

Sygnatura akt I AGa 9/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 grudnia 2020 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Sędzia: Leon Miroszewski (przewodniczący)

Sędzia: Halina Zarzeczna

Sędzia: Dorota Gamrat-Kubeczak

w dniu 28 grudnia 2020 r. na posiedzeniu niejawnym w Szczecinie

w sprawie z powództwa T. G.

przeciwko (...) Związkowi (...) w N.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 9 października 2018 r. sygn. akt VIII GC 57/16

I. zmienia zaskarżony wyrok:

- 1) w punkcie I. w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 173.595,59 (sto siedemdziesiąt trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt pięć 59/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2015 roku oraz oddala powództwo w pozostałej części;**
- 2) w punkcie II. w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.149,69 (trzy tysiące sto czterdzieści dziewięć 69/100) złotych tytułem kosztów procesu;**

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 24.885,59 (dwadzieścia cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt pięć 59/100) złotych tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Halina Zarzeczna Leon Miroszewski Dorota Gamrat-Kubeczak

Sygnatura akt I AGa 9/19

UZASADNIENIE

Powód T. G. (1) wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Związku (...) w N. kwoty 615.124,98 zł z odsetkami ustawowymi od 15 grudnia 2015 r. oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane z 28 sierpnia 2014 r., na podstawie której wykonał m.in. rekultywację składowiska odpadów w K.. W toku realizacji prac okazało się, że powstała konieczność wykonania robót nieobjętych umową i ustalonym w niej wynagrodzeniem ryczałtowym (zamówieniem

podstawowym). Powód zgłosił inżynierowi kontraktu ten problem i zaproponował rozwiązanie w dwóch wariantach. W wyniku tego inżynier kontraktu polecił powodowi przeprowadzenie zmiany projektu rekultywacji składowiska w K. przy udziale projektanta wskazując, że zakres zmian powinien obejmować wytyczne uzgodnione na radzie budowy jako wariant II. Powód przedłożył pozwanej 18 maja 2015 r. ostateczny kosztorys wykonanych robót dodatkowych. Z tytułu wykonanych i odebranych prac, niestanowiących przedmiotu umowy, wystawił fakturę, która nie została zaakceptowana przez pozwaną. W związku z tym powód dochodzi niniejszym pozwem zapłaty należności za ww. prace.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania.

W uzasadnieniu potwierdził, że zawarł z powodem umowę 28 sierpnia 2014 r. w efekcie postępowania przeprowadzonego na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych. Umowa ta obligowała powoda, jako wykonawcę, do uwzględnienia ewentualnego ryzyka związanego ze zmianą sposobu realizacji zadania w trakcie wykonawstwa, zwłaszcza że wynagrodzenie powoda miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego a nie kosztorysowego. Zdaniem pozwanego w świetle zapisów SIWZ, a w szczególności Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), powód był zobowiązany wziąć pod uwagę konieczność wykonania robót związanych z porządkowaniem terenu budowy. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu robót wchodzących w zakres umowy powód winien był zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie lub dodatkowe informacje jeszcze w trakcie postępowania przetargowego. Zdaniem pozwanego powództwo jest bezzasadne, gdyż wszelkie roboty, nawet wyraźnie nie określone w projekcie budowlanym, były objęte zgodnie z PFU przedmiotem zamówienia, za które powodowi przysługiwało wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie.

Wyrokiem z dnia 9 października 2018 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 615.124,98 zł z ustawowymi odsetkami, określanymi od 1 stycznia 2016 r. jako ustawowe odsetki za opóźnienie, od dnia 15 grudnia 2015 r. (pkt I), nadto zasądził od pozwanego na rzecz powoda całość kosztów procesu, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu (pkt II).

Sąd Okręgowy poczynił następujące ustalenia faktyczne

W dniu 28 sierpnia 2014 r. strony zawarły umowę nr (...), po dokonaniu przez pozwanego wyboru oferty powoda w przetargu przeprowadzonym na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Umowa ta dotyczyła realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rekultywacja składowisk odpadów w ramach realizacji projektu „Szumiące trawy na składowiskach (...)”.

Na podstawie tej umowy pozwany zlecił powodowi roboty budowlane polegające na rekultywacji składowisk odpadów położonych w różnych miejscowościach, w tym w K. (gmina R.). Roboty w K. stanowiły Część I – Kontrakt I Zadanie nr 3 wskazane w Rozdziale III pkt 1 SIWZ – Opisie przedmiotu zamówienia.

Szczegółowy zakres robót ujęty został również w dokumentach w postaci: oferty wykonawcy, Warunkach Szczególnych Kontraktu, Warunkach Ogólnych Kontraktu, Specyfikacjach Technicznych, Dokumentacji Projektowej, Tabeli Elementów Skończonych, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Powód miał wykonać zleczone Zadanie nr 3 zgodnie z dokumentacją projektową stanowiącą załącznik do SIWZ. Roboty te obejmowały prace przygotowawcze, formowanie oraz zagęszczanie bryły i skarp wraz z warstwą wyrównawczą, wykonanie warstwy odgazowującej, uszczelniająco/wzmacniającej, rekultywacyjnej (humusowanie i obsianie trawą), nasadzeniu, rozbiórki ogrodzenia z utylizacją materiału rozbiórki, studni odgazowujących, ogrodzenia betonowego, bramy i furtki, osnowy geodezyjnej, zaprojektowanie i wykonanie ścieżki edukacyjnej.

Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy, w tym w zakresie Zadania nr 3 w kwocie 1.182.000,03 zł netto (1.453.860,04 zł brutto).

Powód w pkt 5 oferty złożył oświadczenie, że cena ta obejmuje zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej, a zakres prac przewidzianych do wykonania jest zgodny z zakresem objętym SIWZ. Powód oświadczył też, że zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zamówienia (pkt 7 oferty).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ obliczenie wynagrodzenia przez powoda jako wykonawcę miało zostać sporządzone w następujący sposób:

- wykonawca sporządzi wycenę poszczególnych elementów zamówienia i przedstawi ją w Formularzu nr 1a. Jednostkowe ceny ryczałtowe określone dla każdej pozycji tabeli elementów rozliczeniowych, muszą zawierać wszelkie koszty i czynniki cenotwórcze konieczne do poniesienia w celu prawidłowego wykonania elementu robót [...] (pkt 2),
- Kwota Kontraktowa (bez VAT) zawarta w ofercie jest ceną ostateczną obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie ze Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót, Dokumentacją Techniczną oraz Tabelą Elementów Rozliczeniowych (pkt 5),
- Wykonawca przygotowując ofertę ma obowiązek wycenić wszelkie elementy określone w Specyfikacji Technicznej, Projekcie rekultywacji oraz Tabeli elementów rozliczeniowych, niezależnie czy występują w każdej z tych części czy tylko w poszczególnych częściach SIWZ. Wszelkie koszty wykonania poszczególnych elementów ceny ryczałtowej należy uwzględnić w cenie wskazanej w ofercie (pkt 7).

Postanowienia Ogólnych Warunków Kontraktu w klauzuli 3.5. przewidywały, że w sytuacji gdy zaistnieje potrzeba uzgodnienia albo ustalenia jakiejś sprawy, tam inżynier kontraktu powinien przekonsultować z każdą ze stron w celu osiągnięcia porozumienia. Jeżeli porozumienie nie zostanie osiągnięte, to inżynier dokona obiektywnych ustaleń zgodnie z kontraktem, biorąc pod uwagę wszystkie stosowne okoliczności. Inżynier zobowiązany był powiadomić obie strony o każdym porozumieniu lub ustaleniu wraz z uzasadnieniem. Każda ze stron miała zastosować się do takiego porozumienia lub ustalenia jeśli i dopóki nie zostanie ono zmienione.

Zgodnie z postanowieniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) stanowiącym załącznik do Opisu Przedmiotu Zamówienia powód winien uwzględnić w cenie wykonania rekultywacji uporządkowanie terenu w miejscach wskazanych (teren działki i pas przyległy do granicy rzeki), zaś odpady miał złożyć na terenie porządkowanego składowiska (pkt 1.1.1. ppkt 7, pkt 2.10).

Projekt zagospodarowania odpadów wykonała (...) spółka z o.o. w P.. Przed przystąpieniem do prac projektowych odbyła się wizja lokalna składowiska. Wówczas nie było widać niecki kwatery dlatego też projektant zwrócił się do inwestora o podanie informacji w tym zakresie i uzyskał odpowiedź, że kwatera składa się z kilku podkwater i nie wszystkie są wypełnione.

Pierwotny projekt nie zawierał przemieszczenia odpadów.

Przed złożeniem oferty na wykonanie prac objętych powyższą umową powód odbył wizję lokalną składowiska wraz ze swoimi pracownikami. Teren składowiska był zarośnięty wysoką roślinnością dlatego bez wcześniejszych pomiarów nie można było stwierdzić ilości odpadów. Była widoczna linia energetyczna. Powód wykonał wykopy kontrolne, aby sprawdzić głębokość warstwy odpadów i obmiary wstępne. Wyceniając roboty dla składowiska w K. powód dysponował dokumentacją projektową, specyfikacją wykonania robót, przedmiarem robót oraz zapytaniami i wyjaśnieniami do SIWZ.

Przed przystąpieniem do robót rekultywacyjnych na składowisku w K. powód zlecił uprawnionemu geodecie wykonanie inwentaryzacji mas odpadów. W wyniku inwentaryzacji stwierdzono, że suma odpadów do przemieszczenia wynosiła 27786 m³, w tym 12283 m³ znajdowała się poza obszarem objętym rekultywacją. Pozostała ilość odpadów, tj. 15503 m³, znajdowała się na terenie czaszy składowiska.

