

Sygn. akt I ACa 192/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 marca 2013 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny** w składzie:

Przewodniczący:	SSA Waldemar Kryślak /spr./
Sędziowie:	SSA Elżbieta Fijałkowska SSA Małgorzata Gulczyńska
Protokolant:	st.sekr.sądowy Agnieszka Paulus

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **S. H., M. O. i J. T.**

przeciwko **Gminie Ś.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze

z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt I C 133/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

1. **powództwo oddala,**

2. **zasądza od powodów na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,**

3. **nakazuje pobrać od powodów na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Zielonej Górze) kwotę 615,48 zł tytułem niepokrytych w sprawie wydatków;**

**II. zasądza od powodów na rzecz pozwanej kwotę 3.800 zł tytułem zwrotu opłaty od apelacji oraz kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

SSA E. Fijałkowska SSA W. Kryślak SSA M. Gulczyńska

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 25 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze zasądził od pozwanej Gminy Ś. na rzecz powodów: S. H., M. O. i J. T. w całości poszukiwaną pozwem kwotę 76.000 zł z ustawowymi odsetkami oraz rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd ten ustalił w motywach rozstrzygnięcia, że w dniu 9 lipca 2009 r., w drodze przetargu nieograniczonego, pozwana zawarła ze spadkodawcą powodów A. T. umowę nr (...), na podstawie której zleciła mu roboty budowlane polegające na budowie sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach L. i K. z przepompownią i rurociągiem tłocznym do oczyszczalni w Ś. w zakresie opisanym w dokumentacji projektowej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załączonym przedmiarem robót i ofertą wykonawcy. Strony umowy za wykonanie jej przedmiotu ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 6.625.397,51 zł brutto. Wyraźnie przy tym wskazały, że obejmuje ono wszystkie roszczenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy oraz uwzględnia ryzyko ryczałtu związane z wykonaniem wszystkich robót niezbędnych w celu poprawnego funkcjonowania przedmiotu umowy z punktu widzenia celu, któremu ma on służyć. W umowie nadto postanowiły, że wszelkie jej zmiany mogą być dokonane jedynie za zgodą obu stron wyrażoną pod rygorem nieważności na piśmie.

W trakcie wykonywania robót w miejscowości K. okazało się, że w miejscu ich wykonywania występuje grunt ilasty, zagliniony, co uniemożliwia zarówno prawidłowe posadowienie rurociągu, jak i utwardzenie drogi, która miała nad nim przebiegać. W tych okolicznościach A. T. w piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r. poinformował pozwaną, że konieczna jest wymiana tego gruntu na nowy dowieziony piasek zasypowy, co wykracza poza zakres zawartej umowy. Pozwana w piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r. odpowiedziała, że wstępna analiza problemu pozwala sądzić, że roszczenie z tytułu kosztów wymiany gruntu może być uzasadnione. Zaleciła dokumentowanie obmiaru wymiany gruntu w dzienniku budowy i potwierdzanie go przez inspektora nadzoru. Dodała, że rokowania na temat rekompensaty zwiększonych kosztów robót zostaną przeprowadzone, kiedy będzie możliwe ustalenie rzeczywistego (zwiększonego) zakresu prac. Po otrzymaniu tego pisma A. T. spotkał się z wójtem pozwanej Gminy, który oznajmił mu, że w 2010 r. nie może podpisać umowy o roboty dodatkowe, ponieważ gmina nie posiada na ten cel przewidzianych środków w budżecie. Nalegał na wykonanie niezbędnych robót ziemnych i ukończenie inwestycji odsyłając do budżetu roku 2011, w którym możliwe będzie zarezerwowanie środków finansowych na roboty dodatkowe.

