

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lipca 2014 roku

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie Wydział III Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Wiatrzyk-Wojciechowska

Protokolant: Kinga Kosicka

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2014 roku w Warszawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w B.

przeciwko **Gminie W.**

o zapłatę

I. zasądza od Gminy W. na rzecz (...) sp. z o.o. w B. kwotę 235.980,94 zł (dwieście trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt cztery grosze) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty;

II. umarza postępowanie w zakresie odsetek ustawowych od kwoty 235.980,94 zł za okres od dnia 16 grudnia 2010 r. do dnia 13 stycznia 2011 r. ;

III. zasądza od Gminy W. na rzecz (...) sp. z o.o. w B. kwotę 20.510,81 zł (dwadzieścia tysięcy pięćset dziesięć złotych osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 7.200,00 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 4 kwietnia 2011 roku powódka (...) sp. z o.o. w B. wnosila o przeciwko Gminie W. pozew o zapłatę kwoty 235.980,94 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 16 grudnia 2010 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu w kwocie 26.217,00 zł, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 14.000,00 zł. W uzasadnieniu powód wskazał, że strony łączyła umowa z dnia 26 listopada 2009 r., której przedmiotem były prace polegające na budowie kanalizacji w miejscowości M.. W trakcie realizacji okazało się, że poziom wód gruntowych okazał się znacznie niższy i konieczne było podjęcie prac dodatkowych nie objętych umową, za które pozwany nie zapłacił. Wskazał, że powodowi przysługuje wynagrodzenie na zasadzie art. 411 k.c. w związku z art. 405 k.c. (k.2-6). Na rozprawie w dniu 24 lipca 2014 r. powód cofnął powództwo ze zrzeczeniem się roszczenia w zakresie odsetek ustawowych za okres od dnia 16 grudnia 2010 r. do dnia 13 stycznia 2011 r. (k.328).

Pozwana Gmina W. wnosila o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. W uzasadnieniu tego stanowiska powołała się na fakt, iż wynagrodzenie w ramach umowy zostało określone jako ryczałtowe, a więc zmiana wynagrodzenia jest niemożliwe. Prace, za które powód domaga się zapłaty były pracami nie dodatkowymi a pracami objętymi umową. Wskazała, że powód jako profesjonalista powinien uwzględnić poziom wód gruntowych w okresie wykonywania prac i negatywnych konsekwencji z tego wynikających. Zakwestionowała wartość tych prac (k.179-181).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 26 listopada 2009 roku Gmina W. jako Zamawiający i (...) sp. z o.o. w B. jako Wykonawca – zawarli umowę Nr (...), której przedmiotem była budowa kanalizacji w miejscowości M.. Zakres rzeczowy robót określał: SIWZ, kosztorys ofertowy, dokumentacja techniczna, stanowiące załącznik do umowy – § 1 ust. 2 umowy. Strony ustaliły rozpoczęcie robót na dzień podpisania umowy, a zakończenie na dzień 31 października 2010 roku – § 1 ust. 3 umowy. W § 4 umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w oparciu o kosztorys ofertowy Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 1.564.782,16 zł brutto, a za budowę przyłączy kanalizacyjnych wynagrodzenie naliczane będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego wykonanego w oparciu o stawki kosztorysu ofertowego: cena budowy jednego przykanalika wraz ze studzienką: 5.722,05 zł brutto. Ustalono, że wynagrodzenie należne za realizację przedmiotu umowy będzie zapłacone w ten sposób, iż kwota 1.200.000,00 zł brutto zostanie zapłacona do 31 grudnia 2009 roku, pozostała kwota zostanie wypłacona po zakończeniu realizacji zamówienia. W § 5 umowy strony ustaliły, że rozliczenie Wykonawcy za przedmiot umowy będzie następowało fakturami przejściowymi wystawionymi na podstawie protokołów odbiorów częściowych podpisanych przez obie strony, zgodnie z harmonogramem robót, stanowiącym załącznik do umowy (dowód: powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty k. 65 – 66, SIWZ k. 11 – 25, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia k. 36 – 37, przedmiot robót k. 40 – 57, umowa z dnia 26 listopada 2009 roku k. 7 – 10, zeznania świadka Z. O. k. 183, zeznania powódki k. 257).

