

Sygn. akt I ACa 60/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Beata Wolfke - Kobzar (spr.)
Sędziowie:	SSA Dariusz Kłodnicki SSA Lidia Mazurkiewicz - Morgut
Protokolant:	Katarzyna Rzepecka

po rozpoznaniu w dniu 12 czerwca 2014 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego (...) C. W. - (...) Spółki jawnej w L.**

przeciwko **Gminie S.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 11 października 2013 r. sygn. akt I C 1806/12

- zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 513.915,39 zł (pięćset trzynaście tysięcy dziewięćset piętnaście 39/100 złotych) z ustawowymi odsetkami od 16.05.2012 r. oraz 33.726 zł kosztów procesu, zaś dalej idące powództwo oddala;**
- oddala dalej idącą apelację;**
- zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 31.926 zł kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód – PHU (...) sp. jawna C. W., H. O., S. Ł. – domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy S. 530.501,39 zł z odsetkami tytułem wynagrodzenia za nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej i umowie stron prace konieczne dla prawidłowego wykonania realizowanego w trybie Prawa zamówień publicznych zadania inwestycyjnego – budowy sieci kanalizacyjnej w I.. Wobec zaniechania przez pozwanego zawarcia umowy o wykonanie tych prac, powód wskazał art. 405 kc jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia.

Pozwana Gmina wniosła o oddalenie powództwa. Zarzuciła, że powód jako profesjonalista winien był zweryfikować rzetelność i miarodajność dokumentacji przetargowej, a już co najmniej wstrzymać się z wykonaniem prac dodatkowych do czasu zlecenia ich przez pozwaną, co nie nastąpiło. Zdaniem pozwanej, powód także nie udowodnił roszczenia, tj. nie wykazał zakresu i wartości rzeczywiście wykonanych robót, które po części miały charakter robót zamiennych.

Sąd Okręgowy poczynił w sprawie obszerne i szczegółowe ustalenia faktyczne.

Najistotniejsze z nich przedstawiają się następująco:

W wyniku wygranego przetargu organizowanego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 8.05.2009 r. powód zawarł z Gminą Ś. umowę o wykonanie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w I.. Przedmiot umowy obejmował kanalizację sanitarną grawitacyjną (...), przykanaliki sanitarne (...), rurociągi tłoczne (...)i (...), przepompownie ścieków (...) i (...) z wyposażeniem, z zagospodarowaniem terenu i ogrodzeniem, zasilanie elektryczne przepompowni (...) i (...) z odbiorem energetycznym, odtworzenie dróg, przywrócenie do stanu poprzedniego oraz odtworzenie przerwanych w trakcie robót urządzeń drenarskich.

Przedmiot i zakres prac określono według dokumentacji technicznej zawartej w projekcie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i oferty przetargowej, stanowiących integralną część umowy.

Inspektorem nadzoru inwestorskiego była D. Ś., kierownikiem robót ze strony wykonawcy – R. K..

W oparciu o ofertę powoda wynagrodzenie ryczałtowe netto określono w umowie na 1.848.543 zł, brutto – na 2.255.222 zł.

W umowie przewidziano (§ 7.2), że wszelkie nieobjęte nią, tj. nieprzewidziane w dokumentacji technicznej, a niezbędne dla należytego wykonania zadania roboty wykonawca będzie obowiązany wykonać na postawie protokołu konieczności sporządzonego przez inspektora nadzoru i zaakceptowanego przez zamawiającego. Roboty te miano rozliczyć na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru oraz zamawiającego.

W § 7.3 postanowiono, że roboty dodatkowe i uzupełniające będą rozliczane kosztorysem powykonawczym, wedle wytycznych Ministerstwa Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 18.05.2006 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robot budowlanych (Dz. U. 130 z 2006 r., poz. 1369). Kosztorysy miały być sporządzone na podstawie katalogów nakładów rzeczowych (KNR), przy czym ceny zakupu materiałów nie mogły przekraczać średnich z wydawnictw (...) i (...).

Wykonawca był obowiązany wykonywać umówione roboty zgodnie z technologią wskazaną w dokumentacji technicznej. O konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych należało poinformować zamawiającego w ciągu 7 dni od ujawnienia takiej potrzeby.

Powód oświadczył w ofercie, że zapoznał się z dokumentacją przetargową, odbył wizję lokalną i akceptuje warunki z przedłożonych mu dokumentów. SIWZ przygotowała Gmina Ś. i powiedziano tam m.in., że cena ofertowa winna obejmować wszystkie prace wynikające z projektu i wizji lokalnej, że zakres i wartość robót ma uwzględniać wszystkie prace konieczne dla prawidłowej realizacji zadania, które wynikają z dokumentacji zweryfikowanej przez wykonawcę w wyniku wizji lokalnej.

