



Sygn. akt IV CSK 363/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Krajewski (przewodniczący)

SSN Jacek Grela

SSN Tomasz Szanciło (sprawozdawca)

Protokolant Izabela Czapowska

w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa C. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko (...) Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej

w dniu 4 lipca 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok w punktach 2 i 3 i w tym zakresie
przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi
Apelacyjnemu w (...) i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo C. sp. z o.o. w G. (dalej: P. C.) wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Wodociągowo-Kanalizacyjnej sp. z o.o. w G. (dalej: (...))WK kwoty 430.146,38 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 listopada 2008 r. - z tytułu wynagrodzenia za wykonanie określonych bliżej w pozwie robót dodatkowych i kosztów opinii.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa, wnosząc o zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy w G. oddalił powództwo i uznał powoda za przegrywającego spór w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w czerwcu 2007 r. powód przystąpił do przetargu nieograniczonego, prowadzonego w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych, na wykonanie robót budowlanych – Budowa Kanalizacji Sanitarnej dla dzielnicy K. – zadanie V. W trakcie postępowania powód wystąpił do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi dokumentacji z badań geologicznych i projektu odwodnienia terenu, na co uzyskał odpowiedź, że zamawiający nie przewiduje przekazania dokumentacji z badań geologicznych, gdyż wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom, a nie posiada projektu odwodnienia. Opis przedmiotu zamówienia znajdował się w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: STWiORB). W przedmiarze robót w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazano, że ceny jednostkowe wystawiane do przedmiaru robót powinny być wartościami globalnymi dla robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne do wykonania opisanych robót razem z wszystkimi robotami, które mogą okazać się niezbędne (w tym robotami tymczasowymi) oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyka, obciążenia i obowiązki wymienione w kontrakcie lub z niego wynikające.

W wyniku powyższego postępowania przetargowego strony zawarły w dniu 11 września 2007 r. umowę nr (...), której przedmiotem była budowa kanalizacji

sanitarnej, za wynagrodzeniem w kwocie 1.873.074,77 euro wraz z VAT. Umowa obejmowała postanowienia dotyczące robót dodatkowych (klauszula 13.1.) i robót stałych (klauszula 1.1.5.4.). W części opisowej autorzy projektu budowlanego zastrzegli, że woda gruntowa występuje w utworach piaszczystych, jej zwierciadło stabilizuje się na różnych głębokościach w zależności od miejsca badań, a na niektórych odcinkach istnieje konieczność wykonania prac odwodnieniowych na czas prowadzenia robót. Wskazano ponadto, że na terenie projektowanej kanalizacji sanitarnej niektóre wykopy będą wymagały odwodnienia na czas prowadzenia robót. Odwodnienie wykopów miało być prowadzone przy pomocy igłofiltrów, których oddziaływanie nie wyjdzie poza obręb działki drogowej. W części dotyczącej uszczegółowienia rozwiązań projektowych autorzy wskazali, że dla objętego projektem terenu wykonano dokumentację geologiczną, a otwory z tej dokumentacji naniesiono na profile kolektorów. Z dokumentacji geotechnicznej wynika, że na niektórych obszarach występuje wysoki poziom wody gruntowej i ułożenie w tych miejscach kanalizacji wymagać będzie odwodnienia wykopów. Badania geotechniczne wykazały również występowanie miejscami gruntów słabonośnych (torfy), które po wydobyciu z wykopu należy wywieźć na wysypisko śmieci. Projekt zawierał również opis budowy geologicznej i stosunki wodne oraz wskazywał, że woda gruntowa występuje w zwierciadle swobodnym, napiętym i jako sączenia. Podano, że woda gruntowa występuje w warstwie II i III, a rzędne poziomu zwierciadła wody wahają się od 130,20 do 154,85 m n.p.m. i mogą ulegać zmianie w zależności od pory roku i występujących opadów. Na znacznej części obszaru nie nawiercono wody gruntowej. Ponadto w dokumentacji projektowej autorzy wskazali, że miejsca wymagające odwodnienia i przyjętą metodologię odwodnienia na poszczególnych kolektorach podano w części graficznej opracowania na rysunkach nr (...). Jako niezbędne wskazano odwodnienie wykopów na kolektorach: A, B, C, D, E, E1, G, N i R. W dokumentacji geotechnicznej zwrócono uwagę na fakt, że ze względu na duże odległości pomiędzy otworami budowa geologiczna podłoża między nimi może się nieco różnić od przedstawionej na profilach otworów i możliwe jest lokalnie występowanie wody w rejonach obniżen gruntów. Mogą też ulec zmianie warunki wodne mogące spowodować np. konieczność odwodnienia wykopu. W przypadkach wątpliwych

zalecano odbiór geotechniczny wykopu. Na niektórych odcinkach mogła zaistnieć konieczność wykonania prac odwodnieniowych na czas prowadzenia robót.

W projekcie budowlanym uwzględniono całość dokumentacji geotechnicznej. Wskazano na możliwość wahania rzędu poziomemu lustra wody gruntowej oraz występowanie wody w różnych stadiach. Uwzględniono wszystkie informacje o wodzie gruntowej, stwierdzone w badaniach geotechnicznych. Na profilach rurociągów zostały umieszczone profile geologiczne. W miejscach, gdzie miały przebiegać główne ciągi, zostały wykonane odwierty w celu stwierdzenia rodzaju gruntu i jeżeli występowała tam woda, to zostało to określone, ale mogła ona wystąpić w miejscach, gdzie nie były wykonane otwory. W STWiORB w „wymaganiach ogólnych” podano, że niezależnie od budowy urządzeń stanowiących elementy systemów odwadniających, ujętych w dokumentacji projektowej, wykonawca powinien, o ile wymagają tego warunki terenowe, wykonać urządzenia, które zapewnią odprowadzenie wód gruntowych i opadowych poza obszar robót ziemnych tak, aby zabezpieczyć grunt przed jego przewilgoceniem i nawodnieniem. Wykonawca miał obowiązek takiego wykonania wykopów, aby powierzchniom gruntu nadawać w całym okresie trwania robót spadki, zapewniające prawidłowe odwodnienie. Podczas montażu przewodu wykop powinien być odwodniony i zabezpieczony przed zalewaniem przez wody opadowe. Przy poziomie wody gruntowej powyżej dna wykopu należało zapewnić odwodnienie wykopu na czas robót.

Powód przygotował cenę ofertową, zgodnie z otrzymaną dokumentacją i specyfikacją, na formularzach sporządzonych przez zamawiającego, w których wymieniono poszczególne kolektory. W swojej ofercie uwzględnił wszystkie odcinki, na których miały być odwodnienia. W przypadku kolektorów, na których nie zachodziła konieczność dokonania odwodnienia, powód przyjął niższą stawkę. Prace odwodnieniowe wpływały na wysokość stawki wskazanej przez powoda. Powód opracował koszty pompowania na podstawie dokumentacji projektowej.

