

Sygn. akt I ACa 238/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku Wydział I Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Zbigniew Merchel

Sędziowie: SA Arina Perkowska

SA Monika Koba (spr)

Protokolant: stażysta Agata Karczevska

po rozpoznaniu w dniu 9 lipca 2014 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko Gminie (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 17 grudnia 2013 r. sygn. akt XV 1956/12

I/ prostuje oczywistą omyłkę w punkcie 1 (pierwszym) zaskarżonego wyroku w ten sposób, że po słowie „osiemdziesiąt” a przed słowem „złotych” wpisuje „pięć”,

II/ oddala apelację,

III/ zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

--	--

Sygn. akt I ACa 238/14

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej: Przedsiębiorstwo Centrum) domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy (...) kwoty 669.617,22 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania tytułem niewypłaconego wynagrodzenia za wykonane w ramach zamówienia publicznego roboty budowlane.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 17 grudnia 2013 r. zasądził od pozwanej Gminy (...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 658.885,58 zł wraz z odsetkami

ustawowymi od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty (punkt 1.), w pozostałej części powództwo oddalił (punkt 2.) oraz zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 40.698 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, iż Gmina (...) wszczęła postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „K. p. g. ś. Gminy (...)”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Podstawą dokonania wyceny w kosztorysie ofertowym były dokonane przedmiary. Na etapie postępowania przetargowego zachodziły wątpliwości w przedmiocie rzeczywistej powierzchni, na jakiej roboty budowlane miały być przeprowadzone. Każdy ze składających ofertę zobligowany był w kosztorysie ofertowym powołać się na przedmiary.

Powód w dniu 4 listopada 2009 r. zawarł z pozwaną umowę nr (...) na wykonanie robót budowlanych dla zadania „K. p. g. ś. Gminy (...)”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Integralną częścią Kontraktu były warunki szczególne kontraktu, warunki ogólne kontraktu, uzupełnienia, dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna, które wskazywały zakres oraz sposób wykonywania robót objętych zamówieniem, formularz oferty z załącznikami, wyceniony przedmiot robót i inne dokumenty. Zgodnie ze szczególnymi warunkami kontraktu inżynier kontraktu miał koordynować czynności nadzoru inwestorskiego. Strony uzgodniły, iż w przypadku gdy inżynier kontraktu wykona czynność wymagającą zgody zamawiającego, to na potrzeby kontraktu przyjmuje się, że zamawiający takiej zgody udzielił. Natomiast z pkt 20.1 kontraktu wynikało, iż w przypadku gdy zdarzenie lub okoliczność dająca podstawę do roszczenia ma działanie ciągle, to wykonawca powinien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności, lub w innym terminie, jaki może zostać zatwierdzony przez inżyniera na wniosek wykonawcy.

Załączona przez pozwaną do umowy dokumentacja projektowa wraz ze specyfikacją techniczną okazały się wadliwe w sposób uniemożliwiający wykonanie robót zgodnie z ich treścią. Powód zmuszony był do wstrzymania robót, o czym poinformował inżyniera kontraktu i pozwanego. Ze względu na bardzo wysoki stan wód gruntowych i niezgodność podanych w specyfikacji technicznej warunków geotechnicznych z występującymi w rzeczywistości na terenie budowy, powód nie był w stanie prowadzić robót zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. O zaistniałych trudnościach powód poinformował pozwanego. Zaszła konieczność dokonania zmiany technologii przy wykonywanych pracach i dokonanie prac dodatkowych. Powód jeszcze przed uzyskaniem zgody na przeprowadzenie tych prac podjął się ich wykonania. Podstawą podjęcia przez niego takiego działania były ustne ustalenia z inżynierem kontraktu. Przeprowadzenie prac dodatkowych było niezbędne dla prawidłowego wykonania całości robót budowlanych. Strony poczyniły ustalenia, że ostateczny obmiar będzie decydujący przy ustaleniu wynagrodzenia. Zasadą było, iż przy pracach realizowanych w ramach programu (...) wynagrodzenie ma charakter obmiarowy. Pozwany nie dokonał obmiaru powykonawczego osobiście. Nie zakwestionował obmiaru powykonawczego dokonanego przez powoda.

W dniu 26 sierpnia 2010 r. powód złożył wniosek o roboty zamiennie. Wniosek ten był zgodnie z poleceniami inżyniera kontraktu kilkakrotnie zmieniany i uzupełniany. Następnie w dniu 30 września 2010 r. został złożony wniosek o roboty zamiennie, lecz inżynier kontraktu pisemnym poleceniem nakazał zmianę technologii na przewiertki sterowane. Ostatecznie inżynier kontraktu uznał za prawidłową wersję wniosku o roboty zamiennie z dnia 12 października 2010 r. W dniu 16 października 2010 r. strony sporządziły protokół konieczności nr (...) oraz w dniu 17 października 2010 r. protokół z negocjacji nr (...), które zostały zaakceptowane przez inżyniera kontraktu i zamawiającego. Jak wynikało z protokołu konieczności nr (...) inżynier oświadczył, że przedstawiony zakres robót w rozumieniu kontraktu jest robotą zamienną. Wskazał, że ustawa o zamówieniach publicznych nie odnosi się do pojęcia robót zamiennych. Inżynier przyjął, iż przy pozostawieniu tego samego zakresu wykonania rzeczowego, ułożenie rurociągów kanalizacyjnych, zastosowana zmiana technologii spowodowała konieczność wprowadzenia dodatkowych środków finansowych na wykonanie tych robót. Oświadczył, że wprowadzono roboty dodatkowe w rozumieniu finansowym. Zwiększenie wartości kontraktu wynikające z robót zamiennych przedstawionych przez powoda wyniosło 1.193.873,08 zł. Wyceny dokonano w oparciu o ceny jednostkowe z kontraktu głównego.

Na budowie przeprowadzane były roboty dodatkowe, które związane były z odwodnieniem wykopów. Zmiana technologii spowodowała konieczność dokonania przewiertów ścianek szczelnych. Były rozbieżności między obszarem zakontraktowanym a wynikającym z protokołu powykonawczego.

Strony w dniu 16 grudnia 2010 r. zawarły aneks nr (...) do umowy z dnia 4 listopada 2009 r. W § 1 wskazano, że zmianie ulega trasa ułożenia rurociągu kanalizacji na odcinku od studni (...) do studni (...) w S.. Zmianie uległa też trasa ułożenia rurociągu kanalizacji na odcinku od studni (...) do studni (...) w S.. Nadto zmianie uległa technologia ułożenia rurociągów w miejscowości T.. Ustalono, że łączna wartość robót zamiennych wyniesie 1.239.768,04 zł (netto).

Bez zmiany technologii niemożliwym było wykonanie prac dodatkowych. Zasadność tych zmian została potwierdzona przez inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy, po dokonaniu weryfikacji wyceny sporządzonej przez powoda. Następnie zmianę zaakceptował inżynier kontraktu. Aneks został poddany weryfikacji przez jednostkę finansującą inwestycję, która nie zakwestionowała przyjętych w aneksie cen jednostkowych. Powodem sporządzenia aneksu było stwierdzenie nieprawidłowości w dokumentacji z rzeczywistym stanem gruntów.

Według zatwierdzonej aneksem numer (...) technologii, wykonawca wykonał pozostałe roboty na obszarze objętym umową, a także na odcinkach zlewni (...) i P9, które nie były objęte ani zamówieniem, ani też kontraktem podstawowym w ilości 368 mb. Wartość robót określono na kwotę 535.679,34 zł plus podatek VAT. W dniu 8 stycznia 2011 r. powód złożył wniosek nr (...) o wyrażenie zgody na wykonanie robót dodatkowych. W uzasadnieniu wskazał, że zwiększony zakres robót wynika z nieuwzględnienia w kontrakcie podstawowym odcinków robót w miejscowości T.. Łączny koszt robót ustalił na kwotę 535.679,34 zł. Wszystkie prace dodatkowe wykonane przez powoda zostały opisane w dzienniku budowy, zatwierdzone przez Inspektora nadzoru, a następnie przez inżyniera kontraktu. Powyższy zakres prac, technologia oraz ich wartość były uzgadniane i akceptowane przez inżyniera kontraktu.

Inżynier Kontraktu podpisał protokół konieczności nr (...), odnoszący się do złożonego przez powoda wniosku o roboty dodatkowe, w którym oświadczył, że przedmiar robót wynikający z projektu budowlanego został zweryfikowany przez niego za pośrednictwem asystenta (...). Zgodnie z propozycją powoda, kwota kontraktu miała się zwiększyć o 535.679,34 zł (netto). Wskazał, że łączna ilość robót dodatkowych objęła 368 mb. W protokole wskazano, że wyszczególnione we wniosku o roboty dodatkowe prace dotyczące zlewni (...) i P9 nie były objęte kontraktem podstawowym. Inżynier kontraktu potwierdził ten fakt u zamawiającego i oświadczył, że wykonanie tych prac dodatkowych jest niezbędne do zapewnienia odbioru ścieków z obszaru całej wsi T.. Inżynier kontraktu przedmiotowy wniosek przyjął i skierował go do zatwierdzenia przez zamawiającego. Oświadczył, że roboty dodatkowe winny być wykonane dla zamknięcia kontraktu. Przy określeniu ceny za roboty dodatkowe wynikającej z protokołu wzięto pod uwagę ceny jednostkowe, wynikające z aneksu nr (...) do umowy. Inżynier kontraktu uznał, iż wyliczenia te są prawidłowe. Procedura wykonania prac przyjęta przez powoda i samo ich wykonanie było uzasadnione. Inżynier kontraktu podpisał również protokół z negocjacji z dnia 11 lutego 2011 r. nr (...), w którym wskazał, że zwiększenie wartości kontraktu wynikającego z robót dodatkowych wyniosło 535.679,34 zł.

