

Sygn. akt I ACa 669/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Sobierajski
Sędziowie:	SSA Elżbieta Uznańska (spr.) SSA Grzegorz Krężolek
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 16 listopada 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa M. D. (1)

przeciwko Gminie K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 15 grudnia 2015 r. sygn. akt VII GC 31/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I. zasądza od pozwanego - Gminy K. na rzecz powoda M. D. (1) kwotę 10.070,90 zł (dziesięć tysięcy siedemdziesiąt złotych i dziewięćdziesiąt groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 5 listopada 2013r. oraz odsetki ustawowe od kwoty 537.055,04 zł (pięćset trzydzieści siedem tysięcy pięćdziesiąt pięć złotych i cztery grosze) za okres od dnia 5 listopada 2013r. do dnia 28 kwietnia 2014r.;

II. oddala powództwo w pozostałej części;

III. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu.”

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem części kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem z dnia 15 grudnia 2015 r. oddalił powództwo M. D. (1) przeciwko Gminie K. o zapłatę: kwoty 50.921,03 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 listopada 2013 r, kwoty 2.952 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 listopada 2013 r., kwoty 10.070,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 listopada 2013 r., odsetek ustawowych od kwoty 537.055,04 zł za okres od dnia 5 listopada 2013 r. do dnia 29 kwietnia 2014 r. i zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7.200 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

W dniu 6.02.2013r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie przez powoda prac w ramach zadania „Rewitalizacja miejscowości O.”. Roboty obejmowały rewitalizację parku w centrum O., duży staw, mały staw wraz z robotami towarzyszącymi i innymi wskazanymi w SIWZ. Kompleksowe wykonanie robót oznaczało wykonanie wszelkich prac niezbędnych i koniecznych. Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określała dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz pomocniczo przedmiar robót. Wykonawca złożył oświadczenie, że dokonał sprawdzenia kompletności i zgodności dokumentacji projektowej z przedmiarem robót i specyfikacjami technicznymi oraz dokonał wizji w terenie a także, że wycenił wszystkie roboty stanowiące przedmiot umowy (§(...) umowy). Zgodnie z § (...) umowy wykonanie robót miało nastąpić do dnia 30.09.2013r. Data podpisania końcowego protokołu odbioru robót, po zakończeniu całego zakresu robót, stanowiła zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe zostało ustalone na kwotę 1.293.728,78 zł brutto i obejmowało wszystkie koszty związane z wykonaniem i odbiorem kompletnego przedmiotu umowy, w szczególności: roboty określone dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi, SIWZ, przedmiarami robót oraz wszelkie roboty wynikające z zastosowanej technologii, norm i przepisów technicznych i niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w całości. Wynagrodzenie miało być płatne na podstawie faktur przejściowych na podstawie protokołów odbioru częściowego robót zatwierdzonych przez inspektora nadzoru. Wynagrodzenie z faktur przejściowych nie mogło przekraczać 80% wynagrodzenia umownego. Pozostała część wynagrodzenia miała być płatna po zakończeniu całości przedmiotu umowy potwierdzonym protokołem odbioru końcowego. Termin płatności faktur został określony na 21 dni od dnia ich doręczenia zamawiającemu (§ (...) umowy). Zgodnie z § (...) ust. (...) do faktury za roboty realizowane przez podwykonawcę, wykonawca miał obowiązek dostarczyć pisemne oświadczenie podwykonawcy, potwierdzające uregulowanie na jego rzecz przez wykonawcę płatności. Brak oświadczenia miał skutkować zwrotem faktury i odmową jej zapłaty (§(...) ust. (...)).

Do obowiązków wykonawcy wynikających z § (...) umowy należało m.in. zawiadomienie o planowanych odbiorach, końcowym z 14 dniowym wyprzedzeniem. A także przekazanie zamawiającemu przy odbiorze robót atestów, gwarancji udzielonych przez dostawców materiałów i urządzeń, certyfikatów bezpieczeństwa i zgodności, aprobat technicznych, dokumentacji powykonawczej w dwóch egzemplarzach (§(...) ust. (...)). W §(...) umowy strony ustaliły warunki odbioru robót. I tak do odbioru końcowego robót zamawiający miał przystąpić w ciągu 7 dni roboczych od daty pisemnego zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru, czynności odbioru miały się odbyć w ciągu 14 dni roboczych od ich rozpoczęcia. W przypadku wad lub usterek, na czas ich usunięcia, czynności odbiorowe ulegały zawieszeniu. Na dzień odbioru końcowego wykonawca miał obowiązek dostarczenia: pełnej dokumentacji powykonawczej w 2 egzemplarzach, kopie rysunków wchodzących w skład projektu budowlanego z naniesionymi zmianami potwierdzonych przez projektanta, certyfikaty, świadectwa i aprobaty techniczne użytych materiałów i wykonanych robót.

Z czynności odbioru końcowego miał być sporządzony protokół podpisany przez obie strony. W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad usuwalnych zamawiający miał wyznaczyć wykonawcy termin na ich usunięcie, a wykonawca był zobowiązany do pisemnego zawiadomienia zamawiającego o usunięciu wad.

