

Sygn. akt I ACa 519/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jan Kremer
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik (spr.) SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa M. K.

przeciwko Gminie N.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt VII GC 255/13

1. **oddala apelację.**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Józef Wąsik SSA Jan Kremer SSA Sławomir Jamróg

Sygn. akt I A Ca 519/15

UZASADNIENIE

Powód **M. K.** wniósł o zasądzenie od pozwanej **Gminy N.** kwoty 1.126.817,76 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 marca 2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych, jako niezbędnych do wybudowania hali sportowej w N. na podstawie umowy nr (...) z 31 lipca 2009r. Koszty w tym względzie miała pokryć Gmina, albowiem prace te nie były przewidziane w pierwotnym projekcie ani w przedmiarach robót. W trakcie wykonywania prac stwierdzono występowanie gruntów pylastych, osuwiskowych oraz zjawisk krasowych charakteryzujących się wysączeniem wody z gruntów kamienistych,

co powodowało s[plywanie tych gruntów, obrywanie ścian wykopów i ich intensywne zalewanie. Spowodowało to konieczność dodatkowego zabezpieczenia wykopów przed osuwiskami ścianami stalowymi od strony budynku szkoły (tzw. ścianek L.), niezależnie od tzw. rzędnej budynku błędnie określonej w projekcie na poziomie 311,97 m npm zamiast na poziomie 309,45 m npm (autor projektu dokonał poprawy projektu w trakcie prac). Zamawiający w trakcie procedur przetargowych nie udostępnił żadnych wyników badań geologicznych, a dokumentacja projektowo-wykonawcza nie przewidywała zabezpieczeń istniejącego budynku szkoły ani problemów związanych z usuwaniem się gruntu w terenie krasowym.

Braki oraz błędy w dokumentacji projektowej spowodowały konieczność opracowania projektu zamiennego i wydania nowego zezwolenia na budowę, co nastąpiło decyzją nr (...). Zdaniem powoda, powyższe braki uzasadniają odpowiedzialność strony pozwanej również na podstawie deliktowej art. 416 k.c. względnie art. 430 k.c. za szkodę poniesioną przez powoda.

Pozwana Gmina N. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu. Zarzuciła, że powód dokonał samowolnej zmiany rzędnej „zero” budynku hali sportowej, o czym Gmina nie wiedziała. Nadto powód zobowiązał się do wykonania muru oporowego, kanalizacji sanitarnej, wodociągu, chodników i obniżenia drogi w ramach umowy podstawowej, bez dodatkowego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem z dnia 23 stycznia 2015r:

1/ zasądził od Gminy N. na rzecz M. K. kwotę 942.418,36 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym w wysokości 13% od dnia 16 marca 2013r. i z dalszymi każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty oraz kwotę 7.990,76 zł tytułem kosztów procesu,

2/ oddalił powództwo w pozostałej części;

3/ pobrał od Gminy N. na rzecz Skarbu Państwa Sąd Okręgowy w Kielcach kwotę 43.126,44 zł tytułem kosztów sądowych;

3/ ściągnął od M. K. na rzecz Skarbu Państwa Sąd Okręgowy w Kielcach od z zasądzzonego roszczenia w punkcie I powyższego wyroku kwotę 8.214,56 zł tytułem kosztów sądowych.

Jako podstawę faktyczną wyroku Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 31 lipca 2009 r. Gmina N. reprezentowana przez Wójta Gminy W. G. (1) zawarła z M. K., który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) w K., umowę nr (...), której przedmiotem, zgodnie z §1 umowy, było wykonanie budowy hali sportowej w N. przy Zespole Szkół wraz z łącznikiem, wewnętrzną instalacją wodno-kanalizacyjną, c.o., wentylacją mechaniczną i elektryczną w zakresie określonym w projekcie technicznym oraz w przedmiarach robót. Podstawą wykonania przedmiotu umowy był projekt wykonawczy całej inwestycji wykonany przez (...) oraz (...) Biuro (...). Zgodnie z §1 ust. 3 zakres prac ujęto w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe niezmienne w czasie trwania umowy w kwocie 3.927.433,59 zł razem z podatkiem VAT. Prace, których dotyczyła przedmiotowa umowa miały być wykonane w okresie nie dłuższym niż 14 miesięcy od daty podpisania umowy, jednakże wykonawca czyli powód, zobowiązany był wykonywać wszystkie polecenia zamawiającego- pozwanego wydawane zgodnie z przepisami prawa i postanowieniami umowy.

Zgodnie z § 5 pkt 4a oraz § 7 pkt. 16 umowy strony przewidziały możliwość istotnej modyfikacji pierwotnego zakresu pracy i wyodrębnienie w tym celu robót zamiennych i dodatkowych, które rozumiane były jako niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, a których nie można było przewidzieć w pierwotnej dokumentacji projektowej. Wobec zawartej umowy wykonawca zobowiązany był do informowania strony zamawiającej o wydarzeniach i okolicznościach, które mogły ujemnie wpływać na jakość i opóźnienie robót.

Roboty dodatkowe, zgodnie z § 8 pkt. 6 umowy, miały zostać wycenione przez zamawiającego na bazie aktualnych danych wyjściowych w opracowaniach S. dla województwa (...).

W piśmie z dnia 30 sierpnia 2009 r. powód, zwracając się do W. M. (1) (autora projektu), poinformował, iż otrzymał od inwestora dwie wersje Projektu Zagospodarowania Terenu (...), na których podane były dwie różne rzędne posadowienia budynku tj. 311,97 m n.p.m. i 309,45 m n.p.m. Nadmieniał, że wobec rzędnej (...)fundamenty hali sportowej są posadowione nad poziomem istniejącego terenu, zaś łącznik wychodzący z drugiego piętra budynku socjalnego mija się w pionie o 2,52 m z poziomem pierwszego piętra istniejącej szkoły. Jednakże biorąc pod uwagę rzędną według projektu (...)wymiary są prawidłowe.