Powód w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. oświadczył, że sporne roboty zostały w całości wykonane i są już użytkowane, zaś ich wykonanie było uzgadniane między stronami na naradach, a pozwany zapewniał, że zostanie sporządzony aneks na te roboty. Powód oświadczył, że nie cofa żadnych roszczeń, podtrzymuje żądanie zapłaty kwoty 535.679,34 zł netto. W piśmie z dnia 1 sierpnia 2011 r. inżynier kontraktu oświadczył, że powód w dniu 29 lipca 2011 r. pismem (...) przekazał roszczenie o zapłatę należności w wysokości 535.579,34 zł (netto) za roboty wykonane na zlewni T.. Inżynier kontraktu wskazał, że roboty wykonane przez powoda były konieczne ze względu na konieczność zamknięcia robót w ramach przedmiotowego zadania. Roboty te były objęte zakresem projektu budowlanego, a nie były wykazane w kosztorysie ofertowym, który to kosztorys przechodził procedury kontrolne na etapie weryfikacji przez zamawiającego w trakcie trwania przetargu. Zakres robót jest wykonany i potwierdzony stosownymi kartami obmiarowymi.

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wnioskując w oparciu o zeznania przedstawiciela powoda, zeznania świadków D. Ś., H. Ł., J. K., P. R., A. P. i P. O. oraz dokumenty prywatne, których prawdziwość i autentyczność nie była kwestionowana przez strony postępowania.

Sąd przesłuchał w charakterze strony powodowej K. W. - prezesa zarządu powodowej spółki, uznając jego zeznania za spójne, logiczne, konsekwentne i bardzo precyzyjne. Sąd I instancji uznał w całości za wiarygodne zeznania świadków P. R. i J. K.. Odnośnie zeznań D. Ś. - inżyniera kontraktu, Sąd dał mu wiarę co do zasady, powziął jednak pewne wątpliwości odnośnie jego twierdzeń, z których wynikało, że nie zgadza się ze swoim oświadczeniem złożonym w protokole konieczności. Zdaniem Sądu poczynione w niniejszej sprawie ustalenia wskazują na to, że w dacie sporządzania protokołu zachodziły okoliczności, jakie w nim zostały wskazane. Poza tym świadek konsekwentnie wskazywał, że powód rzeczywiście wykonał prace dodatkowe, co miało podstawowe znaczenie dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Sąd dał wiarę również pozostałym świadkom przesłuchanym w toku postępowania nie znajdując podstaw do zakwestionowania ich zeznań.

Uzasadniając treść wydanego rozstrzygnięcia, Sąd I instancji wskazał, że poza sporem w sprawie pozostawał fakt wykonania robót na obszarze większym niż wynikający z obmiaru, stanowiącego podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Pozwany ani w odpowiedzi na pozew, ani też na pierwszej rozprawie nie kwestionował również faktu wykonania robót, sposobu ich wykonania ani też wartości wykonanych prac. Jedynie na rozprawie w dniu 18 czerwca 2013r pełnomocnik pozwanej stwierdził, iż będzie kwestionował cenę wykonanych robót, ale na późniejszym etapie postępowania nie wyartykułował jednoznacznie tego zarzutu. Ponadto gdyby oświadczenie pełnomocnika pozwanej traktować jako zarzut to jest on spóźniony w świetle regulacji art. 207§6 kpc. Na pierwszej rozprawie profesjonalny pełnomocnik reprezentujący pozwaną oświadczył, iż nie kwestionuje wykonania prac ani ich wartości. Zgłoszenie zarzutu co do ceny wykonanych prac na dalszym etapie postępowania nie znajduje zdaniem Sądu usprawiedliwienia, pozwana miała bowiem możliwość podniesienia tego zarzutu i jego sprecyzowania już w odpowiedzi na pozew.

Przedmiotem sporu była natomiast kwalifikacja przedmiotowych robót. Powód stał bowiem na stanowisku, że roboty miały charakter dodatkowy, pozwana zaś twierdziła, że zostały one wykonane w ramach przedmiotu opisanego w umowie. Przedmiotem sporu było również uprawnienie strony powodowej do wytoczenia niniejszego procesu z uwagi na zapisy wynikające ze szczególnych warunków kontraktu, a dotyczące procedury dochodzenia roszczeń.

Opierając się o treść art. 647 k.c., na gruncie rozpoznawanej sprawy Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że powód wywiązał się ze swojego zobowiązania i wykonał roboty budowlane dodatkowe, poza tymi, które wynikały z obmiaru, jaki był podstawą sporządzenia kosztorysu ofertowego. Sąd doszedł tym samym do wniosku, że powinien być on otrzymać ze strony pozwanej świadczenie wzajemne w postaci wynagrodzenia. Podkreślił, że prace dodatkowe oraz kwota stanowiąca ich wartość zostały zaakceptowane przez inżyniera kontraktu oraz inspektora nadzoru budowlanego. Prace były wykonywane na podstawie kosztorysu, ich odbioru dokonywano na podstawie obmiarów, następnie potwierdzane były w dzienniku budowy przez inżyniera kontraktu. Akceptacja inżyniera kontraktu dotyczyła zarówno sposobu wykonywania tych prac, jak również ich wielkości. W tym zakresie nie były bowiem zgłaszane jakiegokolwiek zastrzeżenia. Wskazał Sąd a quo, iż inżynier kontraktu zgodnie z warunkami kontraktu jest zobowiązany do administrowania kontraktem, czyli zarządzania przedsięwzięciem, do nadzoru technicznego i prawnego na budowie, a także do kontroli i weryfikacji dokumentacji wykonawcy. Do jego szczególnych zadań należy potwierdzanie płatności należnych Wykonawcy.

Odnosząc się do zgłoszonego w odpowiedzi na pozew zarzutu przedawnienia roszczenia dochodzonego przez powoda, uzasadnionego treścią postanowienia klauzuli zawartej w pkt 20.1 (...) u, przewidującej 28 - dniowy termin do zgłoszenia roszczenia od daty, kiedy roszczenie powstało, Sąd I instancji podniósł, że bezsporne jest, iż częścią kontraktu łączącego strony były warunki (...). W ocenie Sądu klauzulę tę należy rozumieć jako łączną regulację wprowadzającą umowny termin prekluzyjny, powodujący wygaśnięcie roszczenia i zarazem bezwarunkowe kontraktowe wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego, co na gruncie polskiego porządku prawnego jest niedopuszczalne, w konsekwencji więc takie umowne zastrzeżenie należy traktować jako nieważne. Wprowadzenie takiej regulacji skutkuje umowną modyfikacją instytucji przedawnienia, wprowadzając w jej miejsce rażąco krótsze terminy zawite, a więc terminy wywołujące skutki prawne znacznie bardziej daleko idące od skutków upływu terminów przedawnienia, co powodowałoby obejście przepisów art. 119 k.c. W związku z powyższym, w ocenie Sądu a quo postanowienie umowne o opisanych skutkach objęte jest dyspozycją art. 58 § 1 zd. 1 k.c. W niniejszej sprawie, mając na

uwadze przedmiot postępowania, zastosowanie będzie mieć zdaniem Sądu trzyletni termin przedawnienia (przepisy art. 117 k.c. i 118 k.c.). Tym samym roszczenia powoda, jako wynikającego z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, nie można uznać za przedawnione.

W toku dalszych rozważań Sąd Okręgowy zauważył, że pozwany kwestionował również, jakoby prace wykonane przez powoda były robotami dodatkowymi, podnosząc, iż w jego ocenie były to prace stanowiące przedmiot umowy, jaką zawarł z powodem. Twierdzenia strony pozwanej w tym zakresie są zdaniem Sądu niezasadne, ponieważ z przedłożonych przez powoda protokołów konieczności i protokołów negocjacji jednoznacznie wynika, że prace wykonane przez powoda nie były objęte zamówieniem oraz kontraktem podstawowym, co zostało potwierdzone przez inżyniera kontraktu, który podpisał wskazane dokumenty.

Sąd Okręgowy uznał, że pozwana w żaden sposób nie wykazała, że prace powinny być wykonane przy zastosowaniu innej technologii oraz że powodowi należy się inna kwota niż wynikająca z przedłożonych przez stronę powodową dokumentów. Oczywistym jest bowiem, że powód wykonał prace budowlane na obszarze zdecydowanie większym niż ten, który pierwotnie został wskazany w przedmiarze, czego na etapie składania kosztorysu ofertowego nie można było ustalić. Pozwana ponadto uznała wyliczenia powoda dotyczące zarówno dodatkowej ilości metrów, na których prace dodatkowe były wykonane oraz wysokość wynagrodzenia za prawidłowe. W istocie kwota zasądzona wynika z uzgodnień poczynionych przez strony i akceptowanych przez inżyniera kontraktu.