Podczas realizacji robót wystąpiła woda gruntowa uniemożliwiająca wykonanie wykopu i montażu rurociągu kanalizacji sanitarnej w miejscach niewskazanych w dokumentacji projektowej. Było tak przez cały okres prowadzenia inwestycji. W związku z tym powód wykonywał odwodnienia zgodnie

ze wskazaniem zawartymi w dokumentacji technicznej, czyli przy zastosowaniu igłofiltrów lub metody drenowania. Warunki terenowe były ciężkie, woda gruntowa występowała często w formie napiętego zwierciadła, tzn. między dwoma warstwami gliny znajdowała się warstwa piasków, w których znajdowała się woda gruntowa pod ciśnieniem. Był to główny problem w trakcie prowadzenia robót, bowiem występowały przypadki, w których pracownicy powoda, prowadzący roboty na kolektorze, natrafiali na niezlokalizowane pokłady wód gruntowych w górnych partiach wzgórza. Z uwagi na informację zamawiającego o niedostępności dokumentacji geologicznej i że wszystkie szczegóły są zawarte w dokumentacji przetargowej, powód przyjął podane ilości robót odwodnieniowych jako obowiązujące. Sporne roboty odwodnieniowe zostały wykonane przez powoda na odcinkach, które nie były wyrysowane na profilach. Były one konieczne do zakończenia wszystkich prac związanych z przedmiotową inwestycją. Chociaż podczas spotkania w dniu 30 stycznia 2008 r. inżynier ze strony pozwanego wstępnie zakwalifikował ww. roboty jako roboty dodatkowe, to po głębszej analizie dokumentacji przetargowej i stosownych przepisów prawa (...)WK uznało wnioski powoda o taką kwalifikację za bezzasadny.

Powód ukończył wszystkie roboty, których wartość - zgodnie z umową - wyniosła 1.602.088,47 euro + VAT. Ponadto wskazał, że szacunkowa wartość innych kwot, które uważa za należne mu na mocy kontraktu, wynoszą 352.579 zł plus VAT. Na tę kwotę składały się roboty odwodnieniowe, zgłoszone we wnioskach, które zostały odrzucone przez pozwanego, w kwocie 337.579 zł + VAT i kwota 15.000 zł + VAT z tytułu kosztu opinii wydanej na zlecenie wykonawcy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy przyjął, że strony zawarły umowę o roboty budowlane, a spór sprowadzał się do tego, czy powodowi przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za prace odwodnieniowe wykonane na kolektorach, na których występowanie wód gruntowych nie było wyrysowane na profilach. Wykonawca miał zatem obowiązek wykonania wykopów i nasypów, aby powierzchnia gruntu w całym okresie trwania robót zawierała spadki zapewniające prawidłowe odwodnienie. Zamawiający nakazał skalkulować w cenie oferty koszt robót tymczasowych, które wchodziły w zakres robót podstawowych, jakie powód miał wykonać. Z opinii biegłych wynika, że robót

odwodnieniowych nie można było ująć jako dodatkowych w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powód powinien kompleksowo odczytywać wszelką dokumentację, którą otrzymał od zamawiającego, a wynika z niej, że można było podejrzewać konieczność odwodnienia również w innych miejscach niż tylko w zaznaczonych w części graficznej dokumentacji projektowej. Zamawiający zaznaczył bowiem na profilach tylko te miejsca, w których z dużym prawdopodobieństwem mogła wystąpić woda gruntowa. Ponadto teren, na którym powód realizował roboty, był bardzo zróżnicowany. Liniowość prac powoduje znaczne zwiększenie ryzyka wystąpienia wód gruntowych, więc wykonawca musi je założyć, zwłaszcza przy mało precyzyjnie wykonanych badaniach geotechnicznych. Brak było podstaw do przyjęcia, że pozwany w sposób enumeratywny wskazał w części graficznej projektu jedynie te profile, na których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnieniowych, ponieważ zamawiający także nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc, w których zachodziła konieczność przeprowadzenia odwodnień. W związku z tym w projekcie podano, że badania gruntowe są orientacyjne i należy tak je traktować, ustalając każdorazowo poziom wprowadzenia igłofiltrów. Poza tym dane dotyczące poziomu wód gruntowych odnosiły się do okresu badań z kwietnia 2006 r. Tak więc obie strony były zdane na ryzyko z uwagi na niepełny stan wiedzy o poziomie wód gruntowych na obszarze planowanej inwestycji. Powód został poinformowany o tym ryzyku, ale błędnie założył, że przekazana dokumentacja przedstawia pełną informację o koniecznym zakresie odwodnień. Powinien on założyć ryzyko wykonania robót odwodnieniowych, tym bardziej, że jako profesjonalista działający od wielu lat w branży budowlanej powinien był przeanalizować całą dokumentację, a nie poprzestawać jedynie na części graficznej projektu. Oparcie się tylko na części graficznej projektu, bez dokładnej analizy pozostałych dokumentów, nie uwzględniało wszystkich informacji przekazanych przez zamawiającego i było sprzeczne z umową, która nakazywała wymienione w niej dokumenty odczytywać i interpretować jako integralną całość. Jeżeli powód miał jakiegokolwiek wątpliwości po zapoznaniu się z pełną dokumentacją przetargową, to mógł zgłosić zamawiającemu stosowne pytania i wyjaśnić wątpliwości w toku postępowania przetargowego. Jednak poprzestał na odpowiedzi, że zamawiający nie przekaze

dokumentacji geologicznej, gdyż wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom. Udzielona przez zamawiającego informacja musiała być satysfakcjonująca dla powoda, ponieważ nie składał dalszych pytań. Z całości dokumentacji, którą wykonawca dysponował w postępowaniu przetargowym, wynika, że z przedmiotem zamówienia łączył się obowiązek wykonania prac odwodnieniowych, i to nie tylko na profilach, na których wystąpienie wód gruntowych zostało wyrysowane. Skoro zamawiający sam nie mógł przewidzieć wszystkich miejsc, w których zajdzie konieczność wykonania prac odwodnienia, trudno uznać, że zamówił prace odwodnieniowe tylko na niektórych profilach.

Powołując się na art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (aktualnie: t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: p.z.p.), Sąd Okręgowy uznał, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w sposób dokładny za pomocą całej dokumentacji projektowej i powód, jako profesjonalista, przy ocenie zakresu umówionych robót budowlanych, w szczególności rozmiaru prac odwodnieniowych, nie mógł abstrahować od całości dokumentacji. W związku z tym Sąd ten nie uznał spornych robót za roboty dodatkowe, nieobjęte przedmiotem umowy.

Wyrokiem z dnia 9 lutego 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda i rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia Sądu Okręgowego, uznając ocenę materiału dowodowego za zgodną z art. 233 § 1 k.p.c. Za niezasadny uznał zarzuty naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., gdyż uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sposób obszerny i wyczerpujący objęło wszystkie zagadnienia, które były przedmiotem sporu między stronami i pozwalało na kontrolę instancyjną, jak i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., w brzmieniu na datę wniesienia pozwu, gdyż w chwili składania odpowiedzi na pozew pozwany nie mógł zdawać sobie sprawy z konieczności powołania dowodu z dokumentu w postaci STWiORB. Sprawa miała charakter bardzo złożony i zawiły, a przedmiot sporu i jego zakres kształtowały się jeszcze w toku postępowania. Ponadto przepisy o prekluzji w sprawach gospodarczych nie powinny być interpretowane w sposób nadmiernie rygorystyczny, prowadzący do