Powyższą okoliczność powód zgłosił pozwanemu w wystąpieniu wykonawcy nr 16 z dnia 17 listopada 2014 r. Wskazał przy tym, że aby odpady, które znajdują się poza obszarem objętym rekultywacją, zostały wbudowane w projektowaną czaszą składowiska należy wykonać szereg dodatkowych prac takich jak wykop, załadunek i transport, przemieszczenie, formowanie i zagęszczanie wbudowanych odpadów. Co do pozostałych odpadów powód wskazał, że do prawidłowego przeprowadzenia rekultywacji konieczne jest ich przemieszczenie, formowanie i zagęszczanie.

Powyższe ilości odpadów nie zostały określone w projekcie rekultywacji składowiska, na podstawie którego powód przygotowywał ofertę. Warstwy rekultywacyjne należało wykonać na zdeponowanych odpadach bez ich wcześniejszego przemieszczania.

Po wytyczeniu geodezyjnym podstaw skarp składowiska okazało się, że odpady znajdują się także na obszarze nie objętym rekultywacją. W celu przemieszczenia odpadów na teren przewidziany pod rekultywację powód musiał wykonać szereg dodatkowych prac, których na etapie składania ofert nie mógł przewidzieć, a co za tym idzie uwzględnić w ofercie.

W obrębie składowiska znajdował się słup wysokiego napięcia kolidujący z planowanymi robotami. W związku z tym powód zwrócił się do inżyniera kontraktu o udzielenie instrukcji przeprowadzenia robót w obrębie istniejącego słupa.

W protokole z rady budowy nr 3, która odbyła się 19 listopada 2014 r. odnotowano problemy, o których mowa w zgłoszeniu wykonawcy nr 16, powód zgłosił również w tym zakresie uwagi do dokumentacji projektowej.

Nie było możliwości wykonania prac na składowisku w K. na podstawie pierwotnego projektu. Konieczne było przeprojektowanie.

W trakcie tej rady budowy omówiono z inżynierem kontraktu dwa warianty realizacji robót rozwiązujące zgłoszone przez powoda problemy. Wariant I. przewidywał wykonanie robót zgodnie z obmiarem, ST, co jednak generowałoby duże koszty i konieczność przełożenia linii energetycznej. Wariant II. zlecał zmianę projektu z uwzględnieniem jak najmniejszego zakresu przemieszczeń masy odpadów - co miało spowodować zwiększenie czasu składowiska - i brak ingerencji w linię energetyczną. Powód przedłożył kosztorys wykonania zgodnie z wariantem I., który opiewał na kwotę 1.141.388,64 zł brutto.

Ostatecznie, inżynier kontraktu polecił powodowi wykonanie prac zgodnie z wariantem II. wskazując, że nie spowoduje to znaczącego opóźnienia robót i jest korzystniejszy finansowo. Stwierdził także, że w przypadku uzasadnionego zwiększenia kosztów powód złoży roszczenie.

W piśmie z 24 listopada 2014 r. inżynier kontraktu polecił powodowi przeprowadzenie zmiany projektu rekultywacji składowiska przy udziale projektanta – firmy (...) z P., jednocześnie wskazał, że zakres zmian powinien obejmować wytyczne uzgodnione na radzie budowy jako wariant II.

Projekt wykonany w tym trybie (zaktualizowany) został zaakceptowany przez inżyniera kontraktu. Powód wykonywał prace według wariantu II. na polecenie inżyniera kontraktu.

W dniu 4 grudnia 2014 r. powód poinformował pozwanego w wystąpieniu wykonawcy nr 22, że w związku z wyborem wariantu II. rzędna maksymalna wierzchołki kwatery po rekultywacji będzie wyższa o ok. 90 cm, co wynikało z konieczności wykonania przemieszczeń odpadów związanych z potrzebą obniżenia czasu składowiska od linii energetycznej na bezpieczną odległość.

W dniu 4 grudnia 2014 r., po ponownym zleceniu pomiarów geodezyjnych, powód złożył pozwanemu powiadomienie nr 1, w którym zgłosił roszczenie o dodatkową zapłatę kwoty 578.316,92 zł netto (711.329,81 zł brutto), załączając jednocześnie kosztorys nr 1 w oparciu, o który wycylił wynagrodzenie.

W piśmie z 12 grudnia 2014 r. inżynier kontraktu polecił powodowi dostarczyć obmiary geodezyjne czaszy składowiska jako niezbędne inwestorowi w celu złożenia wniosku o zmianę decyzji na zamknięcie składowiska.

W dniu 17 grudnia 2014 r. odbyła się rada budowy nr 4, podczas której stwierdzono, że w toku prac na zadaniu nr 3, tj. w K., zakończono formowanie i zagęszczanie bryły i skarp wraz z warstwą wyrównawczą uwzględniając konieczność przemieszczania dodatkowych ilości odpadów. Jednocześnie stwierdzono, że wskutek koniecznych przemieszczeń dodatkowych ilości odpadów nastąpiła zmiana parametrów czaszy składowiska (zwiększenie powierzchni o ok. 5000 m²). Powód zobowiązał się do przedłożenia zamawiającemu powykonawczych pomiarów geodezyjnych. Takie same uwagi zawarto w protokole z rady budowy nr 5, która odbyła się 21 stycznia 2015 r.

W wystąpieniu wykonawcy nr 39 powód przedłożył zamawiającemu, zgodnie z ustaleniami z rady budowy z 21 stycznia 2015 r., geodezyjny pomiar ukształtowanej czaszy odpadów z rzędnymi wysokościami.

W dniu 4 marca 2015 r. odbyła się rada budowy nr 6, podczas której stwierdzono, że w ramach prac na zadaniu nr 3 (w K.) wykonano wszystkie warstwy rekultywacyjne, zaś od 3 marca 2015 r. wstrzymano prace ze względu na silne rozmiękczenie gruntu. Ponownie zawarto uwagę odnośnie zmiany parametrów czaszy składowiska z powodu konieczności przemieszczania dodatkowych ilości odpadów. Jednocześnie potwierdzono, że powód (wykonawca) wystąpił z roszczeniem o dodatkową zapłatę.

W związku z powiadomieniem nr 1 o roszczeniu powoda dotyczącym wzrostu kosztów rekultywacji składowiska w K., po radzie budowy w dniu 4 marca 2015 r., inżynier kontraktu przeprowadził negocjacje w trybie klauzuli 3.5. FIDIC przy udziale przedstawicieli zamawiającego oraz wykonawcy. Zamawiający stał na stanowisku, że umowa nie przewidywała robót dodatkowych ani uzupełniających, zadanie jest realizowane zgodnie z ustawą p.z.p. i tym samym nie są możliwe zmiany kosztów, a powód zaakceptował dokumenty przetargowe i nie wnosił zastrzeżeń na etapie ofertowania. Poza tym, zdaniem inżyniera kontraktu, kwota roszczenia była szokująco wysoka.

W odpowiedzi powód zauważył, że na etapie wyboru oferty powód ani zamawiający nie byli w stanie określić zakresu robót bez wykonania pomiarów geodezyjnych, zaś dopiero po przekazaniu placu budowy powód uzyskał prawo do dokonywania takich pomiarów na składowisku. Projekt był wadliwy co można było stwierdzić dopiero na etapie wytyczenia geodezyjnego w związku z tym powód wycenił zadanie na podstawie wadliwego projektu.

Strony nie osiągnęły porozumienia.

W dniu 8 kwietnia 2015 r. odbyła się rada budowy nr 7, podczas której ustalono, że inżynier kontraktu i powód spotkają się w celu ponownej oceny przedłożonego przez powoda kosztorysu, gdyż ustaleń wymaga jeszcze zastosowana metodologia wyboru czynników kosztotwórczych. W dniu 13 kwietnia 2015 r. na radzie budowy nr 8 powód złożył dokumentację uzupełniającą do roszczenia. W dniu 30 kwietnia 2015 r. powód przekazał inżynierowi kontraktu aktualne rzędne składowiska w K. po wykonaniu warstw rekultywacyjnych. W dniu 7 maja 2015 r. powód przedłożył do akceptacji aktualizację rekultywacji składowiska innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości K.. W dniu 13 maja 2015 r. powód przedłożył pozwanemu kosztorys robót uzupełniających na kwotę 699.212,96 zł brutto wyliczoną zgodnie z pomiarem geodezyjnym wskazując, że zastosowano upusty. W dniu 18 maja 2015 r. powód przedłożył pozwanemu ostateczny kosztorys powykonawczy na kwotę 615.124,98 zł brutto (500.101,61 zł netto).

W dniu 3 czerwca 2015 r. powód przedstawił pozwanemu roszczenie końcowe z tytułu robót dodatkowych na kwotę 500.101,61 zł netto. W piśmie z 12 czerwca 2015 r. przedstawiciel inżyniera kontraktu T. G. przedstawił ustalenia, w świetle których roszczenie wykonawcy z 4 grudnia 2014 r. uznał za bezprzedmiotowe częściowo. Inżynier kontraktu potwierdził zasadność zakresu wykonanych robót w celu uzyskania efektu zakładanego przez kontrakt (czyli, że były większe ilości prac - w szczególności większa ilość odpadów do przemieszczenia - względem pierwotnego projektu). Potwierdził też, że odpady były rozłożone na większym i innym obszarze niż przewidywał to projekt. Z uwagi jednak na ryczałtowy charakter umowy oraz obowiązujące przepisy prawa wskazał, że inżynier oraz zamawiający nie mają narzędzi i uprawnień do zmiany wartości wynagrodzenia.

W dniu 23 czerwca 2015 r. powód przekazał inżynierowi kontraktu zatwierdzoną aktualizację projektu rekultywacji składowiska w K..

Całość robót objętych Kontraktem I, w tym zadanie nr 3 w K., została ukończona 31 lipca 2015 r. W dniu 20 sierpnia 2015 r. inżynier kontraktu wystawił w związku z tym świadectwa przejęcia robót.

