

Sygn. akt VIII GC 334/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Natalia Pawłowska - Grzelczak

Protokolant: sekretarz sądowy Marta Serwatka

po rozpoznaniu w dniu 26 września 2018 r. w Szczecinie na rozprawie

sprawy z powództwa Zakład (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

przeciwko Gminie S.

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. ustala, że powódka przegrała niniejsze postępowanie w całości, przy czym szczegółowe rozliczenie kosztów procesu pozostawia referendarzowi sądowemu.

Sygn. akt VIII GC 334/16

UZASADNIENIE

Powódka Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy S. kwoty 491.644,38 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 28 maja 2015 r. oraz kosztami procesu w tym kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powódka powołała się na wiążącą strony umowę nr (...) z dnia 4 października 2013 r., zawartą w trybie przetargu publicznego, na mocy której zobowiązała się do wykonania na rzecz pozwanej prac związanych z rozbudową systemu kanalizacji w Gminie S.-Etap T., za wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym na kwotę 4.550.048,85 zł. Dalej wskazała, że trakcie realizacji prac, z uwagi na poważne różnice danych zawartych na podkładach geodezyjnych, zaszła konieczność dokonania istotnych zmian dokumentacji projektowej, skutkujących również koniecznością wykonania szeregu prac dodatkowych - nieprzewidzianych na etapie przygotowania ogłoszenia o przetargu i formułowania oferty. Wskazano, iż pomimo ustalenia zakresu prac dodatkowych i wysokości wynagrodzenia potwierdzonego w protokołach konieczności i negocjacji pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia kolejnej umowy. Wykonując prace dodatkowe, bez których nie byłoby możliwe sfinalizowanie podstawowego przedmiotu umowy powódka działała w przekonaniu, że otrzyma wynagrodzenie określone w protokołach. W świetle powyższego powódka wyjaśniła, że dochodzone pozwem roszczenie obejmuje łączną powykonawczą wartość robót dodatkowych faktycznie wykonanych na rzecz pozwanej i na jej zlecenie, ustaloną wg średnich cen za IV kwartał 2014 r. (...) według kosztorysu robót dodatkowych sporządzonego zgodnie z ustaleniami stron. Jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia powódka wskazała art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Nie kwestionując faktu zawarcia umowy pozwana zarzuciła brak wykazania zasadności roszczenia tak co do zasady jak i co do wysokości. Za sprzeczne ze stanem

faktycznym pozwana uznała twierdzenia powódki dotyczące charakteru wykonanych przez nią prac, które należy zakwalifikować do robót zamiennych, a nie jak sugeruje powódka dodatkowych. Zdaniem pozwanej opisywane w pozwie prace były wykonywane zgodnie z dokumentacją projektową i wytycznymi geodezyjnymi, a jedynie ich niewielka część wymagała korekty (robót zamiennych). Wprowadzone zmiany w większości były nieistotne i realizowane były zamiast prac, których zaniechano w związku ze zmianą pierwotnej wersji przebiegu tras kanalizacyjnych. Pozwana zaznaczyła też, że pomimo podejmowanych przez powódkę prób uzyskania dodatkowego wynagrodzenia, pozwana nie zaakceptowała żądania, powołując się na rodzaj umowy zawartej trybie zamówień publicznych, jej zapisy uniemożliwiające dokonanie zmian w zakresie wynagrodzenia i ryczałtowy charakter wynagrodzenia obejmującego wszelkie ryzyko wykonawcy.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 4 października 2013 r. Gmina S., w rezultacie dokonania wyboru oferty w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego zawarła z Zakładem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w M. umowę o roboty budowlane nr (...).

Na mocy umowy spółka (...) przyjęła do wykonania zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi normami prace dotyczące realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa systemu kanalizacji w gminie S.- Etap T.”. Strony ustaliły, że szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, w tym w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Spółka (...) jako wykonawca oświadczyła przy tym, że stan prawny realizacji przedmiotu umowy jest jej znany, zapoznała się z przedmiotem zamówienia, dokumentacją techniczną, specyfikacją techniczną oraz SIWZ i nie zgłasza żadnych zastrzeżeń dotyczących zakresu prac oraz warunków lokalizacyjnych prowadzenia robót. (§ 1).

Termin rozpoczęcia wykonania przedmiotu umowy wyznaczono z dniem protokolarnego przekazania placu budowy wykonawcy (§ 2 ust. 1). Termin zakończenia prac będących przedmiotem umowy wyznaczono na dzień 30 listopada 2014 r. ze wskazaniem, że za termin wykonania przedmiotu umowy uznaje się dzień uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego (§ 2 ust. 2).

Zgodnie z § 4 wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalone zostało w formie ryczałtu na kwotę 4.550.048,85 zł brutto (ust. 1). Dalej zapisano, że ustalone wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych SIWZ, w tym dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływań innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty, w tym opłaty za zajęcie pasa drogowego (ust. 2). Nadto ustalone wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmienne, nie podlega przeliczeniom i obejmuje wszystkie narzuty i dodatki wykonawcy niezależnie od rozmiaru robót i innych świadczeń oraz ponoszonych kosztów ich realizacji (ust. 3). Niedooszacowanie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego przez strony (ust. 4).

W § 11 umowy strony przewidziały możliwość zmiany sposobu wykonania przedmiotu zamówienia m.in. w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego, zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi na dzień odbioru robót przepisami wykonania przedmiotu umowy (ust. 1), czy w przypadku wprowadzenia zmiany materiałów i urządzeń w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową pod warunkiem, że zmiany te będą korzystne dla zamawiającego i będą dotyczyć poprawienia parametrów technicznych lub będą wynikać z aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny lub zmiany obowiązujących przepisów (ust. 2).

W § 11 ust. 3 umowy strony ustaliły zaś, że wszelkie zmiany i uzupełnienia dotyczące niniejszej umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Umowa została podpisana w imieniu wykonawcy przez prezesa zarządu spółki M. - K. O. (1) i w imieniu zamawiającego przez burmistrza M. D. oraz skarbnika gminy H. P.. Realizacją inwestycji z ramienia zamawiającego zajmował się Wydział Zagospodarowania Przestrzennego i Budownictwa reprezentowany przez naczelnika wydziału E. G..