Ustalony w umowie przedmiot robót powód (wykonawca) wykonał i otrzymał za to ustalone wynagrodzenie. Wykonawca został wprowadzony na teren budowy w dniu 15 grudnia 2009 roku. W tym samym dniu otrzymał pozwolenie na budowę oraz dokumentację budowy sieci kanalizacji sanitarnej. W dniu 16 grudnia 2009 roku rozpoczęto roboty. W dniu 22 września 2010 roku zakończono roboty (dowód: dziennik Budowy k. 67 – 100, protokół odbioru końcowego kanału tłoczego k. 116 – 117, protokół przeglądu technicznego kanału k. 118 – 119, protokół odbioru końcowego kanału grawitacyjnego k. 121 – 122, protokół przeglądu technicznego kanału k. 123 – 124, protokół końcowego odbioru robót k. 126 – 129, protokół końcowego odbioru technicznego robót k. 130 – 133).

Według Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na przedmiot umowy składało się m.in. wykonanie przewodów zrzutowych do odprowadzania wód z wykopów w ilości 300 m dla kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i w takiej samej ilości dla kanalizacji sanitarnej tłocznej. W pkt 4 SIWZ zostało określone, że w przypadku wystąpienia konieczności zrealizowania zamówień uzupełniających, nieujętych w zamówieniu, zostanie sporządzony protokół konieczności podpisany przez obie strony oraz zostanie zawarta odrębna umowa (dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na budowę kanalizacji M. k. 11 – 23, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia k. 36 – 37, przedmiar robót k. 39 – 57).

W trakcie realizacji robót, na skutek bardzo obfitych opadów deszczu w porze wiosennej oraz intensywnych i długotrwałych opadów śniegu w okresie zimowym doszło do znacznego podwyższenia poziomu wód gruntowych w stosunku do przeprowadzonych badań geotechnicznych i zaistniała konieczność przeprowadzenia dodatkowych robót odwodnieniowych. W oparciu o te badania został opracowany przedmiar robót, a następnie kosztorys ofertowy. Znaczny wzrost poziomu wód spowodował wydłużenie niezbędnego czasu pompowania oraz zwiększenia ilości igłofiltrów oraz studni depresyjnych zastosowanych przy pompowaniu wód oraz konieczność naprawy nawierzchni w związku z tymi pracami dodatkowymi. Wystąpiła konieczność wykonania zrzutów dodatkowych ilości wód, na co nie było zabezpieczonego miejsca w przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym). Pojawił się problem z odprowadzaniem wód z wykopów – należało wykonać kilka odcinków rurociągów zrzutowych o łącznej długości ok. 2500 mb. Różnica w kosztach dotyczących odwodnienia wykopów pomiędzy kosztorysem ofertowym a kosztorysem zamiennym wynosi 189.462,00 zł netto; różnica w naprawie nawierzchni dróg wynosi 3.965,00 zł netto; łączna kwota za wykonanie robót koniecznych wynosi 193.427,00 zł netto – 235.980,94 zł brutto. Ustalono, że protokół stanowi podstawę wykonania w/ w robót i sporządzenia umowy na roboty konieczne (dowód: protokół – k. 101, zeznania świadka Z. O. k. 183, zeznania świadka S. D. (1) k. 183 – 184, zeznania świadka P. W. k. 184, zeznania świadka J. K. (1) k. 199 – 200, zeznania świadka A. K. k. 226 – 227, zeznania świadka A. W. k. 227 – 228, zeznania powódki k. 257).

