

Sygn. akt: I C 99/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 grudnia 2014 r.

Sąd Okręgowy we Włocławku I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Andrzej Witka-Jeżewski
Protokolant:	st. sekr. sądowy Renata Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2014 r. we Włocławku

na rozprawie

sprawy z powództwa B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) R. B. z siedzibą M. 1B przeciwko Gminie R.

o zapłatę

1. oddała powództwo;
2. zasądza od powoda B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) R. B. z siedzibą M. 1B na rzecz pozwanej Gminy R. kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. nakazuje pobrać od powoda B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) R. B. z siedzibą M. 1B na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego we Włocławku) kwotę 1.093 zł 71 gr (jeden tysiąc dziewięćdziesiąt trzy złote, siedemdziesiąt jeden groszy) tytułem nieuiszczonych przez strony kosztów sądowych.

UZASADNIENIE

Powód B. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w M., wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy R. kwoty 189 043 zł 08 gr z ustawowymi odsetkami od 8 czerwca 2012 roku do dnia zapłaty.

Uzasadniających żądanie powód wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. Kwoty określonej pozwem domaga się tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane w toku realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej i tłocznej wraz z przyłączami w miejscowościach: N., L., K., P. Gmina R.”.

W odpowiedzi na pozew (k. 277 i nast.) pozwana Gmina wniosła o oddalenie powództwa w całości. Wskazała na okoliczności niesporne, w tym fakt zawarcia umowy, określoną w umowie procedurę wykonania robót dodatkowych na wypadek ich konieczności, która warunkowała możliwość ich wykonania i późniejszego sfinansowania przez inwestora. Przyznała, że w trakcie realizacji zadania pojawiła się konieczność wykonania określonych robót dodatkowych. Zgodnie z przewidzianą w umowie główną procedurą spisano stosowne protokoły konieczności i zawarto w dniu 26 sierpnia 2011 roku umowę numer (...), która przewidywała wykonanie określonych robót

za dodatkowym wynagrodzeniem. Jednak żaden z podpisanych protokołów konieczności ani umowa na roboty dodatkowe nie przewidywały wykonania obsypki i podsypki na sieciach kanalizacji tłocznej. Pozwana wskazała również, że należność za wykonanie umowy została uregulowana w całości. Pozwana wskazała, że nigdy nie wyrażała zgody na wykonanie robót dodatkowych obsypki i podsypki i dowożenie w tym celu żwiru i piachu. Nigdy nie godziła się na dodatkowe finansowanie tych działań, jeżeli faktycznie miały miejsce, gdyż obsypki i podsypki rurociągu finansowane były w ramach umowy głównej.

Ponadto powód wygrał postępowanie przeprowadzone w trybie Ustawy Prawo zamówień publicznych oferując najniższą cenę spośród pozostałych oferentów. Na etapie składania ofert miał możliwość zapoznania się szczegółowo zarówno z dokumentacją projektową, jak i z terenem budowy, mógł też dokonywać wszelkich czynności umożliwiających mu realne skalkulowane ceny, na przykład odkrywek, celem ustalenia jakości gruntu, czego nie uczynił. Zadanie miało zostać wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, przepisami technicznymi i polskimi normami. Zarówno na etapie składania ofert jak i później, podczas realizacji robót, nie zgłaszał inwestorowi, że dokumentacja techniczna zawiera jakiegokolwiek błędy oraz, że zachodzi konieczność jej zmiany lub uzupełnienia. Skoro zadanie miało być wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, rury kanalizacyjne mogły być obsypywane materiałami nawożonymi (żwirem i piaskiem) lub takim samym materiałem wprost z wykopów. Obie metody są zgodne z zasadami sztuki budowlanej. Wykonawca na etapie składania ofert nie zgłosił uwag co do dokumentacji technicznej, nie zadał też pytań co do podsypki i obsypki rur kanalizacji tłocznej. Skoro, jak twierdzi, woził żwir i piasek z kopalni i wykonywał podsypki i obsypki materiałem zewnętrznym, robił to bez zgody i wiedzy inwestora i bez zachowania przewidzianych umową procedur. Wbrew twierdzeniom powoda protokoły odbioru częściowego nie stwierdzają robót dodatkowych a jedynie, że wykonano podsypki i obsypki zgodnie z dokumentacją techniczną i warunkami technicznymi i, że ten odcinek może zostać zasypany. Nigdzie nie znajduje się zapis, że wykonawca woził dodatkowo żwir i piasek i że inwestor wyrażał na to zgodę i zobowiązał się do zapłaty za ewentualnie dodatkowe dostawy tych materiałów.

Pozwany podniósł również zarzut potrącenia należności objętej pozwem z należnością z tytułu kar umownych naliczonych powodowi na dzień 20 marca 2013 roku, w oparciu o § 37 ust. 2 pkt 1 lit. b umowy z 8 października 2010 roku, z tytułu nieusunięcia w terminie wad objętych protokołem przeglądu gwarancyjnego z dnia 16 listopada 2012 roku. Mimo wezwania powód wad nie usunął do dnia sporządzenia odpowiedzi na pozew, kwota kar naliczonych na dzień 20 marca 2011 roku wynosi 635 537 zł 90 gr.