pozbawienia sądu możliwości wszechstronnego i rzetelnego wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty procesowe dotyczące nieuznania przez Sąd I instancji, że dokumentacja projektowa, która została przekazana powodowi przez zamawiającego, była wadliwa, co dostrzegł w apelacji sam skarżący. Podkreślił, że przedmiotem umowy była budowa kanalizacji sanitarnej, a więc zakres umowy obejmował wszelkie roboty budowlane konieczne do osiągnięcia celu w postaci wykonania i wykończenia kanalizacji. Nie ma podstaw do uznania, że pozwany wskazał, iż na spornych odcinkach robót na pewno nie będzie konieczne wykonanie jakichkolwiek robót odwodnieniowych. Z uwagi na przedmiot umowy i związany z nim charakter robót budowlanych roboty odwodnieniowe były przewidziane do wykonania w ramach umowy, można co najwyżej rozważać, w których miejscach trzeba było te roboty wykonać. W kontekście prac odwodnieniowych powód niezasadnie nadaje decydujące znaczenie jedynie części dokumentacji projektowej - fragmentom części opisowej i graficznej, twierdząc, że na ich podstawie nie mógł przewidzieć, iż wykonanie tych robót może być konieczne także w innych miejscach niż te, które zostały dokładnie wskazane w elementach dokumentacji projektowej. Powód nie wskazał informacji lub okoliczności, które wynikały z dokumentacji geotechnicznej, a których nie mógł uwzględnić przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego z uwagi na nieprzekazanie mu tej dokumentacji, jak i że pozwany posiadał większą od powoda wiedzę o konieczności wykonania robót odwodnieniowych również na innych odcinkach, które nie zostały wyraźnie wskazane w części opisowej i graficznej dokumentacji projektowej. Powód przemilcza też okoliczność, że wykonanie dokładniejszych badań niż w dokumentacji geotechnicznej było wprawdzie hipotetycznie możliwe, ale byłoby niecelowe i w praktyce nie jest stosowane w odniesieniu do robót budowlanych o charakterze liniowym, ponieważ koszt takich badań byłby bardzo wysoki, zbliżony do kosztów wykonania samych prac budowlanych. Zadanie pytań zamawiającemu wskazuje, że powód miał świadomość, iż może istnieć dokumentacja geotechniczna i projekt robót odwodnieniowych, z których mogą wynikać informacje pozwalające określić zakres oferty i jej wartość. Co więcej, po uzyskaniu od pozwanego odpowiedzi powód nie domagał się dalszych wyjaśnień;

uznał więc je za wystarczające. Dla każdego, a tym bardziej dla profesjonalnego wykonawcy jest oczywiste, że przebieg wód gruntowych w warstwach wodonośnych nie ma charakteru odcinkowego, i że wody występują nie tylko w miejscach wskazanych w dokumentacji projektowej. Ponadto biegli z Instytutu wskazywali, że trzeba wziąć pod uwagę również porę roku, warunki atmosferyczne (opady), trwające na tym terenie prace budowlane, które mogły wpływać na zmianę warunków geologicznych, jak i upływ czasu od chwili sporządzenia dokumentacji geotechnicznej (w kwietniu 2006 r.) do chwili wykonywania robót (przełom 2007/2008).

Sąd Apelacyjny uznał, że powód, posiadając wszystkie informacje i mając świadomość wynikających z nich wątpliwości, samodzielnie przyjął, że wykonanie prac odwodnieniowych będzie konieczne jedynie w miejscach wskazanych w części opisowej i dokładnie zaznaczonych na profilach podłużnych kanalizacji w części graficznej dokumentacji projektowej, a w ślad za tym założeniem - ustalił wartość tych robót w ofercie. Nie było to konsekwencją wadliwości dokumentacji lub innych przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Za dowolne i oparte jedynie na wybiórczej interpretacji korzystnych dla powoda fragmentów dokumentacji projektowej (części opisowej i graficznej) Sąd Apelacyjny uznał jego stanowisko, że podstawowy problem w sprawie polegał na tym, iż woda gruntowa wystąpiła w miejscach, w których – zgodnie z dokumentacją projektową – w ogóle nie miała wystąpić. Nie można odczytywać dokumentacji projektowej w taki sposób, jak czyni to powód, że skoro w pewnych miejscach woda gruntowa była przewidziana, to można było racjonalnie przyjąć, iż w innych miejscach woda gruntowa z pewnością nie wystąpi. Te kwestie należało ewentualnie wyjaśnić z zamawiającym na etapie przygotowywania i składania oferty na wykonanie kanalizacji.

Sąd Apelacyjny podkreślił również, że wartość złożonej oferty miała decydujące znaczenie dla wyboru przez zamawiającego, w związku z czym oferenci – na podstawie całości udostępnionej im dokumentacji przetargowej - musieli we własnym zakresie dokonać oceny zakresu i wartości prac, jakie należy wykonać w celu zrealizowania przedmiotu konkretnego zamówienia publicznego. Wiąże się to z przyjęciem indywidualnie przez oferentów założeń co do rodzaju nie-

zbędnych robót, ich charakteru, pracochłonności i kosztowności. Powód – rezygnując z zadania kolejnych pytań zamawiającemu – założył i zaryzykował, że wykonanie prac odwodnieniowych będzie konieczne jedynie w oznaczonych miejscach. Skoro powód nie upewnił się u zamawiającego, że rzeczywiście tak ma rozumieć wskazane części dokumentacji projektowej i przyjął takie założenie w sposób jednostronny i dowolny, to nie może obecnie przerzucać skutków swojej decyzji na zamawiającego i domagać się dodatkowej zapłaty. W przeciwnym razie mogłoby to prowadzić do pomijania przez oferenta (być może nawet celowo) części robót, które mogą być niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, dzięki czemu składałby najkorzystniejszą ofertę i wygrywałby przetarg, ale następnie w toku realizacji zamówienia publicznego zgłaszałby żądanie dodatkowej zapłaty za roboty, które pierwotnie pominął przy kalkulowaniu oferty. Nie ma to charakteru jedynie hipotetycznego, gdyż ze znajdującego się w aktach sprawy zestawienia ofert wynika, że ich wartość była bardzo zróżnicowana i wahała się od kwoty 1.874.023,70 euro (oferta powoda, która okazała się najtańsza) do kwoty 3.585.871,37 euro. Nie ma więc uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że właśnie powód – w przeciwieństwie do pozostałych oferentów – prawidłowo zinterpretował treść dokumentacji i właściwie oszacował koszt wszystkich niezbędnych robót.

Ponadto Sąd Apelacyjny zważył, że nie zostało wyjaśnione, gdyż nie było to niezbędne do rozpoznania sprawy, czy w miejscach, w których było przewidziane wystąpienie wód gruntowych, rzeczywiście one wystąpiły i jaki był koszt wykonania związanych z tym prac odwodnieniowych, a zwłaszcza czy ich zakres i wartość odpowiadała kwotom przyjętym przez powoda w kosztorysie ofertowym, czy była niższa i jakie miałyby to ostatecznie znaczenie dla oceny, czy pozwany bezpodstawnie wzbogacił się kosztem powoda. Nie istniały też podstawy do podwyższenia wynagrodzenia powoda na podstawie art. 630 k.c.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł powód, zarzucając naruszenie:

I. prawa materialnego:

1) art. 65 § 1 i 2 w zw. z art. 647 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie, co spowodowało niewłaściwą wykładnię łączącego strony kontraktu, prowadzącą do uznania, że ogólny zapis części opisowej STWiORB o występowaniu wody

gruntowej i konieczności prac odwodnieniowych przeniósł na powoda pełne ryzyko prowadzenia prac dodatkowych w razie wystąpienia konieczności prowadzenia robót odwodnieniowych na odcinkach kolektora, dla których – na szczegółowych rysunkach stanowiących część dokumentacji projektowej – nie przewidziano występowania wody gruntowej oraz konieczności wykonywania robót odwodnieniowych, pomimo że projekt budowlany wyraźnie wskazywał, iż miejsca wymagające odwodnienia zostały określone w części graficznej opracowania;