Sąd I instancji przyjął, że przysługuje powodowi względem pozwanej wierzytelność w wysokości 658.885,58 zł, co stanowi kwotę 535.579,34 zł powiększoną o 23 % podatku od towarów i usług. Jednocześnie zauważył, że powód dochodził zapłaty kwoty 669.617,22 zł, jednakże w żaden sposób nie wykazał wysokości przedmiotowego żądania. We wszystkich bowiem przedłożonych przez niego dokumentach figuruje kwota 535.579,34 zł, dlatego też niezrozumiałe jest jego żądanie zapłaty przez pozwanego kwoty 669.617,22 zł.

O odsetkach Sąd a quo orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. uznając, że roszczenie w przedmiocie zapłaty wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane stało się wymagalne w dniu 21 maja 2011 r.

Powyższy wyrok zaskarżyła apelacją pozwana w części zasądzającej na rzecz powoda kwotę 658.885,58 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty oraz w części orzekającej o kosztach procesu, tj. co do punktów I i III wyroku.

Zaskarżonemu orzeczeniu pozwana zarzuciła:

1) naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 58 § 1 k.c. przez jego zastosowanie i przyjęcie, że klauzula 20.1 warunków kontraktowych (...) obowiązujących pomiędzy stronami jest nieważna, albowiem ma na celu obejście ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że niezgłoszenie roszczenia przez powoda w określonym w w/w klauzuli czasie nie spowodowało jego wygaśnięcia, a zatem wytoczenie powództwa na drodze sądowej jest dopuszczalne,

b) art. 353¹ k.c. przez jego niezastosowanie i uznanie przez Sąd I instancji, że wprowadzenie do umowy terminów zawitych powodujących wygaśnięcie roszczenia jest niedopuszczalne mimo obowiązującej w tym przepisie zasady swobody umów,

c) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i tym samym przyjęcie przez Sąd, że podpis inżyniera kontraktu (działającego w ramieniu pozwanego) na protokole konieczności nr (...) i protokole negocjacji nr (...) jest akceptacją m. in. ceny robót, a zgodnie z zeznaniami świadków D. Ś. i H. Ł. i treścią w/w dokumentów podpisanie protokołów przez inżyniera kontraktu nie stanowiło akceptacji po stronie zamawiającego okoliczności wymienionych w w/w protokołach, tylko stanowiło wstęp do negocjacji z pozwaną,

2) naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz nieuwzględnienie wszystkich towarzyszących okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny mocy i wiarygodności dowodów i uznanie, że inżynier kontraktu jako zobowiązany do administrowania kontraktem uprawniony był do potwierdzania płatności należnych wykonawcy oraz zgodnie z klauzulą 3 warunków kontraktowych (...) w przypadku, gdy inżynier wykona czynność wymagającą zgody zamawiającego, to na potrzeby kontraktu przyjmuje się, że takiej zgody udzielił, a zgodnie z zeznaniami świadków D. Ś. i H. Ł. i treścią w/w dokumentów podpisanie protokołów konieczności i negocjacji przez inżyniera kontraktu nie stanowiło akceptacji po stronie zamawiającego okoliczności wymienionych w w/w protokołach, tylko stanowiło wstęp do negocjacji powoda z pozwaną,

b) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem istotnej jego części, tj. klauzuli 13 warunków kontraktowych (...), która jednoznacznie określa, iż wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian lub modyfikacji robót stałych zanim i jeśli inżynier nie poleci lub nie zatwierdzi zmiany, tymczasem z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż powód roboty objęte pozwem wykonał zanim uzyskał polecenie inżyniera kontraktu, albowiem protokół konieczności nr (...) i protokół negocjacji nr (...) wystawione zostały przez wykonawcę już po wykonaniu prac objętych tymi protokołami,

c) art. 233 § 1 k.p.c. przez uznanie, iż roboty objęte przedmiotowym powództwem są robotami dodatkowymi, pomimo że z treści pozwu i dalszych pism procesowych wynika, iż powód w rzeczywistości nie kwalifikował tych prac jako roboty dodatkowe, a w protokole konieczności nr (...) i protokole negocjacji nr (...) ujął powyższe roboty jako dodatkowe tylko w związku z sugestią inżyniera kontraktu, pomimo iż twierdził, że wykonane roboty są robotami zamiennymi, czyli wykonanymi w ramach kontraktu,

3. sprzeczność istotnych ustaleń stanu faktycznego Sądu I instancji z treścią zebranego w sprawie materiału poprzez stwierdzenie, że powód kwalifikował roboty objęte przedmiotową sprawą jako roboty dodatkowe, a z treści pism procesowych powoda, a tym samym oświadczeń woli powoda jednoznacznie wynika, iż przedmiotowe roboty należałoby kwalifikować jako roboty zamienne, a w protokole konieczności (...) oraz w protokole negocjacji (...) powód ujął powyższe roboty jako dodatkowe jedynie z uwagi na sugestie inżyniera kontraktu.

Wskazując na powyższe zarzuty apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa również co do kwoty 658.885,58 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 21 maja 2011 r. oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania za I i II instancję według norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą również własnego rozstrzygnięcia uznając, iż skarżąca skutecznie nie zakwestionowała podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a przytoczony w apelacji zarzut naruszenia art.233§1 kpc nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela także rozważania prawne poczynione przez Sąd Okręgowy i się do nich odwołuje, z wyjątkami niżej wyszczególnionymi. Rację miał Sąd Okręgowy, iż żądanie pozwu zasługiwało na uwzględnienie, choć podstawa faktyczna i prawna rozstrzygnięcia wymagała w związku z zarzutami apelacji poczynienia dodatkowych ustaleń faktycznych i uzupełnienia argumentacji prawnej.

Stosownie do treści art.20.1 (...) jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do dodatkowej zapłaty na podstawie jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub na innej podstawie związanej z kontraktem, to winien on powiadomić o tym inżyniera opisując wydarzenie lub okoliczność dającą podstawę do takiego roszczenia. Powiadomienie to powinno być dokonane tak szybko jak tylko jest to wykonalne i nie później niż w ciągu 28 dni od dnia w którym

wykonawca dowiedział się, lub powinien dowiedzieć się o danym zdarzeniu lub okolicznościach. Jeżeli wykonawca nie zgłosi roszczenia w terminie 28 dni, to wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej zapłaty, a zamawiający będzie zwolniony z wszelkiej odpowiedzialności z tytułu roszczenia. Z kolei w ciągu 42 dni od dnia, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien się dowiedzieć, o wydarzeniu lub okolicznościach stanowiących podstawę do roszczenia lub w innym terminie zaproponowanym przez wykonawcę i zatwierdzonym przez inżyniera, wykonawca winien przesłać do inżyniera kompletne roszczenie, obejmujące wszystkie szczegóły roszczenia o dodatkową zapłatę. Gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do roszczenia ma działanie ciągłe to wykonawca powinien przesłać ostateczne roszczenie w ciągu 28 dni od ustania skutków, wynikających ze zdarzenia lub okoliczności, lub w innym terminie, który może zostać zatwierdzony przez inżyniera na wniosek wykonawcy. Z wyjątkiem przypadków gdy roszczenie jest wykluczone na mocy drugiego akapitu niniejszej klauzuli, wymagania tej klauzuli są uzupełnieniem wszystkich innych klauzul, które mogą mieć zastosowanie do roszczenia. Jeżeli wykonawca nie dostosuje się do tej lub innej klauzuli dotyczącej roszczenia, to wszystkie uprawnienia do dodatkowej zapłaty zostaną ograniczone w stopniu, w jakim to uchybienie uniemożliwiło lub zaszkodziło należytemu zbadaniu roszczenia (roszczenia wykonawcy-klauzula 20.1 (...) k.120-121).

W oparciu o powyższą klauzulę pozwana wywodziła, iż powód nie zachował przewidzianego w niej 28 dniowego terminu na zgłoszenie roszczenia, co skutkowało wygaśnięciem jego żądania. Sąd Apelacyjny stanowiska tego nie podziela.

Po pierwsze, szczegółowa analiza dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy prowadzi do wniosku, iż powiadomienie o roszczeniu zostało przez powoda zgłoszone w terminie przewidzianym klauzulą 20.1 (...). Po drugie, zaakceptować należy pogląd Sądu I Instancji, iż w rozpoznawanym przypadku nie jest dopuszczalne wprowadzanie przez strony umownych terminów zawitych ze skutkiem wygaśnięcia roszczenia przed jego przedawnieniem zgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżąca wadliwie interpretuje klauzulę 20.1 (...), nie uwzględniając całej jej treści i nieprawidłowo kwalifikując czynności podejmowane przez wykonawcę w kontekście realizacji postanowień tej klauzuli.