Powód wnosil o nieuwzględnienie zarzutu potrącenia, twierdząc, że zalanie komory zasuw nastąpiło w wyniku wadliwych działań pozwanego.

Sąd ustalił, co następuje:

Powód B. R. jest właścicielem Zakładu (...) R. B. w M..

(niesporne, informacja Centralnej Ewidencji (...) o Działalności Gospodarczej, karta 14)

W dniu 8 października 2010 roku strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych. W § 3 umowy wskazano, że jej zakres rzeczowy został szczegółowo określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i załączonej do niej dokumentacji. Zawarcie umowy nastąpiło w wyniku wyboru oferty powoda w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Inwestycja była zamówieniem publicznym, w którym inwestorem była pozwana Gmina R. a powód wykonawcą robót.

Na finansowanie inwestycji umową zawartą pomiędzy Samorządem Województwa (...) a Gminą R. przyznano pomoc, na podstawie Ustawy o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich. Ponadto Gmina R. uzyskała na finansowanie tej inwestycji pożyczki od Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w T. oraz Banku (...)

Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 2 648 074 zł 71 gr brutto. W związku ze zmianą stawki VAT wynagrodzenie to zostało podwyższone do kwoty 2 669 780 zł 24 gr. Podstawą sporządzenia oferty i wycenienia wynagrodzenia był przedmiar robót załączony do specyfikacji ogólnych warunków zamówienia. Wynagrodzenie to określono jako wynagrodzenie kosztorysowe, przyjęte na podstawie oferty złożonej przez wykonawcę wraz z kosztorysem ofertowym. Do przetargu zgłosiło się kilka firm, oferta powoda została przyjęta z powodu zaoferowania najniższej ceny.

W § 17 umowy strony określiły tryb postępowania w przypadku konieczności wykonania przez wykonawcę robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, koniecznym do realizacji zamówienia. W takim wypadku wykonawca wpisem w Dzienniku budowy był zobowiązany do poinformowania zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych w terminie trzech dni od daty ich stwierdzenia. Po dokonaniu pozytywnej oceny inspektora nadzoru potwierdzającej konieczność wykonania tych robót, wykonawca sporządzał protokół wykonania robót wraz uzasadnieniem i kosztorysem robót dodatkowych, sporządzonym w oparciu o ceny jednostkowe podane w przyjętym w kosztorysie ofertowym, w przypadku ich braku na podstawie katalogu nakładów rzeczowych i wskaźników ekonomicznych zawartych w ofercie. Protokół powinien być zatwierdzony przez zamawiającego i potem stanowił podstawę do wykonania robót dodatkowych.

(niesporne, dowód: umowa, k. 15 – 27, zawiadomienie, k. 28 -29, pismo, k. 30, protokół przekazania terenu budowy, k. 31, specyfikacja, k. 33 – 50, przedmiary robót, k. 51 – 171, aneks nr (...), k. 172, projekt budowlany, k. 199 i nast., specyfikacja techniczna k. 219 i nast., zawiadomienie o wyborze oferty, k. 3313-314, formularze ofertowe, k. 315 – 325, umowy, k. 326-338)

Powód wykonał przedmiot umowy w przyjętym terminie, do dnia 15 września 2011 roku. Protokołem odbioru z siedemnastego października 2011 roku pozwany stwierdził, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i kosztorysem a także, że inwestycja nie posiada wad. Pozwany zapłacił powodowi kwotę wynagrodzenia określoną w umowie w całości.

(zgłoszenie do odbioru, k. 173, protokół odbioru końcowego, k. 174 – 176, faktura VAT, k. 177, przelewy, k. 178)

L. R. podpisał datowany na 4 kwietnia 2011 roku dokument „Protokół konieczności na roboty dodatkowe”, w którego treści zawarto stwierdzenie: „Komisja w wyżej wymienionym składzie stwierdziła konieczność wykonania podsypki i obsypki na sieciach kanalizacji tłocznej. Koszt wykonania: wycena robót wg kosztorysu na roboty dodatkowe”. Dokument ten nie został podpisany przez inną osobę.

(niesporne, dowód pismo k. 179)

L. R., B. K. (1) i L. K. (1) podpisali datowany na 1 sierpnia 2011 roku dokument „Protokół konieczności na roboty dodatkowe” w którego treści zawarto stwierdzenie „Komisja w wyżej wymienionym składzie stwierdziła konieczność wykonania dodatkowych studni (...) (...) zgodnie z projektem zamiennym (...). Koszt wykonania: wycena robót wg kosztorysu na roboty dodatkowe”.

(niesporne, dowód: pismo k. 180)

L. R., B. K. (1) i L. K. (1) podpisali datowany na 2 sierpnia 2011 roku dokument „Protokół konieczności na roboty dodatkowe” w którego treści zawarto stwierdzenie „Komisja w wyżej wymienionym składzie stwierdziła konieczność wykonania dodatkowych długości sieci (...) niezbędnych do podłączenia przepompowni przydomowych (...). Koszty wykonania: wycena robót wg kosztorysu na roboty dodatkowe”.