W dniu 21 lutego 2011 r. sporządzony został z udziałem inspektorów nadzoru robót sanitarnych i drogowych oraz kierownika budowy z ramienia wykonawcy protokół konieczności na wykonanie robót dodatkowych nie objętych zamówieniem podstawowym. W jego treści potwierdzono, że poprawne wykonanie powierzonych robót wymaga wymiany gruntu ilastego na piaszczysty, czego ani dokumentacja projektowa ani specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywały. Dodano także, że ze względu na zmianę przez dostawcę energii elektrycznej warunków jej przyłączenia do przepompowni ścieków, zwiększeniu uległy długości oraz przekroje kabli zasilających, a nadto wystąpiła potrzeba wykonania trzech dodatkowych przyłączy kanalizacyjnych. Koszty robót dodatkowych zostały określone na kwotę 373.690,83zł brutto. Protokół ten został następnie przedłożony do zatwierdzenia wójtowi pozwanej Gminy, z konkluzją konieczności wykonania robót dodatkowych, których nie można było przewidzieć na etapie podpisywania umowy i celowością zabezpieczenia środków finansowych w budżecie Gminy na rok 2011 r. oraz uzasadnieniem dla zawarcia z wykonawcą umowy na roboty dodatkowe w trybie art.67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Protokołu tego jednak wójt pozwanej Gminy nie zatwierdził.

Po wykonaniu robót budowlanych, w dniu 4 marca 2011 r. wykonawca A. T. spotkał się z zarządem pozwanej Gminy. Zaproponowano mu wówczas pokrycie dodatkowych kosztów robót związanych z wymianą gruntu w połowie. A. T. na takie rozwiązanie nie przystał.

W dniu 19 kwietnia 2011 r. sporządzono kolejny protokół konieczności w zakresie robót dodatkowych obejmujących wykonanie trzech dodatkowych przyłączy kanalizacyjnych oraz związanych ze zwiększeniem długości i przekrojów kabli zasilających do przepompowni ścieków. Koszt tych robót dodatkowych określony został na kwotę 30.849,37 zł brutto i ten protokół wójt pozwanej Gminy zatwierdził, a w dniu 20 kwietnia 2011 r. strony zawarły umowę o wykonanie tych robót dodatkowych za cenę 30.849,37 zł brutto.

W piśmie z dnia 15 marca 2011 r. A. T. wezwał pozwaną do zapłaty do dnia 17 marca 2011 r. kwoty 373.690,83zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych związanych z wymianą gruntu w toku realizacji inwestycji zatytułowanej „Sieć kanalizacji sanitarnej dla m. L. i K. z przepompownią i rurociągiem tłocznym do oczyszczalni w Ś.”.

Z przygotowanej przez pozwaną Gminę dokumentacji projektowej będącej podstawą zamówienia publicznego i załączonej do umowy z dnia 9 lipca 2009 r. o roboty budowlane wynikało, że w miejscu planowanej inwestycji grunt był różnorodny, istniała możliwość wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych. Brak było czytelnego, jednoznacznego wskazania, że grunt z wykopu winien być wymieniony, gdyż nie nadaje się do zagęszczenia. W projekcie budowlanym wykonawczym brak było zapisu (wskazania), że wykonane wykopy należy zasypać nowym, dowiezionym gruntem piaszczystym. Zapisy, że przy prowadzeniu prac w miejscach jezdni rodzimy grunt należy wymienić na piasek zasypowy zamieszczono jednak w dwóch miejscach w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. W szczególności wskazano tam, że „na odcinkach, gdzie projektowane sieci przebiegają pod jezdniami dróg, przewiduje się całkowitą wymianę gruntu na piasek zasypowy” i „grunt na trasie kanalizacji sanitarnej układanej w jezdni lub w poboczu drogi Wykonawca wymieni na niewysadzinowy i warstwowo zagęści”.

Wykonane przez A. T. roboty polegające na wymianie gruntu do zasypania wykopów w miejscach przebiegu jezdni w miejscowości K. miały jednak charakter robót dodatkowych. Średni koszt wymiany gruntu wynosił 236.288,17zł brutto.

W dniu 7 lipca 2012 r. A. T. zmarł. Pozostawił po sobie testament, na podstawie którego spadek po nim nabyli S. H., M. O. i J. T. po 1/3 części, którzy kontynuowali wszczęty proces.