Klauzula ta dotyczy procedury zgłaszania roszczeń, jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do dodatkowej zapłaty lub przedłużenia czasu realizacji przedsięwzięcia budowlanego. Z klauzuli jednoznacznie wynika, iż powiadomienie (notice) ma charakter jedynie informacyjny o wystąpieniu okoliczności dających podstawę do roszczenia. Powiadomienie powinno jedynie wskazywać na fakt wystąpienia takich okoliczności i opisywać „ wydarzenie lub okoliczność dającą podstawę do roszczenia” nie ma natomiast potrzeby określania na tym etapie szczegółowego żądania wykonawcy ani jego podstawy kontraktowej. Powinno być ono dokonane w stosunku do inżyniera kontraktu zgodnie z postanowieniami klauzuli 1.3 (przepływ informacji), a jedynie jego kopie należało przekazać zamawiającemu. Wykonawca powinien przy tym powiadomić inżyniera o zaistniałej sytuacji jak najwcześniej, nie później jednak niż w ciągu 28 dni od dnia, w którym wykonawca dowiedział się o okoliczności dającej podstawę do roszczenia lub powinien się o takich okolicznościach dowiedzieć. Jedynie nie wykonanie obowiązku powiadomienia w odpowiednim terminie zgodnie z postanowieniami umownymi wiąże się z utratą uprawnienia wykonawcy do dodatkowej płatności (klauzula 20.1 akapit 2). Powiadomienie o roszczeniu należy odróżnić od kolejnego etapu procedury zgłaszania roszczeń przez wykonawcę polegającego na przekazaniu „ kompletnego roszczenia” (fully detailed claim) zawierającego szczegółowe uzasadnienie oraz żądanie wykonawcy. Roszczenie powinno być przekazane inżynierowi w ciągu 42 dni od dnia, w którym wykonawca dowiedział się o wystąpieniu okoliczności dających podstawę do roszczenia lub powinien się o takich okolicznościach dowiedzieć. Z kolei inżynier kontraktu powinien w terminie 42 dni odpowiedzieć wykonawcy uznając roszczenie lub je odrzucając, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności i dokonać obiektywnych ustaleń(klauzula 3.5). W przypadku gdy wykonawca nie dostosuje się do 42 dniowego terminu na zgłoszenie „ kompletnego roszczenia” to wszelkie uprawnienia do dodatkowej zapłaty zostaną ograniczone w stopniu, w jakim to uchybienie uniemożliwiło lub zaszkodziło należytemu zbadaniu roszczenia. W konsekwencji nie zachowanie terminu na złożenie pełnego, szczegółowego roszczenia, nie skutkuje

wygaśnięciem roszczenia, a jedynie może mieć wpływ na wysokość dodatkowej płatności, wykonawca będzie bowiem uprawniony do dodatkowej płatności za taką część roszczenia jaką zdołał wykazać.

Skarżąca uznaje, iż wykonawca dowiedział się o istnieniu roszczenia 23 maja 2011r kiedy został powiadomiony przez inżyniera kontraktu o braku akceptacji jego wniosku o roboty dodatkowe, a tym samym odmowy zatwierdzenia przez zamawiającego protokołu konieczności. W konsekwencji roszczenie powinien zgłosić najpóźniej 20 czerwca 2011r, a zgłosił 29 lipca 2011r, zatem po upływie 28 dniowego terminu, co skutkuje jego wygaśnięciem.

Z stanu faktycznego sprawy wynika, że do inżyniera kontraktu wykonawca złożył wniosek o roboty dodatkowe nr (...) w dniu 8 stycznia 2011r wskazując, iż zwiększony zakres robót wynika z nieuwzględnienia w kontrakcie podstawowym odcinków robót w T. wyszczególnionych w załącznikach nr 2 i nr 7 i określając łączny koszt robót dodatkowych na kwotę 535.679,34 zł netto (wniosek o roboty dodatkowe k.675-676). Sytuacja była przy tym tożsama z już uprzednio uwzględnionym wnioskiem o roboty dodatkowe skutkującym zawarciem aneksu nr (...) do umowy i wynikała z uwarunkowań hydro-geologicznych w miejscowości T. potwierdzonymi opiniami specjalistów (opinie k.257-298). Nie sposób zatem twierdzić jakoby obowiązek powiadomienia nie został zrealizowany, skoro inżyniera kontraktu nie tylko powiadomiono o konieczności zwiększenia zakresu robót, ale dodatkowo szczegółowo sprecyzowano kwotę, która jest należna wykonawcy i precyzyjnie wskazano okoliczności, z których ten stan rzeczy wynika. Zgodzić należy się z pozwaną, iż funkcją klauzuli 20.1 w zakresie obowiązku powiadomienia jest zdyscyplinowanie wykonawcy przez wprowadzenie restryktywnej klauzuli wygaśnięcia roszczenia celem uniknięcia sytuacji w której wykonawca mógłby wykonywać określone roboty dodatkowe bez informowania o powyższym inżyniera kontraktu i bez wiedzy zamawiającego o ich wystąpieniu, a następnie już po zakryciu robót i zakończeniu kontraktu zgłosiłby roszczenia, co do których zamawiający miałby poważne problemy z weryfikacją ich wystąpienia i wyceną, co narażałoby strony na długotrwały spór. Nie sposób natomiast twierdzić jakoby klauzula 20.1 miała polegać na obowiązku ponawiania powiadomienia o roszczeniu każdorazowo po odmowie zapłaty przez pozwanego czy zgody na rozliczenie w przyjętym przez strony trybie. Ani literalna, ani funkcjonalna wykładnia analizowanej klauzuli nie prowadzi do takich wniosków, skoro jednoznacznie wynika z niej jednokrotny obowiązek powiadomienia. Ponadto podmiot powiadomiony o określonych okolicznościach faktycznych uzyskuje o nich wiedzę i nie może powoływać się na stan braku wiedzy, skoro tworzy je już jednokrotne powiadomienie.

Nie sposób również nie dostrzec, iż skarżąca wprawdzie trafnie upatruje funkcji analizowanej klauzuli w dyscyplinowaniu stron procesu budowlanego w celu umożliwienia jak najszybszego zrealizowania i rozliczenia inwestycji oraz zagwarantowania zamawiającemu określenia rzeczywistej wartości kontraktu przy uwzględnieniu zgłoszonych roszczeń. Nie dostrzega jednak, iż w stanie faktycznym sprawy wykonawca w pełni umożliwił pozwanej zrealizowanie jej uprawnień zawiadamiając ją o skonkretyzowanym roszczeniu i wskazując szczegółowo jego podstawę, natomiast pozwana wypacza funkcję klauzuli, skoro przez 3,5 miesiąca nie odpowiedziała na wniosek o rozliczenie robót budowlanych, a jednocześnie odwołuje się do funkcji dyscyplinującej jako podstawy aksjologicznej stosowania rygору prekluzji w rozpoznawanej sprawie.

Skarżąca nie rozróżnia przy tym w zarzutach apelacji obowiązku powiadomienia od obowiązku zgłoszenia pełnego roszczenia, mimo zarysowanych wyżej odmienności tych instytucji na gruncie postanowień umownych (...). Obowiązek powiadomienia skarżąca zdaje się utożsamiać z samodzielnym kwalifikowaniem przez powoda rodzaju problemu, wdrożeniem właściwego trybu postępowania i obarczenia go ryzykiem braku akceptacji tego trybu przez zamawiającego i inżyniera kontraktu. Tego rodzaju kwalifikacja nie znajduje podstaw w klauzuli 20.1. W okolicznościach sprawy wszyscy uczestnicy procesu inwestycyjnego mieli problem jak rozliczyć zwiększony zakres robót, tymczasem skarżąca wydaje się ryzykiem tego stanu rzecz obarczać wykonawcę, abstrahując o istniejącej wiedzy o problemie zarówno inżyniera kontraktu jak i samej pozwanej. Inżynierowi kontraktu doskonale był znany problem robót dodatkowych objętych sporem przed 23 maja 2011r, kiedy zdaniem skarżącej zaczął biec termin na zrealizowanie obowiązku powiadomienia, skoro w dniu 11 lutego 2011r zaakceptował wniosek wykonawcy po weryfikacji okoliczności w nim przytoczonych. Argumentował przy tym, iż odcinki robót opisanych w załącznikach do wniosku o roboty dodatkowe dotyczące zlewni P 3 i P 9 nie były objęte zamówieniem oraz kontraktem podstawowym, co potwierdził zamawiający, wskazując, iż nie były one kontraktowane w przetargu. Inżynier kontraktu uznał, iż