W SIWZ zastrzeżono, że Gmina nie przewiduje udzielenia zamówień uzupełniających.

Przedmiot robót szczegółowo określał rodzaje przewidzianych prac (Sąd je wymienia). W specyfikacji technicznej (...) przewidziano, że podstawą rozliczeń faktycznych ilości wykonanych robót będzie księga obmiarów przeprowadzonych

w sposób ciągły z uwzględnieniem dokumentacji projektowej i płatność nastąpi po sprawdzeniu zgodności obmiaru z kontraktem, przy zastosowaniu cen z przedmiaru.

W specyfikacji technicznej (...)szczegółowo określono rodzaj i zakres poszczególnych prac oraz zawarto wskazówki wykonawcze (Sąd Okręgowy przytacza treść zapisów). Powód opracował ofertę w oparciu o materiały załączone do specyfikacji, zaś przedmiar pełnił rolę pomocniczą.

W toku realizacji umowy koordynatorem robot ze strony inwestora był S. D. (1) – pracownik D. (...)Komunalnego UG Ś., później - S..

S. D. (1) nie miał pełnomocnictwa Gminy do składania oświadczeń woli, w tym zaciągania zobowiązań.

Na terenie budowy na bieżąco odbywały się spotkania z udziałem inspektor nadzoru - D. Ś., S. D. (1), kierownika budowy - R. K. oraz współnika powodowej Spółki – (...).

Projekt sieci kanalizacyjnej sporządzono kilka lat wcześniej, w międzyczasie w I. powstało kilkadziesiąt domów wymagających wykonania podejść (60%), których nie przewidziano w projekcie.

W toku prac dochodziło do kolizji z nieujawnionymi w projekcie obiektami, co skutkowało koniecznością zmian w przebiegu sieci.

W związku ze zmianami w projekcie co do przebiegu kanalizacji sanitarnej, która miała pierwotnie być ułożona w rowie przydrożnym obok kanalizacji burzowej, z czego inwestor zrezygnował, pojawiła się konieczność zdjęcia nawierzchni jezdni, wykonanie wykopu oraz – po ułożeniu sieci – zakopania i zgęszczenia gruntu. Materiały dostępne w czasie badań geologicznych nie wskazywały na obecność gliny i wody.

Po zleceniu przez powoda ponownych badań okazało się konieczne dostarczenie materiału z zewnątrz dla zagęszczenia gruntu.

Powód uzyskał wymagane uzgodnienia z zarządcą drogi (Starostwem Powiatowym we W.).

W dokumentacji przewidującej poprzeczne podejścia przez drogę nie wskazano użycia rur osłonowych, na pytanie oferentów wskazywano na wykonanie przejścia metodą bezwykopową. Ostatecznie powód wykonał przejścia metodą przewiertu z zamontowaniem rur osłonowych.

Wspólnik powodowej Spółki - (...), kierownik budowy - R. K., inspektor nadzoru - D. Ś. oraz przedstawiciel inwestora - S. D. (1) stwierdzili konieczność szeregu robót dodatkowych:

1. w dniu 26.10.2009 r. - dodatkowe przykanaliki sanitarne w rejonie ul. (...) wg wykazu; orientacyjny koszt: 80.730,96 zł netto, 98.491,77 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, dodatkowe przyłącza wynikają z podziału działek budowlanych w okresie realizacji inwestycji (protokół konieczności nr (...)),

2. w dniu 12.05.2010 r. - wymiana gruntu do zasyпки na realizowanych kanałach w ul. (...); orientacyjny koszt: 110.614,94 zł netto, 134.950,23 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. pkt b pzp, w wyniku przeprowadzonych badań stwierdzono, że grunt rodzimy występujący w obrębie wykopów na ul. (...) nie spełnia wymogów dotyczących uzyskania projektowanego współczynnika zagęszczenia w pasie drogowym (protokół konieczności nr (...)),

3. wykonanie odbudowy nawierzchni asfaltowej ul. (...) w obrębie budowy kanałów sanitarnych: orientacyjny koszt: 21.630,07 zł netto, 26.388,68 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, w trakcie realizacji robót uległa zmianie technologia odtworzenia nawierzchni asfaltowej na podstawie decyzji Zarządu Powiatu (...) z dnia 12.04.2010 r., na podstawie której opracowano projekt odbudowy nawierzchni drogi powiatowej nr (...), zwiększony zakres wynika ze zmiany układu warstw konstrukcyjnych nawierzchni (protokół konieczności nr (...)),