Zgodnie z § (...) umowy, jej zmiany wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. Strona występująca o zmianę umowy była zobowiązana do złożenia pisemnego wniosku. Zmiana umowy mogła nastąpić za zgodą stron wyrażoną w formie aneksu do umowy pod rygorem nieważności takiej zmiany. Strony dopuściły możliwość zmiany do umowy z przyczyn obiektywnych, na które nie miały wpływu. Zamawiającemu przysługiwało prawo do zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku: konieczności wykonania zamówienia dodatkowego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawo zamówień publicznych, wystąpienia siły wyższej, wydania zakazu prowadzenia prac przez organ administracji publicznej, zmiany stawki podatku VAT. Zgodnie z ust. 6 wykonawcy nie przysługiwało roszczenie o wprowadzenie zmian.

Roboty budowlane dotyczące parku w centrum (...) (skwer) obejmowały m.in. rozbiórkę istniejącej nawierzchni, demontaż istniejących elementów zagospodarowania terenu, wykonanie chodników, nawierzchni syntetycznej na placu zabaw i ogrodzenia, dostawę i montaż urządzeń zabawowych (w tym stołu do gry w piłkarzyki), dostawę i montaż pozostałych elementów wyposażenia terenu (w tym ławek), wykonanie szaty roślinnej. Remont dużego i małego stawu obejmował m.in. wykonanie kamiennieo-betonowego umocnienia wypływu wody, odmulenie dna zbiornika wodnego, ukształtowanie brzegów stawu, wzmocnienie brzegów zbiornika wodnego. Dodatkowo przy dużym stawie dostawę i montaż konstrukcji pomostu i wiaty drewnianej oraz dostawę i montaż wodotrysku. W zakres umowy wchodziło także wykonanie oświetlenia ulicznego m.in. ułożenie kabli i postawienie słupów. W dniu 6.02.2013r. pozwana przekazała wykonawcy plac budowy.

W ramach robót przy dużym stawie związanych z odmulaniem (oczyszczaniem) dna zbiornika wodnego powód wykonał okresowy przelew z rur PCV(...) umożliwiając spuszczenie wody ze stawu. Dokumentacja projektowa nie określała technologii wykonania odprowadzenia wody ze zbiornika celem jego osuszenia i wykonania dalszych prac oczyszczających. Decyzję o wykonaniu przelewu podjął powód, inwestor w osobie wójta Gminy I. G. to rozwiązanie w formie ustnej zaakceptował. Wykonanie tych prac, nie zgłaszając do nich zastrzeżeń, potwierdził inspektor nadzoru ze strony inwestora W. R. w notatce z dnia 5.09.2013r. sporządzonej przez kierownika robót wykonawcy R. M.. W trakcie wykonywania przez powoda robót związanych z oczyszczaniem stawu, pogłębienie stawu spowodowało konieczność dodatkowego wzmocnienia podłoża skarpy i dna zbiornika, co wymagało użycia dodatkowych ilości kamienia. Gmina wskazała wykonawcy dostawcę kamienia (...) Sp. z o.o. w K., stałego kontrahenta Gminy i wiążącą się z tym możliwością uzyskania korzystnej ceny oraz wyraziła zgodę na pokrycie kosztów zakupu kamienia. Koszt transportu kamienia miał ponieść powód.

W dniach 26-27.08. i 12, 20.09.2013 r. powód odebrał od dostawcy (...) Sp. z o.o. kamień wapienny obciążając kosztami jego transportu pozwaną, fakturą nr (...) z dnia 6.11.2013r. na kwotę 2.952 zł. Należność za kamień zapłaciła dostawcy Gmina, na którą były wystawione faktury zakupu. W dniu 27.09.2013r. kierownik robót R. M. sporządził notatkę wymieniającą roboty nazwane dodatkowymi. Przy robotach przy skwerze wymienił: wykonanie wyłukowań ogrodzenia trawnikowego przy alejkach i placach, przebudowę alejek przy placu zabaw (zmiana rzędnych projektowych), wykonanie uskoków przy alejkach w celu posadowienia 3 sztuk ławek bujanych, rozbiórkę cieku wzdłuż dwóch placów z uzupełnieniem kostką brukową, przeprojektowanie chodnika przy krzyżu, przeprojektowanie łuku drogi przy przepuszczeniu drogowym drogi powiatowej; przy dużym stawie: remont ścian czołowych spustu wody ze stawu, dodatkowe wykonanie okresowego spustu wody ze stawu poniżej poziomu przepustu z rur (...); przy małym stawie: wykonanie przyczółku z kamienia naturalnego przy spuszczeniu wody ze stawu.

W dniu 27.09.2013r. notatka ta została przedłożona inspektorowi nadzoru W. R., który wpisem do dziennika budowy nakazał jej przedstawienie Gminie w celu akceptacji.