2) art. 29 ust. 1 p.z.p. przez jego błędną wykładnię, prowadzącą do uznania, że:

a) dopuszczalne jest opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

b) wywiązanie się z obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, może nastąpić poprzez przekazanie oferentom dokładnych informacji na temat koniecznych prac odwodnieniowych na wybranych odcinkach, przy jednoczesnym nieprzekazaniu żadnych danych na temat prac odwodnieniowych dla pozostałych odcinków, oraz podaniu ogólnej informacji o możliwości wystąpienia konieczności prac odwodnieniowych w ramach realizowanych prac,

c) gdy przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ryzyko negatywnych konsekwencji braku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia obciąża wykonawcę,

podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, iż ryzyko wątpliwości wynikających z postanowień umowy powinien ponosić zamawiający – jako podmiot, który nie dopełnił obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (*in dubio contra proferentem*), w związku z czym to zamawiający powinien ponosić finansowe konsekwencje wystąpienia konieczności wykonania prac nieprzewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia;

3) art. 31 ust. 1 p.z.p. przez jego niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do uznania, że ocena przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powinna być dokonywana nie tylko na podstawie dokumentacji projektowej i STWiORB, lecz również w oparciu o wiadomości niezawarte w dokumentacji przetargowej, tj. warunki terenowe planowanej inwestycji nieopisane w dokumentacji przetargowej, wiedzę oferentów na temat warunków terenowych mogącą wynikać z wizji lokalnej i doświadczeń poszczególnych oferentów w zakresie możliwości wystąpienia odmiennych warunków gruntowych niż opisane w dokumentacji projektowej, podczas gdy ocena przedmiotu zamówienia w oparciu o inne dane jest niedopuszczalna;

4) art. 38 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. przez jego błędną wykładnię i uznanie, że:

a) obowiązkiem wykonawcy jest zwracanie się do zamawiającego o wyjaśnianie treści specyfikacji SIWZ aż do wyczerpującego wyjaśnienia przez zamawiającego wątpliwości, także wówczas, gdy zamawiający w odpowiedzi na zadane już pytania odpowiedział, iż nie przewiduje przekazania dokumentacji objętej zadanymi pytaniami, a wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom,

b) stroną, która powinna ponieść negatywne konsekwencje braku ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ, jest wykonawca, który podjął próbę ich wyjaśnienia i zastosował się do otrzymanych wyjaśnień, a nie zamawiający, który sporządził specyfikację zamówienia w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości,

podczas gdy zwracanie się do zamawiającego o wyjaśnianie treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawcy, które nie gwarantuje mu możliwości wyczerpującego wyjaśnienia wątpliwości, z uwagi na ograniczenia terminu zadawania pytań i dowolność odpowiedzi udzielanych przez zamawiającego, a więc wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości;

5) art. 630 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie pomimo spełnienia opisanych w nim przesłanek, tj. wystąpienia w toku wykonywania robót budowlanych

konieczności przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu planowanych prac, będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a których powód – mimo zachowania należytej staranności – nie mógł przewidzieć;

6) art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie pomimo spełnienia przesłanek w nim określonych, tj. uzyskanie przez pozwanego bez podstawy prawnej korzyści majątkowej kosztem powoda, z uwagi na wykonanie nieuwjętych w dokumentacji projektowej koniecznych robót dodatkowych, nieobjętych wynagrodzeniem określonym w kontrakcie;

II. przepisów postępowania, które to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r.), przez jego błędną wykładnię, skutkującą dopuszczeniem sprekludowanego dowodu (STWiORB) i oparcie się w znacznym stopniu na nim.

Powołując się na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego według norm przepisanych i o kosztach postępowania przed Sądem II instancji, a w razie uchylenia wyłącznie orzeczenia Sądu II instancji – przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu wraz pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. powód wniósł dodatkowo o uchylenie zaskarżonego wyroku i zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie dochodzonej kwoty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu naruszenia prawa procesowego, gdyż dopiero w przypadku prawidłowego przeprowadzenia postępowania można rozważać kwestię prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego. W tym jednak wypadku zarzut podniesiony przez skarżącego, a dotyczący art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. - w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja

2012 r. – w wyniku czego został dopuszczony sprekludowany (zdaniem powoda) dowód z dokumentu w postaci STWiORB, nie miał uzasadnienia. Zgodnie ze zdaniem pierwszym i drugim tego przepisu w odpowiedzi na pozew pozwany był obowiązany podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później, przy czym w tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny były zostać powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania.

Na tle systemu prekluzji w postępowaniu gospodarczym w orzecznictwie ugruntował się słuszny pogląd, że realizacja uzasadnionego ze wszech miar wymagania koncentracji dowodów nie może iść tak daleko, aby nakładać na strony obowiązek przewidzenia wszystkich możliwych wariantów przebiegu sprawy i na tę ewentualność sformułować w pozwie lub w odpowiedzi na pozew wszystkie twierdzenia, wnioski i zarzuty, które mogłyby mieć zastosowanie jedynie w prawdopodobnym jej przebiegu. Innymi słowy, tzw. prekluzja dowodowa odnosi się przede wszystkim do twierdzeń i dowodów dotyczących bezpośrednio zgłoszonego w pozwie roszczenia, a nie do twierdzeń i dowodów, które mogłyby być przedstawione przy hipotetycznym przyjęciu możliwego sposobu obrony pozwanego dłużnika. Analogicznie rzecz ma się w odniesieniu do pozwanego (zob. np. wyroki SN: z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, niepubl.; z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 243/06, niepubl.; z dnia 18 kwietnia 2008 r., II CSK 667/07, niepubl.).

Co więcej, w orzecznictwie bardzo silnie akcentowany był pogląd, że przepisy o prekluzji dowodowej nie mogą być stosowane kosztem możliwości merytorycznego rozpoznania sprawy (zob. np. wyroki SN: z dnia 21 lutego 2008 r., III CSK 292/07, niepubl.; z dnia 10 lipca 2008 r., III CSK 65/08, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 17, s. 900; z dnia 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 63). Sądy obu instancji uznały, że dokument w postaci STWiORB był niezbędny do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, co też dokładnie wyjaśniły i z czym należało się zgodzić. Nie sposób więc postawić im zarzutu naruszenia powołanego przepisu.

Skarżącemu (podobnie zresztą jak i Sądom obu instancji w toku rozpoznawania sprawy) umknęła jednak istotna kwestia, która czyni bezzasadnym ten zarzut kasacyjny. W pozwie został zgłoszony dowód z umowy łączącej strony, która to umowa została zawnioskowana jako załącznik do pisma wszczynającego postępowanie w sprawie (k. 30). Jednym z elementów umowy były właśnie STWiORB. Ten dokument nie został jednak załączony przez powoda, co oznaczało konieczność wszczęcia właściwego postępowania uzupełniającego braki jeszcze przed doręczeniem odpisu pozwu pozwanemu (art. 130 k.p.c.), skutkiem którego powinno być złożenie tego dokumentu przez powoda. Złożenia tego dokumentu przez pozwanego (a nie powoda) na dalszym etapie postępowania nie można więc uznać za spóźnione.

Pomimo niezasadności zarzutu naruszenia prawa procesowego, skarga kasacyjna była uzasadniona z uwagi na naruszenie przepisów prawa materialnego.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny, powielając ustalenia Sądu Okręgowego, potwierdził wykonanie przez powoda prac odwodnieniowych także na odcinkach, które nie były ujęte w przedstawionej przez pozwanego dokumentacji technicznej, jak również prawidłowość ich wykonania. Jednocześnie nie budziło wątpliwości Sądów *meriti*, że roboty odwodnieniowe, za które powód domagał się zapłaty, były niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy łączącej strony, były więc robotami koniecznymi.