(niesporne, dowód: pismo karta 181)

Podobnej treści dokumenty, datowane na 17 sierpnia 2011 roku, 24 sierpnia 2011 roku podpisane zostały również przez L. R., B. K. (1) i L. K. (1).

(niesporne, dokumenty k. 182-184)

Na 1 sierpnia 2011 roku datowany jest dokument podpisany przez Wójta pozwanej Gminy, mgr. inż. B. K. (1) i L. R. dotyczący robót dodatkowych - studni betonowych i PCV. Do dokumentu dołączono kosztorys. Na 2 sierpnia 2011 roku datowany jest identyczny dokument dotyczący przyłącza kanalizacji wraz z przepompowniami. Na 17 sierpnia 2011 roku datowany jest dokument dotyczący robót dodatkowych - przyłącza do internatu. Na 24 sierpnia 2011 roku datowany jest dokument dotyczący robót dodatkowych - zasilania elektrycznego przepompowni. Dokumenty, kalkulacje i kosztorysy sporządzone zostały przez powoda.

(dowód: dokumenty i kosztorysy, k. 410 – 428)

W dniu 26 sierpnia 2011 roku strony, bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, zawarły umowę na wykonanie przyłącza kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, przyłącza kanalizacji sanitarnej tłocznej, posadowienia studni betonowych, wykonania zasilania elektrycznego dla przepompowni oraz wykonania osłony z kręgów betonowych. Jak wskazano w treści umowy, zawarto ją zgodnie z protokołami konieczności z dnia 17 sierpnia, 2 sierpnia, 1 sierpnia i 24 sierpnia 2011 roku. W umowie określono cenę za wykonanie zamówienia, ustalono ją na podstawie kosztorysów wykonawczych jako ceną ryczałtową. Roboty przewidziane tą umową zostały wykonane, odebrane i zapłacone.

(niesporne, dowód: umowa numer (...), k. 185 – 187, dokumenty k. 195-198)

L. R., B. K. (1) i L. K. (1) podpisali datowany na 3 czerwca 2011 roku dokument „Protokół odbioru technicznego - częściowego przewodu tłoczego”. Z treści dokumentu wynika, że wykonawca przedstawił pozwolenie na budowę, Dziennik budowy i projekt, a komisja stwierdziła, że przewód kanalizacji tłocznej, będący przedmiotem odbioru, zrealizowano zgodnie z przedstawioną dokumentacją oraz warunkami technicznymi wykonania i odbioru, przewód jest szczelny, wykonano podsypki oraz obsypki zgodnie z dokumentacją techniczną i może zostać zasypany. Dokument identycznej treści, dotyczący innego odcinka przewodu, nosi datę 9 sierpień 2011 roku i został podpisany przez tę same osoby.

(niesporne, protokoły, k. 231-232)

Powód sporządził kalkulację kosztorysową wykonania podsypek i obsypek, których wartość określono na 189 043 zł 8 gr. W kalkulacji wzięto pod uwagę roboty ziemne, robociznę, piasek, pracę koparki, spycharki i samochodu samowyładowczego oraz transport.

(niesporne, dokumenty k. 233-236)

Pismem z dnia 9 listopada 2011 roku L. R. przesłał pozwanemu do akceptacji kosztorys wykonania podsypek i obsypek. Wskazał w piśmie, że wykonanie było konieczne wg wskazanej specyfikacji technicznej oraz projektu technicznego. Wskazał też, że kosztorys został sporządzony na podstawie cen zastosowanych w kosztorysie przetargowym. W odpowiedzi na to pismo, 2 grudnia 2011 roku, Wójt Gminy R. odpowiedział, że nie był powiadomiony o konieczności wykonania wymienionych prac, wiedzę o nich uzyskał w dniu podpisania protokołu odbioru inwestycji, to jest 17 października 2011 roku, nie zostały zachowane procedury przewidziane w prawie zamówień publicznych oraz zawartej pomiędzy stronami umowy, a nadto w Dzienniku budowy wątpliwości budzi wpis kierownika budowy, który został dokonany znacznie później, a nawet po zakończeniu inwestycji. Wójt stwierdził również, że w przypadku gdyby miały informację o wysokości niezbędnych środków na wykonanie wymienionych robót (dowozu piasku) w odpowiednim czasie, to miałyby możliwość odstąpienia od zawarcia umowy i udzielenia zamówienia lub przerwania robót. Takiej możliwości został pozbawiony. W odpowiedzi na to pismo L. R. przesłał pismo, w którym stwierdzał, że żądanie wykonania podsypki obsypek na kolektorach tłocznych zgłosił inspektor nadzoru a świadczy o tym wpis w Dzienniku budowy. Stwierdził również, że wykonawca uznał, iż projektant odstąpiło od wykonania obsypek i podsypek i nie uwzględnił ich w przedmiarach robót.