W dniu 6.11.2013r. powód obciążył pozwaną Gminę fakturą nr (...) na kwotę 50.921,03 zł tytułem wykonania robót dodatkowych. Do faktury wykonawca dołączył kosztorys ofertowy nie zawierający daty jego sporządzenia, autora jego sporządzenia oraz nie zatwierdzony przez inwestora, wskazując, że roboty dodatkowe wymagane w kosztorysie były robotami koniecznymi, nie objętymi projektem. W kosztorysie tym, oprócz robót wymienionych przez kierownika robót R. M. w notatkach z 5. i 27.09.2013r. zostały ujęte: wykonanie dodatkowych płaskowników przy ławkach, wykonanie dodatkowych prac elektrycznych związanych z ułożeniem kabli, wyłożenie żółtego kruszywa wokół

studzienek kanalizacyjnych, usunięcie i wywiezienie drzewa, dodatkowe czyszczenie stawu dużego z mułu, poszerzenie wjazdu do posesji przy dużym stawie, dodatkowa dostawa i montaż ogrodzenia trawnikowego z fundamentami, rozłożenie kruszywa i zagęszczenie przy stawie małym. Pismem z dnia 30.09.2013r. powód zgłosił roboty budowlane do odbioru końcowego. W tym też dniu inspektor nadzoru dokonał w dzienniku budowy wpisu o potwierdzeniu zakończenia robót. Na dzień 7.10.2013r. Gmina wyznaczyła termin odbioru końcowego robót. Oprócz przedstawicieli Gminy m.in. J. S., G. D. i powoda M. D. (2) w czynnościach odbioru uczestniczyli inspektor nadzoru inwestorskiego W. R. i projektant U. Ć.. W trakcie czynności odbioru wykonawca okazał inspektorowi nadzoru dokumentację powykonawczą, którą ten uznał za niekompletną z uwagi na brak potwierdzenia odbioru przez Zarząd Dróg Powiatowych pasa drogowego drogi powiatowej i zwrócił ją do uzupełnienia obecnej na miejscu pracownik powoda K. C.. Komisja odbiorowa stwierdziła, że roboty zostały wykonane wadliwie, niezgodnie z dokumentacją techniczną i umową. Wykaz wad i usterek został wymieniony w załączniku do protokołu. Za wady uznano m.in. brak wzmocnienia ławek oraz wykonanie stołów do gry w piłkarzyki niezgodnie z projektem budowlanym. Pozwana wezwała wykonawcę do wymiany stołów na zgodne z projektem lub na zgodne z pozostałymi wykonanymi stołami. Termin usunięcia wad został wyznaczony do dnia 23.10.2013r. Za nadające się do użytku komisja uznała obiekty skweru i małego stawu. Przed spisaniem i odczytaniem całego protokołu odbioru, wykonawca opuścił teren budowy i odmówił podpisania protokołu odbioru. W części ostatniej protokołu Gmina zobowiązała wykonawcę do protokolarnego przekazania kompletnego operatu powykonawczego w dwóch egzemplarzach zgodnie z § (...) pkt (...) umowy. W kolejnych pismach, poczynając od datowanego na dzień 8.10.2013r., Gmina domagała się przekazania jej przez wykonawcę kompletnego operatu powykonawczego, twierdząc, że dokument ten w dniu 7.10.2013r. został jej jedynie okazany do wglądu i zaprzeczając twierdzeniom powoda aby miała go otrzymać w tym dniu, a następnie zgubić. W piśmie z dnia 23.10.2013r. Gmina ponownie wezwała wykonawcę do przekazania jej kompletnego operatu powykonawczego oraz wyznaczyła termin przeglądu z usunięcia wad i usterek na dzień 24.10.2013r. Pismem z dnia 23.10.2013r. powód zgłosił pozwanej usunięcie wszystkich usterek na obiekcie do tego dnia.

W protokole odbioru końcowego z dnia 24.10.2013r. komisja odbiorowa stwierdziła nieusunięcie wszystkich wad i usterek oraz zobowiązała wykonawcę do protokolarnego przekazania operatu powykonawczego w dwóch egzemplarzach. Powód odmówił podpisania protokołu odbioru.

W piśmie z dnia 25.10.2013r. pozwana przesyłając powodowi protokół odbioru końcowego dnia 24.10.2013r. wyznaczyła termin usunięcia wad i usterek stwierdzonych w poprzednich protokołach na dzień 4.11.2013r., wzywając wykonawcę po raz kolejny do przedłożenia operatu powykonawczego. W dniu 4.11.2013r. komisja odbiorowa bez udziału wykonawcy, który nie stawił się na odbiór stwierdziła nieusunięcie przez wykonawcę wszystkich wad i usterek stwierdzonych w poprzednich protokołach. Komisja zobowiązała wykonawcę do przedłożenia kompletnego operatu powykonawczego w dwóch egzemplarzach. Pismem z dnia 7.11.2013r. pozwana przesłała wykonawcy protokół odbioru. W dniu 20.09.2013r. powód obciążył Gminę fakturą nr (...)za wykonane roboty budowlane na kwotę 746.602,84 zł którą Gmina w całości zapłaciła. W dniu 14.10.2013r. powód obciążył Gminę fakturą nr (...)za wykonane roboty na kwotę 547.125,94 zł z terminem zapłaty do dnia 4.11.2013r. Fakturę tę Gmina odesłała odmawiając jej zapłaty do czasu ujawnienia przez powoda wszystkich podwykonawców w związku z powzięciem informacji o wykonywaniu robót przez podwykonawców i złożenia przez nich pisemnych oświadczeń o uregulowaniu na ich rzecz przez wykonawcę płatności oraz dostarczenie Gminie przez wykonawcę operatu powykonawczego.