Problematyka w niniejszej sprawie dotyczy zakwalifikowania tych robót - jako wykraczających poza zakres kontraktu (zdaniem powoda) lub mieszczących się w jego ramach (zdaniem pozwanego). Generalnie Sady obu instancji uznały, że po stronie zamawiającego nie wystąpiły żadne okoliczności uniemożliwiające powodowi pozyskania pełnej wiedzy na temat zakresu niezbędnych robót, mając na uwadze całą dostępną dokumentację, jak i inne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę oceniając stanowiska stron, szczególnie że powód jest podmiotem wykonującym tego typu roboty w sposób profesjonalny.

Powstaje więc pytanie, czy powód powinien faktycznie przyjąć, że konieczność wykonania odwodnienia nastąpi również w miejscach, których nie oznaczono wprost w dokumentacji. Sąd Apelacyjny przyjął, że miejsca wymagające odwodnienia i metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach wskazano

w części graficznej opracowania (w projekcie budowlanym) - rys. nr (...), a odwodnienia wykopów są niezbędne na następujących kolektorach: A, B, C, D, E, E1, G, N, R, co jednak nie wyczerpuje tematu, gdyż powód powinien był wykonać odwodnienia również w innych miejscach. Interpretacja Sądu Apelacyjnego w odniesieniu do zakresu robót stanowiła jednak naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 29 p.z.p. i art. 647 k.c.

Bezspornie, w części graficznej dokumentacji projektowej (na profilach) wskazano wyraźnie, w których miejscach ma znajdować się woda gruntowa, a nadto wskazano sposób wykonywania odwodnienia (przy użyciu igłofiltrów). W przypadku odcinków kolektorów, których dotyczył spór, w dokumentacji projektowej nie zaznaczono wprost wody gruntowej i nie przewidziano konieczności odwodnienia - w taki sposób, jak w odniesieniu do ww. kolektorów. W świetle z art. 647 k.c. wykonawca zobowiązuje się oddać przewidziany w umowie obiekt (w tym przypadku: kanalizację), wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, zaś inwestor zobowiązuje się do jego odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przewidziane umową wynagrodzenia stanowi świadczenie ekwiwalentne w stosunku do świadczenia wykonawcy w postaci oddania obiektu, przy czym wykonanego zgodnie z projektem (a szerzej: umową). Bezspornie powód dostosował swoją ofertę do przedstawionej mu dokumentacji, a więc z uwzględnieniem prac odwodnieniowych w kolektorach określonych w części graficznej dokumentacji.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z tego przepisu wynika wprost, że w opisie przedmiotu zamówienia powinny zostać zawarte wszystkie uwarunkowania i okoliczności, które wykonawcy powinni wziąć pod uwagę przy sporządzaniu ofert. W omawianej sytuacji chodziło o to, aby przedstawiona przez inwestora dokumentacja w jednoznaczny sposób określała nie tylko konieczność wykonania robót niezbędnych do osiągnięcia celu umowy (wykonania kanalizacji), ale również w których miejscach lub na których odcinkach, ewentualnie na całości drogi przebiegu wykonywanej kanalizacji.

Oceniając, czy przedmiot zamówienia w dokumentacji został określony w sposób jasny i zrozumiały, nie sposób pominąć wniosków przedstawionych przez Instytut w jego opinii, z których wynikało, że dokumentacja projektowa mogła być myląca, ponieważ w jej części opisowej zaznaczono miejsca wymagające odwodnienia i przyjętą metodę odwodnienia na poszczególnych kolektorach, w związku z czym byłoby lepiej, gdyby projektant profili w ogóle nie zaznaczył tych miejsc. Temu stwierdzeniu Sąd Apelacyjny nie nadał jednak właściwego znaczenia, przyjmując jedynie, że powód – jako profesjonalista – powinien właściwie odczytać znaczenie tych oznaczeń, podczas gdy z opinii Instytutu wprost wynikało, że nie były one jasne nawet właśnie dla profesjonalistów. Innymi słowy, już tylko z tego stanowiska Instytutu wynika, że przedstawiona przez pozwanego dokumentacja, na podstawie której osoby przystępujące do przetargu kalkulowały swoje oferty, mogła budzić wątpliwości i wcale nie była jednoznaczna, jak to przyjął Sąd Apelacyjny.

Jak wynika z art. 355 § 2 k.c., należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Nie oznacza to podwyższonej staranności przedsiębiorcy wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz o należyta staranność zawodową, której wzorce są budowane od razu z uwzględnieniem profesjonalności podmiotów, której dotyczą (zob. np. wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 109). Co przy tym istotne, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, oznacza staranność dostosowaną do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności w jakich działanie to następuje (wyrok SN z dnia 25 września 2002 r., I CKN 971/00, niepubl.). Innymi słowy, nie można wymagać od przedsiębiorcy, zajmującego się profesjonalnie określoną działalnością, staranności wykraczającej poza zasady prowadzenia tej działalności. Nie chodzi tu bowiem o staranność ponadprzeciętną, ale o staranność, która jest wymagana od profesjonalisty należycie wykonującego określoną działalność gospodarczą.

W związku z tym nie można nie zauważyć, że odczytując dokumentację określającą przedmiot umowy, nawet osoby, które na co dzień zajmują się

działalnością predysponującą je do sporządzania opinii w postępowaniu sądowym, nie były w stanie jednoznacznie określić, czy takie oznaczenie miejsc występowania wody, jak tego dokonał pozwany, w kontekście całej dokumentacji oznacza, że tylko w tych oznaczonych miejscach występuje woda, czy jednak należy spodziewać się jej również w innych miejscach, i że takie oznaczenie może być faktycznie mylące. Już tylko ta okoliczność, niezależnie nawet od pozostałych rozważań, świadczy, że nie można mówić o jasnej i zrozumiałej dokumentacji, która w jednoznaczny sposób określałaby przedmiot umowy. Chociaż bowiem celem stron było wykonanie określonej kanalizacji, to niezbędne do tego jest wykonanie określonych robót, których ilość wpływała na wysokość oferty. Jeżeli zatem zamawiający tak przygotował dokumentację, że profesjonalne podmioty nie były w stanie odczytać jego intencji, nie można obciążać wykonawców negatywnymi skutkami z tego tytułu. Także biegła sądowa Mariola Słomska podkreśliła, że brak odwiertu i badań geotechnicznych na odcinku 01-02, B13-B12, B10-B07, D12-D11-D10-D9 i D9-D8 o łącznej długości około 300 m nie dawał możliwości przewidzenia wód gruntowych. Trudno więc w takiej sytuacji mówić, aby profesjonalista mógł przewidzieć występowanie wody w innych miejscach.