(dowód: pismo k. 237, k. 238-239, pismo k. 240)

6 lutego 2012 roku pełnomocnik powoda wezwała Gminę do zapłaty kwoty 189 043 zł 08 gr tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane w związku z realizacją zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej i tłocznej wraz z przyłączami w miejscowościach N., L., K., P. Gm. R.”. W piśmie wskazano, że przedmiotem robót dodatkowych było wykonanie podsypki i obsypki rur tłocznych, którego wartość określono kosztorysem powykonawczym, przesłanym Wójtowi Gminy R. 9 listopada 2011 roku. Jako załącznik do pisma datowanego na 7 maja 2012 roku L. R. dołączył fakturę VAT nr (...) z terminem płatności do dnia 7 czerwca 2012 roku. Gmina odmówiła zapłaty kwoty określonej w fakturze.

(dowód: pismo k. 255- 257, na pismo karta 260, k. 261, k. 262)

9 sierpnia 2012 roku pełnomocnik powoda wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 189 043 zł 08 gr z odsetkami w wysokości ustawowej. Wskazała, że termin zapłaty upłynął 7 czerwca 2012 roku. Pozwana Gmina ponownie odmówiła zapłaty, podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko.

(dowód: pismo k. 263, dowód nadania k. 264, pismo, k. 265)

W Dzienniku budowy nr (...) pod datą 20 maja 2011 roku dokonano dwóch wpisów. Pierwszy od treści „Zakończono układanie przyłączy na odcinku kolektora tłoczego (...) jak również kolektor grawitacyjny (...) w/w zgłaszam do odbioru. Poniżej dokonano drugiego wpisu „Informuję Inwestora o konieczności wyk. podsypki i obsypki na kolektorach tłocznych”. Tych dwóch wpisów dokonano w różnym czasie. Jak wynika z Dziennika budowy wpis dokonał kierownik budowy L. R.. Jego podpis widnieje pod wpisem pierwszym a obok drugiego. Wpisów w Dzienniku budowy dokonuje się w kopii. Na kopii strony nr 5 pierwszy wpis skopiowano kalką czarną, drugi wpis kalką niebieską. Do drugiego wpisu inspektor nadzoru nie odniósł się, pomimo że ma taki obowiązek.

(dowód: Dziennik budowy, karta 295 i 296)

Inspektor nadzoru mgr inż. B. K. (1) nie widział w Dzienniku budowy żadnego zapisu dotyczącego wykonania podsypki i obsypki do dnia podpisania protokołu końcowego. B. K. (1) po raz pierwszy dowiedział się o żądaniu zapłaty za materiał na podsypki i obsypki rurociągu tłoczego już po zakończeniu budowy, w trakcie trwania procedury końcowego odbioru robót od wykonawcy. L. K. (1), pracownik pozwanej gminy, który przygotowywał zamówienia publiczne, o żądaniu zapłaty za podsypki i obsypki dowiedział się 17 października 2011 roku, w dacie odbioru inwestycji. Po podpisaniu protokołu ostatecznego powód przedstawił fakturę.

Kolektory tłoczne wykonane zostały do końca maja 2011 roku.

(dowód: pismo karta 341, zeznania świadka B. K. (1), protokół elektroniczny z dnia 28 października 2013 roku, adnotacje zwykłe od 00: 36: 55 - 01: 20: 46, zeznania świadka L. K. (1), protokół elektroniczny z dnia 28 października 2013 roku, adnotacje zwykłe od 01: 29: 50 do 01: 37: 28)

W listopadzie 2012 roku dokonano przeglądu gwarancyjnego wykonanych robót. Spisano protokół, w którym określono termin usunięcia stwierdzonych usterek do dnia 31 stycznia 2013 roku. W piśmie z 15 stycznia 2013 roku Zamawiający zwrócił się do Gwaranta o usunięcie wad i usterek stwierdzonych komisyjnie 16 listopada 2012 roku. 20 marca 2013 roku powód został wezwany do zapłaty kar umownych w kwocie 635 537 zł 90 gr, naliczonych na podstawie § 37 ust. 2 pkt 1 lit. b umowy z 8 października 2010 roku. Pismem z 25 marca 2013 roku powód odmówił zapłaty kar umownych twierdząc, że jego zdaniem komora sprzężarek była wykonana prawidłowo. Wójt Gminy R. w piśmie z 26 marca 2013 roku poinformował powoda, że jego zdaniem w dniu odbioru komora zasuw wraz z komorą sprzężarek nie była wykonana.

(dowód: dokumenty, k. 342-346, pismo, k. 346, 349)

Podsypki i obsypki rurociągów miały zostać wykonane w ramach umowy zasadniczej i ceny przewidzianej w tej umowie. Wykonanie podsypki jak i obsypki kanalizacji jest oczywiste, wynika z norm technicznych i wiedzy budowlanej. W projekcie budowlanym w punkcie 7.4 i w punkcie 7.7 zawarto wymóg dotyczący ułożenia rurociągów tłocznych na podsypce. W specyfikacji technicznej, w punkcie 15.5 zawarto stwierdzenie, w jakim wypadku rury układać należy na podsypce a kiedy bez. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazuje na konieczność wykonania podsypek i obsypek, jako zalecenie techniczne, uwarunkowane rodzajem gruntu.