W piśmie z dnia 24.03.2014r. Gmina wyznaczyła ostateczny termin odbioru inwestycji na dzień 31.03.2014r., informując wykonawcę, że w przypadku nie stawienia się powoda na odbiór dokona odbioru jednostronnego, zaś nieprzekazanie w dniu odbioru dokumentacji będzie skutkowało rozwiązaniem umowy. W dniu 28.04.2014r. M. D. (1) protokolarnie przesłał Gminie (...) operat powykonawczy, w tym certyfikaty, deklaracje zgodności, instrukcje użytkowania, wyniki badań, atesty, warunki gwarancyjne, inwentaryzację geodezyjną. W dniu 28.04.2014r. komisja odbiorowa z udziałem przedstawicieli Gminy, z uwagi na niestawiennictwo powoda na czynności odbioru, dokonała jednostronnego odbioru końcowego robót. Potwierdziła w nim fakt przekazania przez wykonawcę w dniu 28.04.2014r. operatu powykonawczego oraz gotowości w związku z tym obiektem do użytku. Okres 3 letniej gwarancji miał mieć bieg od dnia 28.04.2014r. Protokół miał stanowić podstawę do wystawienia faktury końcowej. W protokole stwierdzono, że

stoły do gry w piłkarzyki nie zostały doprowadzone do stanu zgodnego z projektem co uniemożliwiało ich użytkowanie w sposób prawidłowy. W związku z tym wartość robót miała zostać pomniejszona o kwotę 10.070,90 zł. stanowiącą wartość tych urządzeń. W dniu 29.04.2014r. powód obciążył Gminę fakturą nr (...) na kwotę 537.055,04 zł z terminem zapłaty do dnia 20.05.2014r. W dniu 29.04.2014r. pozwana uregulowała na rzecz powoda powyższą kwotę w całości.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał, że z § (...) ust. (...) umowy zawartej przez strony w dniu 6.02.2013r., kosztorysu ofertowego wykonawczego oraz z protokołów odbioru robót z 7.10, 24.10, 4.11.2013r. i 28.04.2014r. wynika, że przedmiotem umowy było kompleksowe wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Rewitalizacja miejscowości O.”. W ramach tychże robót powód miał wykonać rewitalizację parku w centrum O. poprzez usunięcie istniejącej infrastruktury i wykonanie nowej. Z kolei prace rewitalizacyjne dotyczące stawów obejmowały przede wszystkim ich oczyszczenie, wzmocnienie i ukształtowanie brzegów zbiorników wodnych. W zakres robót budowlanych wchodziły także prace elektryczne związane z wykonaniem oświetlenia ulicznego. W świetle zapisu § (...) ust.(...) kompleksowe wykonanie robót wchodzących w zakres umowy obejmowało wszelkie prace niezbędne i konieczne do prawidłowego wykonania robót. W umowie, o czym świadczy treść § (...) ust. (...), wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał się z dokumentacją projektową, dokonał wizji lokalnej oraz wycenił wszystkie roboty wchodzące w zakres umowy.