4. w dniu 05.08.2010 r. - wykonanie dodatkowych przykanalików sanitarnych do kanałów w rejonie ul. (...); orientacyjny koszt: 48.205,78 zł netto, 58.911,05 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, konieczność wykonania dodatkowych przykanalików wynika z dokonania podziału działek w okresie realizacji zadania inwestycyjnego (protokół konieczności nr (...)),

5. w dniu 05.08.2010 r. - rury osłonowe na przejściach kanałem pod ul. (...); orientacyjny koszt: 34.396,15 zł netto, 42.307,26 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pzp, montaż rur osłonowych nie był ujęty w materiałach udostępnionych wykonawcom w trakcie przetargu, projekt został uzupełniony o ten element po rozstrzygnięciu przetargu i wyłonieniu wykonawcy (protokół konieczności nr (...)),

6. w dniu 08.07.2011 r. - zmiany wyposażenia przepompowni (...) i (...), tj. zmiana pomp ściekowych z nożami na pompy z wolnym przelotem, wymiana armatury ze średnicy 50 mm na średnicę 80 mm; orientacyjny koszt: 13.500 zł netto, 16.605 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt a pzp, w chwili obecnej wycofywane są z eksploatacji i z produkcji pompy z nożami tnącymi ze względu na dużą awaryjność tych urządzeń (protokół konieczności nr (...)),

7. w dniu 15.09.2011 r. - wykonanie przepustu przy pompowni (...) z rur 8 D d = 400 mm; orientacyjny koszt: 3.191,63 zł netto, 3.893,79 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, ze względu na usytuowanie przepompowni (...) bezpośrednio przy rowie istniała konieczność wykonania przepustu w celu zapewnienia dojazdu do przepompowni oraz zapewnienia prawidłowego odpływu wód opadowych (protokół konieczności nr (...)),

8. w dniu 03.10.2011 r. - wymiana gruntu do zasypania wykonywanych kanałów sanitarnych w ul. (...); orientacyjny koszt: 54.099,48 zł netto, 66.001,36 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, w trakcie realizacji robót uległa zmianie technologia odtworzenia nawierzchni asfaltowej oraz zakres odtworzeń, technologia zawierająca układ i grubość warstw konstrukcyjnych oraz zakres odtworzeń zostały określone w notatce służbowej z dnia 31.10.2011 r. sporządzonej przy udziale przedstawiciela obwodu drogowego S. - Starostwo Powiatowe - droga powiatowa nr (...) (protokół konieczności nr (...)),

9. w dniu 03.10.2011 r. - rury osłonowe na przejściach kanałem pod ul. (...); orientacyjny koszt: 47.483,66 zł netto, 58.404,88 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b, montaż rur osłonowych nie był ujęty w materiałach udostępnionych wykonawcom w fazie przetargu, projekt został uzupełniony o ten element po rozstrzygnięciu przetargu i wyłonieniu wykonawcy (protokół konieczności nr (...)),

10. w dniu 21.10.2011 r. - wykonanie odbudowy nawierzchni asfaltowej w ul. (...) w obrębie budowy kanałów sanitarnych; orientacyjny koszt:

19.580,04 zł netto, 23.887,65 zł brutto; uzasadnienie: art. 67 ust. 5 pkt b pzp, w wyniku przeprowadzonych badań geologicznych stwierdzono, że grunt rodzimy występujący w obrębie wykopów na ul. (...) nie spełnia wymogów dotyczących uzyskania projektowanego współczynnika zagęszczania w pasie drogowym (protokół konieczności nr (...)).

Łączna wartość robót z protokołów konieczności wynosi 529.841,67 zł. Protokoły sporządzono na drukach inwestora. Wskazywano w nich koszt orientacyjny. Dokładny koszt miano określić według czynników cenotwórczych z kosztorysu ofertowego do umowy podstawowej.

Konieczność wykonania prac objętych protokołami uzasadniano przepisem art. 67 ust. 5 pzp.

Komisja wnosiła o zatwierdzenie protokołów przez inwestora, zlecenie opracowania dokumentacji oraz zlecenie wykonawcy wykonania koniecznych prac.

Powód sporządził kosztorysy wstępne, które weryfikowali D. Ś. i S. D. (1).

Według kosztorysów koszty wynosiły:

- przyłącze dodatkowe – 93.173,66 zł netto (113.611,86 zł brutto),

- wymiana gruntów, przewiertki pod ulicami i przejścia dodatkowe przy ul. (...) i przyległych – 324.265,92 netto (395.604,48 zł brutto);

Protokoły sporządzono z zamiarem przekazania ich do Gminy i przygotowania umowy na roboty dodatkowe.