(dowód: dokumenty: k. 208, 209, 229, zeznania świadka B. K., protokół elektroniczny z dnia 28 października 2013 roku, adnotacja 01: 16: 14 – 01: 18: 06, zeznania świadka L. K. (1), protokół elektroniczny z dnia 28 października 2013 roku, adnotacje zwykłe od 01: 29: 50 do 01: 37: 28, zeznania biegłego K. C., protokół elektroniczny z dnia 17 listopada 2014 roku, adnotacje od 00: 13: 05 do 01: 16: 43, zeznania biegłego M. B. (1), protokół elektroniczny z dnia 17 listopada 2014 roku, adnotacje 01: 18: 23 – 02: 12: 29, opinia k. 500v)

Nie jest możliwe ustalenie wartości wykonania podsypek i obsypek bez wykazania sposobu pozyskania materiału na ich wykonanie, ewentualnego ustalenia odległości, jaka dzieliła kopalnię żwiru od miejsca dostarczenia tych materiałów i ustalenia czy na terenie budowy były miejsca składowania piasku na obsypki i podsypki. Po zasypaniu rurociągu nie jest możliwe ustalenie na jakiej jego długości wykonano podsypki i obsypki.

(dowód zeznania biegłego M. B. (1), protokół elektroniczny z dnia 17 listopada 2014 roku, adnotacja 01: 23: 54 – 01:29:21)

Jeżeli wykonawca piasek i żwir na podsypki i obsypki pozyskiwał z własnych wykopów, to spełnił wymogi techniczne umowy podstawowej, specyfikacji technicznej projektu budowlanego. Wykorzystanie w taki sposób własnego urobku nie może być podstawą do wystawienia faktury, za którą wykonawca żąda dodatkowej zapłaty. (...) sytkie pozyskane w taki sposób zostały ujęte w kosztorysie ofertowym i przedmiarze robót, jako wtórnie pozyskane z urobku.

(dowód: opinia k. 501, opinia, k. 528,)

Sąd zważył, co następuje:

Stan faktyczny w sprawie ustalony został przede wszystkim w oparciu o dokumenty, których treść nie była kwestionowana. W znaczącej części stan ten był niesporny. Spór dotyczył czasu, w jakim dokonano wpisu z dnia 22 maja 2011 roku w Dzienniku budowy, ustalenia czy doszło do zmiany treści umowy i poszerzenia jej o roboty dodatkowe - wykonanie tzw. podsypek i obsypek na rurociągu tłocznym, czy i jaki zakres robót w tym zakresie wykonano i na jakiej podstawie, jaka była wartość tych robót oraz czy były to roboty dodatkowe czy też określone treścią umowy.

Sąd nie dał wiary zeznaniom L. R., który pełnił funkcję kierownika budowy i jest bratem powoda. Jak zeznał, wpisów w Dzienniku budowy z dnia 22 maja 2011 roku dokonała jego córka K. R., on tylko je podpisał. Jak stwierdził nie interesowało go „jaką kalką dokonywano kopii”. Ten fakt jednak, zdaniem Sądu, ma podstawowe znaczenie dla ustalenia, że wpisów nie dokonano w tym samym czasie. Drugi wpis został dokonany później, nie jest możliwe ustalenie, kiedy. Jednak z zeznań inspektora nadzoru L. K. (2) wynika, że do czasu zakończenia budowy takiego wpisu w Dzienniku nie było. Zeznania inspektora nadzoru ocenione w kontekście wyglądu kopii Dziennika budowy zdaniem Sądu przemawiają za tym, że L. R. jest świadkiem niewiarygodnym. Skoro zeznania jego co do podstawowego faktu - poinformowania inwestora o konieczności wykonania podsypek i obsypek jako robót dodatkowych - są niezgodne z prawdą, ocena jego pozostałych zeznań winna być dokonana z dużą ostrożnością. Także co do faktu wskazywanego przez niego, jakoby świadkowie (...) i K. twierdzili, że protokoły konieczności na roboty dodatkowe w postaci obsypek i podsypek będą sporządzone po zakończeniu całego obiektu, po odbiorach częściowych a po przed odbiorem końcowym. Twierdzenie to również nie zasługuje na wiarę, zaprzeczają temu wskazani świadkowie, którzy nie mieli jakichkolwiek kompetencji do składania tego typu obietnic, o czym L. R. wiedział, znał bowiem zakres kompetencji świadków i treść umowy zawartej z inwestorem.

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka K. R., bratanicy powoda. Twierdziła ona, że wpisów z 22 maja 2011 r. dokonała w tym samym czasie, nie potrafiła wyjaśnić jednak, dlaczego kopia wpisu pierwszego i drugiego wykonana jest różną kalką. Jej zeznanie jest wiarygodne jedynie w tej części, w której stwierdza, że wpisów dokonywała na polecenie swojego ojca.

Zeznania świadków w Z. K. i M. B. (2), pracowników powoda miały potwierdzić fakt, że na teren budowy dowożono piasek ze żwirowni. W kontekście pozostałych dowodów okazały się nieprzydatne. Zwrócić należy jednak uwagę na sprzeczność zeznań tych świadków z zeznaniami biegłego K. C. (protokół elektroniczny z dnia 17 listopada 2014 roku – adnotacja oo: 29:47) który wskazał, że z dokumentów wynika, że materiał na obsypki i podsypki został pozyskany z wykopów, a nie był dowożony ze żwirowni. Wskazać należy też, że powód nie przedstawił żadnego dokumentu potwierdzającego zakup tego materiału w żwirowni, nie przedstawił też żadnego dowodu (oprócz zeznań swoich pracowników), który wskazywałby, że takiego zakupu dokonał, choćby dowodu w postaci zeznań właściciela żwirowni. Nie wskazał nawet żwirowni, z której piasek miałby być dowożony.

