do pozwanego w tym samym dniu) powodowie złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 5 lipca 2017 r. na podstawie art. 640 k.c. wskazując, że zamawiający nie współdziała z wykonawcami celem wykonania umowy. Ponadto powodowie nie wyrazili zgody na odpompowanie wody z wykopu na ich koszt oraz przejęcie budowy po pracach Ż. R. (1), zażądali natychmiastowego odbioru wykonanych przez nich prac zgodnie ze stanem na dzień przejęcia placu budowy przez zamawiającego w dniu 6 listopada 2017 r. oraz wezwali do zapłaty wynagrodzenia należnego za wykonane prace, a także rozliczenia materiałów i urządzeń zakupionych celem wykonania umowy.

W odpowiedzi na powyższe pismo pozwany wyraził w piśmie z 5 grudnia 2017 r. pogląd, iż odstąpienie od umowy jest bezzasadne i nie zgadza się z zaprezentowaną przez powodów argumentacją podtrzymując wcześniejsze stanowisko. Pozwany wskazał, że według niego powodowie bezpodstawnie odmówili wykonywania robót a zatem odmówili spełnienia świadczenia wynikającego z umowy. W związku z tym pozwany oświadczył, że odstępuje od umowy bez wyznaczania terminu dodatkowego na podstawie art. 492<sup>1</sup> k.c. Jednocześnie pozwany wyraził gotowość do przystąpienia do inwentaryzacji i odebrania robót w wykonanej części.

Stanowisko takie podtrzymał w dalszych pismach.

**Dowód:** pismo z 5.12.2017 r. (k. 138 – 143, 603 – 604), pismo z 1.12.2017 r. (k. 144 – 146, 606 – 610), pismo z 16.02.2018 r. (k. 490).

W piśmie z 1 grudnia 2017 r. inspektor nadzoru inwestorskiego T. S. (1) oświadczył, że zgłoszenie konsorcjum wykonawców w zakresie żądania odbioru robót jest wadliwe, gdyż stroną zgłaszającą powinien być kierownik budowy; zaś w zakresie robót wykonanych wskazał, że wykonawca wykonał rozbiórkę istniejącego mostu, a kierownik budowy nie zgłosił prac do odbioru po zakończeniu wpisem w dzienniku budowy; wykonawca wykonał fundamenty przyczółków na wlocie i wylocie, ale kierownik budowy nie zgłosił prac do odbioru po zakończeniu wpisem do dziennika budowy oraz nie zgłosił do odbioru wpisem do dziennika budowy robót zanikających. Oświadczył też,

że pozostałe roboty określone w dokumentacji projektowej nie zostały przez wykonawcę zrealizowane w terminie umownym. W związku z tym żadne roboty nie nadają się do odbioru i wymagają ponownego zgłoszenia do odbioru przez kierownika budowy ze strony konsorcjum wykonawców.

**Dowód:** e-mail z 4.12.2017 r. (k. 601), oświadczenie z 1.12.2017 r. (k. 147, 602,605).

Powodowie oraz pozwany w dalszej korespondencji prezentowali swoje stanowisko w sprawie, w szczególności w piśmie z 7 grudnia 2017 r. powodowie wskazali, iż oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy uznają za bezskuteczne.

W piśmie z 11 grudnia 2017 r. pozwany wskazał na obowiązek wykonawcy sporządzenie protokołu inwentaryzacji i zabezpieczenia przerwanych robót.

W piśmie z 12 grudnia 2017 r. powodowie poinformowali, że z uwagi na bezprawne żądania pozwanego i działając pod przymusem odpompują wodę oraz wykonują badanie geologiczne na własny koszt z zastrzeżeniem zwrotu wynagrodzenia od pozwanego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

W odpowiedzi na pozwany w piśmie z 12 grudnia 2017 r. nie zgodził się na wykonanie badań geologicznych.

W piśmie z 12 grudnia 2017 r. powodowie złożyli do Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych zawiadomienie o nieprawidłowym postępowaniu pozwanego w związku z wykonywaniem umowy z 5 lipca 2017 r.

**Dowody:** pismo z 7.12.2017 r. (k. 148 – 150, 598 – 600), pismo pozwanego z 8.12.2017 r. (k. 151 – 152, 597), pismo pozwanego z 11.1.2.207 r. (k. 153, 595), pismo z 12.12.2017 r. (k. 154, 590 – 592, 802 - 804), pismo pozwanego z 12.12.2017 r. (k. 593), pismo z 12.12.2017 r. (k. 594 – 594v), pismo z 8.12.2017 r. (k. 596 – 596v)

W dniu 13 grudnia 2017 r. sporządzony został protokół inwentaryzacji robót, w którym stwierdzono, że wykonawca wykonał rozbiórkę istniejącego mostu drewnianego i stan zaawansowania robót określono na ok 90 %. Wykonawca oświadczył, że wykona inwentaryzację geodezyjną i geologiczną 13 grudnia 2017 r. Wykonawca oświadczył, że należy ująć w protokole wykonane roboty takie jak wykonanie wykopów pod przyczółki, wzmocnienie wlotu i wylotu pod przyczółki, prace geodezyjne, wykonanie podbudowy pod przyczółki betonowe, wykonanie zbrojenia przyczółków, wykonanie szalowania, zabicie ścianki szczelnej wzmacniającej groble, zabetonowanie stopy przyczółków, zainstalowanie i instalacji igłofiltrowej. Powodowie dostarczyli też materiał zakupiony na potrzeby wykonania tego zadania. Tego samego dnia zostały wykonane pomiary geodezyjne wykonanych prac.

Powodowie sporządzili 13 grudnia 2017 r. kosztorys powykonawczy na kwotę 57.236,06 zł (46.533,38 zł netto, z czego 22.526,91 zł netto to koszt odwodnienia igłofiltrami).

**Dowód:** protokół inwentaryzacji robót z 13.12.2017 r. (k. 155 – 157, 437 – 444), dokumentacja geodezyjna k. 552-554, kosztorys powykonawczy (k. 193 – 194).

Pomiary geodezyjne wykazały, że fundamenty pod przepust wykonane przez powodów zostały wykonane niezgodnie z dokumentacją projektową. Różnice dotyczyły zarówno rzędnych wysokościowych jak i usytuowania na planie. Możliwa była poprawka fundamentów, ale musiałyby je wykonywać ten sam wykonawca.

**Dowód** : zeznanie B. H. k. 850, rysunek k. 847, inwentaryzacja powykonawcza k. 923-924, opinia biegłego k. 1154-1198, 1241-1269

W piśmie z 15 grudnia 2017 r. pozwany wskazał, że nie jest zobowiązany do zapłaty za materiały niewbudowane i wezwał powodów do zabrania tych materiałów z placu budowy oraz złożenia dokumentów niezbędnych do odbioru.

W piśmie z 19 grudnia 2017 r. powodowie zakwestionowali treść protokołu inwentaryzacji z 13 grudnia 2017 r. w pkt 1 -7 i poinformowali o zleceniu badań geologicznych, żądając jednocześnie zapłaty 63.623,55 zł z tytułu przekazanego podczas protokolarnego przekazania placu budowy 6 listopada 2017 r. przepustu typu H. o wartości 57 400 zł brutto

oraz tłucznia w ilości 84,33 ton (o wartości 6.223,55 zł) a także przyjęcia zakupionych materiałów do realizacji umowy. Na tę okoliczność powodowie dołączyli do pisma m.in. faktury za zakup przepustu oraz tłucznia.