Powód przystąpił do robót, nie czekając na zawarcie umowy i rozliczenie robót już wykonanych. Przebieg spotkań z przedstawicielem Gminy wskazywał na wolę rozliczenia dodatkowych prac. Inwestor wiedział, że powstało dużo nowych punktów odbiorowych. Powód wielokrotnie prosił o rozliczenie prac.

Inspektor nadzoru nie polecała powodowi wykonania robot bez uzgodnienia z inwestorem. Ponaglał go natomiast przedstawiciel inwestora. Powoda zapewniano, że nastąpi stosowne rozliczenie, zaś gdy sygnalizował wstrzymanie robót, zalecano ich kontynuację.

Począwszy od 12.10.2009 r. powód lub jego pracownik w wielu pismach kierowanych do Gminy Ś. i S. informował o przyczynach i konieczności wykonania robót dodatkowych.

Na naradzie 27.04.2010 r. ustalono potrzebę uwzględnienia przedmiotowych prac, powód zwrócił się do projektanta o rozwiązania dotyczące przepompowni i zagospodarowania terenu. Wskazano na potrzebę wykonania bilansu dodatkowych przyłączy oraz kosztorysu na te prace. Ustalono nawierzchnię z tłuczni kamiennego.

Aneks z 22.10.2010 r. zmieniono umowę przez wstąpienie Gminy S. w miejsce pierwotnego inwestora. R. też termin realizacji umowy do 30.06.2011 r., w związku z pogodą oraz zmianą warunków realizacji budowy, skutkującą zmianą projektu dot. ulic (...).

Gmina Ś. zapłaciła za wymianę gruntów przy ul. (...).

W dniu 31.03.2011 r. odbyło się przełożone z 10.03.2011 r. spotkanie dotyczące m.in. rozliczenia robot dodatkowych. Poza wymienionymi wcześniej osobami uczestniczył w nim inżynier S.. Ustalono tam m.in. na potrzebę rozliczenia przyłączy dodatkowych i wymiany gruntu, podjęto też ustalenia co do koniecznych i dodatkowych prac przy ul. (...) i ustalono, że do czasu decyzji Gminy powód wstrzyma się z tymi pracami.

W piśmie do Burmistrza S. z 11.04.2011 r. powód podnosił temat ponownego wbudowania gruntu rodzimego i sygnalizował brak możliwości zastosowania zakładanej technologii przy ul. (...).

W odpowiedzi kierownik właściwego wydziału UG polecił wykonanie prac według zapisów (...) i specyfikacji technicznej i oświadczył, że nie widzi przeszkód w rozpoczęciu prac przy ul. (...). W piśmie z 3.06.2011 r. powód wskazał na zmianę warunków przetargowych dot. drogi powiatowej i przeszkody w prowadzeniu robot na konkretnym odcinku ul. (...). Wskazał też na nierozliczenie robot dodatkowych.

W piśmie z 26.09.2011 r. powód ponowił swoje uwagi i postulaty, zaś w piśmie z 27.10.2011 r. zwrócił się do Burmistrza S. o jednoznaczne stanowisko w sprawie odtworzenia nawierzchni bitumicznej po przekopach na ul. (...).

Na spotkaniu 31.10.2011 r. przy udziale przedstawiciela obwodu drogowego – T. W. ustalono sposób odtworzenia nawierzchni od skrzyżowania z ul. (...) do posesji (...) na etapie 130 m, po czym powód uzyskał informację o akceptacji przyjętego rozwiązania ze Starostwem Powiatowym.

W dniu 2.11.2011 r. powód skierował do Burmistrza S. kolejne, obszernie pismo dotyczące rozliczenia robot dodatkowych, w których przytoczył istotne fakty i informacje, nawiązując do notatek z narad i protokołów konieczności.

W piśmie z 8.03.2012 r. Burmistrz poinformował powoda o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia oraz o obowiązku skonfrontowania projektu ze stanem rzeczywistym, po czym mimo kolejnych wezwań odmówiono powodowi zapłaty przy wskazaniu, że wykonane prace nie mają charakteru dodatkowych i należało je wykonać w ramach kontraktu.

Powód wykonał przedmiot umowy i otrzymał umówione wynagrodzenie.

Przy takich ustaleniach, powołując się na art. 632 § 1 kc, Sąd Okręgowy podniósł, że w razie wykonania robót nieprzewidzianych w umowie, bez stosownego aneksu, porozumienia stron bądź orzeczenia sądowego o podwyższeniu ryczałtu, uzyskane przez zamawiającego świadczenie wykonawcy jest tożsame z bezpodstawnym wzbogaceniem. Dalej Sąd Okręgowy odwołał się do art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych i stwierdził, że zamawiający może z wolnej ręki udzielić wykonawcy zamówienia na roboty nieobjęte pierwotną umową, o ile ich wartość nie przekracza 50 % wartości pierwotnego zamówienia i są one konieczne dla prawidłowego wykonania umowy. Konieczna jest tu jednak forma pisemna (art. 139 ust. 2 pzp) i jest niespornym, że jej nie zachowano. Sąd podkreślił, że S. D. (1) nie był umocowany do czynności prawnych.