Jednym z żądań pozwu jest roszczenie w kwocie 50.921.03 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe oraz w kwocie 2.952 zł tytułem poniesionych przez powoda kosztów transportu kamienia przeznaczonego do wykonania zbiorników wodnych. Zdaniem powoda podstawą prawną do żądania wynagrodzenia za roboty dodatkowe była zawarta przez strony ustna umowa o dzieło zaś żądania zwrotu kosztów transportu materiału ustna umowa zlecenia. W ocenie Sądu Okręgowego roboty nazwane przez powoda dodatkowymi jak i wykonana usługa transportowa wchodziły w skład obiektu stanowiącego przedmiot robót budowlanych określonych umową z dnia 6.02.2013r., niezależnie od tego czy były objęte dokumentacją projektową czy też nie, jak twierdził powód. Nie były to zatem odrębne umowy o dzieło i zlecenia. Na taką kwalifikację nie pozwalają bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907) nie dopuszczające generalnie możliwości podwyższenia wynagrodzenia, z uwagi na treść art. 144. Zakazuje on istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany - ust. 1. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Przepisy tej ustawy będą miały w pierwszej kolejności zastosowanie do roszczenia o wynagrodzenie za roboty dodatkowe. Stosownie do art. 139 ust. 2 pzp każda umowa, w tym także o roboty dodatkowe, zawierana w trybie zamówienia publicznego winna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Pisemną formę wszelkich zmian umowy pod rygorem nieważności strony zastrzegły także w §(...) umowy. W każdym przypadku zmiana umowy była możliwa za zgodą obu stron. Gmina miała możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Przepis ten stanowi, że udzielenie dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych dodatkowego zamówienia nieobjętego zamówieniem podstawowym i nieprzekraczającego łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnego do jego prawidłowego wykonania, jest możliwe gdy wykonanie robót dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Bezsprzeczne jest że w przedmiotowej sprawie strony nie dokonały w formie pisemnej zmiany umowy w drodze aneksu, jak też nie zawarły pisemnej umowy o roboty dodatkowe poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli. W żadnym razie, tak jak twierdzi powód za taką umowę nie można uznać pisemnych notatek z dnia 5.09 i 27.09.2013r. sporządzonych i podpisanych przez kierownika robót wykonawcy. W tej sytuacji podstawą zmiany ustalonego umową o roboty budowlane wynagrodzenia wykonawcy może być tylko przepis art. 357¹ kc. Przepis ten powód wskazał jako jedną z podstaw prawnych roszczenia o zapłatę wynagrodzenia dodatkowego za wykonane roboty dodatkowe i wykonaną usługę transportową. Przepis art. 357¹ kc stanowi, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidziały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Wykazanie zaistnienia poważnych przesłanek obciążało, stosownie do reguły wynikającej z art. 6 kc i art. 232 zd 1 kpc powoda. W ocenie Sądu żadnej z powyższych przesłanek powód nie wykazał. Nadzwyczajna zmiana stosunków oznacza okoliczności wyjątkowe, odbiegające od normy, niezależne od woli stron. Powód nie powołał się na żadne tego rodzaju okoliczności mające uzasadnić żądanie podwyższenia wynagrodzenia. Trudno także przyjąć aby możliwość wykonania robót dodatkowych, w sytuacji zawarcia przez strony umowy o roboty budowlane, była nie do przewidzenia w chwili jej zawarcia. Możliwość zawarcia umowy o roboty dodatkowe w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidywała zresztą umowa w §(...) ust. (...) Powód nie przedłożył także żadnego dowodu z którego wynikałoby, że na skutek wykonania na rzecz pozwanej robót budowlanych o wartości 50.921,03 zł i usługi o wartości 2.952 zł poniósł rażącą stratę. Strata oznacza uszczerbek w majątku powoda. Musi to być także strata rażąca, czyli ponadprzeciętna, nadzwyczajna, nie objęta typowym ryzykiem gospodarczym. A należy w tym miejscu podkreślić, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które bez wątpienia niesie dla wykonawcy pewne ryzyko gospodarcze związane z możliwością wystąpienia zdarzeń, w następstwie których może ulec zwiększeniu rozmiar i koszt wykonanych przez niego robót.

Jako kolejną podstawę prawną dochodzenia należności objętych fakturami nr (...)z dnia 6.11.2013r. i nr (...) z dnia 6.11.2013r. powód wskazał przepis art. 405 kc. Stanowi on, że 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. Powód twierdzi, że na skutek wykonania przez niego robót budowlanych i usługi transportowej nie objętych dokumentacją projektową, a zatem dodatkowych a zleconych przez Gminę, Gmina bezpodstawnie wzbogaciła się jego kosztem. Przy czym w piśmie z dnia 13.11.2013r. powód roboty dodatkowe na kwotę 50.921,03 zł uznał za roboty konieczne. Składając wyjaśnienia powód M. D. (1) twierdził z kolei, że nie były to roboty konieczne. Za roboty dodatkowe powód uznał wszystkie te, które zostały ujęte w notatkach sporządzonych przez kierownika robót R. M. w dniach 5 i 27.09.2013r.

W ocenie Sądu z tych dowodów, zeznań świadków, wyjaśnień stron wynika, że roboty te faktycznie powód wykonał przy akceptacji pozwanej. Notatka z dnia 5.09.2013r. dotyczy wykonania przez powoda okresowego przelewu wody z dużego stawu do strumienia. Wykonanie tych prac inspektor nadzoru W. R. potwierdził w notatce. Składając zeznania zaprzeczył natomiast aby roboty te zlecił. Z kosztorysu ofertowego, który stanowił podstawę do określenia przez wykonawcę rozmiarów i kosztów robót budowlanych a także protokołów odbioru robót wynika, że w zakres umowy wchodziło wykonanie przez powoda odmulenia (oczyszczenia) dna obu zbiorników wodnych - małego i dużego. Fakt ten składając wyjaśnienia M. D. (1) przyznał. Z zeznań świadków, pracowników Gminy - J. S. (zastępcy wójta) i G. D., inspektora nadzoru W. R. oraz wyjaśnień wójta I. G. a także świadka R. M. kierownika robót wykonawcy wynika, że oczyszczenie dużego stawu wiązało się z koniecznością spuszczenia z niego wody i osuszeniem. Dokumentacja projektowa nie określała sposobu wykonania tych prac. Powód zaproponował wykonanie okresowego przepustu z rur PCV łączącego staw ze strumieniem, na które to rozwiązanie zgodę wyraził wójt Gminy. Zdaniem Sądu w sytuacji, w której oczyszczenie stawu wchodziło w zakres projektu, prac związanych ze spuszczeniem wody nie można uznać za dodatkowe, niezależnie od przyjętej przez wykonawcę metody ich wykonania. Z zeznań inspektora nadzoru W. R. wynika, że nie zlecał on także robót dodatkowych wymienionych w notatce kierownika robót z 27.09.2013r. Niewątpliwie natomiast z wpisu inspektora nadzoru do dziennika budowy z dnia 27.09.2013r. wynika, że otrzymał on od wykonawcy tę notatkę i polecił jej przekazanie inwestorowi do akceptacji. Nie zaprzeczył zatem, że roboty te zostały wykonane. Wymienione w powyższej notatce roboty budowlane zostały także ujęte w kosztorysie ofertowym na kwotę 50.921,03 zł przedłożonym przez powoda. Z tym zastrzeżeniem, że kosztorysu tego Sąd nie uznał za dowód z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 kpc z uwagi na brak podpisu na nim osoby, która go sporządziła, bądź zaakceptowała.

