

Sygn. akt I ACa 69/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Natalia Pankowiec
Sędziowie	:	SA Elżbieta Kuczyńska (spr.) SO del. Rafał Kubicki
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 22 czerwca 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **T. G.**

przeciwko **Gminie C.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 18 października 2016 r. sygn. akt VII GC 48/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 4050 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód T. G. wniósł przeciwko Gminie C. pozew, w którym domagał się zapłaty 157.861 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 18 lutego 2014 r. do dnia zapłaty z tytułu wykonanych robót przy rekultywacji składowiska odpadów w C..

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że w wyniku przeprowadzenia przetargu ograniczonego Gmina C. zleciła mu realizację zadania inwestycyjnego „Rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości C. ul. (...) na działkach nr (...)”, wskutek czego strony w dniu 5 lipca 2013 r. zawarły umowę nr (...) o wykonanie

robót budowlanych określonych w § 1 ust. 1 umowy, (...) oraz dokumentacji projektowej. Powód podkreślił, iż oprócz robót wynikających z dokumentacji w rzeczywistości wykonał również roboty wyszczególnione w sporządzonym przez siebie kosztorysie, za które wystawił fakturę VAT nr (...) na sporną kwotę. Zaznaczył, że do zakresu prac dodatkowych wchodziło: 1) przemieszczenie odpadów w ilości 10.580 m⁽³⁾, 2) przemieszczenie odpadów w ilości 825,52 m⁽³⁾, 3) warstwa izolacyjna z maty bentonitowej w ilości 9.178 m⁽²⁾, 4) warstwa drenująca w ilości 4.589 m⁽³⁾, 5) warstwa organiczno-mineralna w ilości 10.235 m⁽³⁾. Na rozprawie w dniu 3 października 2016 r. popierając pozew, z ostrożności procesowej, wnosił ewentualnie o uwzględnienie żądania zapłaty w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości argumentując, iż roboty wyszczególnione w fakturze wystawionej przez powoda zostały wykonane niezgodnie z umową i dokumentacją projektową. Zdaniem pozwanej, powód w toku prowadzonych robót dokonał samowolnych zmian obiektu w zakresie rozmiarów składowiska, a w konsekwencji również powierzchni warstw izolacyjnej, drenującej i organicznej. Powód naruszył również projekt w ten sposób, że dokonał zmiany kształtu podstawy składowiska poprzez zaokrąglenie jej krawędzi. Pozwana zarzuciła powodowi, iż wskutek jego działań podwyższeniu uległa wysokość składowiska (zwiększyła się rzędna powierzchni korony), co mogło mieć bezpośredni wpływ na objętość składowiska, a tym samym na rozmiar prac przeprowadzonych przez powoda. Wobec powyższych okoliczności pozwana podniosła, że nawet gdyby powód stwierdził rozbieżność pomiędzy rozmiarami składowiska w przedmiarze robót, a stanem faktycznym, winien przerwać roboty i uzyskać zgodę projektanta na dokonanie zmian w projekcie, po czym gmina winna mu udzielić dodatkowego zamówienia na te roboty. Pozwana wskazała również, iż powód jako wykonawca nie był uprawniony do samowolnego decydowania o wykonaniu dodatkowych robót, wobec czego winny obciążać go skutki niezgłoszenia robót nie objętych przedmiarem. Roboty wykonane niezgodnie z dokumentacją projektową nie mogą stanowić podstawy do odbioru przez gminę, a w związku z tym po stronie powoda nie istnieje roszczenie o zapłatę – powód wykonał prace dodatkowe na własny koszt i ryzyko. Zdaniem pozwanej, zgodnie z § 1 ust. 3 umowy wykonawca nie ma prawa żądać dodatkowego wynagrodzenia w przypadku, gdy na podstawie dostępnej dokumentacji mógł przewidzieć na etapie sporządzania oferty rzeczywisty zakres rzeczowy robót do wykonania. Powód posiadał doświadczenie i stosowną wiedzę w zakresie robót budowlanych wykonywanych w ramach zamówień publicznych, i obowiązany był dochować szczególnej staranności zwłaszcza w zakresie przedmiotu robót i ich wynagradzania.

Wyrokiem z dnia 18 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanej Gminy C. na rzecz T. G. kwotę 157860,52 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 18 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 7894 zł tytułem zwrotu opłaty sądowej, kwotę 3617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz kwotę 4250 zł tytułem zwrotu wydatków sądowych.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W wyniku przeprowadzenia przetargu ograniczonego Gmina C. zleciła powodowi realizację zadania inwestycyjnego „Rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości C. ul. (...) na działkach nr (...)” co doprowadziło do zawarcia przez strony w dniu 5 lipca 2013 r. umowy nr (...) o wykonanie robót budowlanych określonych w § 1 ust. 1 umowy, (...) oraz dokumentacji projektowej. Poza robotami wynikającymi z umowy i załączonej do niej dokumentacji, powód w rzeczywistości wykonał również roboty wyszczególnione w sporządzonym przez siebie kosztorysie. Za wykonane dodatkowo roboty powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę dochodzoną pozewem. Sąd ustalił, że w ramach prac dodatkowych, powód wykonał: przemieszczenie odpadów w ilości 10.580 m⁽³⁾, przemieszczenie odpadów w ilości 825,52 m⁽³⁾, warstwę izolacyjną z maty bentonitowej w ilości 9.178 m⁽²⁾, warstwę drenującą w ilości 4.589 m⁽³⁾, warstwę organiczno-mineralną w ilości 10.235 m⁽³⁾.