Tytułem wykonania aktualizacji projektu rekultywacji składowiska powód poniósł koszt w kwocie 17.220 zł brutto.

W dniu 20 października 2015 r. powód przekazał pozwanemu rozliczenie końcowe kontraktu wskazując, że wartość wszystkich robót to 6.502.766,20 zł netto, a wartość robót zgodnie z powiadomieniem nr 1 wynosi 500.101,61 zł netto.

Z tytułu wykonanych i odebranych robót powód wystawił 6 listopada 2015 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 615.124,98 zł z 30 dniowym terminem płatności.

Pozwany odesłał powyższą fakturę jako nienależnie wystawioną, gdyż pozycje wymienione w fakturze nie stanowiły przedmiotu umowy z 28 sierpnia 2014 r.

Roboty objęte powyższą fakturą obejmowały: roboty pomiarowe, przemieszczenie odpadów znajdujących się poza obszarem rekultywacji, przemieszczenie odpadów znajdujących się w projektowanym obszarze rekultywacji (formowanie i zagęszczanie), wykonanie dodatkowych warstw rekultywacyjnych, wykonanie nowej dokumentacji projektowej, budowę studni odgazowujących, i nie były objęte umową.

W piśmie z 25 listopada 2015 r. (nadanym w urzędzie pocztowym w dniu 27 listopada 2015 r.) powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 615.124,98 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) w terminie do 17 grudnia 2015 r.

Wartość robót wykonanych przez powoda nie objętych zamówieniem podstawowym, w związku z przemieszczeniem, formowaniem oraz zagęszczaniem odpadów, zarówno w obszarze do rekultywacji, jak i poza pierwotnie projektowanym obszarem rekultywacji, budową dodatkowych czterech studni odgazowujących oraz wykonaniem projektu zamiennego wynosi 881.038,72 zł netto, tj. 1.083.677,63 zł brutto.

Ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie powoda, w odniesieniu do całości robót są niższe od cen jednostkowych stosowanych na terenie województwa (...) w pierwszym kwartale 2015 r. Różnica w cenach jednostkowych w poz. 1 kosztorysu wynika z faktu, że Katalog Nakładów Rzeczowych obejmuje wykonanie wstępnych prac pomiarowych przed rozpoczęciem właściwych robót ziemnych lub umożliwienie ich kontynuacji. Różnica w cenach w jednostkowych poz. 21 wynika ze wskaźnikowego wyliczenia kosztu opracowania aktualizacji projektu rekultywacji składowiska odpadów.

Sąd Okręgowy wskazał, że jeśli chodzi o dowody z dokumentów, w zakresie dopuszczonym postanowieniem z 26 września 2017 r. (k. 887 i k. 890) oraz postanowieniem z 25 września 2018 r. (k. 949), to nie były one przez strony kwestionowane, a i Sąd nie znalazł podstaw do ich zdyskwalifikowania.

Jeżeli natomiast chodzi o dowody ze źródeł osobowych, a więc zeznania świadków i powoda, to w zasadzie Sąd Okręgowy nie znalazł żadnych powodów do kwestionowania ich wiarygodności. W ocenie tego Sądu pozostawały one zbieżne z dowodami z dokumentów, a i strony nie wysuwały co tych zeznań zastrzeżeń. Świadkowie zrelacjonowali przebieg realizacji umowy w zakresie rekultywacji składowiska odpadów w K., zgodnie wskazując na konieczność wykonania prac dodatkowych, przy czym osoby związane z zamawiającym traktowały te prace jako leżące w pierwotnym zakresie kontraktowym (J. B. (1), A. B., Z. W.). Natomiast świadkowie związani z firmą będącą inżynierem kontraktu (T. G., J. B. (2)) nie przecząc konieczności wykonania przez powoda prac dodatkowych, związanych ze zwiększoną ilością odpadów, kwestionowali, a dokładnie T. G., wartość roszczenia wykonawcy, uznając je za rażąco wysokie w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Jednocześnie T. G. i J. B. (2) potwierdzili, że „odpady były rozłożone na większym i na innym obszarze, niż przewidywał to projekt” (T. G. k. 864) i że „w związku z rozbieżnościami należało zmienić projekt”, a „rozbieżności wynikały z tego, że było więcej odpadów i pojawił się problem linii napowietrznej” (J. B. (2) k. 866). Ten ostatni, pełniący funkcję inspektora nadzoru, wskazał też, że:

„Nie było możliwe wykonanie robót na podstawie pierwotnej dokumentacji. Aby dokonać rekultywacji konieczne było przeprojektowanie. Trzeba było zmienić projekt.” (k. 866). Z kolei świadek B. A., projektant rekultywacji przedmiotowego składowiska i pozostałych, wskazał, że przyczyną zlecenia aktualizacji projektu (przez powoda i na jego koszt) były niezgodności z projektem pierwotnym, dodając wprost, że: „Aktualizacja była potrzebna, bo zakres odpadów był większy.” (k. 865). Jako autor projektu B. A. jednoznacznie wskazał, że dokumentacja pierwotna nie zawierała przemieszczania odpadów (k. 865), a kwestia to była kwestionowana przez pozwanego (...) Związek (...). Sąd Okręgowy nie znalazł też podstaw do zanegowania zeznań świadka M. W., pracownika powoda, który na rzeczonym zadaniu reprezentował wykonawcę, zajmując się formalną stroną realizacji inwestycji. Zdaniem Sądu Okręgowego jego zeznania znajdują poparcie w dokumentach i innych dowodach ze źródeł osobowych. Sąd Okręgowy dalej wskazał, że jakkolwiek dowód z przesłuchania strony co do zasady jest subiektywny, tzn. strona przedstawia rzeczywistość w sposób dla siebie korzystny, to w tej sprawie zeznania powoda T. G. znajdują odzwierciedlenie nie tylko w zeznaniach świadków, ale i w dokumentach powstałych w trakcie realizacji robót, tj. protokołach z rad budowy, wystąpieniach wykonawcy i pismach inżyniera kontraktu.

Przechodząc do oceny dowodu z opinii biegłego sądowego D. M. Sąd Okręgowy stwierdził, że jakkolwiek do opinii biegłego zastrzeżenia złożyły obie strony, to jednak tylko zastrzeżenia powoda, ale w bardzo wąskim zakresie, podlegały uwzględnieniu. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że biegły zanegował koszt sporządzenia zamienniej dokumentacji projektowej, wskazując na brak przedłożenia przez powoda faktury VAT. W rezultacie biegły wyliczył koszt opracowania na zlecenie powoda aktualizacji dokumentacji projektowej na kwotę 6.300 zł (str. 9 opinii, k. 915 akt). Nie zgadzając się z biegłym powód przedłożył fakturę VAT (...) z 8.06.2015 r., wystawioną przez (...) spółkę z o.o. w P. za aktualizację projektu rekultywacji składowiska odpadów w K., na kwotę 17.220 zł wraz z dowodem jej zapłaty (k. 934-935). Sąd Okręgowy przeprowadził dowód z tych dokumentów, uznając że nie były spóźnione, a pozwany kosztu tego, widniejącego w kosztorysie powykonawczym, nie zakwestionował. Poza tym biegły wyliczył koszt dokumentacji zamienniej w zasadzie tylko dlatego, że wykonawca tego dokumentu nie złożył, czyniąc założenia, że takowy dokument w posiadaniu wykonawcy powinien być. Jeżeli natomiast chodzi o zastrzeżenia pozwanego do opinii biegłego D. M., Sąd Okręgowy wskazał, że skupiały się one na tym, że biegły nie podjął działań mających wyjaśnić czy dodatkowe wynagrodzenie było uzasadnione, a więc czy roboty, na które wskazuje powód były objęte zamówieniem podstawowym. Sąd Okręgowy zwrócił jednak uwagę, że zakres zlecenia dla biegłego, wynikający z postanowienia z 3 kwietnia 2018 r., obejmował tylko weryfikację wartości prac, nieobjętych zamówieniem podstawowym, wskazaną w kosztorysie załączonym do Wystąpienia wykonawcy nr 75 i do Roszczenia końcowego z 3.06.2015 r. W tym zakresie biegły należycie wywiązał się ze zlecenia i Sąd Okręgowy w tym zakresie akceptuje opinię, z której wynika, że wyliczony przez powoda koszt prac nie objętych zamówieniem podstawowym, zafakturowany następnie w fakturze VAT nr (...) nie przekracza cen i stawek rynkowych stosowanych w pierwszym kwartale 2015 r. na terenie województwa (...). Zdaniem Sądu Okręgowego o tym, że sporne prace nie mieściły się w zamówieniu podstawowym świadczy szereg dowodów, ze stanowiskiem inżyniera kontraktu, który polecił wykonawcy realizację wariantu II., na czele. I stąd jako niezasadny należało potraktować wniosek pozwanego „o nie uwzględnienie przedmiotowej opinii jako dowodu służącego ustaleniu stanu faktycznego w tej sprawie” (k. 939).

Przechodząc do oceny prawnej łączącej strony umowy w kontekście roszczeń objętych pozwem, Sąd Okręgowy wskazał, że w jego ocenie powództwo okazało się zasadne w całości.

Powód dochodził zapłaty kwoty 615.124,98 zł z odsetkami ustawowymi wskazując, że kwota ta stanowi należność za wykonanie robót nie objętych przedmiotem umowy z 28 sierpnia 2014 r., które zostały przez niego skosztorysowane i na które wystawił fakturę na ww. kwotę brutto (500.101,16 zł netto). Sąd Okręgowy zauważył przy tym, że powód nie wskazał w pozwie podstawy prawnej żądania, ale przytoczone okoliczności i treść faktury w ocenie sądu I instancji mogłaby wskazywać na oparcie go na treści art. 647 k.c., a więc żądanie wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Jednakże w piśmie procesowym z 30 września 2016 r. (k. 633 i n.), będącym ustosunkowaniem się do odpowiedzi na pozew, powód dla uzasadnienia swojego roszczenia powołał się na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, zwracając uwagę na to, że sam pozwany w piśmie z 16 listopada 2015 r. (zdanie ostatnie) przyznał, że roboty, za które powód domaga się zapłaty wynagrodzenia (pozycje wymienione w fakturze VAT nr (...)) nie

stanowiły przedmiotu umowy nr (...) z dnia 28.08.2014 r. Oparcie roszczenia pozwu na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu pełnomocnik powoda potwierdził też na rozprawie w dniu 20 czerwca 2017 r. (k. 842).