Sąd przyjął opinię zespołu biegłych za wiarygodną. Opinia ta potwierdziła, że obsypki i podsypki zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną. Opinia potwierdziła również, że nie jest możliwe ustalenie w chwili obecnej lokalizacji obsypki i podsypki. Aby ustalić to szczegółowo, konieczne byłoby dokonanie wykopów na całej długości kanalizacji tłocznej. Odpowiednia dokumentacja w czasie trwania budowy nie była prowadzona, po wykonaniu kanalizacji tłocznej była ona zasypywana wraz z wykonanymi podsypkami i obsypkami. Są to roboty zakryte. Bezwzględnie biegli wskazali, że obsypki i podsypki są wymogiem technicznym rurociągu. Wskazali również, że umowa przewidywała ich wykonanie, chociaż nie ilościowo czy procentowo. Na rozprawie biegły C. wyjaśnił, że błędnie przyjął protokół konieczności z karty 179 jako podpisany przez stronę pozwaną. Wyjaśnił, że nie powinien wziąć go pod uwagę. Przyznał tym samym rację zarzutom pozwanego zgłoszonym w piśmie procesowym z 30 czerwca 2014 roku. Z kolei biegły K. B. sprostował oczywistą omyłkę pisarską, polegającą na błędnym przyjęciu transportu urobku na odległości 1 kilometra, gdy powinno być 6 kilometrów. Po dokonaniu tych korekt opinie biegłych nie były już kwestionowane przez strony. Powód domagał się jedynie uzupełnienia opinii w kierunku określonym w piśmie z 16 lipca 2014 roku, co Sąd uznał za nieistotne dla rozstrzygnięcia. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia był również wniosek o przesłuchanie dodatkowych świadków, zawarty w wymienionym piśmie.

Powód nie wykazał faktu, który miałby uzasadniać jego twierdzenia, że protokoły konieczności i umowy o roboty dodatkowe zostały antydatowane. Brak jakichkolwiek wiarygodnych dowodów dla wykazania tej okoliczności, oprócz niewiarygodnych zeznań kierownika budowy, jego córki, która nie była zatrudniona na budowie a wykonywała tam nieokreślone obowiązki oraz powoda. Zlecenie robót dodatkowych odbywało się w myśl § 17 umowy z 8 października 2010 roku, co potwierdzają dokumenty. Twierdzeniom o antydatowaniu umów zaprzeczyli świadkowie L. K. (1) i B. K. (1). B. K. (1) szczegółowo opisał w jaki sposób doszło do podpisania protokołu końcowego robót i zdecydowanie stwierdził, że nie podpisywał innych dokumentów tego dnia. Wskazał też zdecydowanie, że protokoły konieczności były sporządzane wcześniej, w datach określonych na tych dokumentach. Potwierdzają to również dokumenty sporządzone i przedstawione przez powoda - kosztorysy robót dodatkowych datowane na 1 sierpień 2011 roku, 2 sierpień 2011 roku i 17 sierpień 2011 roku oraz 24 sierpień 2011 roku a także przedmiar robót dodatkowych z 25 sierpnia 2011 roku, sporządzony dla potrzeb zawarcia umowy o roboty dodatkowe z 26 sierpnia 2011 roku. Zakres wykonanych robót dodatkowych zweryfikowano kosztorysem powykonawczym, również wykonanym przez samego powoda 1 października 2011 roku, podczas gdy odbiór końcowy odbywał się dopiero 17 października 2011 roku.

Tym samym, zdaniem Sądu, zawarte przez strony umowy na roboty dodatkowe zostały sporządzone w trybie przewidzianym umową i ustawą o zamówieniach publicznych. Podważa to twierdzenia powoda, że pozwany dopuszczał się manipulacji w obawie przed utratą dofinansowania lub obowiązkiem jego zwrotu.

Wiarygodność stron tego postępowania jest jednak tylko jednym z elementów mającym wpływ na rozstrzygnięcie.

Ponownie podkreślić należy, że umowa pomiędzy stronami została zawarta na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych. Przepis art. 139 prawa zamówień publicznych stanowi, że do umów w

sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Ustawa wymaga więc by umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Zwykła forma pisemna jest zaś zachowana, gdy na dokumencie sporządzonym w dowolny sposób pod treścią oświadczenia woli złożony zostanie przez stronę własnoręczny podpis (konstytutywny element formy pisemnej). Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.).

Z kolei art. 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy w sprawach zamówień publicznych w oparciu o art. 144 ustawy również wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Również w umowie, w jej § 45 zawarto sformułowanie, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy winny zostać dokonane wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez obie strony, pod rygorem nieważności. Jak wynika z powyższego, dla zmian treści umowy oraz dla umów dodatkowych w tym o roboty dodatkowe przewidziano formą pisemną pod rygorem nieważności.