Wykonanie przez powoda robót dodatkowych wykraczało poza zakres określony w umowie z dnia 5 lipca 2013 r. Brak było szczegółowych badań geologicznych określających warstwy przemieszczanych odpadów. Jednakże inspektor

nadzoru miał wiedzę co do odmiennej ilości odpadów w stosunku do założeń projektowych, bowiem był o tym informowany przez wykonawcę i potwierdził rozbieżności stosownym wpisem w dzienniku budowy.

Sąd wskazał, że bez wykonania robót dodatkowych przez powoda nie zostałby osiągnięty cel wskazany w umowie. Powód był zobowiązany do ich realizacji z samego faktu zobowiązania się do ukończenia zleconej inwestycji zgodnie ze sztuką budowlaną, przy opracowywaniu oferty przetargowej,

Dokonując powyższych ustaleń Sąd miał na względzie treść opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. L. (1), doprecyzowanej opiniami uzupełniającymi z dnia 24 lutego i 11 sierpnia 2016 r., a także wyjaśnieniami biegłego złożonymi na rozprawie. Ocenił tę opinię jako rzetelną, spójną i wyczerpującą. Uwzględnił również treść zeznań przesłuchanych w sprawie świadków: R. K., M. W., S. K., P. B. (1). Za mało przydatną do rozstrzygnięcia sprawy Sąd Okręgowy uznał opinię biegłego z zakresu geodezji J. Z. (1) z dnia 13 czerwca 2016 r., doprecyzowaną wyjaśnieniami na rozprawie z dnia 3 października 2016 r., podnosząc, że biegły za punkt wyjścia przyjął założenia projektowe, które nie odzwierciedlały stanu faktycznego i nie mogły być podstawą do poglądowych czy szacunkowych wyliczeń. Jako miarodajne Sąd pierwszej instancji ocenił ustalenia geodety M. L. (1), powołanego przez powoda do dokumentowania na bieżąco pomiarów terenowych w trakcie prowadzenia prac dodatkowych. Podkreślił, że powód zadbał o dokumentowanie swoich prac i z tego względu brak było podstaw do kwestionowania tych wartości na daty ich sporządzenia. Uznał, że stanowią one rzetelne odzwierciedlenie stanu występującego na terenie budowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód uczynił zadość wynikającemu z § 16 ust. 1 umowy obowiązкови poinformowania Zamawiającego (inspektora nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych i uzyskania jego akceptacji w formie wpisu do dziennika budowy. Inspektor nadzoru inwestorskiego, po uzyskaniu informacji o konieczności wykonania większej ilości przemieszczeń odpadów aniżeli ustalona, polecił Wykonawcy kontynuowanie robót niezbędnych do osiągnięcia zamierzenia inwestycyjnego zgodnie z projektem i uczynił to w granicach przysługujących mu kompetencji wynikających z pełnionej funkcji. Dalej Sąd zauważył, że Zamawiający nie dokonał w tym czasie samodzielnego sprawdzenia stanu faktycznego robót, wobec czego trudno jest uznać podstawy, na których obecnie pozwana Gmina kwestionuje pomiary i kosztorysy sporządzone przez Wykonawcę. Dokumentacja geodezyjna sporządzona przez powoda, jest jedynym miarodajnym źródłem oceny zakresu wykonanych przez powoda robót, na co zwrócili również uwagę powołani w sprawie biegli. W ocenie Sądu, powód nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania przez pozwaną weryfikacji stanu faktycznego i odmowy współdziałania.

Analizując § 15 i § 16 umowy stron Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że już na etapie jej zawierania Zamawiający dopuszczał możliwość ewentualnego wzrostu zakresu rzeczowego robót, a tym samym również konieczność ich wykonania. Podkreślił, że sami autorzy projektu inwestycyjnego i specyfikacji zamówienia liczyli się z tym, że stan faktyczny może różnić się od założeń projektowych, choćby ze względu na brak szczegółowych badań geologicznych co do określenia warstw przemieszczanych odpadów, na co zwrócił też uwagę biegły z zakresu budownictwa J. L. (1). Zdaniem Sądu pierwszej instancji, nie można także tracić z pola widzenia tego, że projekt budowlany był wystarczającą podstawą do zaplanowania i zrealizowania inwestycji budowlanej. Jednak inspektor nadzoru miał wiedzę, co do odmiennej ilości odpadów w stosunku do założeń projektowych, bowiem był o tym informowany przez wykonawcę i potwierdził rozbieżności stosownym wpisem w dzienniku budowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że w świetle § 15 umowy Wykonawca przed wykonaniem robót dodatkowych winien uzyskać od Zamawiającego dodatkowe zamówienie, na podstawie którego strony zawarłyby umowę obejmującą rozszerzony zakres robót. Strony nie zawarły jednak dodatkowej umowy, jak również nie zawarły żadnego porozumienia rozszerzającego przedmiot już wiążącej ich umowy, który zgodnie z § 18 winien być sporządzony w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W ocenie Sądu, nie ulega wątpliwości, iż wykonanie przez powoda robót dodatkowych wykraczało poza zakres określony w umowie z dnia 5 lipca 2013 r. Tym samym za podstawę zasądzonego roszczenia Sąd Okręgowy przyjął fakt bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej Gminy o wartość wykonanych przez powoda robót w związku z realizacją inwestycji. W tej mierze Sąd pierwszej instancji odwołał się do poglądu judykatury, zgodnie z którym, jeżeli nieważność umowy ze względu na niezachowanie przewidzianej formy uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tychże robót uwzględnić