W piśmie z dnia 19 lipca 2010 roku powódka przedłożyła pozwanej kosztorys różnicowy na kwotę 193 427,00 zł na roboty dodatkowe związane z wykonaniem kanalizacji sanitarnej, z prośbą o akceptację, wskazując, iż z uwagi

na złe warunki atmosferyczne (ciągłe opady deszczu) w okresie wiosennym, niedaleki zalew Z., który pośrednio wpływa na poziom wody gruntowej, a w związku z tym wysoki poziom wody gruntowej na trasie kanalizacji, powódka była zmuszona do dodatkowego wplukiwania igłofiltrów i dodatkowego pompowania wody; dodatkowo wykonano 6 szt. zrzutów wody po ok. 500,0 mb każdy, wykonano studnie depresyjne i zastosowano pompy zatapialne do przerzutu wody, gdyż przy tak wysokim poziomie wody gruntowej i przy takich głębokościach, czas pompowania i ilość igieł określona w projekcie nie zabezpieczała wykonania kanalizacji sanitarnej w sposób prawidłowy (dowód: pismo powódki z dnia 19 lipca 2010 roku k. 113, kosztorys ofertowy k. 114 – 115). W tym samym dniu pismo to dotarło do wiadomości Zamawiającego (pozwanego) – k. 113.

W dniu 14 grudnia 2014 roku, za wykonanie robót dodatkowych – koniecznych powódka wystawiła fakturę na kwotę 235.980,94 zł z terminem płatności na 13 stycznia 2011 r. (dowód: faktura VAT nr (...) z dnia 14 grudnia 2010 roku k. 102). Pozwana w piśmie z dnia 15 grudnia 2010 roku odesłała wystawioną przez powódkę fakturę za wykonanie robót dodatkowych, wskazując, iż za wykonany przedmiot umowy – wybudowanie kanalizacji sanitarnej w M. R. – przysługuje powódce wynagrodzenie ryczałtowe, w związku z czym za roboty wymienione w protokole konieczności nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. Podstawą wystawienia faktury powinna być umowa na roboty dodatkowe, która nie została zawarta (dowód: pismo pozwanej z dnia 15 grudnia 2010 roku k. 103, zeznania świadka W. K. k. 198 – 199).

J. K. (1), która jako przedstawiciel Zamawiającego podpisała protokół konieczności ale nie była umocowana do zawierania z powódką umów (dowód: zeznania świadka W. K. k. 198 – 199, zeznania świadka J. K. (1) k. 199 – 200).

Kwota 235.980,94 zł nie została zapłacona w terminie określonym w fakturze nr (...) z dnia 14 grudnia 2010 r.

Powyższej ustalony stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie opisanych dowodów z dokumentów złożonych przez strony w toku procesu. Ich wiarygodność ani prawdziwość nie budziły wątpliwości zresztą każda ze stron odwoływała się do tych dokumentów. Z tej przyczyny mając na uwadze treść art. 229 i 230 k.p.c. Sąd uznał je jako wiarygodny dowód w sprawie. Przy ustalaniu stanu faktycznego Sąd uwzględnił także zeznania świadków: Z. O. (k. 183), S. D. (1) (k. 183-184), P. W. (k. 184), J. K. (1) (k. 199-200), W. K. (k. 198-199) oraz przesłuchanego ze stroną powodową S. D. (2) (k. 257). Zeznania tych świadków oraz strony są wiarygodne, spójne i korespondują z treścią złożonych dokumentów, w szczególności protokołem konieczności robót dodatkowych z dnia 20.07.2010 r. (k. 101), umową, treścią SIWZ, dziennikiem budowy (k. 67-100), dziennikiem czasu pracy zestawu igłofiltrów i pomp głębinowych (k. 142-145). Oceniając opinię biegłego J. K. (2) złożoną na piśmie z dnia 12 marca 2014 r. (k. 266-282) i z dnia 26 maja 2014 r. odnoszącą się do zarzutów pozwanego (k. 304) oraz ustaną złożoną na rozprawie w dniu 24 lipca 2014 r. (k. 327-328). Sąd obdarzył ją także walorem wiarygodności. Opinia pisemna została sporządzona w oparciu o niekwestionowane przez strony dokumenty załączone do akt sprawy. Opinia ta jest szczegółowa, spójna, rzeczowa, poparta konkretnymi wyliczeniami z wyszczególnieniem prac i ich wartości przyjętych w projekcie i kosztorysie ofertowym a pracami wykonanymi rzeczywiście (k. 275). Wnioski przyjęte w tej opinii wskazując na podstawę przyjętych obliczeń. Jest to dowód w pełni wartościowy. Biegły dodatkowo w ustnej uzupełniającej opinii złożonej na rozprawie w dniu 24 lipca 2014 r., szczegółowo wyjaśnił sposób przyjętych obliczeń, z jakiej przyczyny zastosował stawkę 150 zł za dobę dziania pompy głębinowej a nie 60 zł za godzinę jak w kosztorysie ofertowym. Biegły wyraźnie wskazał także, co oznacza i co zawiera użyte przez niego w opinii pisemnej sformułowanie „razem z narzutami”. Wyjaśnił także, że prace przez niego wyceniane nie wchodziły w zakres prac objętych umową z dnia 26 listopada 20009 r. zawartą na piśmie.