Brak zawartej w formie pisemnej umowy o roboty dodatkowe skutkuje nieważnością umowy zawartej w jakiegokolwiek innej formie, czy to w sposób ustny czy dorozumiany, co powoduje, że całkowicie bez znaczenia są twierdzenia zawnioskowanych przez powoda świadków, czy też twierdzenia powoda o zawarciu takiej umowy.

W § 17 umowy z dnia 8 października 2010 roku określono sposób udzielenia zamówienia dodatkowego nieobjętego zamówieniem podstawowym. Przede wszystkim zawarto definicję zamówienia dodatkowego. Określono, że zamówieniem dodatkowym jest zamówienie nieobjęte zamówieniem podstawowym a niezbędne do jego prawidłowego wykonania, które stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Wyraźnie wskazano więc, że zamówieniem dodatkowym jest zamówienie nieobjęte zamówieniem podstawowym, niezbędne do jego prawidłowego wykonania. Skoro technologia robót, co jest oczywiste dla wszystkich zainteresowanych i dla biegłych, przewiduje wykonanie podsypek i obsypek w celu wzmocnienia rurociągu, nie można ich uznać za roboty dodatkowe przy wykonywaniu rurociągu. Technologię tę, co wykazali biegli, uwzględniono przygotowując dokumenty zamówienia publicznego. Nadto, jak wykazali biegli, powód w kosztorysie przewidział wykonanie tych robót z materiału pozyskanego z wykopów.

Bez względu na powyższe, nawet gdyby przyjąć, że były to roboty dodatkowe nieobjęte zamówieniem podstawowym, powód nie wykonał obowiązków określonych w umowie, nie zgłosił konieczności wykonania tych robót i nie zawarto umowy pisemnej na ich wykonanie.

Tak więc powód na podstawie jakiegokolwiek umowy (czy podstawowej, czy o wykonanie robót dodatkowych) nie może domagać się zapłaty wynagrodzenia za wykonanie podsypek i obsypek.

Z treści art. 630 k.c., do którego strony wprost się nie odwoływały, wynika, że możliwe jest podwyższenie należnego wykonawcy wynagrodzenia kosztorysowego, jednak wyłącznie w razie zaistnienia ściśle określonych warunków i uzależnione od tego, która ze stron umowy sporządzała kosztorys.

Wynagrodzenie kosztorysowe jest zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów, koniecznych do tego, aby osiągnąć rezultat umowy.

Ustawodawca, mając na uwadze potrzebę ochrony zamawiającego przed ryzykiem poniesienia kosztów realizacji robót wyższych od przewidywanych, wprowadził w art. 630 k.c. regulację ograniczającą możliwość obciążenia zamawiającego zwiększonymi kosztami wynikającymi z prac dodatkowych.

W przypadku sporządzenia zestawienia prac planowanych (stanowiących podstawę obliczania wynagrodzenia kosztorysowego) przez przyjmującego zamówienie, żądanie przez niego podwyższenia tego wynagrodzenia, uzależnione jest od zachowania przez niego należytej staranności w zakresie przewidywania konieczności prac dodatkowych. W sprawie poza sporem pozostawała okoliczność, że to powód sporządził kosztorys ofertowy w oparciu o przedmiary dostarczone przez pozwaną Gminę. W oparciu o ten kosztorys strony umówiły się na realizację prac za wynagrodzeniem określonym w umowie i następnie podwyższonym na skutek zmiany stawki podatku VAT oraz zawarcia umów o roboty dodatkowe. Jednak co do robót wykonania podsypki i obsypki pod rurociągiem tłocznym sytuacja była inna. Powód powinien przewidzieć wykonanie tych prac jak i ująć je w kosztorysie, co zresztą jak wykazali biegli uczynił. Nie uwzględnił w kosztorysie jednak kosztów zakupu piasku i żwiru i kosztów ich transportu z kopalni, co pomogło mu obniżyć cenę własnej oferty i być może dzięki temu wygrać przetarg. Powód zresztą dokonywał w kosztorysie podobnych operacji na innych kosztach własnych, czemu nie zaprzeczył. Dzięki temu cena przez niego zaoferowana była najniższa. Zdaniem Sądu tylko w razie wykazania przez powoda, że nawet pomimo dołożenia należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności wykonania innych, aniżeli ujęte w kosztorysie prac, bądź prac w większym zakresie, mógłby on domagać się podwyższenia wynagrodzenia. W przeciwnym razie, w braku zaistnienia tych przesłanek, wynagrodzenie umówione musi mieć charakter ostateczny, jak w niniejszej sprawie.

W tym miejscu wskazać należy dodatkowo, że brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że powód zakupił piasek i żwir w kopalni a następnie przewiózł go na teren budowy. Brak jest również jakichkolwiek dowodów na to, że na terenie budowy piasek i żwir pozyskane z kopalni były składowane, co musiałoby mieć miejsce, gdyż podsypki i obsypki wykonywane musiały być w innym czasie, w miarę potrzeb i na długości całego rurociągu (kilkanaście kilometrów), niż dostarczanie samochodami ciężarowymi piasku i żwiru. Pozwala to przyjąć (dowód, na podstawie art. 6 k.c., obciąża w tym zakresie powoda), że taki zakup, transport i składowanie nie miały w ogóle miejsca, co nie jest bez znaczenia dla dalszych rozważań. W każdym razie pozwoliło to na pominięcie dowodu z opinii biegłego, wniosek co do którego złożono na ostatnim terminie rozprawy przed jej zamknięciem, o ustalenie kosztów transportu żwiru i piasku z kopalni na teren budowy.