Na zlecenie powodów sporządzone zostało w grudniu 2017 r. sprawozdanie z badania gruntu. Autorka sprawozdania stwierdziła w nim m. in., że na dnie wykopu zalega nasyp zbudowany z namulów, piasków, gleby, korzeni, stwierdzono obecność gruzu betonowego i ceglanego po rozbiórce mostu, taki rodzaj nasypu wskazuje, że powstał on w wyniku zarwania się skarp brzegowych wykopu wskutek podmycia skarpy przez płynące wody rzeki L.; zdjęcia z okresu poprzedzającego instalację igłofiltrów przedstawiają fazę podmycia i osuwania się niezabezpieczonych skarp, widoczne są sączenia wody przez skarpe. Stwierdzono, że do głębokości 0,9-1,00 m p.p.t zalega namul zmieszany z pisakiem, gruzem i częściami organicznymi, grunt ten jest nienośny. W celu posadowienia przepustu niezbędne będzie dokonanie na całej jego długości całkowitej wymiany nienośnego podłoża do głębokości średnio 1,00m, a w jednym miejscu 1,6 m.

**Dowód:** pismo z 1.12.2017 r. (k. 158), pismo z 19.12.2017 r. (k. 159 – 162), faktury (k. 164 – 168), sprawozdanie (k. 169 – 175), pismo z 15.12.2017 r. (k. 779 – 779v).

Wraz z pismem z 20 grudnia 2017 r. (doręczonym 21 grudnia 2017 r.) pozwany przesłał powodom noty księgowe wystawione 20 grudnia 2017 r. obciążające wykonawców z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego tj. w kwocie 32.015,15 zł (nota nr 41/POZ/2017) oraz z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w umowie za okres 5 dni tj. od 30 listopada 2017 do 5 grudnia 2017 r. (nota nr 42/POZ/2017) w kwocie 4.001,90 zł. Wyznaczono termin zapłaty powyższych not do 27 grudnia 2017 r. Pismem z 22.12.2017 r. powodowie oświadczyli, że naliczenie kar jest niezasadne i że odsyłają noty.

**Dowód:** pismo z 20.12.2017 r. (k. 176,780), noty księgowe (k. 177 – 178), pismo k. 573-574, zeznania T. B. k. 853

W piśmie z 22 grudnia 2017 r. pozwany wezwał (...) spółkę akcyjną V. (...) do wypłaty odszkodowania – kar umownych na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej do wysokości 13.782,52 zł.

W piśmie z 3 stycznia 2018 r. powodowie wskazali, że ich zdaniem nie ma podstaw do wypłaty z gwarancji.

W kolejnym piśmie podtrzymali swoje stanowisko, jednak celem wznowienia obsługi przez gwaranta w dniu 4 stycznia 2018 r. powodowie uiścili na rzecz gwaranta kwotę 13.782,52 zł w związku z żądaniem wypłaty z gwarancji.

**Dowód:** pismo z 22.12.2017 r. (k. 179 – 180), pismo z 3.01.2018 r. (k. 181 – 184v), pismo z 4.01.2018 r. (k. 186 – 187), potwierdzenie przelewu (k. 188).

W pismach z 8 stycznia 2018 r., 9 stycznia 2018 r. i 20 lutego 2018 r. Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w S. w odpowiedzi na skargę powodów z 9 listopada 2017 r. oraz w odpowiedzi na kolejne pisma dotyczące nieprawidłowości na budowie po przeprowadzeniu czynności kontrolnych 4 stycznia 2018 r. stwierdził, że nie ma podstaw do wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie prowadzonych prac na budowie.

**Dowód:** pismo z 8.01.2018 r. (k. 423), pismo z 9.01.2018 r. (k. 424), pismo z 20.02.2018 r. (k. 425), protokół kontroli nr (...) (k. 426-429)

W piśmie z 8 stycznia 2018 r. pozwany odniósł się do kosztorysu z 13 grudnia 2017 r. sporządzonego przez powodów wskazując, że pozycje kosztorysu traktowane będą jedynie jako zaawansowanie wykonanych robót. Nadto wezwał powodów do złożenia stosownej brakującej dokumentacji. Wezwanie do złożenia dokumentacji zostało też wystosowane do L. J. jako kierownika budowy.

W odpowiedzi na powyższe pismo powodowie ponownie powołali się na wady projektu i zarzucili bezzasadność żądań pozwanego. Do pisma załączono natomiast brakującą dokumentację.

Pismem z 2 lutego 2018 r. Nadleśnictwo poinformowało powodów, że w dalszym ciągu nie może odebrać prac z uwagi na braki w dokumentach.

**Dowody:** pismo z 8.01.2018 r. (k. 195 -197), pismo z 24.01.2018 r. z załącznikami (k. 198 – 215), pismo z 2.02.2018 r. k. 513-514, pismo k. 515-517

W piśmie z 22 lutego 2018 r. pozwany wezwał gwaranta do wypłaty odszkodowania. W wyniku powyższego gwarant wypłacił żadaną kwotę 28 lutego 2018 r.

**Dowód:** pismo z 22.02.2018 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 781 – 782), wyciąg z rachunku bankowego (k. 783).

W dniu 9 marca 2018 r. dokonany został jednostronny odbiór robót wykonanych przez powodów. W treści protokołu odbioru robót ustalono, że powodowie nie rozebrali 4 belek i nie przedstawili kompletu dokumentów dotyczących utylizacji materiału z rozbiórki. Stan zaawansowania robót ustalono na 90 %, zaś wykonanie kanału obiegowego na 100 %. Nie dokonano odbioru prac związanych z wykonaniem przyczółków żelbetowych na wlocie i wylocie z powodu braku zgłoszenia do odbioru w dzienniku budowy prac zanikających i z powodu wykonania fundamentów niezgodnie z projektem.

W dniu 12 marca 2018 r. T. S. (1) sporządził rozliczenie robót, wg którego do zapłaty na rzecz powodów pozostała kwota 26 758,03 zł netto.

**Dowód:** protokół odbioru robót (k. 190 – 190v, 445 – 445v), rozliczenie z 12.03.2018 r. (k. 191,218).

Pozwany odstąpił od obciążania powodów karą umowną w kwocie 4.001,90 zł w tym celu wystawiając 21 marca 2018 r. notę uznaniową.

**Dowód:** nota nr 14/POZ/2018 z potwierdzeniem nadania (k. 784 – 786), zeznania T. B. k.853

W piśmie 16 marca 2018 r. powodowie poinformowali Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w S. o braku rozliczenia przez pozwanego przedmiotowej inwestycji.

**Dowód:** pismo z 16.03.2018 r. (k. 489).

W piśmie z 21 marca 2018 r. pozwany sporządził jednostronne rozliczenie wykonanych przez powodów prac wskazując, że wykonawca wykonał rozbiórkę mostu, wartość całkowita wykonanych robót wyniosła 193 050,45 zł netto, zaś wartość robót dla pozycji dotyczących rozbiórek mostu oraz geodezyjnych robót pomiarowych 31 795,08 zł netto co stanowi 16,47 %. Zaawansowanie robót do celów rozliczenia określono na 90 %, zaawansowanie robót pomiarowych także określono na 90 %. Pozwany wyliczył płatność dla konsorcjum w kwocie 23 728,03 zł netto, za wykonanie kanału obiegowego pozwany wyliczył kwotę 1 880,00 zł netto zaś za obsługę geodezyjną 1 150,00 zł netto. Według pozwanego z zakresu umowy na rzecz konsorcjum do zapłaty pozostała kwota 26 758,03 zł netto plus VAT i zwrócono się o wystawienie na tę kwotę faktury VAT. Od powyższej kwoty pozwany odliczył karę umowną -32015,15 zł i koszt pomiarów geodezyjnych – 615 zł co dało łączną kwotę do potrącenia 36 632,05 zł netto. Pozwana uwzględniła zapłatę przez ubezpieczyciela kwoty 13782,52 zł, a więc do zapłaty według pozwanego na rzecz powodów pozostała kwota 14 064,75 zł.