Załącznik do umowy stanowiła między innymi Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia określająca rzeczowy zakres inwestycji. Zakres rzeczowy obejmował następujące prace:

1. kanalizacja grawitacyjna # 200 mm o długości 7.219,97 m (4 001,66 + 6,50 + 2 601,41 + 9 + 576,50 + 24,90) m,
1. kanalizacja grawitacyjna # 160 mm o długości 551,90 m (78,24 + 397,66 + 56,50 + 19,50) m,
2. studnie rewizyjne # 1200 mm z elementów betonowych B 45 z kietą prefabrykowaną i włazem żeliwnym typu ciężkiego z wypełnieniem betonowym (2 + 1+2) - 5 kpl.,
3. studnie czyszczakowi # 1200 mm z elementów betonowych B 45 z kietą prefabrykowaną i włazem żeliwnym typu ciężkiego z wypełnieniem betonowym z armaturą i wyposażeniem (3+ 14) - 17 kpl.,
4. studnie rewizyjne # 1000 mm monolityczne z tworzyw sztucznych z włazem żeliwnym typu ciężkiego (173 + 90 + 20) -283 kpl.,
5. studzienki kanalizacyjne § 425 mm z tworzywa sztucznego - 37 kpl.,
6. tłocznia PS 1 - prefabrykowana z wyposażeniem - 1 kpl.,
7. tłocznia PS 2 - prefabrykowana z wyposażeniem - 1 kpl.,
8. pompownia PS 3 - prefabrykowana z wyposażeniem - 1 kpl.,
9. pompownia PS 4 - prefabrykowana z wyposażeniem - 1 kpl.,
10. tłocznia ścieków PG - prefabrykowana z wyposażeniem - 1 kpl.,
11. kanalizacja tłoczna § 110 mm o długości 3.363,75 m (57,74 + 79,51 + 730,50 + 2.496),
12. kanalizacja tłoczna § 63 mm o długości 221,50 m,
13. montaż biofiltrów w studniach rozprężnych - 17 szt. (1 + 1+12 + 3),
14. montaż zaworów napowietrzająco-odpowietrzających o # 80 mm do zabudowy podziemnej (2 + 3) - 5 kpl.,
15. odtworzenie nawierzchni gruntowej 1.895,00 m² (790 + 1.105),
16. rozbiórka i odtworzenie nawierzchni brukowej 730,88 m² (282 + 448,88) m²,
17. rozbiórka i odtworzenie nawierzchni z kostki betonowej 278,00 m² (54 + 224) m²,
18. rozbiórka i odtworzenie nawierzchni z betonu asfaltowego 600 m²,
19. zalicznikowa instalacja elektryczna 4x10 mm, 6 m - 1 kpl.

Prace objęte umową miały być realizowane w oparciu o:

- Projekt Budowlano - Wykonawczy kanalizacji sanitarnej - grawitacyjnej 00,2 (...) i tłocznej 0110, (...) w miejscowości T. Gm. S. działki nr : (...) (po podziale (...)) (obręb T.) opracowany w listopadzie 2006 r. - zatwierdzony decyzją Starosty (...) o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 23 kwietnia 2008 r.,
- Projekt Budowlany kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej 00,2 (...) i tłocznej 0110, (...) w miejscowości T. gm. S., działki nr (...) (obręb T.) zatwierdzony decyzją Wojewody (...) nr (...) z dnia 14 kwietnia 2008 r.,
- Projekt Budowlany kanalizacji T. - W. wraz z niezbędnymi urządzeniami projektowanej na działkach (...) (54 obręb Ż.), (...) (50 obręb T.), gmina S. - zatwierdzony decyzją Wojewody (...) o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 12 grudnia 2012 r.,
- Projekt Budowlany sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej 00,2 (...) i kanalizacji tłocznej 0110 PE w miejscowości T. w granicach działek (...) dz. nr (...) (obręb T.), gmina S. - zatwierdzony decyzją Wojewody (...) o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 23 października 2012 r.,
- Projekt Budowlany budowy kanalizacji sanitarnej T. - W. wraz z niezbędnymi urządzeniami projektowanej na działce (...) (50 obręb T.), gmina S. - zatwierdzony decyzją Starosty (...) o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 27 grudnia 2012 r.

•

Dowód: umowa o roboty budowlane nr (...) karta 17-20 i 244-250, wydruk S pecyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia karta 22-31, oferta karta 444-445; dokumentacja zawarta teczkach dołączonych do akt sprawy

Zakres rzeczowy prac ujętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie był w całości zgodny z projektami budowlanymi będącymi podstawą pozwoleń na budowę co do długości kolektorów grawitacyjnych i rurociągów tłocznych (ciśnieniowych), gdyż istniały znaczne rozbieżności co do długości sumy kanałów stosunku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z projektami budowlanymi w oparciu, o które realizowana była umowa (...) zakres rzeczowy wynosił w odniesieniu do kanalizacji grawitacyjnej # 200 mm 7.351,28 m, w odniesieniu do kanalizacji grawitacyjnej # 160 mm 1(...) m, kanalizacji tłocznej # 110 mm 2.662,16 m i w odniesieniu do kanalizacji tłocznej # 63 mm 952 m. Rozbieżności w ilości rurociągów w poszczególnych kanalizacjach wyniosła łącznie -1.309,32 m, w tym w przypadku kanalizacji grawitacyjnej # 200 mm (-131,31 m), grawitacyjna # 160 mm (-1.149,10 m), kanalizacja tłoczna # 110 mm (- (...),59 m) i tłoczna # 63 mm (- 730,50 m).

Dowód: opinia biegłego sądowego J. W. - karta 367-415

Spółka (...) nie wskazywała na zaistnienie jakichkolwiek rozbieżności czy błędów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w odniesieniu do projektów budowlanych stanowiących załączniki do tej specyfikacji. W trakcie postępowania przetargowego spółka (...) nie zgłaszała też żadnych uwag i nie kierowała do zamawiającego pytań dotyczących realizacji inwestycji w kontekście zaistniałych różnic.

Dowód: zeznania świadka A. M. karta 287 - 289,

zeznania w charakterze strony powodowej K. O. (2) karta 319v-320

Dla inwestycji realizowanej w ramach projektu „Rozbudowa systemu kanalizacji w Gminie S.- Etap T.” dla odcinka budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - tłocznej w m. T. w pasie drogi wojewódzkiej Nr (...) prowadzony był dziennik budowy nr (...), dla odcinka budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w m. T. dziennik budowy nr (...), dla odcinka budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - tłocznej w m. T. na dz. 552 i 553 (...) prowadzony był dziennik budowy nr (...), zaś dla odcinka budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - tłocznej z m. T. do m. W. na dz. 406 i (...) dziennik budowy nr (...).

Funkcję kierownika robót sanitarnych w odniesieniu do powyższej inwestycji objęła E. K., następnie funkcję tę przejął A. M., zaś E. K. zapewniała nadzór autorski. Funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego pełnił T. C.. Funkcję inspektora nadzoru branży elektrycznej pełnił Z. O..

Dowód: dzienniki budowy karta 101-129,

zeznania świadka A. M. karta 286v – 289,

zeznania świadka T. C. karta 289-290

zeznania świadka Z. O. karta 290-209v

Wpisem z dnia 25 października 2013 r. w dzienniku budowy nr (...) kierownik budowy - A. M. stwierdził przystąpienie do budowy sieci kanalizacyjnej tłocznej na odcinku T.-W.. W tym samym dniu w dziennik budowy nr (...) umieszczony został wpis A. M. dotyczący przystąpienia do budowy kanalizacji grawitacyjno - tłocznej w m. T..

Dowód: dzienniki budowy karta 101-129.