Mając na uwadze treść opinii sporządzonej przez biegłego J. K. (2), Sąd postanowieniem 2 maja 2014 r. (k. 306) oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z innego biegłego. Z treści pisma z dnia 15 kwietnia 2014 r. (k. 291), w którym został złożony taki wniosek wynika, iż zasadniczym argumentem podniesionym przez pozwanego jest to, że biegły obliczył wartość robót dodatkowych w takiej samej wysokości jak powód. Z tej przyczyny pozwany podniósł, że opinia ta nie jest wykonana samodzielnie. W ocenie Sądu, pozwany nie przedstawił żadnego argumentu odnoszącego się do merytorycznej lub formalnej warstwy opinii. Samo zaś niezadowolenie strony nie jest wystarczające do uznania, że zachodzi konieczność dopuszczenia dowodu z innego biegłego. Potrzeba powołania innego biegłego powinna wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczasowej złożonej opinii (por. wyrok

SN z dnia 5 listopada 1974 r., I CR 562/74, LEX nr 7607; uzasadnienie wyroku SN z dnia 4 sierpnia 1999 r., I PKN 20/99, OSNAPiUS 2000, nr 22, poz. 807; uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 stycznia 2001 r., II CKN 639/99, LEX nr 53135). Przy czym potrzebą taką nie może być przeświadczenie strony, że dalsze opinie pozwolą na udowodnienie korzystnej dla strony tezy (por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2001 r., II UKN 446/00, OSNAPiUS 2003, nr 7, poz. 182).

Sąd zważył, co następuje:

Strony związane były umową o roboty budowlane, zawartą w trybie udzielenia zamówienia publicznego. Umowa z dnia 26 listopada 2009 roku przewidywała ryczałtowe wynagrodzenie powódki jako wykonawcy robót budowlanych.

Zgodnie z art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wynagrodzenie ryczałtowe może zostać podwyższone przez sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c., jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 lutego 2013 roku, IV CSK 354/12, LEX nr 1311808, przepis art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie podwyższenia ryczałtu w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową. Nie może natomiast znaleźć zastosowania w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. O zakresie obowiązku wykonawcy w ramach umowy zawieranej na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) decyduje treść oferty (art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Zatem świadczenie w postaci prac budowlanych nie objętych ofertą nie może być uznane za znajdujące swoją podstawę prawną w umowie. Możliwość uzyskania przez wykonawcę robót budowlanych wyższego wynagrodzenia zależy zatem od tego, czy chodzi o wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy czy o wynagrodzenie za prace wykraczające poza ten przedmiot. W przypadku wynagrodzenia za wykonanie robót nieprzewidzianych w umowie lub stanowiących rozszerzenie bądź uzupełnienie umówionego przedmiotu świadczenia wykonawcy, zwiększenie wysokości jego wynagrodzenia nastąpi albo w wyniku zawarcia odrębnej umowy zwiększającej zakres zamówienia albo będzie stanowić równowartość bezpodstawnego wzbogacenia zaistniałego po stronie zamawiającego.

Dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna przygotowana przez zamawiającego (na jego zlecenie) i składająca się na część dokumentacji przetargowej, stanowi podstawę do oceny treści zobowiązania wykonawcy i punkt odniesienia dla oceny czy prace, za które obecnie dochodzi wynagrodzenia były objęte tym zobowiązaniem, czy też były świadczone poza zakresem umowy. Wykonanie robót nieobjętych dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną nie może być uznane za mieszczące się w granicach obowiązku umownego wykonawcy, któremu z kolei odpowiada obowiązek zamawiającego polegający na zapłacie wynagrodzenia ryczałtowego. Świadczenie polegające na wykonaniu robót nieobjętych zamówieniem publicznym i ich odebranie przez zamawiającego jako świadczenie nienależne (nieoparte w umowie), może stanowić źródło bezpodstawnego wzbogacenia.