Pismem z dnia 23 października 2009 r. powód poinformował pozwaną Gminę, że w projekcie konstrukcji brak jest projektu ściany oporowej przy schodach prowadzących do pomieszczenia kotłowni i poprosił o pilne uzupełnienie tejże dokumentacji.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2009 r. W. M. (1) poinformował powoda, iż wobec powyższego należy przyjąć posadowienie według rzędnej projektu (...)czyli 309,45 m n.p.m. co w świetle art. 36 prawa budowlanego nie jest istotną zmianę w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego.

W dniu 15 stycznia 2010r. powód zwrócił się do pozwanego o uzupełnienie projektu technicznego o podanie koloru stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej w budynku, a także poprosił o udzielenie informacji w sprawach poruszanych na spotkaniu z dnia 24 listopada 2009 r. a dotyczących ściany oporowej i schodów do kotłowni, windy, dodatkowych słupów konstrukcyjnych przestrzeni widowni ściany szczytowej hali w osi 5.

Pismem skierowanym do pozwanego w dniu 18 lutego 2010 r. strona powodowa zażądała od pozwanego ustosunkowania się do wcześniejszego pisma z dnia 15 stycznia 2010 r. oraz poinformowała o możliwości wydłużenia terminu wobec braku możliwości prac ze względu na niskie temperatury otoczenia.

W dniu 6 kwietnia 2010r. przeprowadzono badania geotechniczne w wykopach fundamentowych hali sportowej i wystawiono opinię o warunkach gruntowo-wodnych w podłożu obiektu.

Powód pismem z dnia 16 marca 2010 r. zwrócił się do pozwanego z informacją, iż nie otrzymał, mimo wielokrotnych próśb i ustaleń poczynionych na spotkaniu w Urzędzie Gminy, żadnych rozwiązań projektowych związanych z komponowaniem budynku i zaplecza w teren zewnętrzny.

Kolejno, w dniu 22 kwietnia 2010 r. swoje stanowisko zajął Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w sprawie wykonywania i wyceny grodzi stalowych na budowie hali sportowej. Zaznaczył, iż wykonawca winien opracować ofertę na wykonanie robót dodatkowych na bazie danych wyjściowych do kosztorysowania, a samo wykonanie robót winno być poprzedzone dokumentacją opracowaną przez projektanta. Zabezpieczenie tychże wykopów należy do obowiązków wykonawcy w ramach zawartej przez strony umowy.

W dniu 18 maja 2010 r. została sporządzona notatka służbowa w sprawie budowy hali sportowej w N.. W związku z wnikaniem wód gruntowych w pomieszczenia kotłowni zaproponowano wykonanie izolacji poziomej, powłokowej zbrojonej. Po konsultacji z geologami przyjęto decyzję wykonania drenażu opaskowego oraz studni zbiorczej, a także odprowadzenia wód deszczowych, którego rozwiązanie przedstawić miało biuro projektowe do dnia 31 maja 2010 r. Ponadto zachodziła konieczność przebudowy części kanalizacji sanitarnej po stronie zachodniej oraz budynku socjalnego, a rozwiązanie projektowe miało przedstawić biuro projektowe także we wskazanym powyżej terminie.

Po otrzymaniu dokumentacji na roboty dodatkowe od projektanta wykonawca miał wykonać kalkulację kosztów za wymienione roboty. Notatka została podpisana przez A. W. (1), E. F., W. M. (1), J. Ż. oraz M. K..

Pismem z dnia 1 czerwca 2010 r. powód przedstawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) za dzierżawę grodzie stalowych - ścianek L., które zostały zamontowane w listopadzie 2009 r. i w związku z brakiem decyzji pozwanego odnośnie

przebudowy budynku nie zostały jeszcze zdemontowane. W związku z powyższym powód poinformował pozwanego o obciążenie go kosztami dzierżawy sprzętu.

W dniu 2 czerwca 2010 r. pozwany w odpowiedzi na powyższe pismo wskazał, iż przekazał kierownikowi budowy projekt ścian oporowych, schodów zewnętrznych oraz zsypu na opał. W dniu 1 czerwca 2010 r. projektant przekazał pozwanemu projekt wykonawczy przełożenia kanalizacji sanitarnej i deszczowej w obrębie budowy hali sportowej o czym telefonicznie został powiadomiony kierownik budowy J. Ż..

Powód w dniu 28 czerwca 2010 r. przedstawił pozwanemu kosztorys ofertowy na wykonanie robót dodatkowych związanych z budową hali polegających na przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej wraz z separatorami, wykonanie drenażu wokół hali i budynku zaplecza oraz wykonanie murów oporowych, zsypu opału wraz z zabezpieczeniem wykopów.

Pismami z dnia 16 lipca 2010 r. oraz z dnia 30 lipca 2010 r. powód zwracając się do pozwanego ponaglił go celem uzyskania informacji w sprawie projektu zamiennego na wykonanie robót.

W dniu 20 sierpnia 2010 r. powód poinformował pozwanego, iż wobec braku oficjalnego stanowiska na temat usytuowania łącznika względem zatwierdzonej dokumentacji projektowej, powód przystępuje do zasypywania wykopów przy budynku socjalnym w celu demontażu grodziec stalowych i wykonania zabezpieczenia wykopów pod stopy fundamentowe łącznika według obowiązującej dokumentacji projektowej posiadanej przez powoda, wobec nieuregulowania zapłaty za przedłużający się okres dzierżawy grodziec stalowych.

Następnie, w dniu 30 września 2010 r. strony zawarły aneks do pierwotnej umowy, który przedłużał termin realizacji robót do dnia 31 maja 2011 r. z uwagi na fakt długotrwałych, obfitych opadów atmosferycznych, które utrudniały wykonywanie prac. Zgodnie z §2 tegoż aneksu wydłużenie terminu realizacji zadania nie rodziło żadnych roszczeń ze strony wykonawcy do zwiększenia wynagrodzenia umownego.