na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd zauważył, że powód określił równowartość wykonanych przez siebie robót dodatkowych na kwotę 157860,52 zł, do czego przychylił się powołany w sprawie biegły z zakresu budownictwa, uznając kosztorys sporządzony przez powoda za wiarygodny, uzasadniony i odpowiadający wartościom rynkowym oraz, że w toku procesu inwestycyjnego wartości kosztorysu nie były kwestionowane ani przez inspektora nadzoru, ani przez Zamawiającego.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił argumentu strony pozwanej, że zastosowanie przepisu art. 405 k.c. jest niemożliwe z uwagi na świadomość powoda, iż nie ciążyło na nim zobowiązanie wykonania robót w wymiarze przekraczającym wartości określone w umowie. Zobowiązanie ciążące na powodzie uznał za zrealizowane na mocy udzielonego mu przez gminę zamówienia, podkreślając, że bez wykonania robót dodatkowych cel inwestycji nie zostałby osiągnięty. Tym samym, pomimo że wykonanie przez powoda robót dodatkowych nie znajdowało oparcia w umowie, to powód był zobowiązany do ich przeprowadzenia z samego faktu zobowiązania się do ukończenia zgodnie ze sztuką budowlaną zleconej mu inwestycji. Sąd podkreślił, że zachodzi także pełna zgodność rodzaju robót pomiędzy przedmiotami i umową, a robotami określonymi przez powoda jako dodatkowe. Powiększony zakres obmiarów nie wymagał opracowania żadnej dokumentacji zamiennej, bowiem temat zadania pozostawał bez zmian, nie zostały naruszone interesy gruntów sąsiednich, pozwana Gmina nie nakazywała jej opracowania. Wobec powyższego Sąd orzekł, jak w sentencji na mocy przepisu art. 405 k.c.

O odsetkach rozstrzygnął na podstawie art. 481 § 1 k.c. przy uwzględnieniu § 14 ust. 6 wiążącej strony umowy z dnia 5 lipca 2013 roku oraz faktury z dnia 14 stycznia 2014 r., doręczonej pozwanej w dniu 17 stycznia 2014 r.

O kosztach procesu Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 oraz § 6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana Gmina C. zaskarżając go w całości i zarzucając:

I. naruszenie przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) przekroczenie przez sąd zasady swobodnej oceny dowodów poprzez niezasadne uznanie, że przedłożone przez powoda pomiary geodety M. L. (1) są jedynym miarodajnym źródłem oceny zakresu wykonanych przez powoda robót dodatkowych oraz, że stanowią one wystarczający dowód w sprawie w sytuacji, gdy pomiary te nie zostały zweryfikowane przez pozwanego, gdyż zostały one dostarczone zarówno inspektorowi, jak i pozwanemu już w momencie wykonywania przez powoda warstwy wyrównawczej tj. w dniu 14 listopada 2013 r.,

2) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nieuzasadnioną odmowę wartości dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy opinii biegłego geodety J. Z. (1), albowiem doszedł on do wniosku, że zmierzenie bryły składowiska nie dało odpowiedzi na pytanie, ile śmieci zostało faktycznie przemieszczonych, podczas gdy do identycznych wniosków doszedł biegły budowlanec J. L. (1), którego opinii Sąd dał wiarę w całej rozciągłości,

3) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione usuwanie pojawiających się w postępowaniu dowodowym wątpliwości za pomocą środka dowodowego w postaci opinii biegłego z zakresu budownictwa J. L. (1), które to opinie (tj. opinia pisemna, pisemne uzupełniające oraz opinie ustne) są wewnętrznie sprzeczne, nielogiczne i opierające się jedynie na domniemaniach, a także za pomocą dokumentu prywatnego tj. pomiarów sporządzonych przez geodetę M. L. (1),

4) art. 232 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z kolejnej opinii biegłego z zakresu budownictwa, z uwagi na fakt, że opinia biegłego J. L. została sporządzona przedwcześnie i nie udzieliła odpowiedzi na pytanie, jakie roboty w ilościach określonych na podstawie pomiarów dokonanych przez M. L. (1), jak również na podstawie pomiarów dokonanych przez biegłego z zakresu geodezji, zostały wykonane przez powoda ponad ilości robót wskazanych w umowie i dokumentacji do niej załączonej,

5) art. 321 §1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie powoda – zasądzenie odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r., mimo tego, że powód żądał jedynie zasądzenia odsetek ustawowych.