Jednym z argumentów, którym posłużył się Sąd Apelacyjny, był koszt przeprowadzenia dokładniejszych badań geologicznych (hydrologicznych) celem ustalenie zakresu niezbędnych prac odwodnieniowych, który to koszt miał wynieść mniej więcej tyle, ile wartość całego zamówienia, co miałoby być nieopłacalne z punktu widzenia inwestora. Miało to wyjaśniać, dlaczego inwestor nie miał dokładnych badań geologicznych i że powód powinien z tego wyciągnąć wniosek o ryzyku wystąpienia wody w innych miejscach. Wbrew jednak wywiadowi tego Sądu, ta okoliczność nie może w żadnej mierze obciążać wykonawcy. Wysokie koszty przeprowadzenia dokładniejszych prac geologicznych (hydrologicznych), które są niezbędne do ustalenia zakresu robót odwodnieniowych, nie stanowią - w świetle art. 29 ust. 1 p.z.p. – podstawy do odstąpienia od uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nawet jeżeli znacząco wpływają na wysokość ofert. Oczywiście, jest możliwe określenie przedmiotu umowy w ten sposób, że to na wykonawcy będzie spoczywał zarówno obowiązek wykonania stosownych

badania geologiczne, jak i następnie - w oparciu m.in. o te badania - także robót budowlanych na obszarze objętym tymi badaniami. W takiej sytuacji koszt tych badań obciążyłby ostatecznie inwestora, niemniej wykonawcę obciążałoby ryzyko właściwego wykonania badań, co miałoby wpływ na koszt robót niezbędnych do wykonania określonego obiektu. Jeżeli jednak badanie wykonuje inwestor, ryzyko obciąża wyłącznie jego, a nie wykonawcę. W związku z tym, na podstawie przeprowadzonych badań, w dokumentacji, na podstawie której zostaje złożona oferta, powinien zostać jednoznacznie określony przedmiot umowy. Jeżeli inwestor wykona (z jakiegokolwiek powodu, np. zbyt wysokich kosztów) jedynie częściowe badania, to dokumentacja powinna zawierać stosowną informację w tym przedmiocie. Jeżeli zatem zamawiający zaznaczył miejsca, w których występuje woda, co oznacza konieczność wykonania odwodnienia, z dokumentacji powinno wprost (i jednoznacznie) wynikać, że są to jedynie przykładowe miejsca, a wykonawca powinien wziąć pod uwagę wystąpienie wody również w innych miejscach. Nie jest wystarczające zaznaczenie, że wykonawca ma wykonać wszystkie roboty niezbędne do wykonania obiektu (przedmiotu umowy), gdyż jeżeli zostają wskazane miejsca, w których niezbędne jest wykonanie odwodnień, oznacza to, że powinny zostać one wykonane w tych właśnie miejscach.

Błędna jest w takiej sytuacji konstatacja Sądu Apelacyjnego, że na podstawie całokształtu dokumentacji wykonawca powinien wyciągnąć wniosek, iż należy wykonać jakieś inne prace odwodnieniowe. Przykładowo, w punkcie 5.4.11. STWiORB wskazano, że podczas montażu przewodu wykop powinien być odwodniony i zabezpieczony przed zalewaniem przez wody opadowe, a przy poziomie wody gruntowej powyżej dna wykopu należy zapewnić odwodnienie wykopu na czas robót. Autorzy projektu również zwrócili uwagę, że rzędne terenu są bardzo zróżnicowane i wahają się od 134,7 do 158,90 m n.p.m., przy czym jako niezbędne odwodnienia wskazano tylko na określone kolektory, co również podkreśliły Sady obu instancji. Zestawienie postanowień dokumentacji dotyczącej odwodnień z oznaczeniami miejsc odwodnień w projekcie nie daje podstaw do wniosku – jak to przyjął Sąd Apelacyjny – że należało wykonać odwodnienia również w innych miejscach (niezależnie od tego, że powstałoby pytanie, w których). Skoro do prawidłowego sporządzenia oferty potrzebne było ustalenie zakresu

i kosztu prac odwodnieniowych, to sporządzenie przez zamawiającego dokumentacji określającej jedynie część koniecznych prac odwodnieniowych nie może być traktowane jako zgodne z art. 29 ust. 1 p.z.p. Z treści powołanego postanowienia STWiORB nie wynika w żaden sposób, że należy odczytywać je niezależnie od pozostałych części dokumentacji (nota bene na łączne odczytanie dokumentacji powoływały się Sądy *meriti*). W dokumentacji wyraźnie określono miejsca, w których niezbędne było wykonanie prac odwodnieniowych, które pominięto w innych miejscach projektu, a żadne postanowienie dokumentacji nie określało wprost, że w innych miejscach również powinny zostać wykonane odwodnienia, tym bardziej, gdy inwestor wykonał jedynie częściowe badania gruntu. Jeżeli bowiem zamawiający wskazuje w jednej części dokumentacji, że wykonawca powinien wziąć pod uwagę konieczność wykonania odwodnień i sposób ich wykonania, a w drugiej wprost określa miejsca, w których te odwodnienia powinny zostać wykonane, to wniosek o konieczności przewidzenia wykonania odwodnień w jeszcze innych miejscach nie ma uzasadnienia. W takiej sytuacji, mając na uwadze treść art. 29 ust. 1 p.z.p., nie jest możliwe odwołanie się do ogólnikowych sformułowań typu „konieczność wykonania prac odwodnieniowych”, bez podania miejsc oraz zakresu tych prac. Jak słusznie wskazał skarżący, przewidziany w tym przepisie wymóg uwzględniania wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie oferty, nie może być realizowany w ten sposób, że wynikający wprost z dokumentacji projektowej obowiązek wykonania ściśle określonych prac odwodnieniowych w dokładnie wskazanych miejscach, za pomocą ogólnego zapisu, jest rozszerzany na inne, nigdzie nieokreślone i nikomu nieznane miejsca, co powoduje utratę możliwości ustalenia zakresu oraz kosztów prac.

W świetle powyższego przepisu należy przyjąć, że na zamawiającym spoczywa obowiązek podjęcia wszelkich środków w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, a więc takie jego określenie, aby nie pozostawiało możliwości interpretacji. Nieuzasadnione jest stwierdzenie Sądu Apelacyjnego, że wykonawca powinien uwzględniać wszelkie ryzyka, jakie mogą wystąpić w toku wykonywania prac. Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 p.z.p., jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu

zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem innych okoliczności (szczególnie wizji lokalnej terenu, na którym mają być wykonywane roboty), w związku z czym jeżeli dokumentacja (w tym SIWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi zamawiającemu), ryzyko nieprzewidzianych zdarzeń obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę. Trudno bowiem wymagać od wykonawcy oszacowania ewentualnego kosztu ryzyka w sytuacji, gdy nie ma on możliwości jego zidentyfikowania ani na podstawie dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego, ani na podstawie wizji lokalnej terenu, na którym roboty mają być wykonywane. Nie można przy tym wymagać od wykonawcy wykonania badań geologicznych, jeżeli nie przewiduje tego przedmiot zamówienia, ale również z uwagi na ich koszt, realną możliwość wykonania odwiertów (konieczność uzyskania niezbędnych zgód) oraz brak możliwości ich wykonania z uwagi na termin złożenia oferty. To na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji.

Powyższe wiąże się z art. 31 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Sąd Apelacyjny uznał bowiem, że powód, jako profesjonalny wykonawca,

specjalizujący się w wykonaniu takich robót budowlanych, o jakie chodziło w sprawie, który dokonał wizji lokalnej terenu, na którym miały być realizowane przedmiotowe roboty i który zapoznał się z całością dokumentacji przetargowej, powinien wziąć pod uwagę również m.in. warunki terenowe planowej inwestycji, pory roku, odstęp czasowy pomiędzy wykonaniem projektu a przystąpieniem do wykonania robót itd. Tymczasem nie można pominąć, że przepisy prawa zamówień publicznych zawierają szczególne unormowania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a z powołanego przepisu wynikają elementy, na których powinien oprzeć się wykonawca. Oczywiście, nie można pomijać art. 355 § 2 k.c., czego przykładem jest dokonanie wizji lokalnej i zwrócenia uwagi zamawiającemu na ewentualne uchybienia. Chociaż możliwość uzależnienia złożenia ofert w przypadku zamówień publicznych od dokonania wizji lokalnej ustawodawca przewidział dopiero od dnia 28 lipca 2016 r., kiedy wszedł w życie art. 9a ust. 2 p.z.p., regulujący tę kwestię, to obowiązek jej wykonania istniał już wcześniej, a wynikał z art. 355 § 2 k.c., który ma zastosowanie również w przypadku zamówień publicznych. Nie sprzeciwia się temu treść art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż zapoznanie się z terenem budowy stanowi jedno z minimum dochowania należytej staranności w rozumieniu powołanego przepisu, nawet jeżeli przedsiębiorca bierze udział w zamówieniu, które ma być wykonywane na innym obszarze kraju niż znajduje się jego siedziba.