W dalszej kolejności, w dniu 31 maja 2010 r. strony podpisały aneks do pierwotnie zawartej umowy ze względu na konieczność opracowania projektu zamiennego dokumentacji budowlanej i koniecznością zmiany decyzji pozwolenia na budowę hali sportowej w N. wydłużono termin realizacji zadania. Zgodnie z §1 wykonawca obowiązany był dokończyć roboty do dnia 30 września 2011 r.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r., 7 stycznia 2011 r. oraz 23 lutego 2011 r. powód zwrócił się do pozwanego, aby ten przedstawił mu projekty zamiennych do dalszej realizacji zadań na budowie. Poinformował pozwanego, że opóźnienia związane z powyższym brakiem mogą skutkować opóźnieniami w realizacji zadania. Zaznaczył również, że ponosi koszt dzierżawy grodziec stalowych wobec braku zajęcia stanowiska przez pozwanego w niniejszej sprawie.

Kolejno, w dniu 14 marca 2011 r. strony zawarły kolejny aneks do przedmiotowej umowy w związku ze zmianą urzędową stawki podatku VAT z 22% na 23%. W związku z powyższym pierwotnie ustalone wynagrodzenie uległo zmianie odpowiednio i opiewało na kwotę 3.935.797,00 zł wraz z podatkiem VAT.

W dniu 31 marca 2011 r. w Urzędzie Gminy w N. odbyło się spotkanie stron w sprawie budowy hali sportowej w N., na którym A. W. (1), Kierownik Referatu Techniczno-Inwestycyjnego przybliżyła problem błędów w projekcie budowlanym i braku łącznika budynku socjalnego hali z budynkiem szkoły. Kolejno zostały omówione przez W. M. (1) projekty zamienne zagospodarowania terenu z murami oporowymi i łukiem montażowym, kanalizacji sanitarnej, przyłącza wodociągowego oraz drenażu, kanalizacji deszczowej oraz łącznika przy hali sportowej. Na spotkaniu tym został również poruszony problem systematycznego zalewania boiska i hali oraz kotłowni ze względu na brak drenażu wokół budynku. Wykonawca otrzymał projekt projektów budowlanych zamiennych celem weryfikacji i naniesienia ewentualnych uwag oraz przekazania ich na spotkaniu, które strony ustaliły na 6 kwietnia 2011 r. Wstępnie strony ustaliły wydłużenie terminu realizacji zadania do dnia 15 sierpnia 2011 r.

Następnie, w dniu 31 sierpnia 2011 r. powód przedłożył pozwanemu kosztorys na roboty konieczne wynikające z uzupełnienia dokumentacji. Ponadto poinformował, iż celem wykonania mur oporowego konieczne będzie zamontowanie ścianek szczelnych przy budynku szkoły, których szacowany koszt wyniesie ok. 128.000 zł netto.

Dalej, w dniu 30 września 2011 r. strony niniejszego postępowania podpisały kolejny aneks ze względu na uzyskanie decyzji nr (...) pozwolenia na budowę hali sportowej w N. zatwierdzającej opracowane projekty zamienne dokumentacji budowlanej hali i koniecznością uzyskania klauzuli prawomocności wydłużył się termin realizacji zadania. Wobec powyższego wykonawca zobowiązany był do zakończenia robót budowlanych w terminie do dnia 31 lipca 2012 r.

W dniu 2 stycznia 2012 r. strony postępowania podpisały umowę nr (...) o roboty dodatkowe na zadaniu pod nazwą „Budowa hali sportowej w N.". Zgodnie z §1 tejże umowy powód przyjął do wykonania drogę pożarową i drenaż oraz kanalizację deszczową przy hali sportowej w N.. Wobec §2 umowy wartość zamówienia wynosiła 351.865,34 zł w tym za wykonanie drogi pożarowej kwota 125.834,96 zł, a za wykonanie drenażu i kanalizacji deszczowej kwota 226.030,38 zł.

W dniu 21 czerwca 2012 r. powód odwołał się do skierowanych do pozwanego pisma z dnia 29 czerwca 2010 oraz 30 lipca 2010 r. w związku z brakiem dokumentacji technicznej systemu oddymiania grawitacyjnego klatki schodowej w realizowanym budynku socjalnym. Powód przedstawił pozwanemu kosztorys na jego wykonanie w kwocie 28.206,40 zł z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie.

Strony zawarły kolejny aneks do przedmiotowej umowy w dniu 30 lipca 2012 r. w związku z konieczną zmianą wydłużenia terminu realizacji zadania z uwagi na długo utrzymujące się w okresie wiosennym niskie temperatury nie można było wykonywać prac ziemnych. W związku z powyższym na podstawie §14 ust. 5 umowy strony wprowadziły zamiany w ostatecznym terminie zakończenia prac i wyznaczyły go na dzień 31 sierpnia 2012 r.

W dniu 19 września 2012 r. pozwany zwrócił się do powoda z informacją, iż odbiór końcowy odbędzie się w dniu 20 września 2012 r. w siedzibie inwestora, a następnie komisja dokona wizji na terenie budowy. Ponadto przedłożył stanowisko w zakresie ochrony przeciwpożarowej w sprawie z godności wykonania robót z projektem budowlanym Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w K. celem usunięcia nieprawidłowości.

W dniu 29 września 2012 r. sporządzono protokół odbioru końcowego, w którym zaznaczono termin usunięcia usterek/wad z punktu 12 na dzień 10 października 2012 r. natomiast pozostałe do dnia 27 września 2012 r. W punkcie IV protokołu określono uwagi i zastrzeżenia, które wykonawca zobowiązał się usunąć tj. zainstaluje klapę oddymiającą i wykona wszelkie prace zmierzające do oddzielenia stref pożarowych budynku tj. hali sportowej od budynku socjalnego, dostosuje drzwi przejściowe z hali sportowej do budynku socjalnego oraz drzwi wejściowe do widowni na I piętrze w celu stworzenia przegrody p.poż o odporności ogniowej EI – 60, zamuruje okienko w pokoju trenera oraz w portierni. Sprawdzi sposób wykonania obudowy kanałów centrali wentylacyjnej z przepisami p.poż w przypadku jakichkolwiek uchybień doprowadzi do ich prawidłowości do zgodności wykonanych prac z przepisami w tym zakresie, sprawdzi uziemienie konstrukcji centrali wentylacyjnej, uzupełni wewnętrzne i zewnętrzne nedoróbki malarskie, wyreguluje nie zamykające się drzwi. Powyższe zostało przez powoda usunięte, na co zostały sporządzone odpowiednie protokoły z usunięcia wad i usterek podpisane przez Inspektora Nadzoru J. Z..