Jeśli idzie o bezpodstawne wzbogacenie pozwanej Gminy, Sąd Okręgowy uznał, że powód nie wykazał, by nastąpiło i jaka jest ewentualna jego wartość. Sąd Okręgowy wskazał, że zabrakło dowodu co do tego, jakie i jakiej wartości prace powód wykonał ponad zakres umowny i umówiony ryczałt. Sąd podkreślił też, że konieczne byłoby jednoznaczne rozróżnienie robót dodatkowych i zamiennych, wykonywanych w miejsce przewidzianych w projekcie. Sąd zwrócił też uwagę na precyzyjne zapisy regulujące tryb zlecenia i dokumentowania takich prac, którego nie dochowano (brak choćby obmiarów i kosztorysów powykonawczych).

Sąd I instancji wskazał nadto na spoczywający na wykonawcy obowiązek zweryfikowania dokumentacji przetargowej. W ocenie Sądu Okręgowego istotnym jest, że powód nie przedłożył inwentaryzacji wykonanych prac, bezzasadnie oczekując jej złożenia przez pozwaną. Sąd podniósł też, że nie doszło do zatwierdzenia kosztorysów prac dodatkowych.

I wreszcie Sąd Okręgowy wskazał na art. 411 kc i świadomość powoda, że nie jest zobowiązany do wykonania prac dodatkowych. Jeśli zaś wykonał je pod naciskiem inwestora, winien zgłosić roszczenie odszkodowawcze w związku z wprowadzeniem go w błąd.

Wyrokiem z 11.10.2013 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 7.200 zł kosztów procesu.

Powód zaskarżył wyrok w całości.

Wnosząc „o uchylenie wyroku” lub o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, w apelacji zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- art. 212 kpc przez nierozpoznanie istotnych dowodów,
- art. 217 kpc przez pozbawienie powoda możliwości przedłożenia dowodów mimo, że bez swojej winy nie złożył ich wcześniej,
- art. 248 § 1 kpc w zw. z art. 233 § 2 kpc przez zlekceważenie odmowy złożenia przez pozwanego dokumentów, do których złożenia go zobowiązano,
- art. 328 § 2 kpc przez zaniechanie oceny dowodów, co wskazuje także na odejście od istoty sprawy,
- art. 231 kpc przez pominięcie w ustaleniach faktów potwierdzonych dowodami,
- art. 233 § 1 kpc przez zaniechanie wszechstronnego rozważenia całego materiału sprawy.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego podnosząc, że w apelacji podniesiono wyłącznie zarzuty proceduralne, zaś skażony wyrok honoruje unormowany przepisem art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu.

Sąd Apelacyjny zważył:

Słusznie podnosi pozwana, że w apelacji powód zgłosił wyłącznie zarzuty proceduralne, w większości bezzasadne.

Należy też zwrócić uwagę na dalsze błędy apelacji. Powód wnosi „o uchylenie wyroku” ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Pierwszy wniosek nie znajduje żadnego oparcia w przepisach procedury cywilnej, zaś oba łącznie wskazują na błędne przekonanie powoda, że zgromadzone dowody nie wystarczają dla rozpoznania istoty sprawy i ewentualne wydania wyroku reformatoryjnego, co jest obowiązkiem sądu odwoławczego jako sądu meriti. Wadliwie też zakwalifikowano zarzuty z pkt 2 petitum apelacji. Wbrew użytej nomenklaturze są to również zarzuty proceduralne, jak te z pkt 1, skoro odnoszą się do konkretnych przepisów procedury cywilnej.

Powyższe uchybienia jednak nie dyskwalifikują apelacji i nie zwalniały Sądu Apelacyjnego jako sądu meriti z powinności rozpoznania sprawy z uwzględnieniem zgromadzonych w niej dowodów, dotychczasowych ustaleń faktycznych i ocen wyrażonych w uzasadnieniu skarżonego wyroku, a także przy uwzględnieniu ewentualnej korekty i/lub uzupełnienia już ustalonego stanu faktycznego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, za punkt wyjścia przy kontroli odwoławczej skarżonego wyroku należało przyjąć ustalenia faktyczne dotyczące treści umowy zawartej przez powoda pierwotnie z Gminą Ś.. Treść umowy nie jest zresztą sporna i – jak ustalił Sąd Okręgowy – w § 7.2 przewidywała, że wszelkie roboty nieobjęte umową, tzn. nieprzewidziane w dokumentacji technicznej, których nie można było przewidzieć, a których wykonanie jest niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, wykonawca zobowiązany jest wykonać na podstawie protokołu konieczności sporządzonego przez inspektora nadzoru i zaakceptowanego przez zamawiającego. Roboty te miały być realizowane na podstawie kosztorysów powykonawczych sporządzonych przez wykonawcę i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru i zamawiającego.