W tym zakresie wywody skarżącego nie były więc do końca uzasadnione, nie chodzi tu bowiem o uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia, ale o dochowanie przez potencjalnego wykonawcę należytej staranności w rozumieniu art. 355 § 2 k.c., szczególnie jeżeli w umowie ma znaleźć się postanowienie (jak to było w tym wypadku), że wykonawca zapoznał się z terenem budowy. Warunkiem jest przy tym realna możliwość dokonania takiej wizji. Ta kwestia nie miała jednak zasadniczego znaczenia w niniejszej sprawie, gdyż powód przeprowadził wizję lokalną. Nie można jednak abstrahować od przepisów prawa zamówień publicznych. Powstaje np. pytanie – w kontekście wywodów Sądu Apelacyjnego – w jaki sposób wykonawca miałby uwzględnić odstęp czasowy pomiędzy wykonaniem projektu a przystąpieniem do wykonania robót (ponad rok), gdyż

jedyną możliwością byłoby tak naprawdę wykonanie badań geologicznych pod kątem miejsc występowania wody.

Całkowicie niezasadne było również odwołanie się do „ogólnej wiedzy wykonawcy”, że zdarzają się rozbieżności co do warunków gruntowych; nie sposób szacować ryzyka na takiej podstawie bez dokumentacji geologicznej. Nie zmienia tego fakt przeprowadzenia przez powoda wizji lokalnej. W tym konkretnym przypadku – jak była o tym mowa – wizja lokalna nie mogła bowiem doprowadzić do poznania warunków terenowych inwestycji, aby ustalić inne miejsca wykonania odwodnień niż wskazane przez zamawiającego, gdyż niezbędne byłoby wykonanie badań (a więc licznych odwiertów). Wykonawca na podstawie tej wizji mógł jedynie zapoznać się z warunkami na powierzchni ziemi, a te nie stanowiły problemu.

Nieprawidłowe były również wywody Sądu Apelacyjnego w przedmiocie art. 38 ust. 1 zd. 1 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ten przepis ma za zadanie stworzenie zamawiającemu możliwości wyjaśnienia wątpliwości, które – zdaniem wykonawcy – zachodzą w wyniku niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia. W danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy ten przepis stanowi – w związku z art. 354 § 2 k.c. – nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy na podstawie art. 355 § 2 k.c. (wyrok SN z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, niepubl.).

W tym jednak przypadku powód zadał pozwanemu m.in. dwa pytania i uzyskał na nie następujące odpowiedzi:

- „Czy zamawiający posiada w dokumentację z badań geologicznych przedmiotowego obszaru oraz czy zostanie ona udostępniona”, na co zamawiający odpowiedział: „Zamawiający posiada dokumentację z badań geologicznych. Zamawiający nie przewiduje przekazania przedmiotowej dokumentacji z uwagi na fakt, iż wszystkie dane potrzebne do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu

zamówienia zostały zawarte w dokumentacji technicznej przekazanej wykonawcom.”;

- „Czy zamawiający posiada oraz czy udostępni projekt odwodnienia przedmiotowego terenu”, na co zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie posiada wyżej wymienionej dokumentacji technicznej.”.

Na tej podstawie Sąd Apelacyjny uznał (podobnie zresztą jak wcześniej Sąd Okręgowy), że powód, mimo że miał wątpliwości co do zakresu robót, zrezygnował z kontynuowania wyjaśniania tych wątpliwości, mimo że nie zostały one wyczerpująco wyjaśnione przez zamawiającego, a więc musiał uznać odpowiedzi za wystarczające i na własne ryzyko podjął decyzję o złożeniu oferty o określonej treści, uznając, że wykonanie prac odwodnieniowych będzie konieczne jedynie w tych miejscach, które wynikały z części opisowej i graficznej. Takie stanowisko stanowi jednak naruszenie powołanego przepisu, przy uwzględnieniu również treści art. 29 ust. 1 p.z.p. Wykonawca nie ma obowiązku zwracania się z pytaniami do zamawiającego aż uzyska spodziewany rezultat. Innymi słowy, wykonawca nie wywiązuje się z omawianego obowiązku dopiero w sytuacji, gdy ostatecznie wyjaśni wszelkie wątpliwości powstałe na skutek niejednoznacznej dokumentacji. Nie można bowiem nie zauważyć, że zależy to w głównej mierze od zamawiającego, którego podstawowym obowiązkiem jest opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 p.z.p., a jeżeli to nie nastąpi – poprzez udzielanie odpowiedzi na pytania wykonawców ma możliwość wyjaśnienia treści SIWZ, co spowoduje, że sprecyzowanie lub wyjaśnienie opisu przedmiotu zamówienia stanie się wiążące dla stron. Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na udzielenie odpowiedzi przez zamawiającego, ani na jej treść. Jeżeli zatem zamawiający nie udzieli wyczerpującej odpowiedzi, jego obciążają negatywne skutki z tego wynikające. Powołane odpowiedzi pozwanego na pytania powoda były jednoznaczne i zamknęły temat związany z dokumentacją z badań geologicznych i projektem odwodnienia. Słusznie więc powód uznał, że nie było potrzeby zadawania kolejnych pytań, skoro pozwany stwierdził, że jednej dokumentacji nie udostępni, a wszystkie dane zostały już przekazane, zaś drugiej w ogóle nie posiada.

Całkowicie bezzasadne było w takiej sytuacji obciążenie powoda konsekwencjami niejednoznaczności w dokumentacji projektowej, skoro ten spełnił obowiązek wynikający z art. 38 ust. 1 p.z.p. Niezależnie od podnoszonej przez skarżącego kwestii braku czasu na zadawanie kolejnych pytań, to udzielona przez pozwanego odpowiedź jednoznacznie wskazywała, że wykonawcom została przekazana kompletna dokumentacja, która pozwoli na sporządzenie właściwej oferty. W związku z tym kwestia odwodnienia miała wynikać z tej dokumentacji i brak było podstaw, aby powód - przy takim stanowisku pozwanego - miał zadawać kolejne pytania. Wbrew wywodom Sądu Apelacyjnego, nie zachodziła tu więc sytuacja, że zostały niewyjaśnione kwestie, a powód zaniechał ich wyjaśniania z przyczyn leżących po jego stronie. W takim bowiem przypadku, skoro dokumentacja, do której odwołał się zamawiający, określała miejsca wykonania odwodnień, wykonawca był zobowiązany ją wykonać w sposób z niej wynikający. Oczywiście, nie jest obowiązkiem zamawiającego przekazanie potencjalnym wykonawcom wszystkich dokumentów, które znajdują się w jego posiadaniu, ale ma on obowiązek tak przygotować opis przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał on wytycznym wynikającym z art. 29 p.z.p. Skoro w tej sytuacji pozwany uznał, że wszystkie dane zostały zawarte w przekazanej wcześniej dokumentacji, to nie sposób stwierdzić, aby powód na własne ryzyko odstąpił od dalszego wyjaśnienia wątpliwości i złożył ofertę w kształcie, jaki uważał za stosowny. Jeżeli bowiem wykonawca spełnił obowiązek wynikający art. 38 ust. 1 zd. 1 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c., przy uwzględnieniu treści art. 355 § 2 k.c., nie ma podstaw obciążanie go negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z niejednoznaczności dokumentacji przetargowej, które nie zostały wyjaśnione przez zamawiającego w związku z zadawanymi mu pytaniami na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wypadku dochowania przez wykonawcę należytej staranności w tzw. podwyższonym mierniku, ciężar odpowiedzialności za niewyjaśnienie wątpliwości spoczywa na zamawiającym. W tym konkretnym przypadku zamawiający, odmawiając przekazania dodatkowej dokumentacji, nie skorzystał z możliwości doprecyzowania zakresu prac odwodnieniowych objętych zamówieniem, a ponieważ w trakcie realizacji zamówienia okazało się, że

dokumentacja, do której odesłał, nie zawierała wszystkich miejsc, w których niezbędne było wykonanie odwodnienia, to jego obciąża ryzyko z tym związane.