W dniu 25 lutego 2013 r. pełnomocnik powoda wystosował do pozwanego przesądowe wezwanie do zapłaty, w którym domagał się uregulowania należności w kwocie 1.126.817,76 zł, która stanowiła równowartość robót dodatkowych i zamiennych przy budowie hali sportowej w N. nieobjętych umowami stron.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo jest zasadne co do kwoty 942.418,36 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym w wysokości 13 % od dnia 16 marca 2013 r.

Wobec kwestionowania przez pozwaną Gminę zakresu wykonanych robót i wartości robót, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego M. C. (1), która dokonała ustalenia zakresu przedmiotu umowy stron wraz

z aneksami obejmującego wykonanie budynku hali sportowej w N., ustalenia zakresu i rodzaju robót faktycznie wykonywanych przez powoda, w tym robót dodatkowych i zamiennych ich konieczności wykonania w tym użycia ścianek L., muru oporowego, palisady, schodów betonowych jakości i zgodności robót z projektem budowlanym, sztuką budowlaną i umową stron w szczególności prawidłowości posadowienia rzędnej „zero” budynku hali i jej zgodności dokumentacją budowlaną, a ponadto ustalenia wartości rzeczywiście wykonanych robót w tym niezbędnych koniecznych robót dodatkowych i zamiennych do wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem wpłat przez pozwaną Gminę N. na rzecz powoda. W opracowanej opinii biegła sądowa M. C. dokonała także ustalenia jakości i wartości zakresu robót faktycznie wykonanych przez powoda na obiekcie pozwanego. Jak wynika z opinii biegłej, koszty robót wynikłych z obniżenia rzędnej „zera” budynku hali w kwotach brutto to wynoszą one: palisada – 212.269,80 zł, mur oporowy przy kotłowni - 72.569,14 zł, schody betonowe – 12.426,05 zł, luk montażowy – 13.249,93 zł, montaż ścianek szczelnych – 88.553,85 zł, schody przy chodniku – 3.329,22 zł, dzierżawa ścianek szczelnych zrealizowanych w kwietniu i czerwcu 2012 r. - 392.753,76 zł.

Łącznie wartość robót faktycznie wykonanych przez powoda na obiekcie pozwanego stanowi kwotę 795.151,95 zł. Ponadto jak wskazała biegła sądowa koszty robót dodatkowych to: chodnik- 21.316,52 zł, kanalizacja sanitarna - 43.529,32 zł, oddymianie - 22.999,36 zł, ukształtowanie terenu - 23.710,26 zł, wymiana drzwi na EL60 - 5.971,16 zł, razem - 117 526.62 zł. Koszty robót zamiennych to: łącznik w kwocie 29.739,79 zł. W opinii pisemnej biegła sądowa przyjęła, iż z udostępnionej dokumentacji do opinii można było ustalić i zakwalifikować do rozliczenia wartość robót w kwocie: 942.418,36 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego biegła sądowa M. C. (1) opracowała opinię zgodnie ze zleceniem, a opinia jest wnikliwa i rzetelna, a nadto biegła składając opinię na rozprawie odpowiedziała na pytania i zarzuty pełnomocnika pozwanej Gminy w szczególności przedstawiła kwestie związaną z zakresem robót faktycznie wykonanych i odpowiedziała także na wskaźniki cen przyjęte do kosztorysowania przez wykonawcę a także porównywała je z cenami S.. Biega zwracała nadto uwagę iż roboty były robotami zakrywowymi i wskazywała i przy odbiorach robót uczestniczył inspektor nadzoru, a w dzienniku budowy nie ma zastrzeżeń w tym zakresie inspektora nadzory co do ilości robót i zakresu robót faktycznie wykonanych przez powoda. Biegła zwróciła także uwagę na to, iż dokumentacja wykonawcza została przedstawiana powodowi przez Gminę w trakcie realizacji robót i tym samym odniosła się do przedstawionych przez powoda kosztorysów robót zrealizowanych przez niego.

Biegła podkreśliła, iż stan „zero” poziomu budynku to poziom stropu nad piwnicami, a rzędna posadowienia budynku hali określona została na 311.97 m. n.p.m., jednakże halę wybudowano na poziomie 309,45 m n.p.m. Przy takim założeniu, że poprawnie została określona rzędna w pierwszej wartości, w części socjalnej nie byłyby poniesione żadne koszty dodatkowe, gdyż byłoby to wykonanie zgodnie z projektem, jednakże w części sportowej należałoby powiększyć ściany fundamentowe budynku z 1,40 m do 2,70 m. Biegła podkreśliła, że w aktach sprawy nie ma dokumentacji odnoszącej się do odwodnienia, a do tego powinien odnieść się projektant. Według oceny biegłej budowa po wykonaniu znacznego pogłębienia powinna być wstrzymana i winny być doprojektowane elementy związane z posadowieniem budynku, wobec powyższego można mówić o brakach projektowych. Wykonanie robót dodatkowych takich jak wymian drzwi czy oddymianie, które związane były z odbiorem budynku były wiążące i za te roboty winien zapłacić inwestor.

Zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: J. Ż., W. K., J. S. i J. Z., M. R., R. P., M. P. (1), A. S., E. F., P. M., W. W. (1), S. D. (1), A. R., A. G., oraz wyjaśnienia złożone przez powoda Marcina N. K. w zakresie zrealizowanych prac przez powoda odnośnie przedmiotu umowy w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności stanowczej, fachowej, wyczerpującej i rzetelnej opinii biegłego sądowego zasługują daniem im przymiotu wiarygodności.