II. błąd w ustaleniach faktycznych:

1) polegający na przyjęciu, że powód nie osiągnąłby celu wskazanego w umowie i nie zrealizowałby udzielonego przez pozwanego zamówienia, gdyby nie wykonał robót dodatkowych polegających na:

- przemieszczeniu odpadów w ilości 10580 m³,
- przemieszczeniu odpadów w ilości 825,52 m³,
- wykonaniu warstwy izolacyjnej z maty bentonitowej w ilości 9178 m²,
- wykonaniu warstwy drenującej w ilości 4589 m³,
- wykonaniu warstwy organiczno-mineralnej w ilości 10.235 m³,

podczas gdy analiza przedmiaru robót i kosztorysu na zwiększony zakres robót dodatkowych sporządzonego przez powoda prowadzi do wniosku, że zdaniem powoda wykonał on roboty dodatkowe polegające na:

- przemieszczeniu odpadów w ilości 4956,820 m³,
- wykonaniu warstwy izolacyjnej w ilości 778 m²,
- wykonaniu warstwy drenującej w ilości 599 m³,
- wykonaniu warstwy organiczno-mineralnej w ilości 1496 m³,

które to ustalenia nie korelują z wysokością ustalonego przez Sąd należnego powodowi wynagrodzenia za roboty dodatkowe w kwocie 157.860,52 zł,

2) poprzez pominięcie, że wiążąca strony umowa w § 16 ust 1 nakładała na powoda obowiązek poinformowania zamawiającego lub inspektora nadzoru o konieczności wykonania robót dodatkowych i uzyskania akceptacji inspektora nadzoru w formie wpisu do dziennika budowy, potwierdzającej konieczność wykonania tych robót, zaś w § 15 i 16 ust. 4 przewidywała, że wykonanie powyższych robót może nastąpić jedynie na podstawie protokołu konieczności i zamówienia dodatkowego udzielonego z wolnej ręki, które to czynności były wymagane do ustalenia przez strony dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy (powoda) oraz zakresu robót dodatkowych, a które to kwestie winny doprowadzić Sąd do wniosku, że pozwany nie został bezpodstawnie wzbogacony w świetle art. 405 k.c., z uwagi również na treść art. 411 pkt 1 k.c. i art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

3) poprzez przyjęcie, że inspektor nadzoru budowlanego wpisami do dziennika budowy potwierdził rozbieżności między rzeczywistą ilością odpadów, a założeniami projektowymi oraz wyraził akceptację na wykonanie robót dodatkowych, podczas gdy inspektor nadzoru budowlanego nie potwierdzał ilości przemieszczonych odpadów i nigdy w żadnej formie nie wyraził zgody na wykonanie robót dodatkowych, albowiem w świetle § 15 i 16 ust 4 umowy nie był do tego upoważniony,

4) poprzez przyjęcie, że poinformowanie przez powoda inspektora nadzoru budowlanego o konieczności wykonania robót dodatkowych w formie wpisu do dziennika do budowy była wystarczające do kontynuowania robót niezbędnych do osiągnięcia zamierzenia inwestycyjnego, podczas gdy do tego typu robót winien on uzyskać dodatkowe zamówienie zawrzeć umowę na rozszerzony zakres robót,

5) poprzez przyjęcie, że w procesie inwestycyjnym powstały zaniechania jedynie po stronie pozwanego, podczas gdy powód nie poinformował pozwanego o czasie wykonywania pomiarów geodezyjnych przez M. L. (1), zaś pomiary te dostarczył już w momencie uformowania bryły składowiska oraz wykonywania warstwy wyrównawczej, tj. w dniu 14 listopada 2013 r. oraz nie zwrócił się do powoda o sporządzenie protokołu konieczności i udzielenie dodatkowego zamówienia,

6) poprzez przyjęcie, że w wielkości 10580 m³ (objętość składowiska na dzień 31 października 2013 r.) nie mieści się wielkość odpadów wybranych koparką chwytakową w ilości 825,52 m³, których dotyczył pomiar z dnia 29 października 2013 r., podczas gdy z pisma geodety M. L. (1) (załącznik nr 16 do pozwu) wynika, że z pomiarów z dnia 29 października 2013 r. i z dnia 31 października 2013 r. wyliczona łączna objętość przemieszczeń odpadów wyniosła 10580 m³,

7) poprzez przyjęcie, że roszczenie powoda o zapłatę kwoty dochodzonej pozwanej stało się wymagalne w dniu 18 lutego 2014 r. zgodnie z zapisami umowy, podczas gdy roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest roszczeniem bezterminowym i staje się wymagalne z chwilą wezwania do zapłaty.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Białymstoku do ponownego rozpoznania. Wniosła też o zasądzenie od powoda na rzecz apelującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Ustalenia Sądu I instancji w istotnej dla rozstrzygnięcia części znajdują dostateczne oparcie w materiale sprawy i Sąd Apelacyjny uznaje je za własne. Sprostowania wymaga jedynie ustalenie dotyczące ilości wykonanych dodatkowo robót, bowiem wartości wskazane przez Sąd Okręgowy nie odpowiadają tym, które wynikają z kosztorysu wykonanych robót (k. 125) i zostały uwzględnione w fakturze VAT nr (...), ani ilościom określonym i opiniowanym przez biegłego J. L. (k. 387 i nast.) i są prawdopodobnie skutkiem oczywistej omyłki (wskazane zostały w wysokości uwzględniającej także ilości robót ustalone umową stron). Tymczasem roboty, za które zapłaty dochodzi powód, stanowią różnicę między obmiarem powykonawczym, a przedmiarem ujętym w specyfikacji i umowie. Materiał sprawy uzasadniał ustalenie, że zakres zwiększenia robót powoda w stosunku do wynikającego z umowy stron obejmował przemieszczenie odpadów w ilości 4956,820 m³ (ogółem 11405,520 m³), wykonanie warstwy izolacyjnej w ilości 778 m³ (ogółem 9178 m³), wykonanie warstwy drenującej w ilości 599 m³ (ogółem 4589 m³), wykonanie warstwy organiczno – mineralnej w ilości 1498 m³ (ogółem 10235 m³). Powyższa omyłka Sądu nie miała jednak przełożenia na wynik rozstrzygnięcia, bowiem zasądzona kwota odpowiada jedynie wartości robót wykonanych dodatkowo. Wartość prac wykonanych dodatkowo została ustalona według stawek i cen jednostkowych dla analogicznych robót przyjętych w umowie, co potwierdził biegły J. L..