W trakcie realizacji umowy pojawiły się trudności związane z ujawnieniem różnic danych zawartych na podkładach geodezyjnych nie pokrywających się ze stanem faktycznym, różnic terenowych, niezgodności dokumentacji z istniejącym terenem, powstaniem nowych budynków i wykonanych już kanalizacji. Trudności wystąpiły m.in. na odcinku przy ul (...) w zakresie kanalizacji grawitacyjnej od S22 do S22.2 od PG do S25 i od S56 do S64 Kolektor tłoczny - od PG do punktu włączenia, przy ul. (...) w zakresie kanalizacji grawitacyjnej od S77.12 do S77.9 ,kanalizacji grawitacyjna od S82 do S86 (zmiana kanalizacji grawitacyjnej na kolektor tłoczny dla bud. Nr 7) czy przy ul. (...) - w zakresie kanalizacji grawitacyjnej od S 98.35 do boiska.

Zgłaszane przez spółkę (...) problemy związane z bieżącym postępem robót i zagadnieniami techniczno-formalnymi w tym brakiem możliwości realizacji robót zgodnie z pierwotnym projektem z uwagi na faktyczne zmiany, jakie zaszły od momentu wykonania projektów do realizacji omawiane były na odbywających się cyklicznie radach budowy. Z poszczególnych narad jakie odbyły się w okresie od 20 lutego 2014 r. do 23 lutego 2015 r., w których udział brali przedstawiciele uczestników procesu budowlanego, sporządzane były protokoły.

W trakcie narad spółka (...) wskazywała na konieczność zmian projektowych i konieczność wykonania kanalizacyjnych robót dodatkowych głównie w zakresie przyłączy obiektów nowych, zrealizowanych po 2007 r. tj. po wykonaniu projektów budowlanych, a także zmiany głębokości układania kanalizacji grawitacyjnej. Wskazywała też na problemy wynikające z własnych propozycji i zmian oraz konieczności rozwiązań występujących kolizji nie uwidocznionych w dokumentacji projektowej, a najczęściej wynikających z braku zinwentaryzowania urządzeń podziemnych jak np. rurociągi melioracyjne lub wybudowane kanalizacje deszczowe oraz z uwagi na trudności w „gęstej zabudowie”. W związku z powyższym w trakcie narad spółka (...) wzywana była do przedłożenia kosztorysów ofertowych, wyceny i kosztorysów rozliczeniowych (różnicowych). Na wprowadzane poszczególne zmiany spółka (...) przedstawiała kosztorysy różnicowe. Ostateczny termin na wprowadzenie korekt do kosztorysu różnicowego na dotychczas wprowadzone zmiany ustalono na dzień 26 listopada 2014 r. W trakcie narad spółka (...) deklarowała też dalsze terminy zakończenia robót podstawowych w tym na dzień na 16 stycznia 2015 r., 26 stycznia 2015 r., 31 stycznia 2015 r., 9 lutego 2015 r., 14 lutego 2015 r., 23 lutego 2015 r.

Ostateczne zakończenie robót spółka (...) zgłosiła na Radzie Budowy w dniu 23 lutego 2015 r.

Dowód: protokoły z rady budowy karta 34-100

dokumentacja zawarta teczkach dołączonych do akt sprawy

zeznania świadka A. M. karta 287 - 289,

zeznania świadka T. C. karta 280-290,

zeznania świadka Z. O. karta 290-290v,

zeznania świadka E. G. karta 290v-292v,

zeznania świadka M. C. karta 317v-318v,

zeznania świadka M. D. karta 318-319,

zeznania w charakterze strony powodowej K. O. (2) karta 319v-320

Prace wykonywane przez spółkę (...) w zakresie inwestycji o nazwie „Rozbudowa systemu kanalizacji w gminie S. - Etap T.” prowadzone były w okresie realizacji umowy nr (...). Spółka (...) wszystkie prace, w tym określane jako prace dodatkowe realizowała równoległe z robotami podstawowymi począwszy od kwietnia 2014 r.

Dowód : opinia biegłego sądowego J. W. - karta 367-415,

dokumentacja zawarta teczkach dołączonych do akt sprawy

W związku z ujawnieniem powyższych trudności biuro (...) - I. (...) w (...) spółka jawna dokonała na zlecenie Gminy S. zmian w aneksie do projektu budowlanego, w oparciu, o który realizowana była umowa.

Dowód: decyzja z 16.12.2014 r. karta 130-133 ,

zeznania świadka A. M. karta 286v - 289,

zeznania świadka T. C. karta 289-290,

zeznania świadka Z. O. karta 290-290v,

zeznania świadka E. G. karta 290v-291,

zeznania świadka M. C. karta 317v-318v,

Omawiane na naradach kwestie dotyczące występowania kolizji i sposobu ich usunięcia, odstępstw od projektu budowlanego i warunków pozwoleń na budowę, wysokiego stanu wód i przyczyn zmian projektowych czy odtwarzania nawierzchni drogowych nie znajdowały odzwierciedlenia we wpisach umieszczanych w dziennikach budowy.

Dowód: dzienniki budowy karta 101-129

W piśmie z dnia 10 października 2014 r. spółka (...) zwróciła się do Gminy S. z wnioskiem o przedłużenie terminu zakończenia robót dotyczącego realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa systemu kanalizacji w gminie S. - Etap T.” do dnia 31 stycznia 2015 r. wskazując na liczne trudności powstałe na etapie wykonawstwa budowy kanalizacji począwszy od różnic danych zawartych na podkładach geodezyjnych nie pokrywających się w znacznym stopniu ze stanem faktycznym w terenie czego konsekwencją były konieczne zmiany projektowe.

Ostatecznie w aneksie nr (...) z dnia 27 listopada 2014 r. wskazując na wystąpienie okoliczności przewidzianych w § 11 ust. 2 pkt 2 i 4 umowy, strony postanowiły zmienić termin zakończenia prac zastępując wyznaczoną wcześniej datę 30 listopada 2014 r. datą 28 lutego 2015 r.

Dowód: aneks nr (...) z dnia 27.11.2014 r. karta 21 i 241, pismo z dnia 10.10.2014 r. karta 33 i 242-243

W dniu 12 listopada 2014 r. z uwagi na zmiany projektu budowlanego gmina S. wystąpiła z wnioskiem o zmianę pozwolenia na budowę.