Dalej w § 7.3 – 8 określono sposób opracowania kosztorysów powykonawczych, w tym wartość czynników cenotwórczych.

Koniecznym jest w tym miejscu przytoczenie pominiętego przez Sąd Okręgowy § 7.1 umowy. Otóż postanowiono tam, że bez uprzedniej zgody zamawiającego wykonywane mogą być jedynie prace niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo lub konieczność zapobieżenia awarii oraz, że zlecenie robót dodatkowych lub uzupełniających wymaga podpisania przez strony stosownej umowy. Zwłaszcza końcowy fragment § 7.1 jest tu istotny, ponieważ w zestawieniu z § 7.2 prowadzi do wniosku, że poza robotami wymaganymi ze względów bezpieczeństwa w umowie wyraźnie rozróżniono dwie grupy robót: 1. roboty dodatkowe i/lub uzupełniające oraz 2. konieczne (które mogą mieć charakter dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych) i rozróżniono także podstawy wykonania robót z obu tych grup. Podstawą wykonania pierwszych, tj. dodatkowych i/lub uzupełniających musiała być umowa (§ 7.1 in fine). Podstawą wykonania drugich – koniecznych – był natomiast protokół konieczności, przy czym protokół ten nie tylko uprawniał, ale wprost zobowiązywał wykonawcę do wykonania tych prac (§ 7.2).

dowód: umowa stron na k. 11 i nast.

Oznacza to, że jeśli w toku prac ujawniła się potrzeba wykonania robot, które reprezentujący interesy zamawiającego inspektor nadzoru przy akceptacji zamawiającego zakwalifikował jako konieczne w rozumieniu § 7.2, pierwotną podstawą ich wykonania była umowa, zaś bezpośrednią – protokół konieczności przewidziany w umowie tylko dla

takich robót, a nie dla niemających charakteru koniecznych, wymagających odrębnej umowy prac dodatkowych czy uzupełniających, których dotyczył § 7.1 in fine.

Wymaga podkreślenia, że ani sporządzenie protokołu konieczności nie jest czynnością prawną, ani też jego akceptacja – jako czynność faktyczna – nie stanowi oświadczenia woli zmierzającego do zmiany bądź rozszerzenia dotychczasowej umowy czy zawarcia kolejnej. Są to czynności faktyczne, które w umowie przewidziano jako niezbędne dla wykonania i późniejszego rozliczenia koniecznych robót.

Podnieść trzeba również, że w umowie nic nie powiedziano o formie akceptacji protokołu konieczności przez zamawiającego, a zatem nawet gdyby sprzecznie z charakterem tej czynności przyjąć, że nie wystarczała akceptacja przedstawiciela Gminy - S. D. (1) (którą wyraził w protokołach) i wymagać akceptacji osób uprawnionych do reprezentacji Gminy, mogła ona nastąpić w dowolnej formie, także w sposób dorozumiany. Powyższa uwaga odnosi się również do akceptacji kosztorysów powykonawczych. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika co najmniej dorozumiana akceptacja pozwanej dla wykonania robót koniecznych, ich zakresu i wartości, tyle że powód nie uzyskał akceptacji władz Gminy na piśmie mimo wystosowania pism dotyczących robót objętych złożonymi w Urzędzie Gminy protokołami konieczności i kosztorysami. Zarówno współnicy powoda C. W. i H. O. jak i inspektor nadzoru D. Ś. jednoznacznie zeznali, że kosztorysy zostały złożone w Gminie i tam zweryfikowane, przy czym współnicy powoda wyjaśnili także, że określona w protokołach konieczności wartość wynagrodzenia była w istocie ostateczną ceną wlv prac, uzgodnioną po weryfikacji kosztorysów i negocjacjach, skutkujących jej obniżeniem w stosunku do prawidłowo wyliczonej ceny kosztorysowej. Złożone do akt kosztorysy były więc de facto kosztorysami powykonawczymi, zaś wartości z protokołów konieczności odzwierciedlały uzgodnione wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane roboty.

dowód: zeznania C. W. i H. O. złożone na rozprawie 2.07.2013 r. (e-protokół na k. 226), zeznania D. Ś. (e-protokół z rozprawy 26.04.2013 r. – na k. 185)

Wedle ustaleń Sądu Okręgowego, pisemnej odpowiedzi powód doczekał się jedynie na pismo z 2.11.2011 r., w którym szczegółowo opisał przyczyny wykonania spornych robót i przebieg dotychczasowych czynności.