Z poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń wynikało jednakże, że problem w sprawie sprowadza się do tego, że obmiary powykonawcze znacznie różniły się od tych, które ujęto w kosztorysie ofertowym sporządzonym w oparciu o dokumentację techniczną i projekt udostępnione przez Zamawiającego. Po pierwsze, okazało się, że jest więcej odpadów do przemieszczenia na składowisku (10580 m³), niż wynikało z projektu (6448,7 m³), czego dotyczył wpis w Dzienniku Budowy z 28 października 2013 r. i dokumentacja geodezyjna z k. 128. Po drugie, w trakcie robót zlokalizowano zalegające odpady pod istniejącym terenem od strony północnej formowanej bryły składowiska (z tego

powodu wykonano dodatkowo 825,52 m³ przemieszczeń odpadów – wpis w Dzienniku Budowy z 29 października 2013 r. i 15 listopada 2013 r. i pomiar geodezyjny – k. 129).

Z opinii biegłego wynikało, że powód nie miał możliwości wcześniej przewidzieć, że konieczne będzie wykonanie większej ilości przemieszczeń, niż przewidywał projekt. Według biegłego wykonawca mógł powziąć wiedzę, że ilość odpadów będzie inna, niż wynikało to z projektu dopiero w momencie ich wybierania z miejsca składowania. Nadto, według biegłego, roboty te nie wymagały opracowania dokumentacji zamiennej. Stanowisko biegłego w tej mierze zostało szeroko umotywowane, a strona pozwana nie przedstawiła argumentów, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jego prawidłowości.

Zostało też udowodnione wpisami do Dziennika Budowy, zeznaniami świadków i dołączoną do pozwu korespondencją, że pozwana w trakcie wykonywania prac została przez powoda powiadomiona o konieczności wykonania znacznie szerszego zakresu robót, niż wynikający z dokumentacji przetargowej. Oprócz wpisów do Dziennika Budowy, powód dokonał też powiadomienia pozwanej osobnymi pismami z 14 listopada 2013 r., 18 listopada 2013 r. i 26 listopada 2013 r. (k. 127, 131, 132) i dostarczył – poprzez przekazanie inspektorowi nadzoru, na jego żądanie – dokumentację geodezyjną potwierdzającą ilości przemieszczeń na składowisku (k. 128) i objętość wybranych odpadów zalegających pod istniejącym terenem od strony północnej formowanej bryły składowiska (k. 129). Pomiar i zdjęcia przekazano inspektorowi nadzoru – jak wynika z Dziennika Budowy – w dniach 14 i 15 listopada 2013 r.

Z zapisów w Dzienniku Budowy wynika również, że po zgłoszeniu konieczności wykonania większej ilości przemieszczeń oraz zgłoszeniu zlokalizowania zalegających odpadów pod istniejącym terenem, kierownik budowy zwracał się o zajęcie w tej kwestii stanowiska (wpisy z 28 października 2013 r. i 29 października 2013 r.), zaś inspektor nadzoru żądał przekazania szkiców geodezyjnych i zdjęć potwierdzających ilości przemieszczeń i zlokalizowanych odpadów (wpisy z 28 i 29 października 2013 r.) oraz nakazał kontynuować zgodnie z projektem roboty niezbędne do osiągnięcia zadania inwestycyjnego zgodnie z projektem (k. 135 – 136). W dniach 14 i 15 listopada 2013 r. inspektor nadzoru potwierdził wykonanie przemieszczeń odpadów „zgodnie z projektem, natomiast ilość przemieszczeń na podstawie dostarczonych pomiarów” oraz wykonanie przemieszczeń odpadów zalegających od strony północnej bryły składowiska, wskazując na brak możliwości sprawdzenia ilości przemieszczeń i potwierdzając dostarczenie map sporządzonych przez uprawnionego geodetę.