Zarówno notatka, jak i powyższy kosztorys dotyczą wykonania takich prac jak ogrodzenie trawnikowe, alejka, chodnik, rozbiórka ciek, ukształtowanie i umocnienie brzegów stawu małego. Wszystkie te roboty, jak wynika z kosztorysu ofertowego podstawowego i protokołów odbioru robót wchodziły w zakresu umowy z dnia 6.02.2013r.

W kosztorysie ofertowym na „prace dodatkowe” oprócz wymienionych w notatkach z 5. i 27.09.2013r. zostały ujęte takie prace jak: płaskowniki przy ławkach, prace elektryczne, dodatkowe czyszczenie stawu z mułu, ogrodzenie

trawnikowe, ułożenie kruszywa przy studzienkach kanalizacyjnych, usunięcie i wywiezienie drzewa, poszerzenie wjazdu do posesji prywatnej. Zarówno wykonanie ławek, prac elektrycznych, czyszczenie dużego stawu, wykonanie ogrodzenia trawnikowego wchodziły w zakres umowy z 6.02.2013r. Powód M. D. (1) twierdził, że dodatkowy płaskownik przy ławkach celem ich wzmocnienia zamontował na życzenie Gminy. Z protokołów odbiorów robót wynika natomiast, że brak płaskowników pozwana uznała za wadę robót. Okoliczności tej powód nie zakwestionował. Z protokołów odbioru wynika natomiast, że wadę tę wykonawca usunął. W przedmiocie robót elektrycznych M. D. (1) twierdził, że wykonał dodatkowe latarnie, której to okoliczności Gmina zaprzeczyła. Na ich wykonanie zdaniem Sądu nie ma żadnego dowodu. W przedłożonym przez powoda kosztorysie „prac dodatkowych” nie ma takich pozycji. Składając wyjaśnienia M. D. (1) potwierdził, że projekt przewidywał wybudowanie alejki, ułożenie cieków, odmulenie stawu, wykonanie wjazdu do posesji prywatnej. Za wyjątkiem ułożenia kruszywa przy studzienkach kanalizacyjnych, usunięcia i wywiezienia drzewa, wykonania chodnika do krzyża pozostałe prace jako wchodzące w zakres pisemnej umowy były objęte projektem. Część z nich stanowiła roboty zamienne jak łukowanie ogrodzenia trawnikowego przy alejkach i placach. Należy również zwrócić uwagę, że powód użył do gabionów tańszego kamienia niż przewidywał projekt i jak twierdził wójt I. G. nie było na to zgody Gminy. W przedmiocie wykonania chodnika prowadzącego do krzyża świadek J. S. twierdził, że do jego wykonania powód użył materiałów zaoszczędzonych, przez co ilość materiału nie uległa zwiększeniu, zaś wójt I. G., że roboty te zostały wykonane w ramach ilości metrów chodników przewidzianego w projekcie.

Nawet założenie, że wykonane przez powoda roboty nie były objęte dokumentacją projektową nie daje podstaw do przyjęcia, że pozwana Gmina bezprawnie wzbogaciła się jego kosztem. W następstwie wykonania „prac dodatkowych” nie powstał żaden nowy obiekt, bądź dodatkowe urządzenie, z którego pozwana mogłaby korzystać. Trudno przyjąć, że ułożenie kruszywa przy studzienkach, usunięcie i wywiezienie drzewa, wykonanie progów na alejkach celem posadzenia ławek, użycie kruszywa na terenie stawu, wykonanie szerszego zjazdu do posesji prywatnej, stanowiło o wzbogaceniu się Gminy. Także wykonanie niektórych robót budowlanych droższą metodą, przy użyciu większej ilości materiałów czy nakładu pracy nie oznacza wzbogacenia się Gminy kosztem wykonawcy, skoro rezultat tych robót jest taki sam jaki wynikał z umowy. Z tych przyczyn powództwo o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 50.921,03 zł za roboty „dodatkowe” Sąd Okręgowy uznał za niezasadne.