Kwotę, którą pozwany otrzymał od gwaranta zaksięgował na poczet częściowego pokrycia noty księgowej nr (...) z 20 grudnia 2017 r

**Dowód:** pismo z 21.02.2018 r. (k. 189-190, 216-217), pismo z 12.04.2018 r. (k. 192).

W dniu 21.03.2018 r. Nadleśnictwo ogłosiło zamówienie publiczne na dokończenie prac przy budowie przepustu na rzece L.. W szczegółowej specyfikacji technicznej wskazano m. in. w pkt. 5.4, że technologia wykonania wykopu musi

umożliwić jego prawidłowe odwodnienie (technologię odwodnienia wybiera wykonawca na własny koszt np. przez zastosowanie pompowania pompami powierzchniowymi lub wglębnego).

**Dowód** : ogłoszenie k. 230-238, SIWZ z załącznikami k. 239-343

W piśmie z 30 marca 2018 r. pozwany na wniosek powodów z 21 marca 2018 r. przesłał im wyniki badań geodezyjnych oraz szkice powykonawcze, a także pomiar mas ziemnych wykopu pod kanał obiegowy.

**Dowód:** pismo z 30.03.2018 r. z załącznikami (k. 476 – 481), pismo powodów z 21.03.2018 r. (k. 482).

Umowa na prace związane z zakończeniem budowy przepustu została zawarta przez Nadleśnictwo z J. Z. (1) w dniu 27.04.2018 r.

**Dowód** : umowa k. 740-749

W dniu 30 maja 2018 r. L. J. złożył pisemne oświadczenie, że przyczółki betonowe zostały wykonane zgodnie z projektem.

**Dowód** : oświadczenie k. 221

W dniu 6.06.2018 r. B. H. (2) złożył pisemne oświadczenie, że na podstawie pomiarów geodezyjnych stwierdza się możliwość wykonania nadziemnej części przyczółków przepustu z dostosowaniem rzędnych posadowienia zgodnie z projektem. W piśmie podano, że projektowana rzędna wynosi 37,06, a pomierzone rzędne korony wykonanych fundamentów na wlocie i wylocie wynoszą odpowiednio 36,72 i 36,81, co umożliwia posadowienie rury przepustowej na projektowanej wysokości.

**Dowód** : oświadczenie k. 222

Wykonane przez powodów fundamenty pod przepust zostały rozebrane przez J. Z. (1) w ramach umowy na prace związane z zakończeniem budowy przepustu, za kwotę 3239,16 zł netto. Kwota ta została przez Nadleśnictwo zapłacona. Cała oferta J. Z. na dokończenie prac opiewała na 250.206,46 zł. Przedmiotem prac była także wymiana gruntu w wykopie.

Budowa przepustu zakończyła się 20.08.2018 r.

J. Z. wykonał fundamenty pod przepust z elementów prefabrykowanych i nie używał igłofiltrów do odwodnienia terenu.

**Dowód** : faktura k. 736, potwierdzenie przelewu k. 737, protokół k. 739, protokół k. 758, zeznania T. S. k. 951-954, informacja z otwarcia ofert k. 1078, odpowiedź na zapytanie k. 1079-1080, zeznania J. Z. k. 1140-1146

W dniu 21.11.2018 r. pozwany wystawił powodom notę obciążeniową nr 39/POZ/2018 r. na kwotę 3739,16 zł za rozbiórkę przyczółków i pomiary geodezyjne, z terminem płatności 7 dni od dnia otrzymania noty; notę przesłał powodom pismem z 22.11.2018 r., powodowie odebrali ją dzień później.

**Dowód** : pismo z notą k. 219,220, 789,790, zeznania T. B. k. 853

Pismem z 4.12.2018 r. (odebrany przez powodów 5.12.2018 r.) Nadleśnictwo oświadczyło, że potrąca z należności powodów w kwocie 26758,03 zł kwotę 21971,79 zł z tytułu not nr 41 i 39, a pozostałą kwotę 4786,24 zł przekazano powodom tym samym dniu.

**Dowód** : oświadczenie z potwierdzeniem odbioru k. 792-794, potwierdzenie przelewu k. 795, zeznania T. B. k. 853

Powodowie złożyli w Sądzie Rejonowym w Sulęcinie wnioski o zabezpieczenie dowodu z opinii biegłego, który miał utrwalić stan prac wykonanych przez powodów na budowie przepustu. Pierwsze posiedzenie odbyło się w dniu

8.06.2018r., strony uzgodniły wówczas wspólne wykonanie fotografii dokumentujących stan budowy, wobec czego posiedzenie odroczone. Fotografie zostały wykonane przez obie strony 15.06.2018 r., po czym kolejny wykonawca rozebrał przyczółki wykonane przez powodów i przystąpił do kolejnych prac. Postanowieniem z 20.06.2018 r. Sąd w Sulęcinie zabezpieczył dowód, pismem z 21.06.2018 r. powodowie wezwali nadleśnictwo do wstrzymania prac rozbiórkowych. Postanowienie nie zostało wykonane, gdyż kolejny wykonawca przystąpił do prac przed wydaniem postanowienia.

**Dowód** : dokumenty z akt sprawy I Co 138/18 k. 447-450,458, 763-774, 1024-1040 pismo k. 223-229, pisma k. 445-457,464-470, notatka k. 471, zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853, zeznania T. S. k. 951-954, zdjęcia k. 925-950, 1008-1023, zeznania J. Z. k. 1140-1146

Prace przy wykonaniu przepustu musiały być podjęte jak najszybciej, z uwagi na to, że zbliżał się sezon pożarowy.

**Dowód** : zeznania A. B. k. 850v-851, zeznania M. K. k. 851v-853

Dokumentacja projektowa do zadania pn. „Budowa przepustu wielkogabarytowego na rzece L. w km 22+350 w Nadleśnictwie L.” nie zawierała błędów, zawierała wszystkie elementy wymagane przepisami prawa. Nie był w niej określony sposób wykonania odwodnienia, natomiast nie było to wymagane, ponadto były zapisy o konieczności wykonania takich urządzeń, które zapewnią odprowadzenie wód gruntowych i opadowych poza obszar robót. Brak ten nie powinien wpływać na szacowanie kosztów inwestycji, powodowie powinni zapoznać się z dokumentacją i terenem oraz sporządzić wycenę prac zawierającą takie elementy, które zapewnią skuteczną realizację inwestycji. Możliwe było wykonanie zadania bez użycia igłofiltrów. W dokumentacji do drugiego przetargu nie znalazły się zapisy nakazujące użycie igłofiltrów. W projekcie przewidziane było wykonanie fundamentów prefabrykowanych. Elementy betonowe zagłębione w gruncie nie były w projekcie przewidziane do rozbiórki i nie były szczegółowo zinventaryzowane, natomiast zostały uwzględnione na rysunku k. 846. Brak wymiarów tych elementów mógł wpływać na prawidłowość szacowania kosztów przy konieczności ich rozbiórki, ale pierwotnie nie zakładano rozbiórki tego elementu. Przy należyтым zbadaniu placu budowy powodowie mogli wykryć istnienie betonowych przyczółków mostu i przewidzieć konieczność zastosowania igłofiltrów. Prace związane z budową przepustu mogły być wykonane bez rozbierania przyczółków, gdyby jeden z nich nie został przewrócony. Powodowie wykonali fundamenty pod przepust niezgodnie z projektem w zakresie wymiarów w rzucie, położenia w planie i rzędnych wysokościowych. Dopuszczalne projektowe tolerancje podane w (...) zostały znacznie przekroczone. Specyfika realizacji obiektów inżynierskich o konstrukcji podatnej z blach falistych wymaga idealnej zgodności położenia ścian czołowych (tu nazywanych przyczółkami) z projektem, ponieważ część przelotowa jest przygotowana pod względem kątów ukosów wlotu i wylotu już w fabryce, a potem zabezpieczona antykorozyjnie. Jakikolwiek korekty konstrukcji w warunkach poligonowych (na budowie) są niedopuszczalne. Wykonane fundamenty mogłyby być wykorzystane przez kolejnego wykonawcę wyłącznie za zgodą projektanta, który takiej zgody nie wyraził.