wykonanie tych robót jest niezbędne do zapewnienia odbioru ścieków z obszaru całej wsi T., dlatego zaakceptował wnioski i skierował go do zatwierdzenia przez zamawiającego. Inżynier zweryfikował także przedstawiony przez wykonawcę kosztorys i przedmiar robót wynikający z projektu budowlanego, wskazując, iż kwota kontraktu podstawowego zwiększy się o 535.679,34 zł zgodnie z propozycją wykonawcy załączoną do protokołu (protokół konieczności nr (...) k.568-569). Jednocześnie 11 lutego 2011r przedstawiciel wykonawcy i inżynier kontraktu podpisali protokół negocjacji dotyczący robót objętych sporem oparty na protokole konieczności (k.570). W dniu 9 lutego 2011r inżynier kontraktu przesłał pozwanej zaakceptowany przez siebie protokół konieczności na roboty dodatkowe z prośbą o zatwierdzenie, podpisanie protokołu negocjacji ceny końcowej oraz zawarcie stosownego aneksu do umowy, co pozwoli na włączenie robót do kontraktu i uruchomienie prac (k.571). Przez trzy i pół miesiąca pozwana nie odniosła się do przesłanych jej dokumentów, mając wiedzę, iż roboty objęte wnioskiem są konieczne do osiągnięcia celu kontraktu, są realizowane przez wykonawcę i ustnie zapewniając na naradach roboczych poprzez swoich przedstawicieli, iż prace zostaną rozliczone, a roboty budowlane można kontynuować bez obaw. Pismem z 15 kwietnia 2011r wykonawca przedstawił pozwanej dodatkową motywację zasadności złożonego wniosku o zapłatę za roboty dodatkowe przesyłając w załączeniu wyjaśnienie inwestora nr (...) adresowane do wszystkich wykonawców odnośnie przygotowania oferty przetargowej (k.677-678). Pismem z 17 maja 2011r inżynier kontraktu zobowiązał wykonawcę do oświadczenia, czy wycofuje wnioski o roboty zamienne i dodatkowe i wchodzi w tryb roszczeń czy nadal oczekuje na akceptację wniosków i zawarcie stosownych aneksów do umowy (k.572). Pismem z 19 maja 2011r kierowanym do inżyniera kontraktu, a przesłanym do wiadomości pozwanej powód poinformował, iż roboty objęte wnioskiem zostały już w całości wykonane i w części są już użytkowane przez zamawiającego. Wykonanie robót było konieczne dla realizacji kontraktu co wiadome było zarówno zamawiającemu jak i dla inżynierowi kontraktu oraz uzgadniane na naradach. Powód był natomiast wielokrotnie zapewniany przez H. Ł., że „aneks” na roboty zostanie podpisany, a wykonawca otrzyma za to dodatkowe wynagrodzenie. Brak było natomiast jednoznacznego stanowiska inżyniera kontraktu i zamawiającego czy roboty rozliczyć w ramach obmiaru, zwiększyć zakres robót aneksem czy podpisać umowę na roboty dodatkowe. W konsekwencji powód podtrzymał żądanie zapłaty kwoty 535.679,34 zł + Vat pozostawiając zamawiającemu i inżynierowi kontraktu decyzję co do trybu umożliwiającego szybkie rozliczenie. Jednocześnie wskazał, iż nie cofa żadnych złożonych wniosków i wzywa zamawiającego w terminie 7 dni do podpisania stosownych dokumentów umożliwiających wystawienie faktury za roboty wykonane, przy pozostawieniu zamawiającemu i inżynierowi kontraktu decyzji co do trybu rozliczenia. Wskazał również, iż już z jego wniosku z 8 stycznia 2011r wynika, że uważa się za uprawnionego do dodatkowej zapłaty, należy zatem przyjąć, iż już w tej dacie doszło do zgłoszenia roszczenia (k.573-574). Pismem z 23 maja 2011r pozwana nie zatwierdziła protokołu konieczności, a jej pełnomocnik do realizacji projektu H. Ł. lakonicznie stwierdził, iż nie widzi podstaw prawnych i merytorycznych, aby te roboty zlecać, były one bowiem objęte zamówieniem podstawowym (k.575). Pozwany nie wyjaśnił jednak dlaczego w jego ocenie roboty te były objęte zamówieniem podstawowym, skoro uprzednio udzielił informacji inżynierowi kontraktu, iż roboty objęte wnioskiem nie były kontraktowane w przetargu (protokół konieczności k.568). O powyższym stanowisku zamawiającego inżynier kontraktu pismem z 23 maja 2011r zawiadomił powoda wskazując, iż jeżeli wykonawca uważa swój wniosek za uzasadniony przysługuje mu tryb roszczeń (k.576). Wobec powyższego wykonawca pismem z 2 czerwca 2011r poinformował zamawiającego i inżyniera kontraktu, iż stanowisko zawarte w piśmie z 23 maja 2011r jest sprzeczne z uprzednio wielokrotnie artykułowanym stanowiskiem zamawiającego, a przyjęty przez wykonawcę tryb rozliczenia robót jako dodatkowych nastąpił z inicjatywy inżyniera kontraktu i zamawiającego. W konsekwencji powód wnosil o wskazanie, czy roboty te jako objęte zamówieniem podstawowym mają być rozliczone według obmiaru, a jeżeli tak to w jakiej pozycji miesięcznego rozliczenia i jak należy ująć te roboty wykonane w zmienionej technologii. Jednocześnie powód wniósł o pilne ustosunkowanie się do wszystkich swoich żądań podniesionych w piśmie z 19 maja 2011r (k.586-587). Pismem z 6 czerwca 2011r pozwany pozostawił pismo powoda z 2 czerwca 2011r bez rozpoznania z powodu niewłaściwego oznakowania pisma, bez odwołania się do przepisów kontraktowych pozwalających na takie działanie stronie umowy (k.588). Wobec stanowiska zamawiającego, iż roboty były objęte zamówieniem podstawowym powód ujął je w przejściowych świadectwach płatności domagając się ich rozliczenia pismem z 8 czerwca 2011r (k.577-582). Na ten tryb rozliczenia nie wyraził zgody inżynier kontraktu wskazując, iż kwota wynikająca z niezaakceptowanego wniosku o roboty dodatkowe musi być rozliczona w trybie roszczeniowym, a nie może być brana pod uwagę przy aktualizacji kwot harmonogramowych (pisma z 24 czerwca 2011r – k.583-584 i pismo z 30 czerwca 2011r – k.681). W piśmie

z 17 czerwca 2011r kierowanym do pozwanej i inżyniera kontraktu powód zajął stanowisko tożsame z uprzednio artykułowanym w piśmie z 2 czerwca 2011r, oczekując pilnego ustosunkowania się do jego żądań. W piśmie z 29 czerwca 2011r pozwana poinformowała powoda, iż podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie z 23 maja 2011r uznając, iż prace objęte wnioskiem o roboty dodatkowe powinny być wykonane w ramach ceny zaproponowanej w ofercie (k.590). W dniu 29 lipca 2011r wykonawca przekazał inżynierowi kontraktu roszczenie o zapłatę kwoty 535.579,34 zł + Vat będące efektem odrzucenia przez zamawiającego protokołu konieczności z 11 lutego 2011r o identycznym zakresie i uzasadnieniu jak uprzednio. Inżynier kontraktu zajął stanowisko, iż roboty te były konieczne do wykonania z uwagi na konieczność zamknięcia robót w ramach przedmiotowego zadania, były one objęte zakresem projektu budowlanego, nie były wykazane w kosztorysie ofertowym, który to kosztorys przechodził procedury kontrolne na etapie weryfikacji przez zamawiającego ofert w trakcie trwania przetargu, zakres robót objętych roszczeniem został wykonany i potwierdzony stosownymi kartami obmiarowymi. Mimo powyższego inżynier kontraktu uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między stronami, gdyż w jego ocenie problem roszczenia dotyczy okresu ofertowania i rozstrzygania ofert, a to było rozstrzygane bez udziału inżyniera (pismo z 1 sierpnia 2011r – k.592).

Poczynienie dodatkowych ustaleń faktycznych dotyczących postępowania stron i inżyniera kontraktu co do kwoty objętej sporem było konieczne, skoro Sąd Okręgowy problematyki tej nie analizował, a kwestia nieterminowego zgłoszenia roszczenia była zdaniem pozwanej podstawową przyczyną uzasadniającą odmowę zapłaty, wobec upływu umownego terminu prekluzyjnego, któremu wykonawca uchybił, co skutkowało w przekonaniu skarżącej wygaśnięciem jego roszczenia.

Powyższa analiza nie pozostawia wątpliwości, iż powiadomienie inżyniera kontraktu o roszczeniu nastąpiło najpóźniej w styczniu 2011r kiedy został złożony wniosek o rozliczenie robót dodatkowych. Z zeznań prezesa powoda i świadków zawnioskowanych przez stronę powodową wynika natomiast, iż informacja ta nastąpiła wcześniej na naradach roboczych, natychmiast po ujawnieniu problemu, jeszcze na etapie uznawania przez inżyniera kontraktu możliwości rozliczenia tych robót w oparciu o zwiększony obmiar.

Nie ma zatem racji pozwana powołując się na wygaśnięcie roszczenia, odmowa realizacji roszczeń wykonawcy w określonym trybie nie stwarza bowiem stanu braku informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do zgłoszenia roszczenia. Wniosek o rozliczenie robót dodatkowych był przy tym szczegółowo uzasadniony i kwotowo skonkretyzowany, zatem spełniał wymogi kompletnego roszczenia według klauzuli 20.1. W konsekwencji podtrzymanie tego wniosku jako roszczenia o zapłatę kwoty 535.679,34 zł w pismach z 19 maja 2011r, 2 czerwca 2011 i 17 czerwca 2011r z pozostawieniem trybu rozliczenia inżynierowi kontraktu i zamawiającemu spełnia wymogi zgłoszenia kompletnego roszczenia według subklauzuli 20.1. Nie sposób również dostrzec, iż inżynier kontraktu odnosząc się do wniosku powoda z dnia 29 lipca 2011r pismem z 1 sierpnia 2011r (k.592) nie powołał się na jego wygaśnięcie z uwagi na spóźnione zawiadomienie o okolicznościach je uzasadniających. Natomiast spóźnione zgłoszenie kompletnego roszczenia (gdyby okoliczność taka miała miejsce) mogłoby mieć wpływ tylko na ograniczenie uprawnienia do dodatkowej zapłaty w takim stopniu w jakim uchybienie to uniemożliwiło lub zaszkodziło należytemu zbadaniu roszczenia. W rozpoznawanym przypadku taki problem w ogóle nie zaistniał, skoro już po zbadaniu wniosku o roboty dodatkowe 9 lutego 2011r roszczenie wykonawcy zostało zweryfikowane przez inżyniera kontraktu co do zasady i co do wysokości, a przyczyny odmowy jego uwzględnienia przez pozwaną nie wynikały z niemożności należytego zbadania roszczenia przez skarżącą lub inżyniera kontraktu. Nie ma również żadnych podstaw do akceptowania tezy jakoby obowiązek powiadomienia czy zgłoszenia roszczenia musiał dla swej skuteczności odwoływać się do konkretnej klauzuli z umowy stron, taki rygoryzm nie znajduje bowiem oparcia w umowie. Istotą klauzuli jest obowiązek notyfikacji zwiększonego zakresu robót, co w przewidzianym umową terminie nastąpiło.