Dowód: decyzja z 16.12.2014 r. karta 130-133

W dniu 10 listopada 2014 r. sporządzony został protokół konieczności nr 1 na wykonanie robót dodatkowych zgłoszonych na wniosek wykonawcy z dnia 15 września 2014 r. W uzasadnieniu przyjęcia wniosku wskazano, że na radzie budowy stwierdzono konieczność wykonania dodatkowych przyłączy do budynku nr (...),(...) oraz do nowo budowanej remizy na ul. (...), do budynku nr (...),19b,4 na ul. (...), do budynku nr (...),(...) na ul. (...), przyłącza do budynku nr (...) na ul. (...) oraz do budynku na odcinku (...) - (...), przyłącza do budynku (...) i 3a na ul. (...), przyłącza do budynku na ul. (...) od studni (...) z uwagi na nowo wybudowane budynki oraz na prośbę mieszkańców, którzy na etapie projektowania nie wyrażali chęci posiadania przyłącza kanalizacyjnego (pkt I). Wskazano też na konieczność przeprojektowania odcinka od S53 do S76 wraz ze zmianą parametrów przepompowni PS3 i dołożeniem dodatkowego odcinka rurociągu tłoczego z rur PE fi 110 w stosunku do wersji pierwotnej z uwagi na zmianę w zabudowie mieszkalno-gospodarczej i konieczność wykonania dodatkowego przebiecia od (...) do 100.1 na ul. (...), z uwagi na istniejący separator i konieczność przejścia pod nim (pkt II i III). Dalej wskazano, że w obawie o obsunięcie się nasypu drogi i naruszenie konstrukcji budynków na ul. (...) dokonano zmian projektowych spadków, co wiązało się z koniecznością zmiany lokalizacji tłoczni PG oraz wybudowaniem dodatkowego rurociągu tłoczego od węzła P. do PG (pkt IV). Nadto wskazano na wykonanie przyłącza do budynku nr (...) w zamian za zezwolenie na rozbiórkę płotu w celu budowy kolektora, przyłącza do działki (...) w ul. (...) w zamian za przejście kolektora kanalizacyjnego po terenie prywatnym, rozbiórkę i wymianę elementów betonowego ogrodzenia przy budynku nr (...) na ul. (...) związaną z koniecznością budowy kolektora kanalizacyjnego oraz opłatę odszkodowawczą związaną z przejściem kanalizacji przy posesji (...) przy ul. (...) (pkt V). W kolejnym punkcie wskazano na wydłużenie przecisku przy przejściu przez tory (...) na ul. (...), z uwagi na przebiegające podziemne sieci oraz lampę oświetleniową (pkt VI). Z uwagi na błędne rzędne podkładów geodezyjnych wskazano na konieczność przeprojektowania odcinków sieci kanalizacyjnej i zastosowania przepompowni przydomowych przy ul. (...) na odcinkach od S82 do S86 oraz od S77.9 do S77.12 (pkt VII). Jednocześnie w protokole zapisano, że wzrost ceny wynosi 316.334,22 zł netto. W protokole zaznaczono, że został on podpisany przez kompetentnych i uprawnionych przedstawicieli wykonawcy oraz inżyniera w imieniu zamawiającego. Protokół został podpisany w imieniu wykonawcy przez prezesa zarządu spółki M. - K. O. (1) i w imieniu inżyniera ((...)-Usługa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.) przez T. C. i w imieniu zamawiającego przez burmistrza M. D..

Załącznik do powyższego protokołu konieczności stanowił protokół z negocjacji nr 1 - wartości i cen jednostkowych na roboty dodatkowe z dnia 10 listopada 2014 r. wraz ze szkicami. W protokole negocjacji zawarty został szczegółowy opis wartości i cen jednostkowych ujętych w nim prac. W treści protokołu zapisano, że dokonana w nim wycena opiera się na wartości całkowitej poszczególnych pozycji określonych w oparciu o obmiary wynikające z zatwierdzonego projektu wykonawczego i potwierdzonego przez Inspektorów Nadzoru i Inżyniera Kontraktu. W umieszczonej w protokole tabeli nr 1 zawarta została ilość i cena proponowana przez wykonawcę, zaś w tabeli nr 2 skorygowane ilości i ceny przez inżyniera kontraktu, z zaznaczeniem, że do wyceny przyjęto ceny z oferty przetargowej. W końcowej części protokołu zamieszczony został zapis, zgodnie, z którym łączne zwiększenie wartości kontraktu wynikające z tabeli nr 2 zostanie udzielone odrębną umową i wynosi 316.334,22 zł netto + 23% VAT (pkt 5). Protokół z negocjacji został podpisany w imieniu wykonawcy przez prezesa zarządu spółki M. - K. O. (1) i w imieniu inżyniera ((...)-Usługa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.) przez T. C..

W protokole z negocjacji nr 1 jako wynegocjowane roboty dodatkowe wymieniono:

1. ul. (...): 2 - przyłącze do budynku,
1. ul. (...): 3, 4 i 20 - przyłącza do budynków,
2. ul. (...) oraz działka pod remizę - przyłącza do budynków i realizowanej OSP.
3. ul. (...) - zmiana sieci kanalizacyjnej na odcinku S (...),

4. ul. (...) - zmiana rurociągu grawitacyjnego w stosunku do pierwotnego projektu,
5. ul. (...) - przyłącza do budynku,
6. ul. (...) - przyłącze do budynku,
7. ul. (...) - przebicie od S 102 do S100.1
8. ul. (...) - rurociąg tłoczny od P. do PG,
9. ul. (...) - przyłącze do budynku,
10. ul. (...) - przyłącze do budynku,
11. ul. (...) - przyłącze do budynku,
12. ul. (...) - przyłącze do budynku,
13. ul. (...) - studnie zamienne i nie wykonane,
14. ul. (...) dz. Nr ew. 455 - przyłącze domowe,
15. ul. (...) - przyłącza do budynków,
16. ul. (...) - przyłącze do budynku od studni S 98.13.3,
17. ul. (...) - studnie zamienne i nie wykonane,
18. ul. (...) - wydłużenie przewiertu pod torami (...),
19. ul. (...) - odtworzenie ogrodzenia,
20. ul. (...) - zamiana odcinka sieci grawitacyjnej S 82 - S 86 na rurociąg tłoczny wraz z przydomową przepompownią ścieków,
21. ul. (...) - zamiana odcinka sieci grawitacyjnej S 77.9 - S 77.12 na rurociąg tłoczny wraz z przydomową przepompownią ścieków,
22. ul. (...) - przyłącze do budynku,
23. ul. (...) na odcinku S 77.2.11 - S 77.2.10 dodatkowe przyłącze do budynku.

Dowód: protokół z negocjacji karta 134-141, protokół konieczności karta 141v-143, protokołu z negocjacji wraz z załącznikami karta 144-170, protokół z negocjacji i konieczności karta 251-272, dokumentacja zawarta teczkach dołączonych do akt sprawy

Roboty ujęte w protokole z negocjacji nr 1 i protokole konieczności nr 1 z dnia 10 listopada 2014 r. zrealizowane przez spółkę (...) nie miały charakteru prac dodatkowych i winny być zakwalifikowane jako roboty zamienne, odtworzeniowe w stosunku do podstawowego zakresu umowy o roboty budowlane nr (...).

Dowód: opinia biegłego sądowego J. W. - karta 367-415 , pisemna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. W. karta 485-526, ustna uzupełniająca pinią J. W. karta 452-453, 613-616,651-652,

W dniu 16 grudnia 2014 r. decyzją nr (...), uwzględniając wniosek Gminy S., Wojewoda (...) zmienił pierwotną decyzję o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 14 kwietnia 2008 r. i zatwierdził przedstawiony przez gminę projekt budowlany

- aneks do budowy sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - tłocznej w zakresie działek o numerach ewidencyjnych gruntu 450/2, 570, 592, (...) udzielając pozwolenia na budowę w zakresie objętym zmienionym projektem.