W niniejszej sprawie niesporne było to, że strony w trakcie realizacji inwestycji nie zawarły na piśmie umowy o roboty dodatkowe, zwiększając zakres robót budowlanych, do wykonania których powódka była zobowiązana w umowie z dnia 26 listopada 2009 r., czy też umowy zmieniającej przedmiot zamówienia, w tym podwyższenia ryczałtu.

Powódka podniosła, że otrzymała ze strony przedstawicieli pozwanej zapewnienia o gotowości przystąpienia do rozliczenia robót dodatkowych po ich wykonaniu, w związku z czym realizowała roboty na bieżąco. Zresztą wpisy w dzienniku budowy z datą 24.06.2010 r. kierownika budowy P. W. (k.87-88) oraz jego zeznania w charakterze świadka złożone przed sądem nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że powód wykonał prace dodatkowe określone w protokole konieczności oraz, że prace te nie były objęte umową, i były konieczne dla wykonania umowy spowodowane znacznym wzrostem poziomu wód gruntowych. Z tymi zeznaniami korespondują zeznania świadka Z. O., który był osobą upoważnioną przez pozwanego do wykonywania nadzoru inwestorskiego (k.183). Z zeznań tego świadka wynika, że „wykonawca nie mógł wykonać żadnych prac bez jego zgody” oraz, że „na skutek dużych opadów okazało się, że poziom wód gruntowych został bardzo podwyższony i zaistniała konieczność dodatkowych robót odwodnieniowych – zastosowanie igłofiltrów, pomp odwadniających, kolektorów, agregatów” (k.183). Mając na uwadze zarówno

powyższe zeznania oraz dokumentację w postaci wpisów w dzienniku budowy, wpisów w dzienniku czasu pracy zestawów igłofiltrów i pomp głębinowych (k.142-145), w których widnieją także wpisy zarówno inspektora nadzoru inwestorskiego – Z. O., jak i kierownika budowy – P. W. nie ulega wątpliwości, jakie, w jakim okresie zostały wykonane prace, które nie były objęte umową zawartą pomiędzy stronami oraz, że prace te były konieczne dla wykonania całości umowy z dnia 26 listopada 2009 r. w terminie w niej określonym. Dowody te świadczą także o tym jaka była przyczyna wykonania tych prac.