Oceniając zatem żądanie pozwu pod kątem powyższej podstawy prawnej Sąd Okręgowy zauważył, że spór sprowadzał się do określenia czy roboty, których równowartości dochodził powód objęte były kontraktem podstawowym, a tym samym czy objęte były umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym, czy też stanowiły one prace, których ryczałt nie obejmował. Pozwany bowiem, powołując się na zawarcie umowy w efekcie wyboru oferty powoda złożonej w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, wywodził, że dokonując wyceny poszczególnych robót wykonawca powinien uwzględnić wszelkie koszty i cenniki cenotwórcze konieczne do poniesienia w celu prawidłowego wykonania robót, a ustalona w sposób wskazany w SIWZ kwota kontraktowa jest ceną ostateczną, obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia. Zdaniem pozwanego opis przedmiotu zamówienia obejmował również wykonanie elementów projektowych opracowanych przez samego wykonawcę i w tym celu załączony został Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU). Zatem wynagrodzenie powoda miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego a nie kosztorysowego. Zdaniem pozwanego w świetle zapisów umowy, w szczególności SWIZ i PFU powód zobowiązany był wziąć pod uwagę konieczność wykonania robót związanych z porządkowaniem terenu. A w związku z zapisami ww. dokumentów powód jako profesjonalny wykonawca winien ująć wszelkie ryzyka wynikające z ewentualnych kosztów przemieszczania odpadów znajdujących się poza czasem składowiska, a znajdujących się w obszarze objętym zamówieniem. Z tych względów powództwo wg pozwanego jest bezzasadne bowiem wszelkie roboty, nawet wyraźnie nieokreślone w projekcie budowlanym, były objęte zgodnie z PFU przedmiotem zamówienia, za które powodowi przysługiwało wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie.

Konfrontując stanowisko pozwanego z zebrany materiał dowodowy Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że umowa z 28 sierpnia 2014 r. przewidywała ryczałtowe wynagrodzenie powoda jako wykonawcy robót budowlanych (art. 632 § 1 k.c.). Sąd ten zauważył przy tym, że wprawdzie przepis art. 632 § 2 k.c. przewiduje możliwość podwyższenia wynagrodzenia przez sąd, lecz dotyczy to wyłącznie podwyższenia ryczałtu w razie 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 stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym, który miałby być modyfikowany przez sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c. przez podwyższenie ryczałtu. Jednakże Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że w niniejszej sprawie powód nie żądał wyższego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, lecz domagał się zapłaty za wykonane prace wykraczające poza ten przedmiot, tj. nieobjętych pierwotnym zamówieniem. W ocenie Sądu Okręgowego w tej sytuacji zwiększenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w wyniku zawarcia odrębnej umowy zwiększającej zakres zamówienia albo winno stanowić równowartość bezpodstawnego wzbogacenia zaistniałego po stronie zamawiającego.

Sąd Okręgowy zauważył zatem, że w sprawie pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia odrębnej umowy na wykonanie robót, które wykraczały poza zakres przedmiotu umowy, a które zostały wyszczególnione w kosztorysie stanowiącym załącznik do roszczenia końcowego wykonawcy z 3 czerwca 2015 r. Roszczenie powoda podlegało więc ocenie w świetle przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.), zaś o tym, że sporne roboty nie były objęte kontraktem stron – oprócz wyraźnego przyznania przez pozwanego w piśmie z 16 listopada 2015 r. – zdaniem sądu I instancji przekonują przeprowadzone dowody, które Sąd I instancji ponownie wymienił, przytaczając też ponownie ustalenia oparte na ich treści, a więc Wystąpienie wykonawcy nr 16 z 17 listopada 2014 r. (k. 142 i n.), protokół Rady budowy w dniu 19 listopada 2014 r. (k. 153-156), pismo inżyniera kontraktu z 24 listopada 2014 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego z powyższych dokumentów wynikało, że konieczna była zmiana dokumentacji projektowej wobec odmiennych warunków na składowisku niż te, które były w dacie sporządzania projektu pierwotnego, tj. w roku 2009 r.

Powołał też zeznania autora dokumentacji świadka B. A. (k. 865-866 i płyta k. 868) i J. B. (2) – inspektora nadzoru, z których w ocenie Sądu Okręgowego wynika, że powód składając ofertę przetargową, opartą o udostępnioną mu przez

zamawiającego dokumentację projektową nie mógł wycenić w ofercie robót, które tą dokumentacją nie były objęte, a tym samym wykonane przez niego prace dodatkowe nie mieściły się w pierwotnym przedmiocie kontraktu.

Sąd Okręgowy dalej powołał Powiadomienie nr 1 o roszczeniu wykonawcy z 1 grudnia 2014 roku, w którym powód wskazał, że czuje się uprawniony do żądania zapłaty kwoty 574.316,92 zł netto w oparciu o załączony kosztorys dotyczący robót nie objętych zamówieniem podstawowym i stąd nie zostały one wycenione w ofercie wykonawcy. Jednocześnie wykonawca wniósł o udzielenie zamówienia dodatkowego z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. i zapłatę za te roboty ww. kwoty (k. 169-171), a także pismo z 12 grudnia 2014 r. inżyniera kontraktu, który zażądał od wykonawcy obmiarów geodezyjnych czaszy składowiska jako niezbędnych zamawiającemu do złożenia wniosku o zmianę decyzji na zamknięcie składowiska (k. 175), co w ocenie sądu I instancji jednocześnie pokazuje, że dodatkowe prace wykonywane przez powoda były akceptowane. Wskazał też na protokół Rady budowy nr 4 odnośnie Komorowa oraz protokół Rady budowy z 21 stycznia 2015 r., gdzie wykonawca złożył geodezyjny pomiar ukształtowanej czaszy odpadów przy Wystąpieniu nr 39 z 5 lutego 2015 r. (k. 187).

Sąd Okręgowy nadto zauważył, że w związku ze zgłoszonym roszczeniem wykonawcy o zapłatę kwoty 574.316,92 zł inżynier kontraktu przeprowadził – w trybie kontraktowym – negocjacje z udziałem stron tego procesu inwestycyjnego, co znalazło odzwierciedlenie w protokole z uzgodnień z 4 marca 2015 r. (k. 195-197).

Oceniając stanowiska stron w sprawie roszczenia Sąd Okręgowy stwierdził, że co prawda pozwany nie uznawał roszczenia wykonawcy z przyczyn kontraktowych, jednak ani inżynier kontraktu, ani zamawiający nie zakwestionowali zakresu (ilości) robót wykonanych przez powoda, wyszczególnionych w kosztorysie załączonym do roszczenia końcowego. Potwierdzeniem tego jest także Świadcstwo przejścia robót z 20 sierpnia 2015 r. (k. 231). Nadto w piśmie z 16 listopada 2015 r. zamawiający oświadczył, że pozycje wymienione w fakturze wystawionej przez powoda nie stanowiły przedmiotu umowy łączącej strony (k. 234).

Odnosząc się jeszcze do twierdzeń pozwanego, że opis przedmiotu zamówienia publicznego realizowanego przez powoda obejmował także wykonanie elementów projektowych opracowanych przez samego wykonawcę, Sąd Okręgowy zauważył (zgadzając się z powodem), że w ramach umowy wykonawca zobligowany był wyłącznie do zaprojektowania i wybudowania ścieżek edukacyjnych. PFU odnosił się więc tylko do nich. Do pozostałych robót realizowanych przez powoda zastosowanie ma umowa, czyli „Warunki Kontraktowe dla budowy robót inżynieriynobudowlanych projektowanych przez Zamawiającego”, a więc projektowanie należało do pozwanego. Sąd Okręgowy nie zgodził się również z argumentem pozwanego, że powód powinien to przewidzieć na etapie składania oferty, gdyż niezależnie od tego, że praktycznie było to niemożliwe (vide zeznania świadka J. B. (2)), to ewidentnie wadliwa okazała się być pierwotna dokumentacja projektowa. Być może dlatego, że była sporządzona na kilka lat przed zawarciem umowy stron, ale to nie może obciążać wykonawcy przy takim rozkładzie ciężaru projektowania robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego poczynione ustalenia i rozważania pozwalają stwierdzić, że błędne jest stanowisko pozwanego, wyrażone w piśmie ustosunkowującym się do opinii biegłego, że „dokonano zmiany obszaru składowiska, aby nie dokonywać dodatkowych robót”. W tym zakresie Sąd Okręgowy zgodził się z powodem, że rekultywacji składowiska w K. nie można było przeprowadzić bez wykonania robót dodatkowych, zaś zmiany obszaru składowiska dokonano wyłącznie w celu zmniejszenia robót dodatkowych. Sąd Okręgowy podkreślił, że nie było w interesie wykonawcy, przy tak sztywnym stanowisku zamawiającego, ponoszenie dodatkowych kosztów zleconych robót. Ponadto wykonawca, zgodnie z dyspozycją inżyniera kontraktu, wykonał te prace według wariantu II., który zakładał jak najmniejsze przemieszczenie odpadów i brak ingerencji w napowietrzną linię energetyczną. Ostatecznie z pomiarów geodezyjnych wynika, że w celu realizacji zadania zgodnie z ww. wariantem wykonawca przemieścił 13797 m², a 5348 m² dodatkowo należało wykopać i przetransportować na składowisko, którego powierzchnia zwiększyła się o 6032 m². W oparciu o te dane wykonawca przedłożył kosztorys, w którym zastosował upust na wykonane roboty, co potwierdziła opinia biegłego sądowego D. M., który wartość rzeczonych robót wyliczył na kwotę ok. 380 tys. zł netto wyższą niż powód.