Dowód: decyzja z 16.12.2014 r. karta 130-133

W piśmie z dnia 9 lutego 2015 r. spółka (...) poinformowała Gminę S., że obecnie realizowane są prace związane z wprowadzeniem zmian projektowych, (wynikających zarówno ze zmiany decyzji (...) Urzędu Wojewódzkiego nr (...) i Starosty (...) nr (...)), które zwiększyły zakres prac objętych umową z dnia 4 października 2013 r. i zostały określone w protokole konieczności nr 1 z dnia 10 listopada 2014 r. Dalej zaznaczyła, że do dnia 28 lutego 2015 r. zakończy wszystkie roboty budowlane i rozpocznie procedurę uzyskania pozwolenie na użytkowanie, jednak po otrzymaniu informacji, iż decyzja nr (...) jest prawomocna, zawarciu aneksu z określeniem terminu zakończenia całej inwestycji łącznie z robotami dodatkowymi, oraz zawarciu umowy na roboty dodatkowe, które prowadzone są równolegle z zamówieniem podstawowym, a bez których nie jest możliwe zakończenie podstawowego zakresu prac.

Dowód: pismo z 09.02.2015 r. karta 171, 284-285

W dniu 13 marca 2015 r. sporządzony został protokół odbioru końcowego robót budowlanych realizowanych wg umowy nr (...), w ramach którego komisja do spraw odbioru postanowiła odebrać od wykonawcy roboty zrealizowane według umowy nr (...) z dnia 4 października 2013 r. (pkt 19).

W treści protokołu stwierdzono, że przedmiot umowy został wykonany w czasie od 25 października 2013 r. do 23 lutego 2015 r. (pkt 10). Stwierdzono również, że roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną przekazaną wykonawcy, pozwoleniami na budowę, przepisami prawa budowlanego a materiały użyte do budowy spełniają wymogi ustawy o wyrobach budowlanych do stosowania w budownictwie z 2004 r. Roboty zostały wykonane zgodnie z umową oraz w umownym terminie (pkt 13). W protokole zawarte zostały również uwagi wykonawcy, w których zaznaczono, że przedmiotem odbioru końcowego są również roboty dodatkowe wykonane zgodnie z protokołem negocjacji nr 1 z dnia 10 listopada 2014r. (za wyjątkiem pozycji nr 3 w ul. (...) przyłączy do budynku nr (...) oraz w ul. (...) przyłączy do budynku nr 1 i 3a, z których realizacji zamawiający zrezygnował). Zamawiający odebrał roboty dodatkowe i zamienne bez uwag i zastrzeżeń. Zapisano w uwagach, że rozliczenie za roboty dodatkowe będzie przedmiotem odrębnych ustaleń stron (pkt 13 uwagi).

W skład komisji odbiorowej wchodził przedstawiciele nadzoru inwestorskiego, nadzoru autorskiego, wykonawcy i użytkownika, którzy podpisali protokół.

W dniu 13 marca 2015 r. sporządzony został również protokół odbioru końcowego za okres od dnia 25 października 2013 r. do dnia 23 lutego 2015 r., w którym komisja potwierdziła wykonanie robót na podstawie umowy nr (...) i projektu wraz ze zmianami. W protokole zawarto też zestawienie wartości wykonanych robót podstawowych zgodnie z umową nr (...), w którym wartość robót podstawowych od początku budowy określono na kwotę 3.699.226,71 zł.

Nadto sporządzony został protokół odbioru robót dodatkowych za okres od dnia 10 listopada 2014 r. do dnia 23 lutego 2015 r., w którym komisja potwierdziła wykonanie robót dodatkowych na podstawie zatwierdzonego protokołu z negocjacji nr 1 i protokołu konieczności nr 1 z dnia 10 października 2014 r. zgodnie ze wskazanym zakresem rzeczowym.

Każdy z powyższych protokołów został opatrzony podpisem inspektora nadzoru (T. C.), przedstawiciela inwestora (E. G.) oraz generalnego wykonawcy (w tym K. O. (1)).

Dodatkowo sporządzone zostały też zestawienia wartości wykonanych robót dodatkowych na podstawie protokołu z negocjacji nr 1 i protokołu konieczności nr 1 z dnia 10 października 2014 r., w którym powykonawczą wartość robót dodatkowych wykonanych od początku budowy wyliczonych wg. średnich cen za IV kwartał 2014 r. I. określono na kwotę 491.644,38 zł, wskazaną także jako łączna wartość wynikająca z kosztorysu. Zestawienie i kosztorys nie zostały opatrzone żadnym podpisem.

Dowód : protokół końcowy z 13.05.2015 r. karta 172-177 i 274-285, wydruk zestawienia wartości wykonanych robót dodatkowych karta 178-180

Wartość wszystkich robót dodatkowych zrealizowanych przez spółkę (...) - wskazanych w protokole odbioru robót dodatkowych z dnia 13 marca 2015 r. za okres od 10 listopada 2014 r. do 23 lutego 2015 r. oraz w protokole z negocjacji nr 1 i protokole konieczności nr 1 z dnia 10 listopada 2014 r., przy uwzględnieniu cen z czasu ich wykonania tj. z 2014 r. oraz prac wykonanych jedynie „w części” (np. niedoprowadzenia przyłączy do budynku) - wyniosła 123.162,31 zł brutto.

Wszystkie prace wymienione jako dodatkowe miały charakter prac zamiennych, a ich wartość nie była wyższa od prac podstawowych wskazanych w pierwotnym zakresie umowy o roboty budowlane nr (...).

Wszystkie wykonane przez spółkę (...) roboty dla wybudowania systemu kanalizacji sanitarnej w miejscowości T. (...) mieszczą się w kosztach ryczałtowego wynagrodzenia, wynikającego z § 4 ust. 1 umowy z dnia 4 października 2013 r. ustalonego na kwotę 4.550.048,85 zł, a w trakcie realizacji inwestycji nie było konieczności wykonania robót dodatkowych, bez których wybudowany system kanalizacji sanitarnej nie mógłby być użytkowany zgodnie z jego przeznaczeniem.

Dowód: opinia biegłego sądowego J. W. - karta 367-415 , pisemna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. W. karta 485-526, ustna uzupełniająca opinia J. W. karta 452-453, 613-616,651-652

W piśmie z dnia 18 maja 2015 r. pełnomocnik spółki (...) wezwał Gminę S. do dobrowolnego uregulowania należności w kwocie 491.644,38 zł stanowiącej równowartość prac dodatkowych zrealizowanych na podstawie protokołu z negocjacji nr 1 i protokołu konieczności nr 1 z dnia 10 listopada 2014 r. wykonywanych równoległe z pracami objętymi umową nr (...). W piśmie wskazano, że powyższa kwota stanowi równocześnie wartość bezpodstawnego wzbogacenia po stronie gminy.

Dowód: wezwania do zapłaty z 18.08.2015 r. karta 181-182

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Powództwo okazało się nieuzasadnione.