Na koniec odnieść należy się do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej, jako ewentualnej podstawy roszczenia powoda. Ze stanowiska judykatury, akceptowanego w pełni przez Sąd orzekający w przedmiotowej sprawie, wynika, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. (por. np. orzeczenia SN : z dnia 28 kwietnia 2005 r., V CK 537/04, Lex nr 519298, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, Lex nr 238947, z dnia 7 kwietnia 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844, z 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, Lex nr 453070, z 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, Lex nr 1293945, czy z 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, Lex nr 1311808)

Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, że Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne.

Zgodnie z art. 410 k.c., art. 405 k.c. („Kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości.”) stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego. Świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia.

Jak wykazano powyżej powód był zobowiązany wobec pozwanego, istniała podstawa prawna - umowa zawarta przez strony - która zobowiązywała powoda do wykonania w sposób prawidłowy rurociągu tłoczego, wraz z obsypkami i podsypkami, niezbędnymi technologicznie do prawidłowego funkcjonowania i użytkowania rurociągu.

Nawet gdyby przyjąć, że taka podstawa prawna nie istniała powód winien wykazać, że pozwana Gmina uzyskała dodatkową korzyść na skutek działania powoda. Taka korzyść nie została wykazana, powód nawet nie próbował wykazywać wartości korzyści. Zdaniem Sądu taką korzyścią mogłoby być uzyskanie przez pozwaną Gminę oferty zawierającej niższą kwotę do zapłaty lub wartość robót wykonanych przez powoda określoną w oparciu o sposób kosztorysowania zastosowany w przetargu. Jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty (k. 313 i nast.) powód przedstawił ofertę niewiele niższą (2 648 074 zł 71 gr brutto, z uwzględnieniem tego żądania określonego pozwem byłaby to kwota 2 837 117,79 zł) niż Zakład (...) (2 722 208 zł 73 gr) czy (...) sp. z o.o. w T. (2 846 039 zł 51 gr). Zakład Usługowy (...) przedstawił ofertę brutto 2 883 250 zł 58 gr. Jw. wskazano jedynym kryterium oceny była cena. Wartości ofert były zbliżone, zakładać należy, że działający racjonalnie przedsiębiorcy uwzględniali w kosztorysach wszystkie koszty, a starali się je obniżyć tam gdzie to możliwe, aby uzyskać najniższą cenę i wygrać przetarg. Takie racjonalne działanie nie może zakładać składania oferty poniżej rzeczywistej wartości wykonania z myślą o ewentualnych późniejszych działaniach w celu wyrównania straty.

Jw. wykazano powód w kosztorysie powinien przewidzieć koszty podsypki i obsypki. Przewidywał ich wykonanie projekt techniczny i specyfikacja techniczna. Jest też oczywiste, że bez wykonania robót geodezyjnych ani powód ani pozwany nie byli w stanie przewidzieć w którym miejscu, na liczącej ponad 15 km trasie kanalizacji, wystąpią grunty piaszczyste, gdzie konieczne będzie wykonanie wzmocnienia rurociągu oraz czy konieczny będzie zakup piasku i żwiru, czy też wystarczający będzie urobek z wykopów. Jednak musieli zakładać taką możliwość i ją uwzględnić. Pozwany uwzględnił to w warunkach technicznych przetargu. Powód tego świadomy winien złożyć, przed zgłoszeniem oferty, odpowiednie zapytanie do Inwestora (przewidziane w przepisach ustawy o zamówieniach publicznych) lub też uwzględnić koszty w oparciu o możliwe do uzyskania dane lub prawdopodobieństwo określone procentowo czy ilościowo. Jak wykazali biegli, jeżeli wykonawca (powód) żwir i piasek pozyskiwał z własnych wykopów i w ten sposób spełnił wymogi techniczne umowy podstawowej, nie poniósł żadnych dodatkowych kosztów. Tylko w sytuacji gdyby był zmuszony pozyskiwać żwir i piasek z kopalni, transportować go i składować wystąpiłyby dodatkowe koszty, nieprzewidziane w umowie podstawowej. Jednak powód w tej sprawie nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce.

Wobec powyższego powództwo oddalono w całości.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z wynikiem sprawy. Pozwany poniósł koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł, o obowiązku zwrotu których przez powoda orzeczono w pkt 2 wyroku. Pozostałe koszty zostały poniesione przez powoda i tymczasowo przez Skarb Państwa. Skarb Państwa poniósł koszty związane ze opiniami biegłych, nieopłacone przez stronę zaliczkami. Łączna kwota tych kosztów to 1.093 zł 71 gr. O zwrocie tych kosztów przez powoda orzeczono w pkt 3 wyroku, na podstawie art. 113 u.k.s.c.