Skoro istota zadania, które pozwana powierzyła powodowi sprowadzała się do rekultywacji składowiska odpadów w miejscowości C., to uzasadnionym było przyjęcie, że powód nie mógłby wywiązać się z tego zadania nie przemieszczając wszystkich odpadów, które zalegały na rekultywowanym terenie, zarówno w obrębie bryły starego składowiska jak i tych, które zlokalizowano pod istniejącym terenem od strony północnej formowanej przez powoda bryły składowiska. Znajduje to potwierdzenie w zeznaniach świadków p. K. i P. B. oraz w opinii biegłego J. L., który nie miał wątpliwości, że w fazie wykonawczej powstała konieczność poszerzenia zakresu robót planowanych w fazie projektowej oraz, że bez wykonania zwiększonego zakresu prac powód nie mógłby zrealizować zadania, którego dotyczyła umowa i doprowadzić do głównego jej celu – zrehabilitowania składowiska. Odmienne zapatrywanie pozwanej w tej kwestii jest zwykłą polemiką z logicznym wnioskiem znajdującym podstawę w okolicznościach sprawy. Co istotne, pozwana nie wskazała rozwiązań, które mogłyby skutkować możliwością ograniczenia przez powoda prac do ilości faktycznie zakontraktowanych, a mimo to gwarantowałyby osiągnięcie celu umowy.

W takiej sytuacji jaka zaistniała w sprawie i przy uwzględnieniu, że strony nie umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe lecz kosztorysowe, zrealizowały się przesłanki do udzielenia przez pozwaną zamówienia dodatkowego, co było przewidziane w § 15 i 16 umowy. Faktem jest, że ostatecznie nie doszło do udzielenia dodatkowego zamówienia w przewidziany umową sposób, nie został sporządzony także protokół konieczności, chociaż pozwana nie podjęła też decyzji o wstrzymaniu robót, ani nie wskazała innego rozwiązania. Zobowiązując powoda do dostarczenia geodezyjnej dokumentacji pomiarowej nie weryfikowała w żaden sposób we własnym zakresie ilości przemieszczanych odpadów pomimo, że podlegały one z czasem zakryciu przez kolejne warstwy formowanego składowiska. Nie żądała powiadomienia o wykonywaniu pomiarów przez geodetę, ani w inny sposób nie skontrolowała

ilości przemieszczanych odpadów przed ich zakryciem, zakończeniem robót i ich odbiorem. Jest niewątpliwe, że aktualnie, nie ma już możliwości zweryfikowania pomiarów dostarczonych przez powoda, właśnie z uwagi na upływ czasu i zakrycie prac. Skutkiem tego, jedyną podstawą do ustalenia zakresu wykonanych dodatkowo prac mogą być tylko pomiary wykonane przez geodetę M. L., a jednocześnie brak jest materiału wskazującego na nieprawidłowość jego obmiarów dostarczonych pozwanej w listopadzie 2013 r. Pozwana przed wytoczeniem powództwa nie kwestionowała wyniku tych pomiarów. Geodeta M. L. przyjął taką metodę, że po każdej warstwie formowanej bryły przedstawiał robocze pomiary geodezyjne. Obecnie, można jedynie zmierzyć objętość bryły, co nie daje odpowiedzi ile odpadów zostało faktycznie przemieszczonych. Z tych przyczyn słusznie Sąd Okręgowy nie uznał za miarodajną dla rozstrzygnięcia sprawy opinię biegłego geodety J. Z., który dokonał pomiarów wymiarów i kubatury składowiska aktualnie, odnosząc je do założeń projektowych, ale przyznał, że nie badał hałdy pod kątem jej zagęszczenia, a zmierzenie bryły składowiska nie daje odpowiedzi na pytanie ile odpadów zostało faktycznie przemieszczonych. W świetle opinii biegłego J. L., który odnosił się do wyników pomiarów biegłego geodety występujące różnice wymiarów dostarczają jedynie argumentów za osiadaniem składowiska i jego wypiętrzeniem w koronie i podstawie.

Wobec powyższych okoliczności nieskuteczne okazały się zarzuty apelacji sformułowane w pkt. I ppkt 1-4 i pkt. II ppkt 1-6.

Bezspornym jest, że pozwana odebrała wykonane przez powoda prace bez zastrzeżeń do ich jakości i oddała obiekt składowiska do użytku w oparciu o geodezyjną dokumentację powykonawczą dostarczoną przez powoda. Co istotne, inwentaryzacja powykonawcza uprawnionego geodety M. L. została wpisana do zasobów ewidencyjnych Starostwa Powiatowego w P. w dniu 24 kwietnia 2014 r. Wprawdzie pozwana utrzymuje, że odbierała tylko roboty wykonane na podstawie obowiązującej strony umowy, to jednak jest oczywiste, że roboty, które powód wykonał dodatkowo stanowią integralną część całej inwestycji tj. przemieszczone przez niego dodatkowo odpady stanowią jedną całość w bryle składowiska, które należy do pozwanej Gminy. W tych okolicznościach, jest niewątpliwe, że pozwana korzysta także z tych robót powoda, które nie zostały objęte umową i wynagrodzeniem w niej przewidzianym, co do których nie udzieliła dodatkowego zamówienia. Za prawidłowy więc należy uznać wniosek Sądu pierwszej instancji, że pozwana wzbogaciła się kosztem powoda bez podstawy prawnej. Jedną z przyczyn bezpodstawnego wzbogacenia jest bowiem świadczenie nienależne (art. 410 k.c.), a takim było świadczenie powoda, wykraczające poza zakres prac ściśle określonych umową.