Powodowa spółka (...) domagała się w niniejszej sprawie od pozwanej Gminy S. zapłaty utrzymując, że zgłoszone w pozwie żądanie obejmuje roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, do którego miało dojść po stronie pozwanej wskutek wykonania na jej rzecz przez powódkę robót dodatkowych, nieujętych w zawartej przez strony pisemnej umowie nr (...). Podstawy prawnej swojego roszczenia powódka upatrywała przy tym w art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. oraz w zw. z art. 139 ust. 2 ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zmianami – dalej p.z.p.), twierdząc, że o spełnieniu przesłanek z art. 410 k.c. przesądza okoliczność jakoby wskutek niedochowania przez strony - z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanej - wymogów art. 139 ust.2 p.z.p. nie doszło do zawarcia pisemnej umowy przedmiotem, której miało być wykonanie przez powoda robót ujętych w protokole konieczności nr 1. Wskazano, iż pozwana zleciła powódcie realizację robót dodatkowych objętych protokołem konieczności - doszło więc między stronami do zawarcia umowy ustnej, która z uwagi na treść art. 139 ust. 2 p.z.p. jest nieważna. Podniesiono, że strony wstępnie ustaliły wysokość wynagrodzenia należnego powódcie - kwota wynagrodzenia była wynikiem wielotygodniowych negocjacji i ustępstw po stronie powoda i nie pokrywała faktycznej wartości robót, jakie miała zrealizować powódka, a roboty ujęte w protokole z negocjacji nr 1 oraz w protokole konieczności nr 1, a następnie odebrane przez pozwaną na podstawie protokołu z dnia 13 marca 2015 r. miały charakter robót dodatkowych - nieobjętych zamówieniem podstawowym i niezbędnych do prawidłowego wykonania inwestycji. Ich realizacja stała się zaś konieczna na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Roboty te nie zostały uwzględnione w umowie podstawowej - nie zostały przewidziane ani na etapie projektowania ani na etapie publikacji ogłoszenia o przetargu.

W ocenie Sądu orzekającego w świetle powyższych przytoczeń faktycznych podstawę prawną roszczenia powódki stanowi więc nie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. (powódka nie dochodzi bowiem zwrotu nienależnie spełnionego świadczenia), lecz przepisy ogólne o bezpodstawnym wzbogaceniu, tj. art. 405 i nast. k.c., (gdyż powódka domaga się zwrotu równowartości uzyskanego przez pozwaną bezpodstawnego wzbogacenia, a nie zwrotu spełnionego na rzecz pozwanej świadczenia - robót budowlanych). Roszczenie powódki należało tym samym rozpatrywać w świetle w art. 405 - 409 k.c.

Wspomniany art. 405 k.c. zawiera w swojej treści normę, która każdemu kto uzyskał korzyść majątkową bez podstawy prawnej nakazuje wydanie w naturze tej korzyści, a gdyby nie było takie wydanie korzyści w naturze możliwe – to zwrotu wartości tej korzyści majątkowej. Przepis ten wyznacza przy tym podstawowe, pozytywne przesłanki powstania roszczenia zubożonego o zwrot wzbogacenia, a mianowicie wymaga wykazania, że doszło do wzbogacenia majątku jednej osoby (wzbożonego), uzyskanego kosztem majątku innej osoby (zubożonego), że między wzbogaceniem i zubożeniem zachodzi koincydencja oraz, że wzbogacenie nastąpiło bez podstawy prawnej (por. wyrok SN z 20.07.2007 r. w sprawie I CSK 105/07; wyrok SA w Łodzi z 25.02.2014 r. w sprawie I ACa 1121/13; wyrok SA w Łodzi z 9.06.2016 r. w sprawie I ACa 1754/15).

Na tym tle powód domagał się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 491.644,38 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 28 maja 2015 r. twierdząc, że strona pozwana - Gmina S. wzbogaciła się jej kosztem jako zubożonej przez to, że zleciła w sposób nieformalny, z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych roboty, co do których strony nie zawarły pisemnej umowy, a które były przedmiotem ustaleń na radach budowy i ostatecznie zostały ujęte w sporządzonym na tę okoliczność protokole z negocjacji nr 1 oraz w protokole konieczności nr 1, a następnie odebrane przez pozwaną na podstawie protokołu odbioru z dnia 13 marca 2015 r.

W świetle powyższego, aby roszczenie powódki mogło zostać uwzględnione, spoczywał na niej na podstawie art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. ciężar kumulatywnego udowodnienia wynikających z powołanego powyżej art. 405 k.c. przesłanek. Wskazanych przesłanek w ocenie Sądu powódka w niniejszej sprawie nie zdołała udowodnić. Przynajmniej powódka nie dowiodła, że doszło do wzbogacenia majątku pozwanej gminy kosztem jej majątku. Wprawdzie nie ulega wątpliwości, że w zakresie robót, za które obecnie powódka domaga się wynagrodzenia, nie doszło do zawarcia przez strony nowego ważnego stosunku umownego, niemniej w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie sposób uznać, że roboty te miały charakter robót dodatkowych w stosunku do pierwotnie wiążącej strony umowy nr (...). Dla takiego ustalenia konieczne było, ze strony Sądu zasięgnięcie wiadomości specjalnych, czemu służyły sporządzone w niniejszej sprawie opinie biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Wyznaczony biegły sądowy J. W. w toku sprawy dwukrotnie wypowiadał się pisemnie i ustnie wyjaśniając poczynione w opiniach pisemnych wnioski. W opinii głównej, opierając się na zeznaniach przesłuchanych w sprawie świadków, załączonych do akt dokumentów, analizie i badaniach zagadnień technicznych wynikających z siedmiu projektów budowlanych oraz dokonując własnych ustaleń na podstawie wizji lokalnej biegły stwierdził, że prace zrealizowane przez powódkę, a ujęte w protokole odbioru robót dodatkowych za okres od 10 listopada 2014 r. do 23 lutego 2015 r., z dnia 13 marca 2015 r. oraz w protokole z negocjacji nr 1 i protokole konieczności nr 1 z dnia 10 listopada 2014 r. - nie kwalifikują się do „robót dodatkowych”, nie ujętych w dokumentacji dotyczącej pisemnej umowy zawartej przez powódkę z pozwaną gminą, a jedynie do robót zamiennych i odtworzeniowych. Materiał dowodowy pozwala również, na przyjęcie, iż wykonanie części prac, które powódka określa jako dodatkowe były w istocie wynikiem zaproponowanych przez powódkę zmian i rozwiązań - w szczególności wykonanie rurociągu tłoczego, co zasadniczo zmieniło zakres rzeczowy prac a ponadto, nie było niezbędne do wykonania zleconych robót. Ponadto zmiana w tym zakresie sprowadzała się jedynie do ułatwienia realizacji robót powodowi, a pozwana nie uzyskała w tym zakresie żadnych realnych korzyści na etapie wykonawstwa, a ponadto podwyższyło to koszty późniejszej eksploatacji. W rezultacie dokonując zamiany kanalizacji grawitacyjnej na rurociąg tłoczny powódka obniżyła koszty realizacji robót ziemnych oraz uniknęła szalowania wykopów i spowodowała zwiększenie kosztów eksploatacji na późniejszym etapie. Wymiar oszczędności finansowych w tym zakresie na łączną kwotę 1 581 526, 49 złotych w kontekście żądania zapłaty za roboty dodatkowe absolutnie nie mógł zostać przez Sąd orzekający pominięty.