Uznając opinię biegłej sądowej za miarodajną i wyczerpującą oraz w pełni przydatną do poczynionych wyżej ustaleń faktycznych, Sąd przyjął ustaloną przez biegłego jakość i wartość faktycznie wykonanych robót przez powoda za realną.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy oddalił wniosek pozwanej Gminy o dopuszczenie dowodu z innego biegłego albowiem w ocenie Sądu biegła sądowa opracowała opinię zgodnie ze zleceniem Sądu, a opinia jest wnikliwa i rzetelna,

a nadto biegła składając opinie na rozprawie odpowiedziała na pytania i zarzuty pełnomocnika pozwanej Gminy, w szczególności przedstawiła kwestie związane z zakresem robót faktycznie wykonanych i odpowiedziała także na wskaźniki cen przyjęte do kosztorysowania przez wykonawcę a także porównywała je z cenami S.. Biegła zwracała nadto uwagę, iż roboty były robotami zakrywowymi i wskazywała, że przy odbiorach robót zanikających uczestniczył inspektor nadzoru, a w dzienniku budowy nie ma zastrzeżeń w tym zakresie inspektora nadzoru co do ilości robót i zakresu robót faktycznie wykonanych przez powoda. Biegła zwróciła także uwagę na to, iż dokumentacja wykonawcza została przedstawiana powodowi przez Gminę w trakcie realizacji robót i tym samym odniosła się do przedstawionych przez powoda kosztorysów robót zrealizowanych przez niego. W takiej sytuacji samo niezadowolenie strony pozwanej z treści opinii biegłej nie może stanowić podstawy o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego.

Zdaniem Sądu Okręgowego w świetle zaferowanych przez strony dowodów należało przyjąć, iż w przedmiotowym przypadku powodowi przysługuje od pozwanego jako Inwestora należne wynagrodzenie w kwocie 942.418,36 zł na podstawie art. 647 k.c. Orzeczenie odnośnie zasądzonych ustawowych odsetek znajduje oparcie w art. 481 §1 i §2 k.c.

O kosztach procesu stosownie do rozstrzygnięcia w uwzględnieniu, że powód wygrał proces w 84%. Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr. 1025 z 2014 r.), Sąd Okręgowy stosownie do rozstrzygnięcia pobrał od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 43.126,44 zł tytułem kosztów sądowych, zaś od powódki ściągnął z na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 8.214,56 zł tytułem kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana w części dotyczącej pkt I oraz pkt III, zarzucając:

1/ nierozpoznanie istoty sprawy polegające na zaniechaniu w ogóle zbadania materialnej podstawy żądania, rozstrzygnięciu o żądaniu powoda na innej podstawie faktycznej niż zgłoszona w pozwie, nie uwzględnieniu i nie rozważeniu wszystkich zarzutów pozwanego i dotyczących kwestii faktycznych czy prawnych rzutuujących na zasadność roszczenia powoda, w tym zarzutu przedawnienia, zarzuty dotyczącego uwzględnienia podatku VAT w żądanym odszkodowaniu oraz zarzutu dotyczącego zawarcia przez strony ugody w dniu 24 października 2011 r. odnośnie wszelkich robót dodatkowych związanych z budową hali sportowej w N.,

2/ naruszenie przepisu art. 647 k.c. i 649 k.c. poprzez ich zastosowanie w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy podstawą faktyczną żądania powoda była szkoda poniesiona przez niego w postaci kosztów robót dodatkowych, nie objętych zdaniem powoda łączącą strony umową o roboty budowlane, spowodowana zawinionym zachowaniem pozwanej, polegającym w szczególności na przekazaniu powodowi niepełnego, niedokładnego i sprzecznego wewnętrznie projektu budowlanego,

2/ naruszenie przepisów art. 139 ust. 2 i art. 140 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, w sytuacji gdy strony łączyła umowa zawarta w ramach reżimu zamówień publicznych, a z przepisów tych jasno wynika, że strony nie mogą w ramach takiej umowy, w trakcie jej realizacji, dowolnie kształtować zakresu świadczenia wykonawcy, jak również nie mogą zawrzeć prawnie skutecznej umowy w tym zakresie w inny sposób niż w formie pisemnej,

3/ naruszenie przepisu art. 361 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy ewentualna szkoda poniesiona przez powoda nie była normalnym następstwem wskazywanych przez powoda działań i zaniechań pozwanej,

4/ naruszenie przepisu art. 361 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie uwzględnienie w zasądzonej powodowi kwocie również podatku od towarów i usług, który nie mieści się w pojęciu określonej w tym przepisie straty,

5/ naruszenie przepisu art. 442¹ § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy nastąpiło przedawnienie roszczeń powoda, gdyż przed wniesieniem przez powoda pozwu minęły już 3 lata od chwili, gdy powód uzyskał świadomość istnienia szkody, 6/ naruszenie przepisu art. 508 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy zawarte w § 2 aneksu z dnia 30 września 2010 r. do umowy nr 60/2009 postanowienie oraz ustalenia dokonane przez strony w dniu 24 października 2011 r. miały charakter umowy o zwolnienie z długu,

7/ naruszenie przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Prawo budowlane poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy obniżenie rzędnej „zero” budynku hali sportowej w N. stanowiło istotne odstępienie od zatwierdzonego projektu budowlanego oraz samowolę budowlaną powoda, a powód nie powinien był kontynuować prac bez uzyskania zamiany pozwolenia na budowę,

8/ naruszenie przepisu art. 22 pkt 3) ustawy Prawo budowlane, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy działający w imieniu i na rzecz powoda kierownik robót budowlanych J. Ż. wykonywał roboty budowlane niezgodnie z projektem budowlanym zatwierdzonym pozwoleniem na budowę, a więc wbrew obowiązkowi wynikającemu z w/w przepisu,

9/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności wykonywania przez wykonawcę budynku hali sportowej w N. niezgodnie z projektem budowlanym zatwierdzonym pozwoleniem na budowę,

10/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż prawidłowe wykonanie przez powoda obiektu hali sportowej w N., tj zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanych nie spowodowałyby dodatkowych kosztów budowy palisady, muru oporowego przy kotłowni, betonowych schodów, luku montażowego, montażu i demontażu oraz dzierżawy ścianek L., zagospodarowania terenu,

11/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż winę za obniżenie rzędnej zera budynku ponosi tylko i wyłącznie powód, i że zaniżenie to nastąpiło tylko i wyłącznie w wyniku samowolnych działań powoda, podjętych bez porozumienia się pozwany,

12/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż zaniżenie rzędnej „zero” budynku hali stanowiło istotne odstępienie od zatwierdzonego projektu budowlanego oraz samowolę budowlaną,