Prace Ż. R. mogły pogorszyć stan gruntu na budowie i wymagało to dodatkowych nakładów ze strony powodów. Wartość tych nakładów to 4788,61 zł brutto, czas konieczny do wykonania zadania wydłużyłby się o 2 dni.

Wartość prac wykonanych przez powodów na dzień odstąpienia od umowy wynosi 28058,44 zł netto, 34.511,88 zł brutto (wraz z kanałem obiegowym i obsługą geodezyjną). Prace rozbiórkowe dot. 4 belek (czego powodowie nie wykonali) to ok. 5% stanu zaawansowania prac rozbiórkowych.

Powodowie niepoprawnie wycenili wartość prac rozbiórkowych elementów betonowych. Wartość tych prac to 3695,22 zł netto.

Odwodnienie wykopów to prace tymczasowe, potrzebne wykonawcy, a nie zamawiającemu, do wykonania robót podstawowych. Nie jest to praca dodatkowa w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w umowie i dokumentacji przetargowej.

W dokumentacji projektowej były podane warunki gruntowe i wyniki badań geologicznych, były podane rodzaje gruntu i współczynniki filtracji (najwyższe możliwe).

**Dowód** : opinia biegłego k. 1154-1198, 1241-1269

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo okazało się uzasadnione w niewielkiej części.

Powodowie dochodzili w niniejszej sprawie wynagrodzenia za prace wykonane w związku z umową przewidującą wykonanie przepustu na rzece L.. Podstawę żądania stanowił zatem art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem zasadami wiedzy technicznej, inwestor zaś zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy, dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Ponadto powodowie dochodzili też zwrotu kwoty, jaką pozwany otrzymał od gwaranta (13.782,52 zł wraz ze skapitalizowanymi odsetkami). W tym zakresie podstawą są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.), jako że żądanie opiera się na założeniu, że nie zaistniały podstawy naliczenia kary umownej wypłaconej pozwanemu przez gwaranta, któremu powodowie musieli zwrócić wypłaconą kwotę, zatem oni są zubożeni, pozwany zaś wzbogacony.

Niespornym jest, że powodowie nie wykonali prac w całości, lecz jedynie w niewielkiej części, jako że obie strony złożyły oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Sąd uznał za skuteczne odstąpienie złożone przez pozwanego, co zostanie szerzej omówione w dalszej części uzasadnienia. Ze złożonych przez strony oświadczeń i późniejszego zachowania stron (sporządzenie inwentaryzacji, wzywianie pozwanego przez powodów do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace, niekwestionowanie przez pozwanego, że powodom takie wynagrodzenie jest należne) wynika, że zamiarem obu stron było odstąpienie na przyszłość, a więc tylko co do prac niewykonanych oraz że prace powodów były traktowane jako świadczenie podzielne. Dodać przy tym należy, że podzielność świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o roboty budowlane nie budzi również wątpliwości orzeczniczych (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03).

Zatem odstąpienie przez zamawiającego od umowy skutkuje obowiązkiem zapłaty należnej wykonawcy, a ustalonej w sposób wskazany w umowie, części wynagrodzenia odpowiadającej części wykonanych prac.

W niniejszej sprawie jednym z punktów spornych był zakres prac wykonanych przez stronę powodową. W swoim kosztorysie powodowie ujęli bowiem prace niekwestionowane przez pozwanego (kanał obiegowy i prace rozbiórkowe) oraz prace, które pozwany kwestionował - związane z wykonaniem fundamentów oraz zastosowaniem igłofiltrów. Ustalając zakres prac Sąd oparł się o treść 2 dokumentów: protokołu przekazania placu budowy z 6.11.2017 r. i protokołu inwentaryzacji z 13.12.2017 r. Z dokumentów tych wynika, że powodowie wykonali kanał obiegowy, prace rozbiórkowe prawie w całości – bez 4 belek opisanych w protokole inwentaryzacji, a nadto prace związane z wybetonowaniem fundamentów pod przepust (a zatem, co zrozumiałe, również prace poprzedzające wylanie samych fundamentów). Te ostatnie prace zostały jednak zakwestionowane przez pozwanego, najpierw z uwagi na brak stosownych zgłoszeń do odbioru, a następnie, po przeprowadzeniu pomiarów geodezyjnych, także z uwagi na stwierdzone wady wykonanych fundamentów. Wadliwość wykonanych fundamentów potwierdza opinia biegłego, sporządzona w oparciu o pomiary geodezyjne wykonane na etapie inwentaryzacji. Jak wynika z opinii, fundamenty zostały wykonane niezgodnie z projektem w zakresie wymiarów w rzucie, położenia w planie i rzędnych wysokościowych, a dopuszczalne projektowe tolerancje podane w (...) zostały znacznie przekroczone. Wnioskom biegłego nie sprzeciwia się oświadczenie projektanta z 6.06.2018 r. (k. 222). Projektant nie stwierdził w nim bowiem, że fundament wykonano zgodnie z projektem, przeciwnie, wskazał na różnice rzędnych projektowanych i rzeczywistych, a z jego oświadczenia wynika konieczność dostosowania rzędnych, czyli poprawienia fundamentów.



Jeśli zaś prace zostały wykonane wadliwie i musiały być poprawione albo rozebrane, to nie mogą być zakwalifikowane do robót wykonanych i powód nie może skutecznie domagać się za nie wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 632 § 1 k.c., 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. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości, że przytoczone regulacje znajdują zastosowanie, również na gruncie umów o roboty budowlane (m. in. uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 184/08 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 63/07).

W przypadku ustalenia wynagrodzenia w sposób ryczałtowy, część wynagrodzenia za prace wykonane powinna być określona w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całości wynagrodzenia ryczałtowego. Przyjąć należy, że skoro podstawą ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia był kosztorys, to wartość prac wykonanych również winna być określona w oparciu o ten kosztorys. Taką właśnie metodologię zastosował najpierw pozwany (odniósł się do wartości prac rozbiórkowych w stosunku do całości), a następnie biegły sądowy. Różnica w tak wyliczonym wynagrodzeniu pomiędzy wynikiem pozwanego i biegłego wynika z nieprawidłowego (zawyżonego) oszacowania stopnia niewykonania robót co do 4 nierozebranych belek, mianowicie pozwany oszacował to na 10% całości prac rozbiórkowych, biegły zaś na 5%.

Wartość prac wykonanych przez powodów ustalono na podstawie opinii biegłego. Sąd w całości uznał za wiarygodną opinię (poszerzoną o opinię uzupełniającą), gdyż cechuje się ona dużą fachowością oraz stanowi wynik pełnej i dogłębnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego. Wywody biegłego są logiczne i jednoznaczne, a nadto kompletne – wyjaśniają wszystkie objęte tezą dowodową kwestie. O rzetelnym i profesjonalnym podejściu biegłego świadczą materiały wykorzystane do jej sporządzenia, jej obszerność oraz drobiazgowość. Strona powodowa kwestionowała wnioski opinii biegłego, jednakże w ocenie Sądu bezskutecznie. W opinii uzupełniającej biegły rzeczowo odpowiedział na wszystkie zarzuty powodów, które w rzeczywistości sprowadzały się jedynie do, opartej na subiektywnej ocenie materiału dowodowego, polemiki z wnioskami opinii.