Przyjmując zatem, że wykonane przez powoda roboty wykraczały poza umowny zakres i wobec braku udzielenia przez pozwanego zamówienia z wolnej ręki na ten dodatkowy zakres robót, Sąd Okręgowy – mając na uwadze stanowisko judykatury - uznał, że konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez wykonawcę (przyjmującego zamówienie) wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Sąd Okręgowy podkreślił, że zdarza się niekiedy, że dochodzi do wykonania, stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego, prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy. Uzgodniona kwota odnosi się jedynie do ustalonego przez strony zakresu świadczenia przyjmującego zamówienie. W takich wypadkach przyjmuje się w orzecznictwie - aprobowanym w literaturze - że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Brak porozumienia co do wysokości wynagrodzenia za dodatkowe prace nieobjęte umową nie oznacza, że przyjmujący zamówienie miał je wykonać bez wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy zwrócił dalej uwagę, że w zasadzie poza sporem pozostaje, że pozwany nie kwestionował ani konieczności wykonania przedmiotowych robót, ani też faktu, że do takiego wykonania doszło, a odmowa uwzględnienia tych kosztów wynikała przede wszystkim z interpretacji postanowień umownych. W takiej sytuacji Sąd Okręgowy przyjął, że odmowa pozwanego zawarcia z tzw. wolnej ręki umowy na roboty dodatkowe była nieuzasadniona, a brak zapłaty za te roboty jest równoznaczny z uzyskaniem przez pozwanego kosztem powoda świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 2 w zw. z art. 405 k.c., którego wartość wyznacza kwota, jaką rynkowo pozwany musiałby zapłacić za ich wykonanie. W ocenie sądu I instancji pozwany wbrew obowiązki wynikającym z art. 354 § 1 i 2 k.c. bezpodstawnie odmówił współpracy z powodem przy wykonywaniu kontraktu bez uwzględnienia celu umowy oraz zasad współżycia społecznego, które w ramach obrotu gospodarczego sprowadzają się de facto do zasad uczciwego obrotu.

Określając wartość wzbogacenia po stronie pozwanej Sąd Okręgowy kierował się opinią biegłego sądowego, który zweryfikował kosztorys powoda wskazując na zaniżenie przez wykonawcę szeregu pozycji, co potwierdza zastosowanie przez powoda upustu, o którym mowa w roszczeniu końcowym. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że biegły nadto stwierdził, że ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie powoda, w odniesieniu do całości robót są niższe od cen jednostkowych stosowanych na terenie województwa (...) w pierwszym kwartale 2015 r. A zatem chcąc, aby cel umowy został zrealizowany zamawiający i tak musiałby wydatkować swoje środki na wykonanie analogicznych robót przez innego wykonawcę, co przy założeniu racjonalnego gospodarowania tymi środkami, pozwala przyjąć, że cena zaproponowana przez powoda była bardzo korzystna z punktu widzenia ówczesnych realiów rynkowych.

Wartość netto robót została powiększona o podatek VAT w stawce wskazanej w fakturze wystawionej przez powoda. Sąd Okręgowy podzielił bowiem poglądy wyrażone w orzecznictwie sądownictwa administracyjnego, że przez usługę w rozumieniu prawa podatkowego, a w szczególności na potrzeby podatku VAT należy rozumieć każde świadczenie spełnione przez jeden podmiot gospodarczy na rzecz drugiego bez względu na to czy strony łączył ważny stosunek obligacyjny czy też nie. Stąd też powód powinien taki podatek odprowadzić, a pozwany jako końcowy odbiorca usługi powinien wartość tego podatku na rzecz powoda uiścić.

Ostatecznie zatem Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 615.124,98 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2015 r., tj. od upływu terminu płatności wskazanego w fakturze VAT nr (...) (30 dni), przy uwzględnieniu wpływu faktury do zamawiającego 13 listopada 2015 r. (patrz pieczętka w lewym górnym rogu faktury, k. 233). Podstawę prawną zasądzenia odsetek stanowił art. 481 § 1 i 2 k.c.

Orzekając w przedmiocie kosztów procesu Sąd Okręgowy zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.), który pozwany przegrał w całości, a zatem powinien zwrócić powodowi całość kosztów procesu, przy czym ich szczegółowe wyliczenie pozostawione zostało referendarzowi sądowemu (art. 108 § 1 zdanie drugie k.p.c.).

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany zaskarżając wyrok w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych i błędne przyjęcie, że określenie rzeczywistej ilości odpadów podlegających rekultywacji nie było możliwe na podstawie oględzin dokonanych przez powoda przed złożeniem oferty;

2. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez:

- niewłaściwe zastosowanie art. 65 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych polegające na błędnym ustaleniu, że nie wszystkie roboty które powód wykonał w ramach realizacji zadania inwestycyjnego „Rekultywacja składowisk odpadów w ramach realizacji projektu „Szumiące trawy na składowiskach (...)” były objęte zawartą przez strony w dniu 28 sierpnia 2014 r. umową (...) oraz błędne ustalenie, że za wykonanie tych robót powodowi należało zapłacić kwotę wyższą niż wynagrodzenie ryczałtowe określone w tej umowie oraz na błędnym ustaleniu, że stwierdzona przez powoda rzeczywista ilość odpadów przewidziana do przemieszczenia nie była przewidziana w projekcie rekultywacji dostarczonym przez pozwanego;

3. obrazę przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik rozstrzygnięcia w tej sprawie:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i błędne uznanie, że określenie rzeczywistej ilości odpadów podlegających rekultywacji nie było możliwe na podstawie oględzin dokonanych przez powoda przed złożeniem oferty.

Pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania przed sądem pierwszej instancji w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Dodatkowo wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji, rozwijając argumentację do zarzutu dokonania przez sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, skarżący wskazał, że Sąd pierwszej instancji ustalił, że obmiar geodezyjny potwierdził, że z 27.786 m³ odpadów 12.283 m³ odpadów a więc ponad 44 % odpadów znajdowało się poza obszarem objętym rekultywacją. Odnosząc się do tego skarżący zwrócił uwagę, że powód jest profesjonalnym wykonawcą, z dużym doświadczeniem, toteż nie powinno ulegać wątpliwości, że tak wielka masa odpadów poza obszarem rekultywacji musiała zwrócić uwagę powoda już na etapie oględzin terenu składowiska, których dokonywał przed złożeniem ofert. W ocenie pozwanego nieprawdopodobne jest, aby profesjonalny wykonawca mający duże doświadczenie w tego typu robotach nie był w stanie na podstawie oględzin terenu składowiska stwierdzić tej okoliczności. Pozwany podkreślił przy tym, że powód potwierdził, że przed złożeniem oferty oglądał teren składowiska odpadów w K., który ma być przedmiotem rekultywacji. Zdaniem skarżącego tym samym Sąd pierwszej instancji błędnie ustalił, że określenie szacunkowej rzeczywistej ilości odpadów podlegających rekultywacji nie było możliwe na podstawie oględzin dokonanych przez powoda przed złożeniem oferty. Tym samym, zdaniem skarżącego, powód mógł skalkulować koszt tych robót do ceny określonej w ofercie na wykonanie zamówienia publicznego.

Argumentując w sprawie zarzutu naruszenia art. 65 § 1 i § 2 k.c. skarżący wskazał, że celem zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rekultywacja składowisk odpadów w ramach realizacji projektu „Szumiące trawy na składowiskach (...)” było przeprowadzenie rekultywacji min.: składowiska odpadów w K. zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami a w szczególności zgodnie z § 17 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie składowisk odpadów. Zgodnie z tym przepisem rekultywację prowadzi się w sposób zabezpieczający składowisko odpadów przed jego szkodliwym oddziaływaniem na wody powierzchniowe i podziemne oraz na powietrze, a także w sposób integrujący obszar składowiska odpadów z otaczającym środowiskiem oraz umożliwiający obserwację wpływu składowiska odpadów na środowisko. Zgodnie natomiast z projektem rekultywacji przygotowanym przez B. A., stanowiącym dokumentację na podstawie której powód zobowiązany był do wykonania wskazanego zamówienia, rekultywacja techniczna polega min. na uformowaniu bryły, „a to wiąże się z nawiezieniem dodatkowych mas ziemnych lub z przemieszczeniem zdeponowanych już odpadów”. Dodatkowo pozwany wskazał, że zgodnie z ww. projektem „Z uwagi na fakt iż składowisko w K. jest składowiskiem czynnym przewiduje się jeszcze ok. 20.815

m³ odpadów do zdeponowania", (projekt rekultywacji spółki (...) strona 17). Jednocześnie na etapie wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które również stanowią część dokumentacji określającej zakres zobowiązania powoda, na pytanie 42 o treści: „Dotyczy składowiska K.. Na etapie wykonywania projektu rekultywacji przewidziano jeszcze na składowisko ok. 21.000 m³ odpadów. Czy ilość ta zgodnie z projektem została dowieziona? Jeśli nie to czy wykonawcy mają w kalkulować w ofertę dowiezienie brakującego materiału, który zapewni wypełnienie składowiska do rzędnej określonej w projekcie? Jeśli tak prosimy o informację jaką ilość tego materiału przyjąć do wyceny”. Pozwany odpowiedział: „Ilość odpadów zgodnie z projektem została dowieziona" (odpowiedź na pytanie 42 zawarte w wyjaśnieniach i modyfikacjach SIWZ z dnia 26 czerwca 2014 r. stanowiąca załącznik do SIWZ).