Za niezasadne Sąd uznał także powództwo obejmujące koszty transportu w kwocie 2.952 zł. Powód twierdził, że usługę tę zlecił mu wójt Gminy i inspektor nadzoru. Inspektor nadzoru W. R. zaprzeczył, aby zlecił wykonawcy usługę transportu kamienia. Co do okoliczności zlecenia tej usługi i kosztów jej poniesienia Sąd dał wiarę zeznaniom świadków J. S., G. D. i M. W. oraz wyjaśnieniom wójta I. G.. Wynika z nich, że roboty związane z oczyszczeniem stawu wymagały użycia większej ilości kamienia niż przewidywała to dokumentacja projektowa. Gmina wskazała dostawcę kamienia - (...) Sp. z o.o., swojego stałego dostawcę i zgodziła się zapłacić za kamień, zaś koszty jego transportu miał ponieść powód. Świadek J. S. wręcz twierdził, że poniesienie przez wykonawcę kosztów transportu było warunkiem wyrażenia przez Gminę zgody na poniesienie kosztów zakupu materiału. Z kolei z wyjaśnień I. G. wynika, że to powód zwrócił się do Gminy o wskazanie miejsca dostawy, że Gmina wskazała to miejsce i zgodziła się zapłacić za kamień. Wójt zaprzeczył aby Gmina zleciła transport kamienia. Zeznania świadka J. D. (1) twierdzącej, że strony uzgodniły, że koszty transportu kamienia poniesie powód a następnie obciąży nimi pozwaną Sąd uznał za odosobnione. Tym bardziej w świetle wyjaśnień M. D. (2), który wprost nie przyznał, że koszty transportu miała ponieść Gmina. Twierdził natomiast, że skoro Gmina wskazała jako dostawcę (...) Sp. z o.o. co wiązało się z koniecznością transportu kamienia, to oczywistym jest, że powinna za ten transport zapłacić. Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd przyjął, że powód nie wykazał aby w sytuacji konieczności użycia dodatkowego kamienia i pokrycia kosztów jego zakupu przez Gminę, koszty jego transportu od dostawcy do miejsca wbudowania miały obciążać pozwaną. Nie zostało także wykazane aby dostawca kamienia został narzucony wykonawcy przez Gminę.

W przedmiocie żądania powoda zasądzenia ustawowych odsetek od zapłaconej przez pozwaną w toku sporu należności głównej w kwocie 537.055,04 zł Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 14.10.2013r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 547.125,94 zł tytułem reszty wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 6.02.2013r. z terminem zapłaty do dnia 4.11.2013r. Powód twierdził, że do wystawienia faktury końcowej uprawniał go odbiór końcowy robót dokonany

w dniu 7.10.2013r. Pismem z dnia 30.09.2013r. powód zgłosił roboty budowlane do odbioru. Także wpisem do dziennika budowy z dnia 30.09.2013r. inspektor nadzoru potwierdził zakończenie robót. Zgodnie z § (...) ust. (...) umowy pozostała część wynagrodzenia (nie rozliczona fakturami przejściowymi) miała być zapłacona po zakończeniu całości przedmiotu umowy, potwierdzonym protokołem odbioru końcowego. Zapis § (...) ust. 1 zobowiązywał Gminę do przystąpienia do odbioru końcowego robót w ciągu 7 dni roboczych od daty pisemnego zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru. Na dzień odbioru końcowego wykonawca miał obowiązek dostarczyć pozwanej pełną dokumentację powykonawczą w 2 egzemplarzach, kopie rysunków wchodzących w skład projektu budowlanego z naniesionymi zmianami potwierdzonymi przez projektanta, certyfikaty, świadectwa i aprobaty techniczne użytych materiałów i wykonanych robót. Z odbioru końcowego miał być sporządzony protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru, podpisany przez obie strony (§ (...) ust. (...) i § (...) ust. (...)).

Zgodnie z § (...) ust.(...) umowy w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad i usterek wykonanych robót na czas ich usunięcia, termin czynności odbiorowych ulegał zawieszeniu. W dniu 7.10.2013r. strony przystąpiły do odbioru końcowego robót. W dniu odbioru powód dysponował dokumentacją powykonawczą, którą okazał inspektorowi nadzoru W. R., który uznał ją za niekompletną z uwagi na brak dokumentu potwierdzającego odbiór przez Zarząd Dróg Powiatowych pasa drogowego i zwrócił ją w tym dniu pracownikowi wykonawcy K. C.. Okoliczność zwrotu wykonawcy w dniu 7.10.2013r. dokumentacji powykonawczej z powodu jej braków wynika z zeznań inspektora nadzoru W. R. i J. S. - pracowników Gminy a także z zeznań samej K. C.. Ta ostatnia twierdziła, że po uzupełnieniu dokumentacji zwróconej przez inspektora nadzoru przy odbiorze o wymagany dokument, przekazała dokumentację powykonawczą G. D.. W tym kontekście, zarówno z tymi zeznaniami jak i zeznaniami W. R. i J. S. w sprzeczności pozostają zeznania J. D. (1), że dokumentacja powykonawcza została przekazana przez K. C. G. D. w dniu 7.10.2013r. przy odbiorze. Z treści protokołów odbioru końcowego z dnia 7.10.2013r. oraz 24.10.2013r. wynika, że powód uczestniczył w czynnościach odbioru, natomiast odmówił podpisania obu protokołów. Bezspornym jest, że protokoły te Gmina doręczyła wykonawcy. W obu tych dokumentach komisja odbiorowa przy udziale m.in. inspektora nadzoru i projektanta zobowiązała wykonawcę do protokolarnego przekazania Gminie kompletnego operatu powykonawczego w dwóch egzemplarzach, zawierającego wszystkie dokumenty, o których mowa w §(...) umowy. Z korespondencji stron wynika, że powód twierdził, iż dokumentacja ta została przekazana pozwanej w dniu 7.10.2013r. w trakcie odbioru i pozwana ją zgubiła, czemu Gmina stanowczo zaprzeczała.