Jak wynika z opinii, biegły wycenił prace wykonane, odnosząc się do wartości wskazanych w kosztorysie ofertowym i ustalając proporcję wartości całych prac do prac faktycznie wykonanych, co jest poprawne przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Prace dot. fundamentowania nie zostały odebrane, gdyż były wadliwe, wobec czego ich wartość nie może składać się na wynagrodzenie powodów. Niemniej jednak wycena prac wykonanych dokonana przez biegłego jest i tak dla powodów korzystna, jako że biegły ustalił wynagrodzenie na poziomie wyższym, niż wynikałoby to z kosztorysu powodów z 13.12.2017 r. po odjęciu pozycji dot. igłofiltrów (46.533,38 zł - 22.526,91 zł = 24.006,47 zł netto to kwota wynikająca z kosztorysu powodów bez odwodnienia igłofiltrami). W oparciu o opinię biegłego wartość prac wykonanych ustalono na 34511,88 zł brutto, co zawiera w sobie prace uzgodnione jako dodatkowe (kanał obiegowy i obsługa geodezyjna)

Kolejną kwestią sporną było doliczenie przez powodów do wynagrodzenia kosztów zastosowania igłofiltrów. Powodowie podnosili przy tym, że są to roboty dodatkowe, a konieczność ich wykonania wyniknęła z błędów w projekcie oraz polecenia inspektora nadzoru.

Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową sporządzoną w dniu 5.07.2017 r., tj. za prace dodatkowe. Strony także taką możliwość dopuszczały, o czym świadczą ustalenia z rad budowy (w formie notatek), dotyczące wynagrodzenia za prace dodatkowe dotyczące kanału obiegowego i prac rozbiórkowych. Dopuszczalne jest w sytuacji wykonania stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy, żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu – art. 405 i 410 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014r. sygn. akt: I CSK 568/13, LEX nr: 1541043). Ponieważ niespornym jest, że do zmiany umowy o wynagrodzenie dotyczące igłofiltrów nie doszło,

należało rozstrzygnąć, czy wykonane przez powoda prace były pracami dodatkowymi, czy też mieściły się w zakresie prac przewidzianych umową łączącą strony.

W świetle zgromadzonych dowodów użycie igłofiltrów nie może być uznane za pracę dodatkową. W umowie i dokumentacji załączonej do niej przewidziano bowiem konieczność odwodnienia wykopu, w którym układany będzie przepust. To, że strona składając ofertę wyceniła wyłącznie pompowanie pompami (sposób tańszy), a nie zastosowanie igłofiltrów (sposób droższy), nie uzasadnia przyznania dodatkowego wynagrodzenia.

Powodowie wskazują, że zakaz podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający wprowadza w błąd wykonawcę, uniemożliwiając prawidłowe oszacowanie zakresu i kosztów robót. Jednak w niniejszej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła. Jak wynika z opinii biegłego, w projekcie i przedmiarach nie było błędów, które podnosi strona powodowa. Jeśli idzie o rozbiórkę elementów betonowych, to faktycznie nie były one przewidziane do rozbiórki, ale nie dlatego, że projektant o nich nie wiedział i dlatego ich nie inwentaryzował, lecz dlatego, że planowane było ich pozostawienie. Gdy na skutek prac powodów elementy te zdestabilizowały się, pozwany nie negował tego, że rozbiórka stanowi pracę dodatkową i był gotów za to zapłacić. Nie można jednak wymagać od zamawiającego, aby w takiej sytuacji godził się na koszty rozbiórki proponowane przez powodów, bez względu na ich wysokość. Ostatecznie kwestia ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro rozbiórkę wykonał inny podmiot, niemniej jednak oceniając postępowanie powodów w całym procesie budowlanym nie można pominąć tego, że proponowane przez nich wynagrodzenie za rozbiórkę było kilkukrotnie wyższe niż to, którego zażądał podmiot trzeci.

Co zaś do konieczności zastosowania igłofiltrów, to po pierwsze, z opinii biegłego wynika, iż strona powodowa miała możliwość takiego zbadania miejsca prac, aby samodzielnie na etapie składania oferty oszacować, jaka technologia odwodnienia będzie optymalna. Powodowie są profesjonalistami, zaś w projekcie podany był opis warunków gruntowych i współczynniki przepuszczalności gruntu (najwyższe z możliwych). Ponadto powodowie w umowie złożyli oświadczenie, że zapoznali się zarówno z projektem jak i warunkami na budowie. Wobec tego zgodzić się trzeba z biegłym, że podmiot profesjonalny, zajmujący się budową urządzeń hydrotechnicznych, powinien na podstawie oględzin miejsca budowy i dokumentacji projektowej samodzielnie ustalić, jakie urządzenia odwadniające będą musiały być użyte. Nie chodzi przy tym o tak dalece specjalistyczną wiedzę, która byłaby potrzebna do samodzielnego wychwytywania błędów w projekcie (w tym przypadku takich błędów nie było, zatem i powodowie nie musieli się taką nadzwyczajną wiedzą wykazywać), lecz jedynie o ustalenie na podstawie współczynników przepuszczalności oraz samego miejsca wykonywania prac (koryto rzeki), jakie należy dobrać odwodnienie.

Po drugie, zastosowanie igłofiltrów nie było niezbędne do osiągnięcia odwodnienia terenu, na co wskazują zeznania świadków mówiących o tym, że kolejny wykonawca ich nie stosował, ale także opinia biegłego, który wskazał na wykonywanie obiektów znacznie bardziej skomplikowanych na długo przed wynalezieniem igłofiltrów. Można domniemywać, że konieczność użycia igłofiltrów była związana przede wszystkim ze zmianą sposobu wykonania fundamentów pod przepust – powodowie zamiast fundamentów prefabrykowanych (przewidzianych w projekcie i wykonanych przez J. Z.) zdecydowali się na wylewane, co wymagało innej technologii odwodnienia. Tak więc to decyzja samych powodów była przyczyną konieczności zastosowania takiej, a nie innej technologii odwodnienia. Po trzecie wreszcie, na co wskazał biegły, określenie sposobu odwodnienia należy do wykonawcy i jest to jedynie praca tymczasowa, mająca doprowadzić do prawidłowego wykonania prac zasadniczych, składających się na końcowy efekt zlecony powodom. To, że zastosowano taką czy inną technologię prac nie jest zaś podstawą żądania wynagrodzenia za prace dodatkowe w sytuacji, gdy strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Jednocześnie biegły wskazał, że konieczność dokładnego określenia technologii odwodnienia nie była w projekcie wymagana i brak takiego określenia nie stanowił błędu projektowego. Nie prowadzi do wniosków przeciwnych zmiana zapisów dotyczących odwodnienia w drugim przetargu, ogłoszonym w związku z koniecznością zakończenia prac przy budowie przepustu. W żadnym bowiem miejscu tej nowej dokumentacji nie wskazano konieczności użycia igłofiltrów, doprecyzowano jedynie, że odwodnienie wykonawca dobiera na własny koszt. Nie znaczy to jednak, że skoro w poprzednim przetargu takiego sformułowania zabrakło, to zamawiający ma obowiązek dopłacić, jeśli w procesie wykonania robót wykonawca decyduje się użyć technologii droższej. Wprawdzie inna byłaby sytuacja, gdyby inspektor nadzoru polecił użyć materiałów nieprzewidzianych projektem i droższych do wykonania prac podstawowych, niemniej jednak w niniejszej

sprawie idzie o prace pomocnicze, a nie dotyczące samego sposobu wykonania przepustu. Wobec tego wynagrodzenie za te prace powodom nie należy się. Ponadto biegły wskazał, że w aktach nie ma żadnych dokumentów pozwalających na ewentualną wycenę tych prac. Powodowie zarzucili biegłemu w tym zakresie, że nie skontaktował się z nimi, aby ustalić dane pozwalające na ich skosztorysowanie. Jednak biegły zgodnie z postanowieniem Sądu miał oprzeć się wyłącznie na aktach sprawy, ponadto nie do przyjęcia jest postulowana przez powodów sytuacja, w której biegły miałby oceniać koszt wykonania danej pracy na podstawie oświadczeń powodów co do ilości i czasu pracy urządzeń (igłofiltrów), gdy faktyczna ilość i czas nie zostały utrwalone w żaden sposób weryfikowalny dla pozwanego.

Reasumując ten wątek: w sprawie nie wystąpiły przesłanki do podwyższenia należnego powodom wynagrodzenia o wartość odwodnienia z użyciem igłofiltrów, wobec czego wynagrodzenie powodów za prace wykonane zamyka się w kwocie 34511,88 zł brutto.