Twierdzenie zatem strony pozwanej, że wykonane prace, za które powód domaga się zapłaty wchodziły w zakres umowy, a ta przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe i tylko z tej przyczyny pozwany jest zwolniony od zapłaty nie znajduje żadnego uzasadnienia w zebranych materiale dowodowym. Pozwany wydaje się nie zauważać, że to jego przedstawiciele dostrzegali konieczność prac dodatkowych, wskazywali na przyczynę wykonania takich prac dodatkowych (zwiększone opady podwyższające znacznie poziom wód gruntowych), czynili stosowne wpisy w dzienniku budowy i dzienniku pracy pomp i zestawów igłofiltrów. Ani kierownik budowy ani inspektor nadzoru także w złożonych przed sądem zeznaniach nie wskazywali by powód wykonał prace zbędne które lub prace, które wcześniej mógł jako profesjonalista przewidzieć. A taki zupełnie teoretyczny zarzut w toku procesu formułuje pozwany. Podnieść należy, iż bez wątpienia od profesjonalnego podmiotu należy wymagać większej analizy przedmiotu, który ma wykonać, większej staranności. Jednakże granicą takich wymagań są zdarzenia niezależne od profesjonalnego podmiotu, jak w niniejszej sprawie – znacznie zwiększone opady w okresie wiosennym oraz intensywne i długotrwałe opady śniegu w przedłużającym się okresie zimowym poprzedzającym wiosnę, co wynika także z uzasadnienia protokołu konieczności (k.101). W niniejszej sprawie pozwany nie zakwestionował by nie miały miejsca te niekorzystne warunki atmosferyczne, a jedynie to, że powód powinien to przewidzieć kalkulując koszt prac w zakresie wskazanym w ofercie. W ocenie Sądu takie stanowisko pozwanego nie świadczy o niezasadności żądania. Z treści dołączonej dokumentacji geotechnicznej do projektu kanalizacji sanitarnej opracowanej przez J. Z. posiadającego uprawnienia geologiczne i hydrologiczne - na str. 6 jest wskazane, że jest „średni stan wód”. W oparciu o tę dokumentację powód mógł kalkulować zgłoszoną ofertę cenową, którą pozwany zaakceptował i ostatecznie wybrał zawierając umowę. Z zeznań zaś powołanych świadków i z treści wpisów do dziennika budowy wynika, że „poziom wód gruntowych został bardzo podwyższony” (k.183). Zatem brak jest uzasadnienia, że powodowa spółka mogła przewidzieć jakie warunki atmosferyczne będą panowały w okresie wykonywania umowy z 26 listopada 2009 r., a kierowała się treścią dokumentacji projektowej wykonanej przez pozwanego.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu pozwanego, iż J. K. (1) nie miała upoważnienia do podpisania umowy z powodem należy zgodzić się z tym zarzutem. Jednakże nie ma on w zasadzie istotnego znaczenia. Powód domaga się zapłaty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia a nie z tytułu zawartej umowy. Taka umowa nie została zawarta. Nie ma więc znaczenia to, że J. K. (1) złożyła podpis na treści protokołu konieczności z dnia 20 lipca 2010 r. (k.101). Jej natomiast zeznania wskazują, że powód wykonał prace dodatkowe i jakie to były prace oraz dlaczego zostały wykonane. Świadek potwierdziła złożone zlecenie dodatkowe nr (...) (k.197), które wbrew twierdzeniom pozwanego były przedmiotem ustaleń oraz potwierdziła kosztorys różnicowy dotyczący pompowań, co zresztą koresponduje z zeznaniami kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego i ich wpisami w dzienniku budowy i dzienniku pomp.

Pomiędzy stronami nie została zawarta na piśmie umowa odrębna w zakresie uzupełniającego zamówienia, o której mowa w pkt 4 SWIZ. Jednakże zaznaczyć trzeba, że treść zeznań pełniącego wówczas funkcję wójta W. K. (k.198-199) nie pozostawia wątpliwości, że pozwany nigdy nie zawarłby takiej umowy zobowiązując się do dodatkowej zapłaty. Strona pozwana przyjęła bowiem, że każde ryzyko prac dodatkowych obciąża wykonawcę mimo zresztą zapisów w SWIZ. Zatem stawianie zarzutów powodowi na etapie niniejszego procesu, że domaga się zapłaty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest bezzasadne skoro pozwana od początku mimo zapisów w SWIZ nie była ani gotowa ani chętna w ogólnie rozmawiać o dodatkowej umowie i zapłacie dodatkowego wynagrodzenia. Starania więc powoda w tym zakresie i tak byłyby bezskuteczne.

Brak natomiast wykonania prac dodatkowych oznaczałoby przerwanie prac określonych w umowie, co prowadziłoby w rezultacie do niedotrzymania terminu umownego, a w konsekwencji groziłoby powodowi zapłatą kar umownych

i ewentualnym rozwiązaniem umowy. Z tej też przyczyny powód w pozwie powołuje się również na przepis art. 411 k.c. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, w myśl którego, pojęcie przymusu, o jakim mowa w art. 411 pkt 1 k.c., nie może być interpretowane w sposób zawężający. To nie tylko zagrożenie egzekucją świadczenia, ale także stworzenie takich sytuacji, w których spełniający świadczenie, by uniknąć niekorzystnych i często nieodwracalnych skutków, zmuszony jest spełnić świadczenie, mimo świadomości, że świadczy nienależnie – zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2005, II CK 177/05, LEX nr 346049). Nie można wykluczyć przymusowego położenia powoda, który prace dodatkowe (jako technologicznie niezbędne dla zakończenia wykonania robót objętych umową) musiał wykonać, mimo braku umowy, w celu uniknięcia zarzutu nieterminowości świadczenia i odpowiedzialności z tytułu kar umownych

Według pozwanej zapłata się nie należy, bo strony umowy się na wynagrodzenie ryczałtowe. Takie samo podejście było prezentowane przez świadka W. K., który w okresie wykonania umowy pełnił funkcję wójta.