W piśmie z 8.03.2013 r. Zastępca Burmistrza – L. K. (1) ograniczył się do stwierdzenia, że strony umówiły się o ryczałt, zatem powód przyjął na siebie ryzyko płynące z niedoskonałości dokumentacji projektowej. Z kolei dalej Sąd Okręgowy przywołuje pismo L. K. z 24.04.2012 r., gdzie w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty stwierdza, że robót nie można kwalifikować jako dodatkowe i powinny być wykonane w ramach kontraktu.

Znamiennym jest, że w żadnym z tych pism nie zakwestionowano przedstawionego przez powoda przebiegu zdarzeń, wykonania spornych robót ani ich wartości. Także w odpowiedzi na pozew Gmina ich nie zakwestionowała, zarzucając jedynie brak zlecenia robót dodatkowych i w tym kontekście brak uprawnienia S. D. do zaciągania zobowiązań w imieniu Gminy, co – jak ocenia Sąd Apelacyjny – jest pochodną błędnego założenia, że żądane przez powoda wynagrodzenie dotyczy robót dodatkowych w rozumieniu § 7.1 umowy.

Pozwana nie jest więc konsekwentna, jeśli jednocześnie przeczy dodatkowemu charakterowi spornych prac i zarzuca niedochowanie procedury z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, dotyczącej właśnie takich robót. Nie ma to jednak istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia mniejszej sprawy, skoro Sąd Apelacyjny kwalifikuje przedmiotowe roboty jako konieczne w rozumieniu § 7.2 umowy stron. Oczywiście samo sporządzenie protokołu konieczności definitywnie nie przesądza o takiej kwalifikacji, tj. nie wyklucza, że były to roboty mieszczące się w pierwotnym przedmiocie zamówienia i ryczałcie, czy też były objęte ryczałtem w ramach ryzyka z art. 632 § 2 kc, jak przyjął Sąd I instancji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oceniany z uwzględnieniem realiów procesu budowlanego, stanowczo potwierdza zarówno konieczność wykonania przedmiotowych prac jak i niemożność przewidzenia przez powoda potrzeby ich wykonania, bo to z jego perspektywy należy rozstrzygnąć tę okoliczność.

Sąd Okręgowy w ślad za pozwaną akcentuje konieczny profesjonalizm powodowej Spółki, tymczasem to przede wszystkim na pozwanej spoczywał obowiązek profesjonalnego przygotowania dokumentów przetargowych. W tym obowiązku bez wątpienia mieścił się wymóg przedstawienia aktualnego projektu bądź przynajmniej zamieszczenia informacji o potrzebie konfrontacji projektu sporządzonego przed kilku laty z obecnym stanem rzeczywistym. Jest w sprawie bezspornym, że w międzyczasie w I. powstało kilkadziesiąt nowych budynków oraz, że jeszcze w toku robót kolejni właściciele uzyskiwali zgodę na przyłączenie do kanalizacji sanitarnej. Jeśli inwestycja polegała na budowie kanalizacji w I. i jej oczywistym celem było skanalizowanie miejscowości, za konieczne i racjonalne, także ekonomiczne, należało uznać – i tak uznali wprost: inspektor nadzoru i przedstawiciel Gminy, zaś przez milczącą akceptację i ustne obietnice: Zastępca burmistrza zajmujący się tą sprawą w ramach podziału kompetencji, przyłączenie do sieci kanalizacyjnej wszystkich obiektów. Konieczne były także pozostałe roboty określone tak co do charakteru tak co do wartości w protokołach konieczności, w których zresztą racjonalnie uzasadniono potrzebę ich przeprowadzenia. Nie można zgodzić się z pozwaną i Sądem Okręgowym, iżby powinnością powoda była szczegółowa weryfikacja projektu włączonego do dokumentacji przetargowej. Logicznie rozumujący wykonawca nie mógł zakładać, że dokumentacja projektowa tak dalece nie odpowiada rzeczywistemu stanowi zabudowy miejscowości, by istniała potrzeba zinventaryzowania faktycznie istniejących budynków i zgód na podłączenie ich do sieci kanalizacyjnej.