13/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż powód zaniżył rzędną „zero” budynku hali sportowej do wysokości 309,45 m.n.p.m. mimo, iż geodeta S. D. prawidłowo wyznaczył mu na budowie tę rzędną na wysokości 311,97 m.n.p.m,

14/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż powód nie stosował się do przewidzianych w umowie procedur porozumiewania się z inwestorem (pозwany) w sytuacjach krytycznych, wymagających zmiany projektu, 15/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż przedłożona przez pozwaną do przetargu, a także przekazana powodowi dokumentacja nie zawierały błędów, które powodowały powstanie dodatkowych wskazywanych przez powoda kosztów realizacji hali sportowej w N.,

16/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż powód na etapie postępowania przetargowego nie zgłaszał pozwanej zastrzeżeń dotyczących udostępnionej oferentom dokumentacji technicznej hali sportowej w N., które podnosi w pozwie,

17/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż przedłożona przez pozwaną do przetargu, a także przekazana powodowi dokumentacja zawierały informacje dotyczące rodzaju i cech gruntu znajdującego się w obrębie inwestycji,

18/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż umowa nr (...) obejmowała również obowiązek zabezpieczenia przez powoda wykopów jak również wykonanie robót polegających na wykonaniu przyłącza kanalizacyjnego, kanalizacji sanitarnej zewnętrznej, muru oporowego, palisady, kształtowaniu terenu, schodów zewnętrznych do hali, chodnika, prac przeciwpożarowych, oddymiania, łącznika na koszt powoda w ramach ustalonego w tej umowie wynagrodzenia ryczałtowego,

19/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż wykazane w oparciu o faktury poniesione przez powoda koszty w związku z użyciem ścianek L. wynoszą, zgodnie z przedstawionymi przez powoda fakturami 234.308,44 zł netto,

20/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż powód w § 2 aneksu z dnia 30 września 2010 r. do umowy nr (...) zrezygnował z wynagrodzenia dodatkowe w związku z przedłużającą się realizacją umowy,

21/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, iż powód w dniu 24 października 2011 r. zrezygnował ze wszelkich należności z tytułu robót dodatkowych poza tymi, które uzyskał w wyniku umowy z dnia 2 stycznia 2012 r., nr (...),

22/ pominięcie istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności przedawnienia roszczenia powoda,

23/ sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegające na przyjęciu, iż powodowi należy się wynagrodzenie za dokonane zmiany w instalacji przeciw pożarowej, mimo iż z protokołu odbioru końcowego, z dnia 20 września 2009 r., wynika że zmiany te były przedmiotem tego odbioru, w związku z czym były objęte umową nr (...), za którą powód otrzymał wynagrodzeni ryczałtowe, obejmujące również te prace,

24/ sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegające na przyjęciu, że pozwany wstrzymał powodowi wypłatę wynagrodzenia należnego mu na podstawie umowy, z uwagi na fakt wykonania przez powoda w sposób wadliwy przedmiotu umowy,

25/ naruszenie przepisów postępowania tj art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie zawierającego wszystkich wymaganych tym przepisem elementów,

26/ naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów sprzecznej z dyrektywami wymienionymi w tym przepisie w szczególności przez przyjęcie za rzetelną opinię biegłego M. C. (1) w zakresie dokonanej przez nią wyceny robót wykonanych przez powoda,

27/ naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. przez nieuwzględnienie zarzutów do opinii biegłej M. C. (1) podnoszących przez pozwanego jako opartej w zakresie wyceny wartości robót wykonanych przez powoda na kosztorysach przedstawionych przez powoda bez głębszej analizy wskazanych w nich wartości i ilości robót, w związku z czym Sąd nie mógł przyjąć jej i uznać jej za opinię rzetelną, wnikliwą i wiarygodną; 27/ naruszenie przepisów art. 217, art. 227 i art. 286 k.p.c. przez bezpodstawne oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z uwagi na nierzetelności opinii biegłej M. C.,

28/ naruszenie przepisu art. 316 § 1 k.p.c. poprzez nie uwzględnienie stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, zarówno co do podstawy faktycznej.

Na tej podstawie wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu apelacji, nie znalazł podstaw prawnych do jej uwzględnienia.

Sąd I Instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za swoje, z tym, że ustalenia te wymagały uzupełnienia. Sąd Okręgowy trafnie zastosował przepisy prawa procesowego i materialnego.

Na wstępie wskazać należy, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji (art. 378 §1 k.p.c.) na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art.382 k.p.c.) z tym zastrzeżeniem, że przed sądem pierwszej instancji powinny być przedstawione wyczerpująco kwestie sporne, zgłoszone fakty i dowody, a prezentacja materiału dowodowego przed sądem drugiej instancji ma miejsce wyjątkowo (art. 381 kpc).

Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów (III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz.55), której nadano moc zasady prawnej, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami

dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego. Te jednak powinny być podniesione w apelacji wniesionej w ustawowym terminie.

Odnosząc się do zarzutów apelacji należy wskazać, że prawidłowe zastosowanie prawa materialnego jest uzależnione od poczynienia prawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy. Temu służy postępowanie dowodowe zgodnie z którym na podstawie art.6 k.c. i 232 k.p.c. strony zobowiązane są przedstawić sądowi rozpoznającemu sprawę dowody na poparcie swych twierdzeń.

Należy uzupełnić podstawę faktyczną o następujące okoliczności:

- umowa z dnia 31.07.2009r łącząca strony przewidywała w swojej treści obowiązek wykonania przez powoda robót dodatkowych wykraczających poza zakres usług objętych umową, za wynagrodzeniem kosztorysowym. Wykonawca miał obowiązek - ale tylko na życzenie zamawiającego – przedłożenia oferty ich wykonania na bazie danych wyjściowych do kosztorysowania określonych jako średnie w aktualnych opracowaniach S. (dowód: umowa z 31.07.2009r § 8 pkt 6 – k.25);

- Wójt Gminy N. W. G. (1) w trakcie wykonywanych prac kilkakrotnie oświadczał wobec powoda, że Gmina zapłaci za wykonane prace dodatkowe w tym koszty zabezpieczeń (dowód zeznania świadka J. Ż.- k.540, zeznania powoda M. K. złożone na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015r. – wzmianka- k.663).