W konsekwencji zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 58§1 kc i 358¹ kc są bezprzedmiotowe powód nie naruszył bowiem terminu prekluzyjnego przewidzianego w klauzuli 20.1.

Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, iż regulacja klauzuli 20.1 w zakresie w jakim przewiduje wygaśnięcie roszczenia z uwagi na niedokonanie przez wykonawcę zawiadomienia o

roszczeniu w terminie 28 dni od powstania okoliczności uzasadniających takie powiadomienie jest nieważna (art. 58§1 kc).

Strony zdecydowały, że status kontraktowy stanowi prawo polskie (klauzula 1.4 -warunki szczególne kontraktu k.36) co implikuje konieczność rozważenia, czy wprowadzenie umownego 28 dniowego terminu zawitego na powiadomienie o roszczeniu, którego przekroczenie skutkuje jego wygaśnięciem jest dopuszczalne. Niezależnie od podkreślanego przez skarżącą uniwersalizmu wzorów (...) strony były zobowiązane dostosować je do wymogów prawnych prawa kraju, którego status przyjęły, zwłaszcza, w zakresie zgodności z *ius cogens*.

W ocenie Sądu Apelacyjnego co do zasady przyjąć należy, iż terminy zawite nie podlegają dyspozytywności stron podobnie jak terminy przedawnienia. W konsekwencji strony nie mogą ustanawiać terminów prekluzyjnych do dochodzenia roszczeń. Nie mogą też umawiać się ani co do długości wskazanego ustawą terminu zawitego, ani też co do chwili w której termin ten nie biegnie. Wniosek ten można wyprowadzić z wnioskania a fortiori z reguły zawartej w art.119 kc. Skoro nie jest dopuszczalne umowne moderowanie terminów przedawnienia, a terminy prekluzyjne w bardziej rygorystyczny sposób oddziałują na wykonywanie praw podmiotowych, to tym bardziej nie powinny być zmieniane wolą stron. Ponadto dochodzenie roszczeń i innych praw podmiotowych z perspektywy upływu czasu jest regulowane w kodeksie cywilnym poprzez instytucję przedawnienia i fragmentaryczną regulację dotyczącą terminów zawitych. Nie jest dopuszczalne umowne regulowanie terminów przedawnienia roszczeń w sposób odmienny od bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego, okres przedawnienia w stosunku do roszczeń jest bowiem zawsze kształtowany przez ustawodawcę. Tym bardziej zatem należy sprzeciwić się dopuszczalności wprowadzania umownych terminów zawitych prowadzących do wygaśnięcia roszczenia, skoro w sposób znacznie bardziej intensywny prowadziłoby to do uniemożliwienia realizacji praw podmiotowych, w sytuacji gdy ustawodawca nie przewidział terminu zawitego ograniczającego uprawnienia wykonawcy robót budowlanych do dochodzenia wynagrodzenia za wykonane roboty.

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego nie można generalnie wyłączyć możliwości modyfikowania przez strony umownych terminów prekluzyjnych, skoro ustawodawca dopuszcza w konkretnych sytuacjach możliwość kształtowania terminu zawitego przez strony (66 kc, 598§2 kc , 395§1 kc, 568§1 kc), a od dawna uznaje się, że dyspozytywności stron podlegają terminy o charakterze reklamacyjnym. Nie zachowanie tych terminów nie skutkuje jednak utratą roszczenia poddanego procedurze reklamacyjnej. Nie sposób jednak przyjąć jakoby dopuszczalne było wprowadzanie przez strony lub modyfikacja terminów zawitych do dochodzenia roszczeń, doprowadziłoby to bowiem do wprowadzenia umownego reżimu prekluzyjnego prowadzącego do ominięcia przepisów o przedawnieniu, przez kreowanie krótkich terminów prekluzyjnych uniemożliwiających dochodzenie roszczeń. Nie ma zatem podstaw do formułowania generalnej tezy jakoby polskie prawo cywilne w ramach swobody umów dopuszczało konstrukcję umownych terminów zawitych. Można co najwyżej przyjąć, że jest to możliwe w odniesieniu do pozasądowych terminów prekluzyjnych, ale na zasadzie wyjątku od generalnej reguły wynikającego z różnorodnych regulacji prawnych dotyczących terminów zawitych. Wyjątek taki w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie zachodzi. Regulacja kodeksu cywilnego dotycząca robót budowlanych nie zawiera bowiem terminu prekluzyjnego odpowiadającego uzgodnieniom stron, a wprowadzony termin prekluzyjny w sposób niedopuszczalny prowadziły do wygaśnięcia roszczenia o wynagrodzenie za wykonane i użytkowane przez zamawiającego roboty budowlane.

Niezależnie zatem od bezprzedmiotowości zarzutów dotyczących naruszenia art. 58§1 kc i 358¹ kc są one z przyczyn wyżej przytoczonych bezzasadne, swoboda umów nie może bowiem sięgać tak daleko by naruszać przepisy o charakterze *iuris cogentis*.

Odnosząc się do dalszych zarzutów apelacji wskazać należy, iż zamawiający dokonał wyboru takiego wzoru warunków kontraktowych (...), który odpowiadał rodzajowi umowy którą zamierzał zawrzeć opierając się na warunkach kontraktowych dla budowy (czerwoną (...)) zmodyfikowanych przez warunki szczególne kontraktu. W tym przypadku Warunki Kontraktowe dla Budowy zakładają wynagrodzenie dla wykonawcy na podstawie obmiaru, przy zastosowaniu cen i stawek ustalonych w wycenionym przedmiarze robót (wynagrodzenie kosztorysowe). Wynagrodzenie wykonawcy (cena kontraktowa) nie jest równa ani tożsama z kwotą, którą uzgodniły strony przy

zawieraniu umowy. Zatwierdzona kwota kontraktowa, w realiach tego kontraktu jest oparta na przewidywanych wartościach wynikających z projektu i przedmiaru robót oraz cenach jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę. Natomiast cena kontraktowa zgodnie z treścią 12.3 klauzuli jest uzgodniona lub ustalona przez inżyniera kontraktu według obmiaru robót rzeczywiście wykonanych, według odpowiedniej dla danej pozycji cen i stawek. Natomiast ilości ujęte w przedmiarze robót są jedynie szacunkowe i nie należy, ich brać pod uwagę jako wartości rzeczywistych i szacunkowych (subklauzula 14.1- k. 101). Jak wynika z zeznań prezesa powoda i inżyniera kontraktu praktyka realizacji kontraktu odpowiadała tym zapisom, skoro przejściowe płatności następowały według rzeczywistych obmiarów.

W przypadku kontraktu o takim charakterze inwestora obciąża ryzyko niewłaściwego obmiaru robót w dokumentach projektowych i przetargowych, albowiem to on dostarcza dokumentację, natomiast wykonawca odpowiada jedynie za wykonanie robót zgodnie z dokumentacją i nie ponosi odpowiedzialności za jej wadliwość. Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynika przy tym, iż w postępowaniu przetargowym na etapie składania ofert były zadawane pytania dotyczące rozbieżności między przedmiarami, a dokumentacją techniczną albowiem wykazywała ona znacznie wyższe wartości niż przedmiar robót. W odpowiedzi na te pytania zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż wynikają one z faktu, iż przedmiary zostały sporządzone na zakres przewidziany do realizacji ze środków pomocowych, a w dokumentacji znajdują się zestawienia na cały zakres zadań i wskazał, iż podstawą sporządzenia kosztorysu ofertowego są przedmiary (wyjaśnienie kierowane do wykonawców z 19 sierpnia 2009r – k.209-210). Niewątpliwym jest również, iż dane zawarte w SIWZ i dokumentacji projektowej okazały się w zakresie dotyczącej inwestycji w T. wadliwe, robót nie można było bowiem wykonać zgodnie z ich treścią z uwagi na wysoki poziom wód gruntowych i odmienne niż wynikające z dokumentacji technicznej warunki geotechniczne w terenie, co wymagało zastosowania odmiennej technologii. K. S. rzeczoznawca w zakresie geotechnicznym (k.762-763) przyznał przy tym, iż nigdy nie wykonywał badań gruntu w związku z budową kanalizacji w T., a projekt budowlano- wykonawczy odnośnie warunków wodno-gruntowych zawiera w tym zakresie nieprawdziwe dane (oświadczenie z 28 maja 2012r k.298). Tymczasem w dokumentacji udostępnionej wykonawcy wskazano, iż takie badania zostały przeprowadzone, a ryzyko udostępnienia wykonawcy wadliwej dokumentacji projektowej ponosi pozwana.