Stwierdzić również należy, że powódka nie realizowała „robót dodatkowych” okresie od 10 listopada 2014 r. do 23 lutego 2015 r., wszystkie te roboty wykonywane były bowiem równolegle z robotami podstawowymi zgodnymi z pierwotnymi projektami budowlanymi i pozwoleniami na budowę z 2008 r. i 2012 r., prowadzone były w okresie realizacji umowy tj. od dnia 25 października 2013 r. do 30 listopada 2014 r., a więc w terminie wyprzedającym sporządzenie protokołów z negocjacji i konieczności. Powyższe potwierdza także opinia biegłego sądowego.

W tym miejscu zaznaczenia również wymaga, że opinie biegłego J. W. pozwoliły w niniejszej sprawie nie tylko na zakwalifikowanie robót realizowanych przez powódkę jako nie wykraczające poza stosunki wynikające z umowy pisemnej, ale także na określenie wartości tych robót. Mając na uwadze wnioski opinii biegłego w tym zakresie bez wątplenia w ocenie Sądu między rzekomym wzbogaceniem się strony pozwanej, a zubożeniem strony powodowej nie zachodzi koincydencja, tzn. taki stosunek, w którym oba te następstwa mają wspólną przyczynę. Przyczyną taką - niezależnie od kwalifikacji „prac dodatkowych” jako zamiennych - nie mogło być wykonywanie prac dodatkowych, skutkiem ich wykonywania nie było bowiem wzbogacenie się pozwanej o wartość kosztów tych robót, jak i zubożenie w takim samym zakresie powódki. Jak wynika z uzupełniającej opinii biegłego wartość wszystkich robót dodatkowych zrealizowanych przez spółkę (...) - wskazanych w protokole odbioru robót dodatkowych z dnia 13 marca 2015 r. oraz w protokołach z negocjacji i konieczności z dnia 10 listopada 2014 r. wyniosła 123.162,31 zł brutto. Dokonując wyceny tych prac, (wyjaśniając przy tym, że określane przez powódkę „roboty dodatkowe”, stanowiły jedynie roboty zamienne) biegły stwierdził, że ich wartość nie była wyższa od prac podstawowych wskazanych w podstawowym zakresie umowy o roboty budowlane nr (...). Biegły wyjaśnił też, że „prace dodatkowe” nie były ekonomicznie nieuzasadnione z punktu widzenia ekonomiki inwestycji, ale ich zamiennie wykonanie wpływa na zwielokrotnienie kosztów eksploatacyjnych liczonych w dziesiątkach lat użytkowania systemów kanalizacyjnych, obciążających mieszkańców miejscowości T., o czym wykonawca nie poinformował pozwanej gminy. Oszczędności powódki w związku z wykonaniem prac zamiennych biegły oszacował przy tym na kwotę około 1.581.526,49 zł jako różnicę między kwotą 1.897.860,71 zł stanowiącą łączną wartość prac niewykonanych, a kwotą 316.334,22 zł stanowiącą wartość „prac dodatkowych”. Dodatkowo już tylko podnieść należy, iż wskazana wyżej kwota „zaoszczędzonych” kosztów w świetle żądania pozwu jako się jako nadużycie prawa.

W świetle powyższego wobec stanowczych wniosków biegłego, z których w sposób jednoznaczny wynika, że w związku z wykonaniem „prac dodatkowych” powód nie poniósł dodatkowych kosztów, nie można przyjąć, że doszło do wzbogacenia majątku pozwanej uzyskanego kosztem majątku powódki, roszczenie dochodzone pozwem w oparciu o przedstawione w nim okoliczności faktyczne i konstrukcję prawną musiało zostać uznane za nieuzasadnione.

Dodatkowo w związku z kwalifikacją „prac dodatkowych” jako zamiennych czy odtworzeniowych, a więc co do zasady objętych pisemną umową, podkreślenia wymaga, że umowa będąca źródłem zobowiązania została zawarta w reżimie regulacji dotyczących zamówień publicznych. Jednym z istotnych elementów procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia publicznego jest zaś określenie sposobu i rodzaju wynagrodzenia za wykonanie danego przedmiotu zamówienia. Przyjęta przez zamawiającego forma wynagrodzenia nabiera przy tym szczególnego znaczenia w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Prawo zamówień publicznych, Prawo budowlane ani żadne inne przepisy nie zawierają regulacji nakładających na zamawiającego obowiązek przyjęcia w umowie wprost określonego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie danego przedmiotu zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 139 ust. 1 odsyła w tym zakresie do kodeksu cywilnego. Tam, w ramach regulacji dotyczących umowy o dzieło, zostały zdefiniowane dwa rodzaje wynagrodzenia umownego: ryczałtowe (art. 628 k.c.) i kosztorysowe (art. 629 - 631 k.c.). Generalnie ustalenie danego rodzaju wynagrodzenia w umowie, w ramach zasady swobody kontraktowania ujętej w art. 353¹ k.c., pozostawione jest decyzji stron umowy.

W niniejszej sprawie ustalone przez strony wynagrodzenie zostało określone w formie ryczałtu (§ 4 umowy). Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest natomiast „umówione z góry wynagrodzenie za całość dzieła, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego”, które daje zamawiającemu gwarancje stałości (tak SN w wyroku z dnia 6 maja 2004 r., sygn. akt: II CKN 417/00). Charakter przyjętego w danym przypadku wynagrodzenia nie daje jednak pewności, iż w toku procesu inwestycyjnego nie

powstanie konieczność wprowadzenia zmian w tym przykładowo związanych z koniecznością wykonania robót dodatkowych, wykraczających poza prace opisane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych czy przedmiarach robót.

W niniejszej sprawie w § 11 umowy strony przewidziały możliwość zmiany treści umowy niemniej w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (m.in. w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową oraz w przypadku wprowadzenia zmiany materiałów i urządzeń w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową) a także w zakresie terminu jego wykonania przy czym ewentualnych zmian nie powiązano z możliwością zmiany wynagrodzenia. Możliwości zmiany wynagrodzenia nie zostały przewidziane także w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zaś strony wprowadzając klauzule zamienne nie dopuściły umownej zmiany wynagrodzenia, to co do zasady okoliczność jego podwyższenia nie mogła być przedmiotem negocjacji. Zakaz zmian postanowień zawartej umowy, co do możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy na późniejszym etapie jej wykonywania niezależnie od zmian faktycznych (bez przewidzenia takich zmian) wynika także z regulacji zawartej w art. 144 p.z.p. (tak w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy jak i w brzmieniu obecnym). Nawet więc w przypadku robót zamiennych, których wykonanie strony przewidziały, nie mogło być mowy o zmianie wynagrodzenia przy ustalonym w umowie ryczałcie i to niezależnie od zmian osobowych dotyczących reprezentacji zamawiającego. Z istoty bowiem takiego wynagrodzenia ryczałtowego jak i robót zamiennych wynika bowiem, że nie będą one powodowały zmiany wynagrodzenia, a jedynie zmiany w zakresie przedmiotu zamówienia. Jeżeli więc w umowie o roboty budowlane ustalone jest – jak w niniejszej sprawie - wynagrodzenie w formie ryczałtu, zaś w jej treści bądź przewidziano dosłownie, że wykonawca ma obowiązek wykonania robót zamiennych w ramach umownego wynagrodzenia, bądź brak jest tego ostatniego zapisu przy jednoczesnej klauzuli o możliwości wykonania robót zamiennych, to trzeba przyjąć, że wykonawca ma obowiązek wykonania robót zamiennych za umówione wynagrodzenie.