Zdaniem pozwanego, biorąc to pod uwagę, wbrew ustaleniom Sądu pierwszej instancji, obowiązek dokonania rekultywacji dodatkowej ilości odpadów w objętości nie mniejszej niż 20.815 m³ oraz robót polegających na przemieszczeniu (transporcie) tych odpadów i nawiezienia mas ziemnych w celu objęcia rekultywacją również tych odpadów, był przewidziany w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie której zgodnie z Prawem zamówień publicznych powód miał wykonać zadanie, a w konsekwencji wchodziło to w zakres zobowiązania określonego w umowie łączącej strony, za które przysługiwało powodowi określone w tej umowie wynagrodzenie ryczałtowe.

W ocenie pozwanego dodatkową okolicznością wskazującą, że zgodnie z łączącą strony umową powód był zobowiązany wziąć pod uwagę konieczność uwzględnienia w zakresie robót również innych nieprzewidzianych wprost w projekcie budowlanym robót i dodatkowej ilości odpadów, jest fakt, że w części powód realizował zamówienie publiczne w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Pozwany zwrócił w tym miejscu uwagę, że wprawdzie zobowiązanie powoda do wykonania zamówienia w tej formule dotyczyło ścieżek edukacyjnych, to jednak miało ono wpływ na wykonanie zadanie objętego projektem rekultywacji przygotowanego przez spółkę (...), bowiem przebieg ww. ścieżek uzależniony był od ostatecznego kształtu bryły składowiska. Pozwany podkreślił, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W przeciwieństwie do realizacji inwestycji w systemie „tradycyjnym” gdzie wykonawca zamówienia realizuje roboty według dostarczonego przez zamawiającego projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” na zlecenie zamawiającego opracowywana jest jedynie koncepcja inwestycji, odzwierciedlona w programie funkcjonalno-użytkowym, za pomocą którego zamawiający zgodnie z art. 31 ust. 2 Prawa zamówień publicznych dokonuje opisu zamówienia. Następnie w wyniku postępowania przetargowego wyłaniany jest generalny wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu. Pozwany powołał się na orzecznictwo i doktrynę prawa zamówień publicznych, gdzie wskazuje się, iż zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtovej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej.

Podsumowując pozwany wskazał, że w jego ocenie biorąc pod uwagę treść projektu rekultywacji spółki (...) oraz treść odpowiedzi na pytanie 42 zawarte w wyjaśnieniach i modyfikacjach SIWZ z dnia 26 czerwca 2014 r. stanowiąca załącznik do SIWZ jak również konieczności opracowania przez powoda części dokumentacji projektowej w formule „zaprojektuj i wybuduj”, należy przyjąć, że wbrew ustaleniom Sądu pierwszej instancji obowiązek dokonania rekultywacji dodatkowej ilości odpadów w objętości nie mniejszej niż 20.815 m³ oraz robót polegających na przemieszczeniu (transporcie) tych odpadów i nawiezienia mas ziemnych w celu objęcia rekultywacją również tych odpadów była przewidziana w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie której zgodnie z Prawem zamówień publicznych pozwany miał wykonać zadanie, a w konsekwencji wchodziło to w zakres zobowiązania określonego w umowie łączącej strony za które przysługiwało powodowi określone w tej umowie wynagrodzenie

ryczałtowe. Zatem Sąd pierwszej instancji błędnie określił zakres zobowiązania powoda wynikającego z łączącej strony umowy a tym samym zarzut naruszenia art. 65 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego jest w pełni zasadny.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu wyraził afirmację zaskarżonego wyroku, jako prawidłowego i odpowiadającego prawu. Zanegował zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Nie zgadzając się z zarzutem naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. powód wskazał, że jego zdaniem umowa jest jasna i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

Zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Kognicja sądu apelacyjnego obejmuje zatem „rozpoznanie sprawy” i to w taki sposób, w jaki mógł i powinien uczynić to sąd pierwszej instancji, którego wyłączna funkcja rozpoznawcza nie budzi żadnych wątpliwości. W każdej sytuacji podstawą wyroku sądu odwoławczego, podobnie jak sądu pierwszej instancji, są dokonane przez ten sąd ustalenia faktyczne, czego nie zmienia możliwość posłużenia się przez sąd odwoławczy dorobkiem sądu pierwszej instancji i uznania ustaleń za własne. Należy przy tym podkreślić – co mocno zaakcentował Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999, III CZP 59/98 (OSNC 1999 z. 7-8 poz. 124) – że ustalenia sądu pierwszej instancji nie są dla sądu odwoławczego wiążące, zatem obowiązek ich weryfikacji i ewentualnego uzupełnienia, istnieje niezależnie od tego, czy wnoszący apelację podniósł zarzut dokonania wadliwych ustaleń faktycznych lub ich braku. Dokonanie przez sąd drugiej instancji ustaleń faktycznych umożliwia temu sądowi wykonanie obowiązku ustalenia i zastosowania, właściwej i we właściwy sposób, podstawy prawnej wyroku. Sąd odwoławczy, bez względu na stanowisko stron oraz zakres zarzutów, powinien stosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji. Nienaprawienie tych błędów byłoby równoznaczne ze świadomym ich powieleniem w postępowaniu rozpoznawczym na wyższym szczeblu instancji, czego – zważywszy na istotę wymiaru sprawiedliwości i cele postępowania odwoławczego – nie można zaaprobować. Oczywiście jest, że sąd drugiej instancji musi samodzielnie dokonać materialnoprawnej oceny dochodzonego roszczenia. Nie może natomiast tego dokonać bez prawidłowo – zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania dowodowego – ustalonego stanu faktycznego.

Zarzuty apelacji pozwanego, zmierzające do zakwestionowania prawidłowości ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, koncentrowały się przede wszystkim wokół kwestii ustalenia przez Sąd I instancji, że wszystkie wskazane przez powoda prace których równowartości dochodził powód w niniejszej sprawie, wychodziły poza przedmiot umowy stron z dnia 28 sierpnia 2014 r. nr (...), dotyczącej realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rekultywacja składowisk odpadów w ramach realizacji projektu „Szumiące trawy na składowiskach (...), zawartej w wyniku dokonania przez pozwanego wyboru oferty powoda w przetargu przeprowadzonym na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji nie były objęte umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym. Z kolei zdaniem pozwanego, wszelkie wykonane przez powoda prace dodatkowe, na które się powołuje, były objęte zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) przedmiotem zamówienia, za które powodowi przysługiwało wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie.

Dylemat ten, uwypuklony w świetle treści apelacji, skonfrontowanej z treścią uzasadnienia zaskarżonego wyroku, był widoczny niemal od początku sprawy. Niewątpliwym wszak było, że strony wiązała umowa zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, będąca umową o roboty budowlane, w której wynagrodzenie powoda, jako wykonawcy, określono kwotą mającą charakter wynagrodzenia ryczałtowego. W sytuacji gdy powód nie występował o zwiększenie ryczałtu, niezbędne jest rozważenie, czy powodowi należy się wynagrodzenie wykraczające poza ryczałt, a więc czy zaszły okoliczności, które przesądzają o dokonaniu przez powoda świadczenia wykraczającego poza świadczenia umówione, na podstawie innego niż powołana w pozwie umowa stosunku prawnego, bądź bez jakiegokolwiek umowy.

Sam powód zdawał się dostrzegać powyższy dylemat. W treści pozwu złożył on wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa między innymi celem ustalenia, „jakie roboty, w jakiej ilości oraz o jakiej wartości, wykonane przez powoda, nie były objęte przedmiotem umowy Nr (...) z dnia 28.08.2014 r.”. Sąd I instancji dopuścił

dowód z opinii biegłego celem ustalenia, „czy wartość prac nieobjętych zamówieniem podstawowym, wskazana w kosztorysie z dnia 3.06.2015 r. (...), zafakturowana następnie w fakturze VAT nr (...) z dnia 6.11.2015 r. (...), odpowiada cenom i stawkom rynkowym stosowanym w pierwszym kwartale 2015 ro. Na terenie województwa (...)” (k. 895).

Treść powołanego postanowienia dowodowego, w obrębie cytowanej tezy dowodowej, nie odpowiada w pełni wnioskowi dowodowemu z pozwu. Oczywiście jest w tym wniosku wyartykułowana potrzeba badania ilości i wartości robót, natomiast poprzedzone to miało być oceną, czy, a jeżeli tak, to w jakiej części, roboty, za które powód domagał się zapłaty w niniejszej sprawie, nie mieściły się w zakresie umowy stron.

Sąd Okręgowy formułując tezę dowodową założył, że roboty powoda, za które domagał się zapłaty w niniejszej sprawie, nie były objęte „zamówieniem podstawowym”, co należy z pewnością rozumieć, jako nieobjęte umową powołaną w pozwie, bo przecież na jej podstawie powód realizował „zamówienie podstawowe”. Rzecz w tym, że taka ocena wymaga zasięgnięcia wiadomości specjalnych, a tego Sąd I instancji, w tej kwestii, zaniechał. Nie ulega wątpliwości, że sąd dokonujący ustaleń wymagających wiadomości specjalnych nie może ich dokonać bez zasięgnięcia takich wiadomości, a temu służy dowód z opinii biegłego (art. 278 § 1 k.p.c.) albo dowód z opinii instytutu badawczego lub naukowo-badawczego (art. 290 § 1 k.p.c.). Sąd nie może zastępować biegłego dokonując własnych ocen w zakresie wymagającym informacji specjalistycznych, ponieważ w ten sposób strony zostają pozbawione możliwości ustosunkowania się do treści i ocen wymagających wiedzy fachowej w toku postępowania dowodowego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2017 roku, V CSK 132/17).