Należy mieć również na względzie, że Sąd Apelacyjny z jednej strony wskazał, iż powód powinien był przewidzieć, że woda może wystąpić również w innych miejscach niż w okolicach oznaczonych profili, z drugiej jednak strony nie wyjaśnił, czy oznacza to, iż powinien był przewidzieć fakt wystąpienia wody na całym odcinku wykonywanych robót (a była to inwestycja na bardzo długim odcinku), czy jedynie w pewnych miejscach. Oczywiste jest, że każde kolejne odwodnienie zwiększa koszty, a więc i wartość składanej oferty. Skoro - jak wynika z opinii przeprowadzonej w sprawie - koszt samych badań pod kątem warunków hydrologicznych na tak długim odcinku wyniósłby tyle, ile wartość samych szacowanych robót budowlanych, to szacowany koszt wykonania odwodnień, które - zdaniem pozwanego - wykonawca powinien przewidzieć, byłby zdecydowanie wyższy. Na etapie składania oferty nie chodziłoby bowiem (bo z oczywistych względów nie mogłoby) jedynie o to, co wykonawca następnie wykonał, ale że powinien mieć świadomość, że woda może wystąpić praktycznie wszędzie. Pomijając nawet okoliczność, że gdyby faktycznie tak to rozumieli wszyscy oferenci, najniższa oferta opiewałaby zapewne na kwotę wyższą niż najwyższa z ostatecznie złożonych, to - jak wskazano - w sytuacji, gdy sam inwestor rezygnuje z dokładnych badań gruntu z uwagi na ich koszt, obciążanie wykonawcy ryzykiem, że woda może potencjalnie wystąpić w różnych miejscach, nie ma żadnego uzasadnienia.

Zupełnie gołosłowne były przy tym wywody (w formie przypuszczenia) Sądu Apelacyjnego, że mogło być tak, iż powód nie uwzględnił pewnych robót tylko po to, aby złożyć jak najniższą ofertę, a potem wystąpić ewentualnie z dodatkowymi roszczeniami. Faktem jest, że wartość ofert przedstawionych przez potencjalnych wykonawców w tym przetargu była bardzo zróżnicowana i wahała się od kwoty 1.874.023,70 euro (oferta powoda – najniższa), przez kwoty 1.908.577,70 euro, 2.237.867,31 euro, 2.417.296,40 euro, 2.736.177,57 euro, 2.956.750,15 euro, 3.407.111,28 euro i 3.423.834,84 euro, do najwyższej oferty opiewającej na kwotę 3.585.871,37 euro, czyli prawie dwukrotnie wyższej od oferty powoda. Wynikało to z przedłożonego zestawienia ofert (k. 464-466). Nie zostało przy tym w żaden sposób wyjaśnione, z jakich przyczyn inne oferty były wyższe od oferty powoda, a

w szczególności, że wynikało to właśnie z uwzględnienia przez innych wykonawców kosztów dodatkowych odwodnień, a jeżeli tak, to na których odcinkach lub w których miejscach wykonywanej kanalizacji. Ta okoliczność nie wynika ani z tego zestawienia, ani z innych dowodów przedłożonych przez strony. Oczywiście jest przy tym, że gdyby faktycznie oferty pozostałych wykonawców różniły się od oferty powoda właśnie z uwagi na uwzględnienie odwodnień w innych miejscach niż wskazane przez pozwanego, (...)WK przedłożyłaby te oferty, tym bardziej, że to na niej spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie (art. 6 k.c.), skoro z niej wywodziła pozytywne dla siebie skutki prawne. Brak takich dowodów powoduje, że wywody Sądu Apelacyjnego nie miały żadnego uzasadnienia. Nie sposób więc wywodzić, że inni oferenci przetargu rozumieli obowiązek wykonania odwodnień tak, jak to przedstawiała strona pozwana.

Nie sposób przy tym nie zauważyć, że jeżeli do kwoty z oferty powoda zostanie dodana kwota objęta żądaniem pozwu, dotycząca zapłaty za wykonane dodatkowo roboty, to suma przewyższałaby wartość kolejnej oferty i byłaby zbliżona do następnej. A chodziło wyłącznie o miejsca, w których faktycznie wystąpiła konieczność wykonania dodatkowych odwodnień. Ta okoliczność przemawia za wnioskiem, że również kolejni oferenci nie uwzględnili w swoich ofertach wykonania robót odwodnieniowych na innych odcinkach niż wynikające wprost z dokumentacji przedstawionej przez inwestora.

Reasumując, w niniejszej sprawie zaszła konieczność wykonania przez powoda robót odwodnieniowych w miejscach niewskazanych na rysunkach (profilach) kolektorów. Ponieważ dokumentacja przedstawiona przez zamawiającego była szczegółowa i wskazywała na rysunkach miejsca, gdzie przewiduje się odwodnienie, to wykonawca nie miał podstaw zakładać, że konieczne będzie wykonanie robót dodatkowych również w innych miejscach. W świetle art. 29 ust. 1 p.z.p. niejasności i wątpliwości w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, a ryzyko z tym związane obciąża zamawiającego. W ramach procedury zamówień publicznych nie jest dopuszczalne obciążanie wykonawcy ryzykiem wykonania - bez stosownej zapłaty - robót, których zakresu nie można było przewidzieć na etapie

postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o dokumentację przetargową sporządzoną przez zamawiającego, a przeprowadzona przez wykonawcę wizja lokalna nie dała podstaw do zwrócenia zamawiającemu uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia. Niezasadne jest zatem obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do przewidzenia, przy uwzględnieniu miernika staranności określonego w art. 355 § 2 k.c. W związku z tym roboty objęte żądaniem pozwu nie były objęte wynagrodzeniem określonym w umowie łączącej strony. Ponieważ powód wykonał dodatkowe roboty, niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, zachodzi konieczność ich rozliczenia w ramach podstawy faktycznej i podstaw prawnych w toku procesu (w szczególności art. 405 k.c.).

Na marginesie należy wskazać, że w niniejszej sprawie nie mógł mieć zastosowania art. 398¹⁶ zd. 1 k.p.c., gdyż chociaż naruszenie prawa materialnego okazało się oczywiście uzasadnione, zaś naruszenie przepisów postępowania okazało się nieuzasadnione, to żądaniem pozwu objęto dwa roszczenia z tytułu: robót dodatkowych i kosztów dodatkowej opinii sporządzonej na rzecz powodowej spółki, a odnośnie do tego drugiego roszczenia Sądy *meriti* w ogóle się nie wypowiedziały, ani co do zasady, ani co do wysokości.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 zd. 1 k.p.c., orzeczono jak w sentencji wyroku.

jw