W umowie z dnia 26 listopada 2009 r. oraz w SIWZ w pkt 3 strony określiły, iż w zakres tej umowy wchodzi wykonanie m.in. przewodu zrzutowego do odprowadzania wód z wykopów – 300 m (k.12). Powód domaga się natomiast wynagrodzenia za roboty dodatkowe nie objęte tą umową opisane w protokole dodatkowych prac z dnia 20 lipca 2010 r. (k.101), tj. za wykonanie odcinków rurociągów zrzutowych o łącznej długości 2.500 mb w ramach dodatkowego odwodnienia wykopów oraz za naprawę z tej przyczyny dróg. Z treści także opinii biegłego J. K. (2) wynika, że prace, za które powód domaga się zapłaty nie były objęte umową z dnia 26 listopada 2009 r. Wykonanie tych prac było konieczne do wykonania całości umowy (k. 327-328).

W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r. (III CZP 41/09) Sąd wyraźnie wskazał, że „ w zakresie regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych występuje luka prawna, uzasadniony jest zatem pogląd, że gdy w umowie o roboty budowlane zastrzeżono dla ich wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe, istnieje możliwość stosowania art. 626 i 632 § 2 k.c. w drodze analogii”. W niniejszej sprawie, brak jest podstawy do podwyższenia ryczałtu. Art. 632 § 2 k.c. dotyczy podwyższenia ryczałtu, w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych, w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową, nie może natomiast znaleźć zastosowania, w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. W tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym, który ma być zmodyfikowany przez Sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c. przez podwyższenie ryczałtu (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21.02.2013 r., IV C 354/12). Niezasadne jest więc twierdzenie pozwanego, że powód nie może domagać się zapłaty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, gdyż powód mógłby skorzystać z art. 632 § 2 k.p.c. (k.329).

Skoro J. K. (1) uczestnicząca w sporządzeniu protokołu prac dodatkowych z dnia 20 lipca 2010 r. nie miała upoważnienia wójta do zawarcia umowy z powodem, to oznacza, że umowa, którą ewentualnie można byłoby wywieźć z tego protokołu na roboty w nim określone i tak byłaby nieważna. Zatem powód może dochodzić zapłaty za wykonane w ramach tej nieważnej umowy świadczenie, nie z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane, tylko z tytułu zwrotu nienależnego świadczenia na podstawie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c., bowiem pozwany wzbogacił się o wartość tych prac bez podstawy prawnej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 01.12.2010 r., I CSK 64/10). Nie było zatem przeszkód do uwzględnienia powództwa na tej podstawie. Wartość wykonanych robót dodatkowych opisanych w protokole z dnia 20 lipca 2010 r. (k.101) wynika z treści opinii biegłego J. K. (2) (k.266-271; k. 304; k. 327-328). Należało uznać, że o taką wartość wykonanych przez powoda prac, pozwany się bezpodstawnie wzbogacił. Brak zastrzeżeń pozwanego co do efektów prac dodatkowych oraz konieczność ich przeprowadzenia sprawiają, że zamawiający (pozwany) uzyskał korzyść kosztem wykonawcy (powoda), której wartość odpowiada wartości robót budowlanych. Zamawiający nie może zasłaniać się przepisami Prawa zamówień publicznych w celu uchylenia się od obowiązku zapłaty kwoty odpowiadającej wartości świadczenia nienależnego.