Jak wynika z okoliczności sprawy powód wykonał prace w większym zakresie, niż wynikało to z umowy w uzasadnionym przekonaniu, że bez ich wykonania nie jest możliwe osiągnięcie celu zawartej umowy i licząc na to, że zostanie sporządzony protokół konieczności i udzielone dodatkowe zamówienie w trybie § 15 i 16 umowy. W tym celu dokonał zawiadomienia pozwanej zarówno przez odpowiednie wpisy w Dzienniku Budowy, jak i osobnymi pismami (k. 127 – 132) oraz zabiegał o spotkanie z przedstawicielami pozwanej. Wobec wpisu inspektora nadzoru do Dziennika Budowy dokonanego w dniu 28 października 2013 r. nakazującego kontynuowanie robót niezbędnych do osiągnięcia zamierzenia inwestycyjnego zgodnie z projektem, a także przy uwzględnieniu charakteru tych robót, które powód musiał wykonać ponad zakres wynikający z umowy (ich integralności z robotami objętymi umową) i możliwości ich ujawnienia dopiero w toku wykonywania zadania, nie sposób powodowi czynić zarzutu, że kontynuował roboty pomimo braku protokołu konieczności i udzielenia dodatkowego zamówienia, czego wymagał § 16 ust. 4 umowy. Można oczywiście zrozumieć argumentację, że pozwana Gmina mogła nie być przygotowana finansowo na pokrycie zwiększonego zakresu robót i z tego względu rozważać, czy jest zainteresowana dalszym kontynuowaniem umowy, czy też zmuszona jest od umowy odstąpić, to jednocześnie faktem jest, że w rzeczywistości, mimo upływu czasu i składanych deklaracji (vide notatka urzędowa k. 133) Gmina faktycznie ani nie wstrzymała robót, ani nie odstąpiła od umowy, ani nie sporządziła protokołu konieczności i nie udzieliła dodatkowego zamówienia.

Znamienne w tej sprawie jest to, że po powzięciu informacji o tym, że przedmiary projektowe odstają w istotny sposób od stanu rzeczywistego dopiero w pismach z 13 grudnia 2013 r. i z 5 lutego 2014 r. (k. 144, 147) pozwana stwierdziła, że nie udzieli dodatkowego zamówienia, a w piśmie z 27 lutego 2014 r. zagroziła powodowi negatywnymi konsekwencjami na wypadek niezrealizowania umowy w terminie (k. 181). Jak wykazało postępowanie dowodowe

bezpodstawnie zarzuciła powodowi, że nie przeprowadził wizji i źle przygotował ofertę, gdyż prace te mógł przewidzieć i utrzymywała, że wynagrodzenie jest niezmienne. Bezpodstawnie też twierdziła, że roboty te nie spełniają definicji robót dodatkowych i że wykonawca nie zgłosił dodatkowych robót przed ich rozpoczęciem.

Wobec wskazanych wyżej okoliczności nie sposób przyznać racji pozwanej, że powód mógł nie wykonywać tych robót, których obecnie dotyczy spór, a skoro zdecydował się je wykonać pomimo braku protokołu konieczności i udzielenia dodatkowego zamówienia, to pozwana nie została bezpodstawnie wzbogacona w świetle art. 405 k.c., z uwagi również na treść art. 411 pkt 1 k.c. i art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle ustalonych wyżej okoliczności, powód podjął wymagane umową czynności niezwłocznie po stwierdzeniu konieczności wykonania szerszego zakresu robót i zastosował się do dyspozycji inspektora nadzoru tj. dokonał stosownych wpisów w Dzienniku Budowy, dostarczył żadaną dokumentację geodezyjną, kontynuował roboty niezbędne do osiągnięcia zadania inwestycyjnego zgodnie z projektem oraz skierował pisma do pozwanej w tej kwestii i zabiegał o spotkanie z przedstawicielami pozwanej (k. 127 – 132). Od wykonania również tych spornych robót było uzależnione wykonanie zamówienia podstawowego i osiągnięcie celu umowy, a zanim pozwana wyraziła swoje jednoznacznie negatywne stanowisko w tej kwestii to roboty zostały już wykonane. Pozwana wiedziała o ich wykonywaniu przez powoda od października, a do połowy grudnia 2013 r. nie zajęła zdecydowanie negatywnego stanowiska w kwestii możliwości udzielenia dodatkowego zamówienia w związku ze zwiększonym zakresem robót. Twierdząc obecnie, że powód nie powinien wykonywać szerszego zakresu robót przed sporządzeniem protokołu konieczności i udzieleniem dodatkowego zamówienia, bezpodstawnie pomija, że bez ich wykonania powód nie mógłby wykonywać dalej zadania, którego podjął się w umowie z 5 lipca 2013 r. oraz, że w chwili zgłoszenia przez powoda konieczności wykonania szerszego zakresu robót niezwłocznie po powzięciu wiedzy o tym inspektor nadzoru nakazał kontynuowanie robót niezbędnych do osiągnięcia zamierzenia inwestycyjnego.