W ocenie Sądu I instancji, roboty ziemne, za wykonanie których powodowie domagali się zapłaty, były robotami dodatkowymi, za które należy im się wynagrodzenie.

Sąd ten zgodził się z pozwaną, że zapisy o konieczności wymiany w miejscach przebiegu robót w miejscowości K. gruntu na piasek zasypowy zostały ujęte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, ale za powołanym w sprawie biegłym podniósł, że wzmianka o konieczności wykonania spornych prac nie była wyraźnie czytelna i nie znalazła się w wykonawczych projektach budowlanych, wobec czego nie można uznać, że wykonane przez A. T. roboty ziemne polegające na wymianie gruntu zasypowego były objęte zawartą przez strony umową. Sąd Okręgowy zauważył nadto, że w momencie zaistnienia problemu z wymianą gruntu wójt pozwanej Gminy wyraźnie polecił wykonawcy ewidencjonowane wykonywanie tych robót celem ich późniejszego rozliczenia. W negocjacjach, do jakich następnie doszło, pozwana Gmina zaproponowała zapłatę połowy żądanego przez wykonawcę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, czym również potwierdziła, że sporne prace miały charakter robót dodatkowych i nie zostały objęte umową z dnia 9 lipca 2009 r. Pozwana zaprzeczyła roszczeniom wykonawcy dopiero wówczas, gdy powołany w sprawie biegły w wydanej opinii wskazał, że roboty związane z koniecznością wymiany gruntu z ilastego na piaszczysty zostały wymienione w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do umowy.

Sąd Okręgowy zauważył nadto, że z przepisu art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że umowa w sprawie tych zamówień może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie, a świadczenie określone w zawartej umowie powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w SIWZ i ofercie zamawiającego. Tymczasem w dokumentach tych brakowało jednoznacznych wskazań co do konieczności wykonania robót objętych sporem, co dodatkowo przekonuje do stanowiska strony powodowej. W tych okolicznościach na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy pozwana miała możliwość udzielenia wykonawcy w zakresie robót dodatkowych zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Sądu I instancji przyzwolenie zamawiającego na wykonywanie tych robót było formą ustnego zawarcia umowy. Wprawdzie w świetle art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa ustna z uwagi na formę jej zawarcia była nieważna, ale roszczenie powodów znajdowało oparcie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i nast. k.c.), skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona.

W apelacji od powyższego wyroku pozwana domagała się jego zmiany ewentualnie uchylenia w kierunku oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powodów zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Zarzuciła błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że sporne roboty były robotami dodatkowymi, podczas gdy zostały one objęte łączącą strony umową, co z kolei doprowadziło do niewłaściwego zastosowania art. 405 k.c., a nadto naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że opinia powołanego w sprawie biegłego jest jasna i wewnętrznie spójna i uzasadnia wnioski, że sporne roboty były robotami dodatkowymi. Zarzuciła także wadliwe ustalenie, że sporne roboty rozumiane były przez pozwaną jako roboty dodatkowe w oparciu o protokół konieczności z dnia 21 lutego 2012 r., podczas gdy protokół ten nie został podpisany przez wójta gminy, jako jedynego uprawnionego reprezentanta pozwanej. W końcu skarżąca zarzuciła naruszenie przepisu art. 632 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie i pominięcie, że strony w łączącej je umowie umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, nie pozwalające na podwyższenie wynagrodzenia.