W świetle zgromadzonych w sprawie dowodów i ustaleń Sądu Okręgowego oczywistym jest także konieczny i „nieprzewidywalny” przez powoda charakter szeroko rozumianych robót ziemnych, zmiany przebiegu sieci, użycia rur osłonowych. Zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego budzi jedynie zmiana pomp ściekowych z nożami na pompy z wolnym przelotem i zmiana średnicy armatury (protokół konieczności nr (...)), ponieważ powód nie wykazał, że awaryjność planowanych pomp i wycofywanie ich z produkcji nie były mu znane na etapie kalkulowania prac i oferowania ryczałtowej ceny ani, że zmiana rzeczywiście była konieczna.

Należy też podnieść, że pozwana bezspornie odebrała całość robót, w tym prace objęte niniejszym sporem, oraz że umowa stron nie przewidywała odrębnego obioru prac kwalifikowanych jako konieczne, wykonywanych na podstawie protokołów konieczności.

Kierując się powyższymi motywami, Sąd Apelacyjny odmiennie niż Sąd Okręgowy przyjął, że nie jest przeszkodą w rozliczeniu z powodem tych robót brak odrębnej umowy (zamówienia), wymaganej przepisem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, ani regulacja z art. 632 § 2 kc.

Za nieuzasadnione uznał Sąd Apelacyjny odwołanie się do art. 144 pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy, skoro dotyczy on zmian zawartej umowy, zaś tutaj umowy nie zmieniono i wbrew stanowisku Sądu Okręgowego nie zachodziła potrzeba jej zmiany ani udzielenia zamówienia dodatkowego.

W konsekwencji jako podstawę faktyczną i prawną dochodzonego przez powoda roszczenia należało przyjąć § 7.2 i nast. umowy stron, czemu nie stoi na przeszkodzie wskazanie w pozwie art. 405 kc jako podstawy prawnej żądania pozwu. Dla sądu orzekającego wiążąca jest podstawa faktyczna dochodzonego żądania, a powód już w pozwie przywołał fakty i dowody, które pozwalały je prawidłowo zakwalifikować prawnie, zresztą Sąd Okręgowy również rozważał żądanie pozwu w wielu aspektach i z zasady nie wykluczył umowy podstawowej jako źródła roszczenia, tyle że dokonał błędnej jej wykładni i czynnościom faktycznym stron nie przypisał właściwych skutków.

Niezależnie od powyższej oceny, tj. przy założeniu art. 405 kc jako podstawy orzekania, nie można zgodzić się z Sądem Okręgowym, iżby powód nie wykazał bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej jego kosztem, ani wartości wzbogacenia. Jeśli zgromadzone dowody jednoznacznie potwierdzają wykonanie przez powoda robót wykraczających poza zakres prac z pierwotnego projektu, objętych umówionym ryczałtem (kilkakrotnie niższym od wartości kosztorysowej prac z pierwotnego projektu, jak zeznał Zastępca Burmistrza L. K. – e-protokół rozprawy z 26.04.2013 r. – k. 185, zaś pozwaną Gminę obciąża – jako zadanie własne – obowiązek zaopatrzenia w wodę i odprowadzenia ścieków (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o Samorządzie Gminnym – Dz. U. 2001.142.1591 ze zm.) wzbogacenie pozwanej jest oczywiste. Wyraża się ono w wydatkach, które obowiązana byłaby ponieść w razie objęcia sporządzonych robot wykonanych przez powoda odrębnym zamówieniem publicznym, a w realiach rynku usług budowlanych można śmiało założyć,

że koszt nie byłby wówczas niższy niż wynagrodzenie z protokołu konieczności, uzgodnione ostatecznie – dla dobra współpracy – poniżej wartości kosztorysowej tych prac.

Sąd Apelacyjny stoi jednak na stanowisku, że sporne obecnie prace, konieczne dla osiągnięcia pełnej i należytej jakości rezultatu realizowanej inwestycji, powód wykonał w warunkach i na zasadach przewidzianych w umowie i wykazał wartość tych prac oraz jej akceptację przez pozwaną Gminę. Dlatego nie było potrzeby sięgania do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, czy odwoływania się do odpowiedzialności odszkodowawczej gminy za działania jej organu, na co wskazał Sąd Okręgowy w końcowym fragmencie uzasadnienia wyroku.

Zaskarżony wyrok należało więc na podstawie art. 386 § 1 kpc zmienić przez uwzględnienie powództwa z wyłączeniem wspomnianego wcześniej kosztu zmiany wyposażenia przepompowni (...) i (...) (16.605 zł brutto), przy zasądzeniu odsetek od dnia następnego po terminie wyznaczonym w wezwaniu do zapłaty z 23.04.2012 r.

W konsekwencji zmieniono także orzeczenie o kosztach procesu, przy zastosowaniu art. 100 kpc zd. drugie, ponieważ przegrana powoda jest minimalna. Analogicznie orzeczono o kosztach postępowania apelacyjnego.

bp