Nie ulega wątpliwości, że prace, za które powód dochodzi zapłaty nie zostały objęte wynagrodzeniem kosztorysowym, a zostały faktycznie wykonane i wzbogaciły pozwaną, która nie może zasłaniać się przepisami prawa zamówień publicznych w celu uchylenia się od obowiązku zapłaty kwoty odpowiadającej wartości świadczenia nienależnego. W niniejszej sprawie zachodziła pierwsza postać nienależnego świadczenia wskazana w art. 410 § 2 k.c., jednocześnie słusznie uznał Sąd Okręgowy, że brak było możliwości uwzględnienia wyłączenia wskazanego w art. 411 pkt 1 k.c. Mimo świadomości, że świadczy nienależnie (bez protokołu konieczności i dodatkowego zamówienia) powód musiał wykonać zwiększony w stosunku do umownego zakres robót, jako niezbędny dla zakończenia wykonania robót objętych umową i osiągnięcia celu umowy. Inaczej nie mógłby kontynuować kolejnych etapów robót objętych umową (przy tym, narażałby się na ewentualny zarzut nieterminowości świadczenia umownego i odpowiedzialność z tytułu kar umownych zastrzeżonych w umowie). Należy podkreślić, że celem przepisu art. 411 pkt 1 k.c. jest przekreślenie roszczenia restytucyjnego w tych wypadkach, gdy spełniający świadczenie ma pełną, nienaruszoną przez jakiegokolwiek wątpliwości świadomość, że może bez ujemnych dla siebie konsekwencji prawnych go nie wykonać, a mimo to je spełnia.

Niezasadny jest również zarzut zawarty w pkt. II ppkt. 7 apelacji. Świadczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia/nienależnego świadczenia co do zasady staje się wymagalne z chwilą wezwania do zapłaty. Obowiązek zwrotu nienależnego świadczenia zalicza się bowiem do tzw. zobowiązań bezterminowych, o których mowa w art. 455 k.c., tj. takich, w których termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania. Powód wzywał pozwaną do zapłaty dochodzonej obecnie należności pismem z dnia 14 stycznia 2014 r. (k. 121), z którego w sposób jednoznaczny wynikało, że żąda zapłaty kwoty 157.860, 52 zł jako wartości robót wykonanych, a nie objętych przedmiotem zamówienia. Żądał w nim zapłaty w terminie 30 dni od otrzymania pisma i faktury z 14 stycznia 2014 r., a z k. 124 wynika potwierdzenie przyjęcia faktury w dniu 17 stycznia 2014 r. W tych okolicznościach, możliwe było uznanie, że pozwana pozostaje w opóźnieniu z zapłatą od 18 lutego 2014 r.

Sąd Okręgowy nie dopuścił się również uchybienia procesowego zarzucanego w pkt. I ppkt. 5 apelacji, tj. nie naruszył art. 321 § 1 k.p.c. zasądzając odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. Należy mieć na względzie, że w pozwie z 29 grudnia 2014 r. (data wpływu do Sądu) powód domagał się zasądzenia należności głównej z odsetkami ustawowymi od dnia 18 lutego 2014 r. do dnia zapłaty. Taki sposób sformułowania roszczenia o odsetki w dacie

wniesienia pozwu był wystarczający i nie mógł budzić wątpliwości co do tego, że przedmiotem żądania są odsetki należne w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. (za opóźnienie). W toku procesu, z dniem 1 stycznia 2016 r. doszło do zmiany stanu prawnego (w zakresie art. 359 k.c. i 481 k.c.) wprowadzonej ustawą z 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 r. poz. 1830), a zgodnie z art. 56 ustawy zmieniającej do odsetek należnych za okres kończący się przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Przed nowelizacją, wysokość odsetek za opóźnienie była jednolita i określana przez odesłanie do odsetek ustawowych określanych przez rozporządzenie Rady Ministrów wydawane na podstawie art. 359 § 3 k.c. Wpływało to na ukształtowaną wówczas praktykę sądową, polegającą na zasądzaniu należności pieniężnej z odsetkami ustawowymi. Pojęcie to było jednoznaczne i pozwalało na bezproblemowe ustalenie łącznego obciążenia dłużnika. Po nowelizacji, ponieważ wyrażenie odsetki ustawowe, bez dodatkowych określeń, oznacza tylko odsetki kapitałowe (obowiązujące na podstawie art. 359 § 2 k.c.) praktyka musiała ulec zmianie. Z dniem tym do języka prawnego weszło nowe wyrażenie – odsetki ustawowe za opóźnienie, które odpowiada dawnemu pojęciu odsetek ustawowych. Sposób redakcji orzeczenia Sądu pierwszej instancji w zakresie zasądzonych odsetek za opóźnienie nie stanowi zatem o wyjściu ponad żądanie powoda, ale jest wyrazem uwzględnienia zmiany stanu prawnego i zmierza jedynie do rozróżnienia dwóch stanów prawnych odnoszących się do tych samych odsetek za opóźnienie poprzez wyodrębnienie odsetek za opóźnienie należnych do 31 grudnia 2015 r. i odsetek za opóźnienie należnych od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

Mając na uwadze powyższe, apelacją należało oddalić jako niezasadną, o czym Sąd apelacyjny orzekł na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Powodowi, jako wygrywającemu należał się zwrot kosztów procesu w instancji odwoławczej tj. zwrot wynagrodzenia pełnomocnika, które ustalono w oparciu o § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U 2015, poz. 1804 ze zm. Dz.U. 2016, poz. 1667).

E. M. N. R. K.