Co do kwoty wynagrodzenia, pozwana zgłosiła zarzut potrącenia dwóch należności: kary umownej za odstąpienie z winy powodów (32.015,15 zł pomniejszone o kwotę wypłaconą z gwarancji - 13.782,52 zł) oraz kosztów rozbiórki fundamentów z obsługą geodezyjną (3739,16 zł).

Zgodnie z art. 498 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe (art. 499 k.c.)

Oświadczenie o potrąceniu zostało powodom złożone – pismem z 4.12.2018 r. Nadleśnictwo oświadczyło, że potrąca z należności powodów w kwocie 26758,03 zł kwotę 21971,79 zł z tytułu not nr 41 i 39. Powodowie otrzymali pismo 5.12.2018 r., należność z noty nr 39 stała się wymagalna 30.11.2018 r. (z noty 41 była wymagalna już wcześniej), zatem Nadleśnictwo mogło dokonać potrącenia, nawet jeśli wierzytelność powodów nie była jeszcze wymagalna (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 października 2005 r. III CK 90/05).

Zgłoszone do potrącenia roszczenia mają charakter odszkodowawczy, przy czym jedno z nich to roszczenie o zapłatę kary umownej. Zastosowanie znajdzie tu art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Strony zastrzegły w umowie, że pozwanemu będzie należała się kara umowna – 20% umówionego wynagrodzenia – w razie odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie powoda. Możliwość zastrzegania tego typu kar nie budzi wątpliwości w orzecznictwie.

Strona powodowa podnosiła w tym zakresie, że naliczenie kary jest niezasadne, gdyż to powodowie w sposób skuteczny odstąpili od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Przyczyną tą miała być odmowa podpisania aneksu do umowy na takich warunkach, jakie określili powodowie – podwyższenie wynagrodzenia o ustaloną przez powodów kwotę za wykorzystanie igłofiltrów oraz przedłużenie terminu wykonania prac do 31.12.2017 r. W ocenie powodów odmowa spełnienia tych warunków jest brakiem współdziałania wierzyciela przy wykonaniu umowy, co zgodnie z art. 640 k.c. uprawniało powodów – po wyznaczeniu odpowiedniego terminu i bezskutecznym upływie tegoż – do odstąpienia od umowy. Z kolei domaganie się spełnienia wskazanych warunków powodowie uzasadniali błędami w dokumentacji projektowej. Stanowisko powodów nie zasługuje na aprobatę. Jak już wyżej wskazano, z opinii biegłego wynika, iż dokumentacja projektowa nie zawierała błędów, a użycie igłofiltrów nie stanowiło robót dodatkowych. Już z tego powodu pozwany nie miał obowiązku stosowania się do żądań powodów. Ponadto odmowa podpisania aneksu nie stanowił „współdziałania”, o jakim mowa w art. 640 k.c. Zarówno art. 640 k.c. jak i art. 354 § 2 k.c.

nakładają na wierzyciela obowiązek współdziałania w ramach istniejącego węzła obligacyjnego, nie mieści się w tym natomiast obowiązek zmiany tego węzła na żądanie dłużnika – chyba, że zaistniały określone przez same strony przesłanki takiego żądania, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Należy podkreślić, że pozwany nie uchylił się od obowiązku zmiany umowy tam, gdzie zaistniały opisane w umowie przesłanki takiej zmiany (§ 18) – godził się na wypłatę dodatkowego wynagrodzenia za roboty rozbiórkowe, a jedynie nie godził się na wysokość tego wynagrodzenia zaproponowaną przez powodów, akceptował konieczność wypłaty dodatkowego wynagrodzenia za kanał obiegowy, godził się też na wydłużenie czasu wykonania robót o czas nawet dłuższy niż czas pomiędzy przekazaniem placu budowy (6.11.17) a zakończeniem prac Ż. R. (15.11.2017). Nie miał jednak obowiązku akceptowania każdego, także nieuzasadnionego żądania wykonawcy w zakresie zmian umowy.

W wezwaniu z 28.11.2017 r. podnoszona była też kwestia zwiększenia wynagrodzenia w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych wynikających z prowadzenia prac przez Ż. R. (1). W ocenie Sądu stan stwierdzony przez U. K. (1) niekoniecznie musi być związany z pracami Ż. R.. W szczegółowej specyfikacji technicznej robót ziemnych w pkt. 5.3 i 5.4 wskazano, że wykonawca niezależnie od budowy urządzeń stanowiących elementy systemów odwadniających ujętych w dokumentacji projektowej powinien wykonać urządzenia, które zapewniają odprowadzenie wód gruntowych i opadowych, by zabezpieczyć grunt przed przewilgoceniem, a jeśli skutek zaniedbań grunty ulegną nawodnieniu, wykonawca ma wymienić grunt na własny koszt bez dodatkowych opłat. Tymczasem z zebranego materiału dowodowego wynika, że wykop został zalany jeszcze przed 6.11.2017 r. (data przekazania placu budowy Nadleśnictwu). Skoro to powodowie zalali wykop przed oddaniem placu budowy (a nie Ż. R., jak twierdzili), to trudno konieczność wymiany gruntu stwierdzoną w badaniach U. K. przypisać wyłącznie działaniom Ż. R.. Biegły w tej kwestii nie wypowiedział się jednoznacznie, wskazując jedynie, że prace te mogły przyczynić się do powstania konieczności prac dodatkowych. Niezależnie od tego, koszt tych prac był, jak wynika z opinii biegłego niewielki (niespełna 5000 zł), a powodowie nie oszacowali ich żądając zawarcia aneksu do umowy, natomiast bezzasadnie domagali się podwyższenia wynagrodzenia o koszt zastosowania igłofiltrów i przedłużenia czasu wykonania prac ponad czas związany z pracami Ż. R. i ewentualną wymianą gruntu po jej pracach. Nie była to zatem uzasadniona postawa do żądania od pozwanego podpisania aneksu o konkretnej treści. Powodowie odmowę kontynuowania prac uzasadniali także łączeniem funkcji kierownika budowy i inspektora nadzoru przez T. S.. W ocenie Sądu połączenie funkcji nie miało miejsca, gdyż T. S. zrzekł się obowiązków inspektora nadzoru na czas wykonywania prac przez Ż. R., a obowiązki kierownika przyjął wyłącznie w zakresie prac rozbiórkowych elementów betonowych, które to prace zakończyły się 14.11.2017 r. Takie postępowanie w żadnym razie nie stanowiło zagrożenia interesów powodów, gdyż dotyczyło czasu, gdy plac budowy był powierzony podmiotowi trzeciemu, powodowie odmówili przejęcia tego placu po zakończeniu prac rozbiórkowych i nie podjęli dalszych prac budowlanych. Ponadto oczywistym jest, że przy ponownym przejęciu placu budowy funkcję kierownika budowy powinna przejąć osoba wskazana przez powodów, nie stało się tak tylko z powodu bezzasadnej odmowy przystąpienia przez powodów do dalszych prac. Trzeba też zauważyć, że powodowie godzili się na wykonanie prac rozbiórkowych przez inną firmę i na to, że na czas tych robót T. S. będzie kierownikiem robót, już na tym etapie ustalono też przedłużenie czasu wykonywania prac o czas prac innego wykonawcy. Pomimo to w późniejszym czasie usiłowali z ustaleń, na które wyrazili zgodę, wyciągać niekorzystne dla pozwanego wnioski. W rezultacie w ocenie Sądu argument nieprawidłowego przyjęcia funkcji kierownika robót przez T. S. na czas prac Ż. R. stanowił tylko pretekst, mający uzasadniać odmowę wykonywania dalszych prac, podczas gdy rzeczywistym powodem była odmowa uwzględnienia (bezzasadnych) żądań powodów w zakresie podwyżki wynagrodzenia. Tym samym zastosowanie przez powodów art. 640 k.c. było niezasadne, a złożone przez nich oświadczenie o odstąpieniu – nieskuteczne.