W zakresie kwestionowanej przez pozwanego wartości żądania, Sąd oparł się na opinii biegłego J. K. (2) oraz w oparciu o dokumentację zgromadzoną w sprawie. Wiedzę o zakresie faktycznie wykonanych robót posiadał inspektor nadzoru, który na bieżąco obserwował i nadzorował roboty, oraz kierownik budowy. Z tej przyczyny, uwzględniając

odpowiedzialność ciążącą na kierowniku budowy oraz inspektorze nadzoru z racji pełnionych funkcji, Sąd uznał, że zebrane w sprawie dokumenty stanowiły wystarczającą podstawę do wydania przez biegłego sądowego opinii, w szczególności z uwzględnieniem wpisów w dzienniku budowy i wpisów w dzienniku czasu pracy zestawów igłofiltrów i pomp głębinowych. Biegły dokonując wyliczenia przyjął je w oparciu o dane z kosztorysu ofertowego. Przyjęcie to jest ze wszech miar słuszne. Skoro powód przedstawił najkorzystniejszą ofertę, którą pozwany wybrał, to również pozwany z pewnością brał wówczas pod uwagę cenę za prace. Powód domaga się za prace dodatkowe, nie objęte umową ale tożsame co do rodzaju z umową. Zatem zasadne jest przyjęcie przez biegłego danych z kosztorysu ofertowego. Nie dotyczy to wyceny za działanie pompy. Z ustnej uzupełniającej opinii biegłego J. K. (2) z dnia 24 lipca 2014 r. wynika, że gdyby przyjąć ustaloną w kosztorysie ofertowym cenę 60 zł za godzinę działania pompy głębinowej, to przy uwzględnieniu wyceny w taki sposób dodatkowych prac w tym zakresie należałoby zsumować ilość dni działania tej pompy, które biegły wskazał w oparciu o wpisy w dzienniku (k. 142-145) pomnożyć przez 24 godziny i ten wynik pomnożyć przez 60 zł jako cena za godzinę. Zatem obliczając w ten sposób należałoby przyjąć kwotę 132.480 zł (tj. 92 dni (tj.10+15+13+17+25+12) x 24 godziny = 2208 godzin x 60 zł za godzinę = 132.480 zł. Natomiast jak wynika ze szczegółowego wyliczenia biegłego J. K. (2), przyjął on w swojej opinii kwotę 13.800 zł jako koszt działania pompy (tj. 92 dni x 150 zł = 13.800 zł) – k. 276. Nie ulega więc wątpliwości, że powód domaga kwoty, która jest korzystniejsza dla pozwanego i niższa niż kosztorys ofertowy. Pozwany nie zakwestionował ani czasu pracy pomp głębinowych ani tego, że cena za ich działanie wynosząca 150 zł za dobę jest zawyżona. Nie przedstawił ani zastrzeżenia merytorycznego co do wyliczenia biegłego w tym zakresie ani przeciwdowodu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz rozważania, Sąd w całości uwzględnił żądanie powoda w oparciu o powołane przepisy prawa. Zasadność domagania się odsetek ustawowych wynika z treści faktury z dnia 14.12.2010 r. (k.102), którą pozwany otrzymał w dniu 15.12.2010 r. jak wynika z adnotacji na niej uczynionej, a więc od dnia 14 stycznia 2011 r. i opiera się na treści art. 455 k.c. w związku z art. 481 § 1 k.c.

W pkt II Sąd na podstawie art. 203 § 1 i § 4 k.p.c. w związku z art. 355 k.p.c. umorzył postępowanie w zakresie odsetek ustawowych od kwoty głównej 235.980,94 zł za okres od 16 grudnia 2010 do 13 grudnia 2011 r. w tym bowiem zakresie strona powodowa na rozprawie w dniu 24 lipca 2014 r. cofnęła pozew wraz ze zrzeczeniem się roszczenia (k.326).

W pkt III Sąd zasądził od pozwanego jako strony przegrywającej na rzecz powoda na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 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 (tj. Dz. U z 2013 r. Nr 461 ze zm.) kwotę 20.510,81 zł tytułem kosztów procesu, na którą składa się kwota 7.200 zł jako koszt zastępstwa procesowego, kwota 17,00 zł jako opłata od dokumentu pełnomocnictwa, kwota 11.800 zł jako opłata od pozwu oraz kwoty 1.382,90 zł i 110,91 zł tytułem wydatków związanych z wynagrodzeniem dla biegłego.