Do dokonania oceny, że roboty, za które powód domagał się zapłaty pozwem w niniejszej sprawie, nie mogły wystarczyć inne dowody przeprowadzone przez Sąd Okręgowy. Funkcja takich dowodów jest inna, niż dowodu z opinii biegłego, czy instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Służą one ustaleniu faktów, które składają się na okoliczności poddawane ocenie wymagającej zasięgnięcia wiadomości specjalistycznych. W niniejszej sprawie: przedmiotu robót, które powód wskazał jako uzasadniające przyznanie mu dodatkowej, poza ryczałtem, zapłaty, ich zakresu, ustaleń stron oraz zastosowanej procedury ich przeprowadzenia. Inny charakter, a więc wymagającą innych dowodów jest ocena, czy należały one do przedmiotu zamówienia opisanego w umowie, ale też z uwzględnieniem stanowiących integralne części zamówienia publicznego – specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), dokumentacji projektowej, Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), oferty, a także pozostałych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też poza ten przedmiot wykraczały. Jak widać, dowód z opinii biegłego, ze względu na jej składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 roku, II CSK 826/15)

Na problem braku zasięgnięcia oceny fachowej w sprawie kwalifikacji robót, za które powód domagał się zapłaty w niniejszym postępowaniu, Sąd Okręgowy mógł zwrócić uwagę nie tylko na podstawie cytowanego wyżej wniosku dowodowego powoda, przedstawionego w pozwie, lecz także odniesienia się do wydanej na podstawie cytowanego postanowienia dowodowego opinii wezwanego w sprawie biegłego, przez pozwanego. Strona pozwana wskazała na nieprzydatność dokonanych przez biegłego obliczeń w sytuacji braku fachowej oceny, czy roboty, za które powód domaga się w niniejszej sprawie zapłaty, są objęte zamówieniem podstawowym. Oczywiście nie można mówić o nieprzydatności ustaleń biegłego co do wartości robót powoda, rzecz natomiast w tym, że powinny być one poprzedzone oceną co do kwalifikacji tych robót w kontekście umowy stron, w całej jej treści, przy uwzględnieniu, że stosunek prawny stron został zawarty w trybie zamówienia publicznego, zgodnie z procedurą wymaganą ustawą Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, biorąc też pod uwagę zakres apelacji, w której pozwany podniósł zarzut błędnego zakwalifikowania robót, za które powód żądał zapłaty w niniejszej sprawie, jako nieobjętych zamówieniem, mimo nieprawidłowego wskazania przez apelującego przepisu, którego niezastosowani, albo nieprawidłowe zastosowanie, ów błąd spowodował, konieczne było w postępowaniu apelacyjnym dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa, celem kwalifikacji robót powoda, za które domagał się zapłaty w niniejszym postępowaniu, według rozróżnienia na roboty objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, a tym samym będące przedmiotem umowy stron, oraz nim nie objęte, a więc pozostające poza zamówieniem udzielonym powodowi przez

pozwanego, zgodnie z procedurą postępowania w sprawie zamówienia publicznego i mając na uwadze wszystkie dokumenty wyznaczające zakres i podstawy zamówienia. Ocena ta miała przede wszystkim uwzględniać ujęcie technologiczne, decydujące o kwalifikacji robót z punktu widzenia fachowej wiedzy budowlanej, pozwalającej na ustalenie, jakie roboty mieszczą się w zakresie objętym ryczałtem, a jakie poza ten zakres wykraczają.

W tym miejscu należy odnieść się do kontestacji powoda wobec tego dowodu, a ściślej – postanowienia o jego dopuszczeniu i przeprowadzeniu. Była już mowa, że sam powód wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego właśnie w tym celu – aby ustalić, czy zgłoszone przez powoda roboty, za które domagał się w niniejszej sprawie zasądzenia zapłaty od pozwanego, objęte były przedmiotem umowy stron i w jakim zakresie. Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wprost nawiązuje do tezy dowodowej wniosku dowodowego w sprawie opinii biegłego, przedstawionego w pozwie. Należy przyjąć, że powód miał świadomość swojego ciężaru dowodowego, obejmującego między innymi konieczność wykazania, że zgłoszone w niniejszej sprawie roboty, do zasądzenia wskazanej w pozwie zapłaty, nie mieszczą się w przedmiocie zamówienia, wyrażonego ostatecznie umową, będącą zwińczeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy stwierdzić, że niewykazanie powyższego musiałoby prowadzić do oddalenia powództwa w całości.

W związku z powyższym dziwić musi kwestionowanie przeprowadzenia przez Sąd odwoławczy wskazanego dowodu. Bez tego dowodu w ogóle nie można byłoby mówić w niniejszej sprawie o zasądzeniu jakiegokolwiek zapłaty na rzecz powoda od pozwanego. Tylko przy pomocy dowodu służącego zasięgnięciu wiadomości specjalnych można było przesądzić o kwalifikacji robót zgłaszanych przez powoda do zasądzenia zapłaty, jako wykonanych poza przedmiotem umowy. Trzeba zauważyć, o czym wzmiankowano już wyżej, że powód w niniejszej sprawie nie domagał się podwyższenia ryczałtu (w oparciu o art. 632 § 2 k.c., mającego zastosowanie do robót budowlanych w drodze analogii – por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2012 roku, I CSK 333/11), tym samym ustalenie wartości wykonanych przez niego robót, udokumentowanych dowodami powołanymi w pozwie, samo w sobie nie pozwoliłoby na zasądzenie roszczenia, w ramach wskazanej w pozwie podstawy faktycznej, a więc przy twierdzeniu powoda, że roboty, za które domaga się zapłaty, wykraczają poza przedmiot umowy, stanowiąc nienależne świadczenie powoda na rzecz pozwanego.

Tylko marginalnie warto dodać, że dowód z opinii biegłego jest dowodem o szczególnym charakterze, mającym służyć dokonaniu oceny przedstawionego materiału z punktu widzenia posiadanej wiedzy naukowej (technicznej) danej specjalności i przedstawienie sądowi danych i wniosków umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia okoliczności wskazanych w podstawie faktycznej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2017 roku, I CSK 447/15), tym samym może być przeprowadzony z urzędu, także w postępowaniu apelacyjnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 roku, II CSK 655/16).

Przeprowadzony dowód pozwolił rozgraniczyć zakres robót wskazanych przez powoda przy żądaniu zapłaty w niniejszej sprawie, jako nie objętych wynagrodzeniem ryczałtowym, a więc pozostających poza przedmiotem umowy, od robót które zostały objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, natomiast ich wartość wzrosła. Jak już była mowa, w niniejszej sprawie powód nie domagał się podwyższenia ryczałtu, toteż nie można było, bez naruszenia art. 321 k.p.c., zasądzić roszczenia w zakresie zapłaty za roboty, które zostały objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, chociażby przyjmując, że ich wartość wzrosła w taki sposób, że zaistniała zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć, przez co wykonanie dzieła prowadziłyby do poniesienia przez wykonawcę rażącej straty (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 roku, IV CSK 354/12).

Chociaż więc nie można zgodzić się ze skarżącym, że całość robót, za które powód domagał się w niniejszej sprawie zapłaty, była przewidziana w dokumentach stosunku prawnego stron, w tym obejmujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to część tych robót wykraczała jednak poza zakres zamówienia. Słusznie Sąd Okręgowy wskazał tu na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 roku, I CSK 568/13).

Nie ulega wątpliwości, że ryzyko zwiększenia kosztów wykonania robót obciąża przy wynagrodzeniu ryczałtowym przyjmującego zamówienie. Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmienne, i to niezależnie od tego, czy przyjmujący zamówienie mógł przewidzieć rozmiar lub koszty prac (w niniejszej sprawie, przy określeniu przez powoda podstawy faktycznej roszczenia, problem oceny powyższego nie ma znaczenia dla jej rozstrzygnięcia, tym samym zarzuty pozwanego w sprawie błędnych ocen co do możliwości dokonania ustaleń przez powoda przed zgłoszeniem jego oferty w postępowaniu przetargowym, nie mają znaczenia). Inaczej jest w przypadku robót, które nie mają podstawy w umowie stron (w niniejszej sprawie – w ramach udzielenia zamówienia publicznego). Wykonanie stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac, które nie zostały przewidziane w umowie, umożliwia żądanie zapłaty za wykonane roboty, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, także wówczas, gdy umowa została zawarta w rezultacie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 roku, II CSK 327/06).

W świetle uzupełnionych ustaleń faktycznych należało uznać, że faktycznie w przypadku części prac wykonanych przez powoda, z którymi wiązał on swoje roszczenie w niniejszym postępowaniu, należało przyjąć, że stron nie łączył stosunek umowny przewidujący wynagrodzenie ryczałtowe. Ocenie co do zakresu tych prac służył przeprowadzony w postępowaniu dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, zaniechany przez Sąd I instancji.

Biegły podał, że do prac nie objętych przedmiotowo wynagrodzeniem ryczałtowym przewidzianym w łączącej strony umowie można zaliczyć wyłącznie prace związane przemieszczaniem odpadów znajdujących się poza projektowanym obszarem do rekultywacji polegających na wykopie i transporcie odpadów na czasę składowiska, przemieszczaniu mas ziemnych spycharkami wycenionych przez powoda w kosztorysie na łączną kwotę 106.853,04 zł netto oraz prace związane z przemieszczaniem odpadów znajdujących się w projektowanym obszarze do rekultywacji (przemieszczanie mas ziemnych spycharkami) wycenionych przez powoda na kwotę 20.281,59 zł netto oraz koszt wykonania nowej dokumentacji projektowej w kwocie 14.000 zł. Łącznie koszt prac nie objętych przedmiotowo wynagrodzeniem ryczałtowym przewidzianym w łączącej strony umowie wyniósł zatem 141134,63 zł netto, a z uwzględnieniem podatku VAT - 173595,59 zł.