W toku postępowania poza sporem pozostawało, iż sporne roboty były objęte projektem, ale nie były objęte kosztorysem ofertowym sporządzonym na podstawie przedmiaru robót zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego. Nie było również sporu, iż roboty te były konieczne do realizacji inwestycji, zostały wykonane, potwierdzone kartami obmiarowymi i nie zostały zapłacone (k.650, zeznania świadka A. P.). Pozwana przyznała także w toku postępowania, iż nie kwestionuje wykonania prac zgodnie z obmiarem oraz przyjętej przez wykonawcę technologii wykonania zwiększonego zakresu robót, a jedynie kwestionuje zgłoszenie prac we właściwym czasie zgodnie z obowiązującymi procedurami prawnymi (oświadczenie pełnomocnika pozwanej na rozprawie w dniu 1 października 2013r – e-protokół k.774) Skarżąca nie kwestionowała również wartości wykonanych prac (k. 725), a następnie twierdziła, że jednak wartość ta będzie negowana (k.737), które to stanowisko pozwanej prawidłowo ocenił Sąd Okręgowy w motywach rozstrzygnięcia jako niekonsekwentne, spóźnione i niesprecyzowane.

Zważywszy na konstrukcję umowy łączącej strony całkowicie bezzasadne było stanowisko pozwanej jakoby prace te były objęte zamówieniem podstawowym, wykonawca nie dostarczając projektu nie odpowiada bowiem za wady dokumentacji technicznej, a rozliczenie kosztorysowe przyjęte przez strony nie pozwala przyjąć, jakoby roboty te były objęte zamówieniem podstawowym, jak błędnie i bez bliższego uzasadnienia wywodziła pozwana w piśmie z 23 maja 2011r.

Stanowisko to znalazło swój wyraz w zeznaniach H. Ł. będącego pełnomocnikiem pozwanej d/s. realizacji projektu , zeznań pracownika pozwanej P. O. zastępcy kierownika d/s projektu, inspektora nadzoru A. P. i było motywowane ryczałtowym charakterem kontraktu i przekonaniem, iż zwiększona wartość robót powinna być ujęta w ofercie, a obmiar powykonawczy nie miał związku z dodatkową zapłatą.

Stanowisko to jest oczywiście sprzeczne z treścią podpisanego przez strony kontraktu, warunkami przetargu, w którym ofertę należało przygotować na podstawie przedmiarów a nie dokumentacji technicznej (e-protokół k.743)

oraz praktyką realizowania kontraktu. Zauważenia wymaga, iż zeznania świadków wnioskowanych przez pozwaną są sprzeczne nawet z jej stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na pozew w którym wskazuje się prawidłowo na kosztorysowy sposób rozliczenia przyjęty w kontrakcie stron (k.651) tymczasem z zeznań w/w świadków wynika, iż strony miały się rozliczać ryczałtowo.

Pozwana w toku procesu nie kwestionowała, iż umowa łącząca strony przewidywała rozliczenie kosztorysowe (k.651) uznawała jednak, iż powód nie powinien wykonywać tych robót, skoro nie miał akceptacji zamawiającego, ani polecenia inżyniera kontraktu. Jednocześnie jednak przyjmowała, iż zatwierdzona kwota kontraktowa była przeznaczona na realizację inwestycji, a jej zwiększenie wymagało zmiany umowy, co nie nastąpiło. Nie wyjaśniła również dlaczego ustnie i konkludentnie akceptowała wykonywanie prac i długotrwanie nie odpowiadała na wniosek wykonawcy akceptowany przez inżyniera kontraktu. Czyni to mało wiarygodnymi jej wywody jakoby postawa powoda polegająca na podjęciu prac, mimo braku polecenia inżyniera kontraktu miała na celu wymuszenie zapłaty, zwłaszcza, że prace były konieczne do zrealizowania inwestycji.

W rozpoznawanej sprawie strony łączyła umowa na wykonanie robót budowlanych dla zadania kompleksowy program gospodarki ściekowej dla Gminy (...) zawarta w trybie zamówienia publicznego do której zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane (art. 658 kc w zw z 139 ust.1 p.z.p). Zawieranie i wykonywanie umów w trybie p.z.p jest poddane szczególnej regulacji związanej z celem tej ustawy mającej zapewnić uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców, celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych. Oznacza to konieczność respektowania przepisów tej ustawy, która nie rzutuje jednak na kwalifikację materialno-prawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego. Umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego pozostaje zatem umową, o której mowa w art.647 i nast. kc. Zmianie podlega natomiast rygor pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy, gdyż zamiast wymaganej w art.648§1 kc w zw z art.74§1 kc formy pisemnej ad probationem, znajduje zastosowanie forma pisemna pod rygorem nieważności (art. 139 ust.2 p.z.p), czego Sąd Okręgowy dostatecznie nie uwzględnił w swych rozważaniach prawnych.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca wykonał zwiększony zakres robót , bez podpisania aneksu do umowy. Prace te były wykonywane za wiedzą i przy ustnej akceptacji przedstawicieli pozwanej i przy potwierdzeniu przez inżyniera kontraktu konieczności wykonania tych prac, ale bez pisemnej umowy wymaganej przez przepisy p.z.p. Z wiarygodnych zeznań prezesa zarządu powoda oraz przedstawiciela wykonawcy J. K. wynika, iż problem został przedstawiony na radzie budowy zamawiającemu i inżynierowi kontraktu, który pierwotnie stwierdził, iż rozliczenie powinno nastąpić w ramach zwiększonego obmiaru, skoro kontrakt jest obmiarowy, co powodowało kontynuowanie wykonania robót w ramach kontraktu. Okoliczność tą potwierdził w swoich zeznaniach inżynier kontraktu D. Ś., wskazując również, iż wykonanie robót w zwiększonym rozmiarze i w tej technologii było konieczne (e- protokół k.743). Następnie inżynier kontraktu w porozumieniu z zamawiającym stwierdził, że należy złożyć wniosek o roboty dodatkowe, do czego wykonawca się dostosował, co zaakceptował w protokole konieczności i negocjacji inżynier kontraktu, a ostatecznie nie zatwierdził zamawiający, bo ponad trzymiesięcznym braku decyzji w tym przedmiocie. W okresie wykonywania robót ze strony zamawiającego były przy tym ustne zapewnienia, że roboty zostaną rozliczone zgodnie z wnioskiem. Potwierdził to przy tym zarówno prezes powoda, kierownik budowy P. D. (k.764), przedstawiciel wykonawcy J. K. (e- protokół k.774) i P. R. podnosząc, iż przedstawiciele pozwanej wskazywali, iż jest tylko kwestią czasu kiedy zapłata nastąpi, a wójt obiecywał że pieniądze dostaną (k. 765-766, e- protokół k.774). Nie zaprzeczył temu pełnomocnik d/s realizacji projektu H. Ł. stwierdzając, iż istotnie mówił na radach budowy, że jeżeli należy się zapłata zgodnie z kontraktem to taka nastąpi. Wypowiedź ta musi być przy tym odnoszona do konkretnego problemu, który zaistniał na budowie, trudno bowiem uznać, że świadek składał takie deklaracje w oderwaniu od konkretnego problemu z którym zetknęły się strony w trakcie realizacji inwestycji. Ponadto wykonywanie robót w zmienionej technologii i zwiększonym rozmiarze wynikało z dziennika budowy, a były to roboty, zlokalizowane w środku wioski, które blokowały przejazd. Z tej też przyczyny nie były wstrzymywane, w okresie oczekiwania na akceptację wniosku, zwłaszcza, że inżynier kontraktu pierwotnie wskazywał na możliwość rozliczenia obmiarowego, a dla wykonawcy forma przyjętego rozliczenia była obojętna, istotne było natomiast uzyskanie wynagrodzenia za wykonane prace (e- protokół k.743). D. Ś. potwierdził kosztorysowy charakter rozliczenia objęty umową stron, wskazując, iż jest

on charakterystyczny dla robót sieciowych i dopuszcza różnice między ceną kontraktową a zatwierdzoną kwotą kontraktową (e- protokół k.743).

Inżynier kontraktu akceptował przy tym zmianę technologii, a inspektor nadzoru pozwanej odbierał roboty zaznaczając, że zostały one wykonane według zamiennych metod w stosunku do projektu (zeznania świadka P. R. k. 764-766, e-protokół k.774 oraz zeznania świadka A. P. k.767-769). Z zeznań kierownika budowy powoda wynika, iż przedstawiciele pozwanej jak i inżynier kontraktu mieli świadomość, iż roboty są wykonywane w zwiększonym zakresie i odmiennej technologii. Przedstawiciele pozwanej przyjeżdżali, w trakcie wykonywania tych robót, wykonywali zdjęcia, akceptowali poczynania wykonawcy, uznając zmianę technologii nie tylko za konieczną ale powodującą przyspieszenie tempa prac i najmniej uciążliwą dla mieszkańców (k.764).