Natomiast pozwany skorzystał z uprawnienia do odstąpienia na podstawie art. 492<sup>1</sup> k.c., który stanowi, że jeżeli strona obowiązana do spełnienia świadczenia oświadczy, że świadczenia tego nie spełni, druga strona może odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego, także przed nadejściem oznaczonego terminu spełnienia świadczenia. Odmowa spełnienia świadczenia przez powodów wynikała już z pism, w których odmawiali przejęcia placu budowy. Ostatecznym potwierdzeniem tego stanowiska było złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, jako że wynikał z niego definitywny brak zamiaru kontynuowania prac. Oznacza to, że odstąpienie pozwanego od umowy było skuteczne i nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powodowej. Jednocześnie, nawet jeśli by uznać, że oświadczenie powodów spowodowało rozwiązanie umowy, to powodowie nie mieli usprawiedliwionych podstaw do odstąpienia,

zatem ich odstąpienie tak czy owak musi być kwalifikowane jako spowodowane przyczynami leżącymi po ich stronie, co także w świetle § 17 ust. 1 lit. c dawało pozwanej prawo do naliczenia kary. Ostatecznie po stronie pozwanej zaktualizowało się uprawnienie do naliczenia kary umownej za odstąpienie od umowy, kara ta wynosi 20% wynagrodzenia umownego, czyli 32.015,15 zł. Powodowie nie wnosili o zmiarkowanie kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), nie podnosili też argumentacji, mogącej przemawiać za tym, że kara jest rażąco wygórowana. W tym zakresie wypada jedynie zwrócić uwagę, że na skutek bezpodstawnej odmowy kontynuowania prac pozwany musiał zlecić te same prace za kwotę ok. 50.000 zł wyższą, co wskazuje, że argumentem za ewentualnym miarkowaniem kary nie może być brak szkody po stronie pozwanego. Odnosząc się zaś do argumentów wyrażonych w zarzutach do opinii, że sama różnica wynagrodzenia pomiędzy umową z powodami a umową z J. Z. oznacza nieprawidłowe określenie podstaw do skalkulowania wynagrodzenia przy pierwszym przetargu, należy zaznaczyć, że opinia biegłego tej tezy nie potwierdza. W ponownej dokumentacji przetargowej nie znalazły się bowiem prace z użyciem igłofiltrów, a J. Z. ich nie używał. Prace związane z wymianą gruntu zostały zaś oszacowane na kwotę niespełna 5000 zł. Tak więc wyższe wynagrodzenie przy drugim przetargu nie jest konsekwencją nieprawidłowego określenia zakresu prac przy pierwszym. Ta część rozważań prowadzi do wniosku, że pozwany miał prawo naliczyć karę umowną w kwocie 32.015,15 zł za odstąpienie od umowy z przyczyn po stronie powoda. Wierzytelność z tego tytułu została częściowo zaspokojona przez wypłatę z gwarancji - 13.782,52 zł, co oznacza, że do zapłaty pozostało 18232,63 zł. Po potrąceniu tej kwoty z wierzytelnością powodów pozostało 16279,25 zł. Jednocześnie przesądzenie o tym, że pozwany miał prawo naliczyć rozważaną karę czyni niezasadnym żądanie powodów zwrotu kwoty 13.782,52 zł tytułem bezpodstawnego wzbogacenia wraz z odsetkami od tej kwoty.

Pozwany zgłosił też do potrącenia wierzytelność związaną z koniecznością rozbiórki fundamentów wykonanych przez powodów. Art. 471 k.c. stanowi, że dłużnik jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że jest ono następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Zakres obowiązku odszkodowawczego wyznacza art. 361 § 1 i 2 k.c., zgodnie z którymi zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika. W powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Pozwana zgłosiła do potrącenia kwotę 3239,16 zł – koszt rozbiórki fundamentów przez J. Z. oraz 500 zł – pomiary geodezyjne fundamentów. Z opinii biegłego wynika jednoznacznie, że fundamenty powodowie wykonali nieprawidłowo i konieczna była ich rozbiórka. Oznacza to, że powodowie nienależycie wykonali zobowiązanie, a wydatek związany z rozbiórką pozostaje w normalnym związku przyczynowym z tym faktem. Został on udokumentowany fakturą wystawioną przez J. Z. i zweryfikowany przez biegłego, zatem Sąd uznał, że szkoda w tym zakresie została przez pozwanego wykazana. Natomiast na dowód poniesienia wydatku na pomiary geodezyjne pozwany nie przedłożył żadnego dokumentu, który nie pochodziłby od niego samego, toteż – choć sam fakt zlecenia przez pozwanego pomiarów geodezyjnych fundamentów nie budził wątpliwości – szkoda w tym zakresie nie została wykazana co do wysokości. Dlatego też z noty nr 39 potrącenie zostało uwzględnione do kwoty 3239,16 zł.

Ostateczne wyliczenie należności powodów przedstawia się następująco: 34511,88 zł (kwota wynagrodzenia za prace wykonane) minus kwoty potrącone przez pozwanego (18232,63 zł z noty nr 41 – kara umowna w zakresie niepokrytym gwarancją i 3239,16 zł – koszt rozbiórki fundamentów) minus kwota zapłacona przez pozwanego 4786,24 zł, do zapłaty na rzecz powodów pozostaje 8253,85 zł tytułem należności głównej.

Powodowie dochodzili na swoją rzecz zapłaty solidarnie, powołując się na umowę konsorcjum. Umowa konsorcjum należy do kategorii umów nienazwanych, a jej dopuszczalność wynika z zasady swobody umów (art. 3531 k.c.). Umowa konsorcjum zawierana jest przez przedsiębiorców w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, a w szczególności wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, zawarcia umowy o jego wykonanie, a następnie wykonania tej umowy, by ostatecznie każdy z członków konsorcjum osiągnął zysk. Zawieranie tego typu umów w toku procedury przetargowej dopuszcza art. 23 Prawa zamówień publicznych (p.z.p.). Co istotne, konsorcjum nie ma osobowości prawnej ani zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie

powstaje osobny byt prawny posiadający odrębną od konsorcjantów podmiotowość prawną, zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką podmiotowość i zdolność posiadają wyłącznie członkowie konsorcjum (zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2014 r., I ACa 1308/14; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2016 r., VI ACa 83/16). Natomiast w celu uproszczenia zarówno wewnętrznych stosunków między konsorcjantami oraz ich zewnętrznych stosunków z zamawiającym, jednemu z nich może zostać nadany status tzw. lidera konsorcjum (w art. 23 ust. 2 p.z.p. określonego pełnomocnikiem). Nie oznacza to jednak, że lider jest jedyną - z wyłączeniem pozostałych członków konsorcjum - stroną umowy zawartej z zamawiającym, ani też, że jest jedynym wierzycielem zamawiającego z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy. Stronami umowy są wszyscy członkowie konsorcjum, jak i każdy z nich jest wierzycielem zamawiającego. Jednocześnie art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia. Skoro więc powodowie są wierzycielami pozwanej z tytułu należnego od niej wynagrodzenia, które jako świadczenie pieniężne było świadczeniem podzielnym w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., a jednocześnie nie byli oni wierzycielami solidarnymi, to do odpowiedzialności pozwanej względem nich z tytułu zapłaty wynagrodzenia miał zastosowanie art. 379 § 1 k.c. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2013 r., VI ACa 1183/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2009 r., VI ACa 1152/08). Art. 379 § 1 k.c. stanowi, że jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego. W niniejszej sprawie w umowie o roboty budowlane nie ma postanowień przewidujących inny podział wynagrodzenia, ani też postanowień nadających wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia status wierzytelności solidarnej. Wobec tego pozostała do zapłaty kwota wynagrodzenia została podzielona w częściach równych pomiędzy pozwanych (różnica 1 grosza wynika z niepodzielności kwoty pozostałej do zapłaty przez 2).