W konsekwencji powyższego ustalenia, bezpodstawne okazało się, w ramach zarysowanej w pozwie podstawy faktycznej roszczenia, wobec rozróżnienia przeprowadzonego przez biegłego w przedstawionej opinii uzupełniającej, zasięgniętej w postępowaniu apelacyjnym, roszczenie powoda dotyczące wykonanych przez niego robót pomiarowych przy powierzchniowych robotach ziemnych – niwelacja terenu pod obiekty przemysłowe i lotniska, prac związanych z formowaniem i zagęszczaniem odpadów znajdujących się poza projektowanym obszarem do rekultywacji (formowanie i zagęszczanie nasypów spycharkami oraz zagęszczanie nasypów walcami samojezdnymi), prac związanych z formowaniem i zagęszczaniem odpadów znajdujących się w projektowanym obszarze do rekultywacji, prac związanych z wykonaniem dodatkowych warstw rekultywacyjnych oraz prac związanych z budową studni odgazowujących wycenionych przez powoda na kwotę 358966,97 zł netto (441529,38 zł z podatkiem VAT). Co prawda z opinii biegłego sporządzonej w toku postępowania apelacyjnego wynikało, że niewątpliwie zakres wskazanych prac okazał się ostatecznie większy niż to oszacował powód przy zawieraniu umowy, ustalając wysokość należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego, jednocześnie roboty te objęte zostały wynagrodzeniem ryczałtowym, toteż za ich wykonanie nie jest należne powodowi dodatkowe wynagrodzenie, a zwiększenia ryczałtu powód się nie domagał.

Biegły w zakresie tych prac wskazał, że dla potrzeb realizacji robót budowlanych na składowisku odpadów w K. został opracowany w sierpniu 2009 r. przez (...) Sp. z o.o. w O. projekt rekultywacji składowiska odpadów innych niż obojętne i niebezpieczne oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR). Zgodnie z projektem rekultywacja składowiska odpadów przeprowadzona miała zostać w dwóch etapach: rekultywacja techniczna oraz rekultywacja biologiczna. Rekultywacja techniczna w ramach eksploatacji składowiska obejmować miała ukształtowanie bryły składowiska w sposób zapewniający spływ wód powierzchniowych oraz nadanie bezpiecznego nachylenia skarpom zewnętrznym o wartości 1:3. Według ustaleń autora projektu mgr inż. B. A. składowisko odpadów w K. posiadało powierzchnię składowania ~3,4 ha, natomiast faktyczna powierzchnia przeznaczona do rekultywacji wynosiła ~2,83 ha (28.288,00 m⁽²⁾). Zgodnie z Pozwoleniem Zintegrowanym wydanym przez Wojewodę

(...) w dniu 23 października 2007 r. wysokość maksymalna składowiska powinna wynosić 55,60 m n.p.m. Przy zaprojektowanym sposobie rekultywacji technicznej najniższy punkt powinien wynieść około 54,55 m. n.p.m. Autor opracowania wyraźnie wskazał także, że z uwagi na fakt, iż składowisko w K. jest składowiskiem czynnym, przewiduje się jeszcze ok. 20 815 m⁽³⁾ odpadów do zdeponowania. Projekt przewidywał ukształtowanie szczelnego zamknięcia rekultywacyjnego mającego na celu oddzielenie potencjalnego skażenia od otoczenia, powstrzymanie degradacji środowiska wodno - gruntowego, ograniczenie ujemnego wpływu zamykanego składowiska odpadów na powietrze atmosferyczne oraz stworzenie odpowiednich warunków do wegetacji roślin, które składało się z 4 warstw: warstwa odgazowująca, warstwa ochronno-wzmacniająca (geowłóknina), warstwa słabo przepuszczalna, warstwa organiczna. Zaprojektowano także pasywne odgazowanie składowiska poprzez studnie odgazowujące. Przewidzianych zostało 7 nowych studni odgazowujących w formie odwiertu o średnicy 400 mm z wewnętrznym filtrem z rury perforowanej (...) średnicy 200 mm.. Drugi etap rekultywacji tj. rekultywacja biologiczna obejmowała odtworzenie i ukształtowanie nowych biologicznych wartości użytkowych gleby oraz zabezpieczenie stateczności zboczy składowiska przez zabudowę biologiczną, a także ochronę przeciwoerozyjną wierzchowiny i zboczy składowiska. Biologiczną zabudowę gruntu zaprojektowano poprzez wykonanie jego zadarnienia.

Biegły zwrócił przy tym uwagę, że wprawdzie Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) rekultywacji składowiska odpadów komunalnych w K. gmina R. w zakresie rekultywacji technicznej kwatery pomija roboty polegające na ukształtowaniu i zagęszczeniu przyzmy odpadów obejmującego m. in. prace takie jak wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami na odkład, formowanie bryły odpadów, profilowanie skarp bryły odpadów, wypełnienie odpadami oraz gruntem z przemieszczenia odpadów z istniejących skarp do projektowanych rzędnych docelowego ukształtowania wierzchowiny, jednakże w ocenie biegłego, mając na uwadze treść Tabeli Elementów Skończonych - Wycenionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w szczególności punkt 1 „Prace przygotowawcze, formowanie oraz zagęszczanie bryły i skarp wraz z warstwą wyrównawczą”, pomimo faktu iż zgodnie z STWiOR warstwy rekultywacyjne należało wykonać na zdeponowanych odpadach bez ich wcześniejszego przemieszczenia i ukształtowania oraz zagęszczenia przyzmy odpadów, a w projekcie prace w zakresie ukształtowania i zagęszczania przyzmy nie zostały w sposób jednoznaczny wskazane, roboty polegające na formowaniu oraz zagęszczaniu bryły i skarp składowiska winny zostać uwzględnione w cenie oferty.

Opinię biegłego w zakresie realizacji tezy dowodowej służącej rozgraniczeniu prac zgłoszonych przez powoda w niniejszym postępowaniu, które były objęte ryczałtem, od tych które stanowią nienależne świadczenie, należało uznać za wiarygodną i wyczerpującą. Strony nie wniosły zastrzeżeń do jej treści. W piśmie stanowiącym ustosunkowanie się do opinii powód zakwestionował potrzebę przeprowadzenia tego dowodu, do czego wyżej się odniesiono. Co do przywołania zacytowanego w tym piśmie zdania biegłego, że roboty ujęte w kosztorysie powoda nie były objęte zamówieniem podstawowym, należy zauważyć, że interpretacja umowy stron, przy uwzględnieniu wszystkich dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie leżała w kompetencjach biegłego. Miał on ocenić, wykorzystując wiedzę specjalistyczną dotyczącą kwalifikacji robót budowlanych w ich aspekcie technologicznym, które prace zostały objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, a które pozostają poza tym zakresem, to zaś zostało odzwierciedlone w tabelach podsumowujących opinię. Żadna ze stron nie żądała uzupełnienia opinii, ani dodatkowego przesłuchania, toteż przedstawione rozróżnienie obu zakresów nie budziło wątpliwości.

Należy zauważyć, że w świetle opinii biegłego powód żądane wynagrodzenie obliczył w wysokości niższej, niż przy przyjęciu kalkulacji zastosowanej przez biegłego, zgodnie z kryteriami wyceny wskazanymi w postanowieniu dowodowym Sądu Okręgowego. Sąd odwoławczy kryteriów tych nie modyfikował w sytuacji braku żądania powoda, które uwzględniałoby kalkulację biegłego. Pozostawienie wysokości należnego powodowi wynagrodzenia obejmującego roboty nieobjęte wynagrodzeniem ryczałtowym, na poziomie wynikającym z kalkulacji powoda, było więc wymagane w świetle art. 321 k.p.c., bowiem powód nie rozszerzył powództwa w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, gdy miał już świadomość przyjęcia przez biegłego wyższych wartości kosztorysowych robót, które powód zgłosił w pozwie. Tym samym ewentualne przyjęcie do zasądzenia wartości robót zakwalifikowanych jako nieobjęte wynagrodzeniem ryczałtowym, zgodnie z kalkulacją biegłego, przedstawioną w opinii, stanowiłoby o wyjściu ponad żądanie powoda.

Mając na uwadze powyższe, należało na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienić zaskarżony wyrok zasądając wskazaną wyżej kwotę brutto, z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2015 roku, a więc od daty przyjętej prawidłowo przez Sąd Okręgowy, jako uwzględniającej wezwanie do zapłaty ze strony powoda i upływ terminu wynikającego z tego wezwania, oddalając powództwo w pozostałych zakresie. Apelację w pozostałej części należało oddalić, co znajduje podstawę w treści art. 385 k.p.c.

Powyższe rozstrzygnięcie musiało prowadzić do zmiany orzeczenia o kosztach postępowania przed Sądem I instancji. Powód ostatecznie wygrał proces w 28%, natomiast poniósł koszty w wysokości 48.321,19 zł, a przy podanym stopniu wygrania sprawy należne mu koszty wynoszą 13.529,93 zł. Z kolei pozwany poniósł koszty w wysokości 14.417 zł, toteż uwzględniając jego wygraną w stopniu 72% należne mu koszty wynoszą 10.380,24 zł. Różnica na rzecz powoda wyniosła 3.149,69 zł i taką też kwotę należało zasądzić od pozwanego, zgodnie z art. 100 k.p.c.

Taki sam stosunek wygrania sprawy przez strony rysuje się w postępowaniu apelacyjnym, a więc również orzekając o tych kosztach należało uwzględnić normę art. 100 k.p.c., pozwalającą na stosunkowe rozdzielanie kosztów. Koszty pozwanego wyniosły 38.857 zł, co przy wygraniu sprawy w 72% daje kwotę 27.977,04 zł, Koszty powoda wyniosły 11.040,88, co przy wygraniu sprawy w 28% daje kwotę 3.091,45 zł. Różnica na rzecz pozwanego wyniosła 24.885,59 zł i taką kwotę zasądzono od powoda tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Halina Zarzeczna Leon Miroszewski Dorota Gamrat-Kubeczak