Powodowie wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej zwrotu kosztów procesu.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Rację ma skarżąca zarzucając, że w zawartej pomiędzy stronami umowie o roboty budowlane określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z oferty wykonawcy, które zgodnie z wolą kontrahentów obejmowało „wszystkie roszczenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy oraz zawierało w sobie ryzyko ryczałtu związane z wykonaniem wszystkich niezbędnych robót, które należy wykonać w celu poprawnego funkcjonowania przedmiotu umowy z punktu widzenia celu, któremu ma on służyć” (§ 10 pkty od 1 do 3 umowy z 9 lipca 2009 roku). W umowie tej kontrahenci nie przewidzieli zatem modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego w razie wystąpienia konieczności wykonania prac nieprzewidzianych, mimo że niezbędnych do prawidłowego wykonania robót związanych z ułożeniem kanalizacji sanitarnej. Cóż dopiero gdy chodzi o roboty związane z wymianą gruntu na piasek zasypowy na trasie kanalizacji sanitarnej układanej w jezdni lub w poboczu drogi, które przewidziane zostały w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych załączonych do udostępnionego wykonawcom, biorącym udział w przetargu nieograniczonym, projektu budowlano – wykonawczego sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości L. i K. wraz z przepompownią i rurociągiem tłocznym do oczyszczalni ścieków w Ś.. Wówczas bowiem nie sposób w ogóle mówić o robotach dodatkowych, nieujętych w specyfikacji technicznych warunków zamówienia czy w dokumentacji technicznej. Przyjmując nawet, że profesjonalny wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania budowy sieci kanalizacji sanitarnej, to z dokumentacji geotechnicznej, a w szczególności ze specyfikacji technicznej wykonania robót zawierającej ogólne wymagania dotyczące robót nawierzchniowych, na stronie 47 wyraźnie zostało zaznaczone, że „grunt na trasie kanalizacji sanitarnej układanej w jezdni lub w poboczu drogi Wykonawca wymieni na niewysadzinowy i warstwowo zagęści”. Ciężar nieprzewidzenia zatem tej części robót ziemnych obarczał wykonawcę, który nie dołożył należytej staranności przy przygotowywaniu kosztorysu ofertowego i przed innymi złożył kosztorys najtańszy, jak się jednak okazało nie obejmujący kompleksowo przedmiotu zamówienia publicznego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego w wolnej ręce w trybie art. 67 ust. 1, pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna być następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności, nie zaś następstwem niestaranności przy planowaniu zakresu robót, ich wycenie czy przygotowaniu procesu inwestycyjnego.

Z tych względów, przyjmując za własne ustalenia Sądu pierwszej instancji, poza ustaleniem, że z przygotowanej przez zamawiającą dokumentacji „brak było czytelnego, jednoznacznego wskazania, że grunt z wykopu winien być wymieniony, gdyż nie nadaje się do zagęszczenia”, a „w projektach budowlanych wykonawczych brak było zapisu (wskazania), że wykonane wykopy należy zasypać nowym, dowiezionym gruntem piaszczystym” i roboty takie były zamówieniem dodatkowym, Sąd Apelacyjny dokonał odmiennej ich oceny na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i mając na względzie, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe (zob. art. 632 § 1 k.c.), na podstawie a 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił.

Konsekwencją zmiany wyroku Sądu I instancji była zmiana rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów. Strona powodowa przegrała proces i zgodnie z przepisami art. 98 § 1 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w zw. z art. 98 § 3 k.p.c. powinna więc zwrócić swojemu przeciwnikowi koszty przez niego poniesione, które wyniosły łącznie 3.617 zł (3.600 zł - koszty zastępstwa procesowego, 17 zł - opłata od pełnomocnictwa), jak również uiścić na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Zielonej Górze) kwotę 615,48 zł. nie pokrytych w sprawie wydatków na wynagrodzenie biegłego.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu za instancję odwoławczą Sąd Apelacyjny oparł na przepisie art. 98 § 1 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w zw. z art. 98 § 3 k.p.c. i z art. 391 § 1 k.p.c. Na tej podstawie na rzecz skarżącej od powodów zasądzić należało kwotę 3.800 zł tytułem zwrotu opłaty od apelacji i kwotę 2.700 zł kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego zgodnie z § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 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 (Dz. U. nr 163 poz. 1349).

SSA M. Gulczyńska SSA W. Kryślak SSA E. Fijałkowska