Powyższe oznacza, że za roboty dodatkowe nie przewidywane w umowie (dokumentacji projektowej) w dacie jej podpisania wykonawcy w razie spełnienia warunków o których mowa w § 8 pkt 6 należy się odrębne wynagrodzenie według wartości kosztorysowej. Zatem określony w § 2 umowy ryczałt nie dotyczył umów dodatkowych o których mowa w § 8 pkt 6.

Skoro umowa regulowała tę kwestię wykonania robót dodatkowych nie objętych umową i określała zasady wynagrodzenia za nie, to do ich wykonania za tak ustalonym wynagrodzeniem niepotrzebna była zmiana umowy w rozumieniu art. 144 w zw. z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: P.z.p.), jak również odrębna umowa dotycząca tych prac zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Przedstawiona regulacja nie wyłącza zmiany umowy na zasadach określonych w art. 144 P.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 P.z.p. i w innych wypadkach przewidzianych w umowie odsyłających do regulacji ustawowej. Z tego powodu wszystkie aneksy do umowy sporządzone przez strony są wiążące.

Powyższa regulacja umowna jest zgodna z treścią art. 140 ust. 1 P.z.p. zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie na etapie przetargowym.

Jeżeli zatem jest bezsporne i potwierdzone ustaleniami Sądu I Instancji, że prace za które powód domaga się wynagrodzenia w niniejszym nie były przewidziane w umowie faktycznie zostały wykonane przez powoda za konkludentną (dorozumianą) zgodą pozwanego i został sporządzony kosztorys ich wartości zweryfikowany przez biegłego sądowego, to powodowi już z tej przyczyny należy się wynagrodzenie.

W związku zarzutem, że powód samowolnie odstąpił od projektu budując obiekt według zaniżonej rzędnej „zero”, należy uzupełnić, podstawę faktyczną o okoliczność, że autor projektu inż. arch. W. E. związku ze sprzecznością z projektem zagospodarowania terenu i przedstawionymi argumentami wykonawcy zdecydował o posadowieniu budynku według rzędnej zero na poziomie 309,45 m n.p.m. (pismo W. M. z 31.08.2009r- k.52). Tak zmieniony projekt budowlany i poszerzony o dalsze nieprzewidziane wcześniej prace został zaakceptowany przez stronę pozwaną, skoro zmieniony projekt przedłożyła wraz z wnioskiem o zmianę pozwolenia na budowę. Nie wyraziła też nigdy sprzeciwu wobec takiego posadowienia budynku (decyzja Starosty (...) zmieniająca pozwolenie na budowę z 16.09.2011r – k.103, pismo strony pozwanej do powoda z 15.04.2011r i pismo powoda do pozwanego z 19.12.2011r – k.102, zeznania świadków strony pozwanej W. W. (1) – k.578 oraz E. F.. Świadek W. W., który na zlecenie pozwanej Gminy sporządził opinię techniczną zeznał, że zatwierdzony projekt budowlany będący podstawą wydania pierwotnego zezwolenia na budowę – przewidujący rzędna zero 311,97 m n.p.m. obarczony był błędem. Jego opinia spowodowała zmiany robót,

a „wykonawca wykonywał prace narzucone z konieczności”. Z kolei św. E. F. – inspektor ds. budowy – zeznał, że na początku sierpnia, kierownik budowy zgłosił, że łącznik nie pasuje do kontrakcji budynku. „Opracowano zamienną dokumentację i Gmina wystąpiła o pozwolenie na budowę”(..) Po opracowaniu dokumentacji uzupełniającej przez projektanta w 2011r uzyskano pozwolenie na budowę”.

Obarczanie zatem winą powoda za samowolną zmianę rzędnej zero nie jest uzasadnione. Zwłaszcza, że było poza sporem, że również realizowanie obiektu na podstawie pierwotnej rzędnej generowałoby dodatkowe koszty i czyniłoby obiekt wraz z zespołem szkół i otoczeniem mniej funkcjonalnym.

Zasadniczą wszak przyczyną ujawnionych trudności było ujawnienie się na placu budowy zjawisk krasowych i pylastych obsuwających się gruntów, co generowało potrzebę zabezpieczenia już istniejących budynków, by nie dopuścić do katastrofy budowlanej i dodatkowych prac z tym związanych. Skoro jednak wykopy pod fundamenty sięgały miejscami 5 m to nawet ich zmniejszenie o 2,4 m nie zapobiegłoby całkowicie problemów związanym cechami gruntu.

Obecny Wójt Gminy A. G. przyznał, że grunty w gminie są znane z cieków wodnych. Jednak do dokumentacji przetargowej nie dołączono ekspertyzy geologicznej.

Wzmianki o gruntach pochodzenia lessowego nie poparto wynikami żadnych badań i nie przewidywano w związku z tym żadnych prac zabezpieczających, co okazało się wielką omyłką. Dopiero opinia geologiczna J. S. wykonana na zlecenie powoda ujawniła grożące niebezpieczeństwa związane z charakterystyką gruntu i konieczność dodatkowych prac i kosztów.

Z uwagi na ustne zapewnienia Wójta Gminy składane w trakcie wykonywania robót finansowanych z funduszy europejskich, co miało ważne znaczenie dla terminu zakończenia prac („Robić, a będzie wam zapłacone”) pracownica Gminy A. W. (1) przygotowała protokół konieczności (datowany 20 lipca 2010 roku), który poleciła przekazać do podpisu inspektorowi nadzoru ze strony Gminy M. P. (2), a następnie przygotowanie faktury przez powoda.