Szybki postęp techniczny w sferze technologii wykonawstwa oraz w sferze produkcji materiałów budowlanych powoduje w praktyce, iż w okresie między opracowaniem projektu na wykonanie określonego obiektu lub robót budowlanych, a jego przekazaniem do realizacji i realizacją robót dochodzi do sytuacji, w których za zgodą obu stron następuje wykonywanie robót bądź to przy zastosowaniu innej technologii, bądź też z zastosowaniem innych materiałów w porównaniu do przewidzianych projektem. Tego typu roboty nazywane są „robotami zamiennymi”. Oznacza to w praktyce, że w istocie dochodzi do zamiany i w miejsce dotychczas przewidzianych w projekcie materiałów stosuje się inne zamienne materiały (z reguły o wyższych walorach użytkowych) lub zamienne technologie odpowiadające tym walorom. Znajomość tych realiów powoduje, iż stany faktyczne, które w związku z tym mogą zaistnieć powinny być przewidziane w treści zawieranej umowy zarówno co do trybu uzgodnienia, jak też warunków wykonania robót zamiennych i ich walorów użytkowych.

W niniejszej sprawie strony umówiły się na wykonanie za kreślonym wynagrodzeniem prac przy realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa systemu kanalizacji w gminie S.- Etap T.” i takie też prace zostały wykonane. Trudno też przyjąć, że poprzez sporządzenie protokołu negocjacji i protokołu konieczności z dnia 10 listopada 2014 r. doszło pomiędzy stronami do ustalenia nowego zakresu prac jakie miały być wykonane dodatkowo za dodatkowym wynagrodzeniem skoro na dzień sporządzenia tychże protokołów, jak ustalił biegły sądowy, wszystkie wymienione w ich prace zostały już wykonane.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd stanął na stanowisku, że brak jest podstaw do uwzględnienia roszczenia powódki i w związku z tym powództwo oddalił.

Stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone i ujawnione w sprawie oraz dowód z zeznań świadków i przesłuchanie reprezentantki powódki. Zgromadzone w toku postępowania dowody z dokumentów ocenić należy jako wiarygodnie przedstawiające okoliczności sprawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, że strony nie kwestionowały żadnego z dowodów w postaci dokumentów pod względem ich prawdziwości czy treści, odmiennie oceniając znaczenie niektórych z nich dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności dokumentów dotyczących zakresu i wyceny prac dodatkowych, przypisując określeniu tych prac jako dodatkowych charakter wiążący. W tej sytuacji

również Sąd uznał, że przedstawione dowody z dokumentów stanowią podstawę do czynienia w oparciu o nie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, przy czym ich znaczenie z uwagi na wymogi wiedzy specjalistycznej ocenił przez pryzmat wniosków biegłego sądowego. Jeśli chodzi o zeznania świadków jak i dowód z przesłuchania reprezentantki powódki Sąd uznał je za wiarygodne w zakresie, w jakim korespondowały ze sobą i zebrany w sprawie materiałem dowodowym w tym w postaci dowodu z opinii biegłego. Zaznaczyć należy, że świadkowie zeznawali spójnie w zakresie pojawiających się problemów z realizacją inwestycji czy koniecznością wprowadzenia zmian projektowych, prowadzenie w tym względzie negocjacji, uczestniczenia w radach budowy wszystkich przedstawicieli realizujących inwestycję. Świadkowie wskazywali też na wykonywanie prac odmiennych niż ujęte w pierwotnej umowie inaczej kwalifikując poszczególne prace jako zamienne lub dodatkowe. W swoim subiektywnym odczuciu. Okoliczność ta nie dyskwalifikuje jednak owych zeznań i niemniej jako taka pozostaje bez znaczenia gdyż jak zaznaczono powyżej wiążącą w tym zakresie, z uwagi na wymagania wiedzy specjalistycznej była opinia biegłego.

Sąd pominął dalsze wnioski dowodowe powódki o dopuszczenie dowodu z dokumentów jako spóźnione a nadto z uwagi na to, że sporne okoliczności sprawy zostały już dostatecznie wyjaśnione i podobnie zresztą jak dowód z kolejnej opinii biegłego. Niewątpliwie dotychczas przedstawione opinie okazały się wystarczające dla rozstrzygnięcia sprawy, a powołanie kolejnego biegłego prowadziłoby jedynie do bezcelowego przedłużenia postępowania. Opinie pisemne biegłego J. W. w całości wyczerpują sporne zagadnienie dotyczące oceny charakteru „prac dodatkowych”. Biegły w sposób spójny, logiczny i konkretny wyjaśnił jakie przesłanki wpłynęły na kwalifikację tych prac jako zamiennych, w ustnych opiniach precyzyjnie odnosząc się do wszystkich zgłaszanych przez powódkę wątpliwości. Sam fakt, iż opinia nie była dla powoda korzystna nie uzasadnia powołania innego biegłego. Biegły J. W. wypowiedział się w swojej opinii wyczerpująco na postawione mu pytania, a wnioski płynące z treści opinii należy uznać za kategoryczne i wystarczające do rozstrzygnięcia sporu w powiązaniu z resztą materiału dowodowego i wiedzą specjalną posiadaną przez biegłego. Opinia biegłego podlega, jak każdy inny dowód, ocenie Sądu orzekającego tak, co do jej zupełności i zgodności z wymaganiami formalnymi, jak i co do jej mocy przekonywującej. W postanowieniu z dnia 7 listopada 2000 roku (I CKN 1170/98, OSNC 2001, z. 4, poz. 64) Sąd Najwyższy wskazał, że kryterium oceny opinii biegłych stanowi jej zgodność z zasadami logiki, wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, jej podstaw teoretycznych, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej sądów. Jeżeli zatem z tych punktów widzenia nie nasunie ona sądowi orzekającemu zastrzeżeń, to oczywiście może ona stanowić uzasadnioną podstawę dla dokonania ustaleń faktycznych i rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. Sąd ustalił, że powódka przegrała proces w całości i stosownie do wyniku procesu szczegółowe wyliczenie kosztów procesu pozostawił referendarzowi sądowemu.