Sąd Okręgowy w świetle motywów rozstrzygnięcia przyjął, iż akceptacja przez inżyniera kontraktu protokołu konieczności i protokołu negocjacji oznacza akceptację tych dokumentów przez zamawiającego zgodnie z klauzulą 3.1 warunków kontraktowych (...). Nie zwrócił jednak uwagi, iż klauzula ta została zmodyfikowana w warunkach szczególnych kontraktu, przez wymóg uzyskania zgody zamawiającego między innymi przy zmianach umowy (klauzula 13.1 i 13.3 – k.38), co nie pozwala przyjąć, by zgoda inżyniera kontraktu w rozpatrywanym przypadku miała być tożsama ze zgodą wykonawcy, co byłoby zresztą niezgodne z prawem zamówień publicznych wymagającym zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej na wprowadzenie zmian do umowy.

Sąd Apelacyjny podziela również stanowisko skarżącej, iż w świetle umowy stron (klauzula 3,5; 12.3 oraz 20) podpisanie przez inżyniera kontraktu i wykonawcę protokołu konieczności było dopiero podstawą do poczynienia ustaleń między stronami i wyrażenia stanowiska przez pozwaną, która nie była w tym przypadku związana stanowiskiem inżyniera kontraktu, ani jego decyzja nie zastępowała konieczności złożenia przez pozwaną oświadczenia woli we właściwej formie. Sąd Okręgowy nie oparł jednak rozstrzygnięcia jedynie na zaakceptowanym przez inżyniera kontraktu protokole konieczności i protokole negocjacji lecz poczynił ustalenia pozwalające na przyjęcie, iż powód wykonał niezbędne do realizacji inwestycji roboty budowlane, które zostały odebrane, wprowadzone na stan środków trwałych pozwanej, a pozwana poza zarzutami formalnymi i zarzutami dotyczącymi objęcia robót zamówieniem podstawowym nie dostarczyła w toku procesu argumentów przekonujących do jej stanowiska.

Nie sposób jednak nie dostrzec, iż brak podpisu przedstawiciela pozwanego pod protokołem konieczności i protokołem negocjacji oraz brak aneksu do umowy na zwiększony zakres robót powodował nieważność wszelkich ustnych czy dokonywanych konkludentnie uzgodnień, niezależnie od stanowiska inżyniera kontraktu, który nie był upoważniony do zawierania umów w imieniu pozwanej. Jeżeli zatem przyjąć, iż roboty te nie mogły być rozliczone w zwiększonym obmiarze , a powinien być na nie sporządzony aneks obejmujący roboty dodatkowe czy zamienne to należy je rozliczyć jak trafnie wskazywał powód w odpowiedzi na apelację w ramach przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust.2 p.z.p, a art.139 ust.1 p.z.p potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia.

Podstawę taką stanowi art.410§1 kc w zw z art.405 kc, albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalił się przy tym pogląd, który należy podzielić, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie

przepisów p.z.p jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410§1 kc w zw z 405 kc (por. wyroki Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2005r, V CSK 537/04, Lex nr 519298; z 5 grudnia 2006r, II CSK 527/06, Lex nr 238947; z 7 listopada 2007r, II CSK 344/07, Lex nr 388844).

W konsekwencji w takim zakresie w jakim roboty objęte sporem należy kwalifikować jako roboty zamienne czy dodatkowe, co do których powinien zostać zawarty aneks do umowy lub dodatkowa umowa, powództwo należy uwzględnić w oparciu o wyżej przywołaną kwalifikację prawną, powód spełniał bowiem w tej części świadczenie w wykonaniu nieważnej czynności prawnej.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż pozwana nie rozliczyła się z wykonawcą i nie podpisała aneksu do umowy mimo podpisania przez inżyniera kontraktu i wykonawcę protokołu konieczności i protokołu negocjacji, akceptowania wykonywania prac przez pozwaną w zwiększonym zakresie i odmiennej technologii oraz ustnych zapewnień ze strony osób upoważnionych do reprezentacji pozwanej na naradach roboczych, iż roboty zostaną rozliczone stosownie do złożonego wniosku.

Nie można również zgodzić się z zarzutem jakoby powód wykonał roboty przed uzyskaniem akceptacji inżyniera kontraktu. Z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy wynikają wręcz przeciwne wnioski, skoro inżynier kontraktu miał świadomość wykonywania tych prac, które były zresztą niezbędne do realizacji kontraktu, uznawał pierwotnie, iż mogą być one rozliczone w zwiększonym obmiarze, a następnie po złożeniu wniosku o ich rozliczenie jako robót dodatkowych, wniosek ten zaakceptował o czym świadczy protokół konieczności i protokół negocjacji. Z poczynionych ustaleń wynika, iż wszystkie osoby zaangażowane w prowadzenie inwestycji łącznie z przedstawicielami zamawiającego doskonale wiedziały, że roboty są prowadzone w zwiększonym rozmiarze i zmienionej technologii i poza sporem pozostawała na tym etapie konieczność uzyskania przez powoda zapłaty, była jedynie wątpliwość po stronie zamawiającego, jak te roboty rozliczyć.

Okoliczność zatem, iż na sugestię inżyniera kontraktu i zamawiającego powód po wykonaniu prac złożył wniosek o ich rozliczenie jako dodatkowych nie ma żadnego znaczenia, skoro na etapie wykonywania robót inżynier kontraktu i zamawiający zostali niezwłocznie powiadomieni o istniejącym problemie i pierwotnie zamierzano rozliczyć roboty w zwiększonym obmiarze. Nie sposób przy tym nie dostrzec, iż na etapie realizacji inwestycji to nie wykonawca lecz zamawiający miał wątpliwość co do trybu rozliczenia prac. Aktualnie natomiast wszelkie problemy wywołane tymi wątpliwościami, przedłużonym procesem decyzyjnym oraz wadliwością dokumentacji projektowej przerzuca na wykonawcę, który jest odpowiedzialny za wykonanie robót, a nie może obejmować swoim ryzykiem czynników, które spowodowały spór między stronami. Skarżąca nie sprzeciwiała się kiedy konieczne do zamknięcia inwestycji roboty były wykonywane, a wręcz przeciwnie akceptowała je, odbierała i zapewniała o zapłacie, aktualnie natomiast powołuje się na ryzyko prowadzenia prac bez jej zgody, co nie może być akceptowane.

Zarzuty pozwanej dotyczące kwalifikacji przez Sąd Okręgowy prac objętych sporem nie mają znaczenia dla istoty sporu. Podstawową kwestią jest bowiem fakt, iż powód wykonał roboty budowlane na rzecz pozwanej w zwiększonym w stosunku do zatwierdzonej kwoty kontraktowej rozmiarze, za co nie otrzymał wynagrodzenia. Jeżeli prace te objęte były kontraktem, to stanowisko pozwanej odmawiającej zapłaty nie znajduje żadnego uzasadnienia. Pozwana odmówiła bowiem zapłaty twierdząc, iż prace zostały objęte zamówieniem podstawowym, co miało znajdować uzasadnienie w świetle zeznań świadków P. O. i H. Ł. w ryczałtowym charakterze kontraktu. Jak wyżej wskazano jest to sprzeczne z literalnym brzmieniem kontraktu, postępowaniem stron w praktyce jego stosowania jak i stanowiskiem pozwanej wyrażonym w odpowiedzi na pozew. Skoro strony zawarły kontrakt z rozliczeniem kosztorysowym, a poza sporem pozostaje, iż powód wykonał zwiększony zakres robót koniecznych do zrealizowania inwestycji, to należało rozważyć dokonanie rozliczenia w ramach kontraktu zwiększonym obmiarem, na co pierwotnie wskazywał inżynier kontraktu, a które to rozwiązanie nie zostało ostatecznie zaakceptowane przez pozwaną.

Jeżeli natomiast rozliczenie takie nie mogło nastąpić w ramach zwiększonego obmiaru w związku z regulacjami p.z.p roboty objęte sporem należało kwalifikować jako zamienne, a nie dodatkowe. Przyczyną zwiększenia prac była bowiem wadliwość dokumentacji projektowej co wiązało się z zmianą trasy ułożenia rurociągu kanalizacji oraz zmianą

technologii ułożenia rurociągów w miejscowości T.. Strony powinny w tej sytuacji zawrzeć aneks do umowy na zwiększony zakres robót zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 5 p.z.p w zw z art. 144 p.z.p ,poza sporem bowiem pozostaje, że udzielenie zamówienia dodatkowego było konieczne do wykonania zamówienia podstawowego i niezbędne do jego prawidłowego wykonania, na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Skoro jednak do zawarcia aneksu nie doszło, a roboty zostały wykonane, konieczne jest ich rozliczenie według przepisów o nienależnym świadczeniu. Okoliczność zatem, iż Sąd Okręgowy nazwał roboty objęte sporem dodatkowymi, w sytuacji gdy bardziej właściwą terminologią w okolicznościach sprawy jest ich określenie jako zamienne, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Z przytoczonych względów na podstawie art.385 kpc apelacja podlegała oddaleniu jako nie znajdująca uzasadnionych podstaw.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.108§1 kpc, 98§1 i 3 kpc, 99 kpc w zw z §12 ust.1 pkt 2 i § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu- tekst. jedn. Dz.U. z 2013r, poz 490).

Sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w punkcie 1 sentencji zaskarżonego wyroku dokonano na podstawie art.350§1 i 3 kpc, albowiem Sąd Okręgowy w słownym omówieniu zasądzonej kwoty omyłkowo pominął słowo „pięć” po słowie „ osiemdziesiąt”, a przed słowem „ złotych”.