Bezasadny jest zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez rozstrzygnięcie o żądaniu powoda na innej podstawie faktycznej niż zgłoszona w pozwie. Apelujący myli podstawę faktyczną z podstawą prawną dochodzonego roszczenia, czyli jego sklasyfikowaniem pod względem prawnym przez subsumcję danego stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Powód w pozwie bardzo szeroko zakreślił podstawę faktyczną, czyli powołał się na wiele okoliczności faktycznych uzasadniających jego zdaniem zgłoszone żądanie zapłaty. W pierwszej części uzasadnienia pozwu powoływał się na zawartą umowę i wykonanie prac dodatkowych, wcześniej nieprzewidzianych, a w drugiej określał swoje żądanie jako odszkodowanie z uwagi na braki w dokumentacji projektowej. W odpowiedzi na apelację z jednej strony określał swoje żądanie jako odszkodowawcze, ale z drugiej powoływał się na zbieg roszczeń z deliktu i kontraktu w rozumieniu art. 443 k.c.

Oceniając całościowo twierdzenia i żądanie powoda, należy dojść do przekonania, że powód w istocie żąda zapłaty za wykonane prace dodatkowe w ramach umowy z dnia 31 lipca 2009r, których nie można było przewidzieć na etapie zawierania umowy i z tej przyczyny nie zostały nią objęte. Ta niemożność przewidzenia przedmiotowych prac i kosztów w umowie wynikała z braku rzetelnych danych geologicznych o właściwościach terenu.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność powyższych twierdzeń, dlatego biorąc pod uwagę, że przygotowanie prawidłowej dokumentacji projektowej należało do zamawiającego, braki w tym względzie należy poczytywać jako nienależyte wykonanie zobowiązania rodzące odpowiedzialność na zasadzie art. 471 k.c. Szkoda powoda wyraża się nie tylko w poniesionych kosztach na materiały i robociznę, a zwłaszcza na dzierżawę tzw. ścianek L., ale również w nie uzyskaniu korzyści w postaci należnego wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe. Związek przyczynowy nie budzi wątpliwości, a wysokość roszczenia została wykazana dokumentami w postaci faktur, umów, kosztorysów i opinii biegłego.

Przebywający na budowie geolodzy oraz przedstawiciele pozwanej Gminy potwierdzali niezbędność zastosowania tzw. ścianek L., w celu uniknięcia katastrofy budowlanej. Rozwiązanie to nie było spowodowane przegłębieniem wykopu o 2,5 m, lecz małą odległością od istniejącego budynku szkoły, niespójnością gruntu oraz miejscem wykonywania robót, tj. u podnóża dużej góry, w miejscu gdzie powierzchniowe masy ziemi osuwają się po skale.

Wykonanie kanalizacji deszczowej było związane z występowaniem wód gruntowych. Kanalizacja ta musiała być wykonana niezależnie od pogłębienia ław fundamentowych. Z tych samych powodów należało wykonać drenaż hali sportowej i budynku zaplecza, bowiem były one zalewane wodą i zjawisko to nie miało związku z posadowieniem budynku.

Mur oporowy musiał być wykonany, bowiem chodziło przede wszystkim o zabezpieczenie istniejących separatorów usytuowanych w bezpośrednim sąsiedztwie istniejącego budynku szkoły oraz związane z tym osuwanie się niestabilnego gruntu. Dokumentacja pierwotna nie przewidywała wykonania muru oporowego i dlatego mógł być on wykonany dopiero po uzyskaniu zmienionego pozwolenia na budowę. Do tego czasu konieczne były zabezpieczenia ściankami L..

Na marginesie Sąd zauważa, że nawet gdyby uznać porozumienie stron co do wykonania robót dodatkowych za nieważne z braku formy pisemnej to wtedy żądanie powoda znajduje uzasadnienie w przepisach prawnych o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 410 § 2 k.c.). Zawarcie konkludentnego porozumienia co do wykonywania robót dodatkowych nie budzi wątpliwości w świetle postawy strony pozwanej akceptującej działania i żądania powoda zwłaszcza dotyczących zmian projektów – choć z dużym opóźnieniem oraz w świetle oświadczeń Wójta W. G. „aby robić, a będzie zapłacone”.

Bezasadny jest zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy zasady swobodnej oceny dowodów. Apelujący nie wykazał, iż sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, gdyż tylko takie uchybienie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Pamiętać przy tym należy, iż kwestionowanie dokonanej przez sąd oceny dowodów nie może polegać na zaprezentowaniu własnych, zadowalających dla skarżącego ustaleń faktów, ustalonych na podstawie własnej, korzystnej dla niego oceny materiału dowodowego. Powód poprzez dokumenty prywatne, zeznania świadków i przesłuchanie stron oraz opinie biegłego wykazał wszystkie przesłanki dochodzonego roszczenia. W szczególności opinia biegłego zasługuje na pozytywną ocenę w zakresie ustalenia wartości prac powoda z uwagi na jej przejrzystość i logiczność. Biegła odpowiedziała też na zgłoszone przez strony wątpliwości. Natomiast jej uwagi odnośnie obowiązywania rzędnej budynku i innych warunków umowy nie mogą być miarodajne, gdyż leży to w kompetencji biegłego. Podatek od towarów i usług jest elementem cenotwórczym wchodzącym w zakres wynagrodzenia nieotrzymanego przez powoda.

O przedawnieniu roszczenia, nie może być mowy, skoro prace odebrano zgodnie z umową w sierpniu 2012r, a pozew wniesiono w czerwcu 2013r. Nadto wobec zapewnień Wójta, trudno mówić o wymagalności roszczenia.

Nie może odnieść skutku zarzut odnoszący się do rzekomego zrzeczenia się przez powoda wynagrodzenia za przedmiotowe prace czy zaciągnięcia przez niego zobowiązania do ich bezpłatnego wykonania. Protokół ze spotkania w dniu 24.10.2011r nie został podpisany przez powoda. Sporządziła go ex post pracownica Gminy A. W., ale powód kategorycznie zaprzeczył takiemu oświadczeniu. Wiarygodnym, że w trakcie negocjacji padały różne propozycje, ale brak na twierdzenia pozwanej wystarczającego dowodu, zwłaszcza, że chodzi o niebagatelną kwotę.

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny uznaje za trafne argumenty Sądu Okręgowego.

Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto w myśl zasady odpowiedzialności za wynik sprawy w oparciu o przepisy art. 98 k.p.c., 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2

rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz.1348), mając na uwadze, że powód reprezentowany przez adwokata wygrał sprawę.

SSA Józef Wąsik SSA Jan Kremer SSA Sławomir Jamróg