O odsetkach za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia orzeczono mając na uwadze § 9 ust. 8 umowy. Wynagrodzenie powodów miało być płatne w terminie 30 dni od otrzymania przez zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury z załącznikami. Niespornym jest, że powodowie nigdy nie wystawili faktury na wynagrodzenie należne im za prace wykonane, nie wystosowali też do pozwanego wezwania do zapłaty zawierającego sprecyzowane kwoty żądania (wezwanie do zapłaty wystosowane po odstąpieniu od umowy zawiera żądanie zapłaty wynagrodzenia, ale bez wskazania jego kwoty, kwoty wskazane w tym wezwaniu dotyczą zapłaty za materiały pozostawione na budowie, ale jeszcze niewybudowane). Nie mogą zatem naliczać odsetek w sposób wskazany w piśmie z 5.08.2020 r., tj. od 2.12.2017 r. Jednak przyjęcie, że wynagrodzenie powodów z powodu braku wystawienia faktury w ogóle nie stało się wymagalne, mogłoby prowadzić do przedawnienia roszczenia powodów, dlatego Sąd uznał, że pozwany poznał sprecyzowane co do wysokości żądanie powodów z dniem doręczenia pozwu i odsetki zasądzono od dnia następnego po doręczeniu pozwu, w wysokości zgodnej z żądaniem pozwu, tj. w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie. Jakkolwiek bowiem umowa stron była transakcją handlową i powodowie mogli domagać się odsetek określonych w art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, to jednak sąd jest związany żądaniem pozwu (art. 321 § 1 k.p.c.) i nie może orzec o wysokości odsetek wyższej, niż żądana przez powodów.

W zakresie objętym oświadczeniem o cofnięciu powództwa postępowanie podlegało umorzeniu zgodnie z art. 355 k.p.c.

Stan faktyczny został przez Sąd ustalony na podstawie dokumentów złożonych przez strony; treści tych dokumentów nie budziła wątpliwości Sądu, a i same strony ich nie kwestionowały (poza wynikami badań U. K., zakwestionowanymi przez pozwanego, pozwany nie wskazał jednak merytorycznych powodów swojego stanowiska, a ponieważ dokument pochodził od podmiotu trzeciego niezainteresowanego rozstrzygnięciem, zaś jego treść jest w pełni obiektywna i nie zawiera elementów ocennych dotyczących zachowania stron procesu, Sąd uznał, że także ten dokument stanowi podstawę ustaleń).

Zeznania S. K. nie wniosły do sprawy żadnych istotnych informacji, podobnie jak zeznania Ż. R., która jedynie ogólnikowo potwierdziła wykonywanie prac dla pozwanego, natomiast nie знаła żadnych szczegółów, gdyż nie uczestniczyła w wykonaniu prac. Zeznania B. H. zostały uznane za wiarygodne w całości, gdyż w części dotyczącej przebiegu budowy były zbieżne z zeznaniami pozostałych świadków, natomiast w części dotyczącej kwestii projektowych ich treść korespondowała z treścią opinii biegłego. Zeznania A. B., M. K. i T. B. oraz T. S. również zostały uznane za wiarygodne, gdyż były wzajemnie zbieżne, a ich treść potwierdzały liczne dowody z dokumentów, obrazujące przebieg budowy. Absolutnie nie niweczy wiarygodności zeznań T. S. zdjęcie złożone przez powodów przy piśmie z 9.01.2020 r. (k. 1081). Zdaniem powodów zeznanie świadka, że Ż. R. używała żółtej koparki jest nieprawdziwe, bo koparka była czarno-żółta i ma to oznaczać, że T. S. nie był obecny przy pracach Ż. R.. Tymczasem na zdjęciu widnieje koparka, której nadwozie jest w przeważającej części żółte, wobec czego zdjęcie w żadnym stopniu nie przesądza o nieprawdziwości zeznań T. S.. Także zeznania stron zasadniczo korespondowały z treścią dowodów z dokumentów – pomijając kwestie ocenne, wypowiedane przez powodów, natomiast ponieważ zeznania stron nie wniosły nowych informacji w stosunku do zeznań świadków, nie wskazano ich w stanie faktycznym jako źródła ustaleń.

Za wiarygodną w całości została uznana opinia biegłego, z powodów częściowo już wyżej przedstawionych. Odnosząc się do tych zarzutów powodów do tej opinii, które nie zostały wyżej omówione, Sąd stwierdza, co następuje: Biegły nie miał za zadanie oceniać prac J. Z., zatem zarzuty powodów, że opinia nie zawiera takiej oceny, są nieuzasadnione. W zakresie wyceny prac dotyczących rozbiórki elementów betonowych (prace wykonane przez Ż. R.) zarzuty do opinii mają charakter polemiki – postulują wycenę prac rozbiórkowych przy zastosowaniu takich pozycji, jakie prowadzą do ustalenia wyższego wynagrodzenia za te prace. W tym zakresie dla Sądu znacznie bardziej wiarygodna jest opinia biegłego, nie tylko dlatego, że pochodzi od podmiotu fachowego, a przy tym niezależnego i niezainteresowanego rozstrzygnięciem, ale i dlatego, że ustalone przez biegłego wynagrodzenie za prace dotyczące rozbiórki przyczółków jest bardzo zbliżone do tego, które – w warunkach rynkowych – zaoferowała i otrzymała Ż. R. (1). Prowadzi to do wniosku, że postępowanie powodów w toku wykonywania prac nie było lojalne, zmierzali oni do uzyskania dodatkowych, znacznych kwot, poza wynagrodzeniem wynikającym z umowy, tak przy wycenie prac dot. rozbiórki mostu, jak i przy próbie przeforsowania dodatkowego wynagrodzenia za użycie igłofiltrów. Kolejny zarzut powodów dotyczył błędnego ich zdaniem ustalenia przez biegłego, że pozwolenie wodnoprawne obejmowało wykonanie kanału obiegowego. Pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy pozwolenie wodnoprawne obejmowało wykonanie kanału obiegowego, czy nie, skoro za wykonanie tego kanału pozwana zgodziła się wypłacić wynagrodzenie dodatkowe, a wysokość wynagrodzenia nie jest przedmiotem sporu.

Kwestie związane z wynikiem postępowania karnego pomiędzy powodami a T. S. są całkowicie pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia, toteż nie umieszczano ich w stanie faktycznym.

Nie podlegał uwzględnieniu wniosek powodów o otwarcie rozprawy. Powodowie wskazali w piśmie z 5.08.2020 r., że wnoszą o sporządzenie dodatkowej opinii przez innego biegłego lub instytut. Wniosek ten został oddalony na ostatniej rozprawie, gdyż sąd uznał, że samo niezadowolenie strony z wniosków opinii biegłego nie uzasadnia powoływania kolejnego biegłego czy też instytutu.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art. 98 i 100 k.p.c. oraz § 2 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Koszty powodów to wynagrodzenie pełnomocnika z opłatami skarbowymi (5468 zł), opłata od pozwu 4663 zł i wydatek związany z opinią biegłego, łącznie 14131 zł, powodowie wygrali w 9%, zatem koszty im należne wynoszą 1271,79 zł. Pozwany złożył zestawienie kosztów, żądając zasądzenia kwot tam wyszczególnionych, łącznie 6169,50 zł (tj. wynagrodzenia pełnomocnika – 5400 zł, koszty dojazdu w kwocie 651,90 zł i 83,60 zł, opłata skarbową 34 zł) wygrał w 91 %, zatem ma prawo do zwrotu kwoty 5613,25 zł, pomniejszonej o koszty powodów – 1271,79 zł, a więc 4342,46 zł. Powodowie powinni ponieść ten koszt po połowie, na podstawie art. 105 § 1 k.p.c.

## ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)

3. (...)