W ocenie Sądu skoro umowa na wykonawcę nakładała obowiązek przekazania w dniu odbioru końcowego dokumentacji określonej w § (...) ust. (...)i § (...) ust. (...), to powód winien był udowodnić, że z obowiązku tego się wywiązał. Dokumentacja powykonawcza okazana przez wykonawcę w dniu 7.10.2013r. został zwrócona wykonawcy z uwagi na jej niekompletność. Z zeznań świadka K. C. twierdzącej, że później dokumentację tę przekazała G. D. nie wynika, kiedy doszło do tego przekazania i w jakich okolicznościach. Świadek G. D. zaprzeczył natomiast aby taki fakt miał miejsce. Brak przekazania Gminie dokumentacji powykonawczej potwierdza także protokół odbioru końcowego z dnia 4.11.2013r. sporządzony bez udziału wykonawcy, który nie stawiał się na dzień odbioru, będąc o tym terminie zawiadomiony. Za dzień przekazania pozwanej dokumentacji powykonawczej wymaganej umową należy zatem uznać dzień 28.04.2014r. czyli dzień protokolarnego przekazania Gminie przez powoda przedmiotowej dokumentacji.

Komisja dokonująca odbioru robót w dniach 7.10., 24.10.2013r. i 4.11.2013r. stwierdziła wady i usterki w robotach wykonywanych przez powoda, opisując ich rodzaj i wyznaczając wykonawcy termin na ich usunięcie do dnia 23.10.2013r. (protokół z 7.10.2013r.) i do dnia 4.11.2013r. (protokół z 24.10.2013r.). Powód nie zaprzeczył, że wady te wystąpiły. W piśmie z dnia 23.10.2013r. wykonawca zgłosił usunięcie do tego dnia wszystkich usterek na obiekcie. W protokole odbioru końcowego z dnia 4.11.2013r. komisja odbiorowa stwierdziła, że wykonawca usunął tylko część wad i usterek.

Wbrew twierdzeniom powoda protokół z dnia 7.10.2013r. nie stanowił dowodu potwierdzającego wykonanie przez niego do tego dnia całości robót budowlanych wchodzących w zakres umowy. Za nadający się do użytku komisja uznała tylko część obiektu, a mianowicie park (skwer) i mały staw. Stwierdziła nadto, że część robót została wykonana niezgodnie z dokumentacją techniczną oraz wadliwie.

Zgodnie z umową stwierdzenie podczas odbioru końcowego wad i usterek skutkowało zawieszeniem odbioru do czasu ich usunięcia przez wykonawcę.

Powód nie wykazał aby spełniły się warunki z § (...) ust.(...) umowy uprawniające go do wystawienia w dniu 14.10.2013r. faktury i żądania zapłaty przez Gminę wynagrodzenia w kwocie 547.125,94 zł, czyli że nastąpiło zakończenie przez niego całości robót wchodzących w zakres umowy, potwierdzonych protokołem odbioru końcowego. Skwitowanie przez Gminę robót budowlanych wykonanych przez powoda poprzez ich odbiór nastąpiło dopiero w dniu 28.04.2014r. w jednostronnym protokole odbioru końcowego robót, na który to odbiór wykonawca nie stawiał się. Pozwana uregulowała na rzecz powoda kwotę 537.055,04 zł w dniu 29.04.2014r. czyli przed terminem płatności wskazanym przez powoda na dzień 20.05.2014r. w fakturze na (...) z dnia 29.04.2014r. A zatem nie pozostaje ona w opóźnieniu uzasadniającym żądanie przez powoda odsetek poczynając od dnia 5.11.2013r. do dnia 29.04.2014r.

W przedmiocie żądania zapłaty kwoty 10.070,90 zł stanowiącej różnicę pomiędzy należnością z faktury nr (...) z dnia 14.10.2013r. i faktury nr (...) z dnia 29.04.2014r. Sąd zważył co następuje. Gmina konsekwentnie twierdziła, że powód niezgodnie z projektem budowlanych wykonał stoły do gry w piłkarzyki. W załączniku do protokołu odbioru końcowego z dnia 7.10.2013r. komisja odbiorowa nakazała wykonawcy wymienić stoły na modele zgodne z projektem bądź na zgodne z pozostałymi stołami o stalowej konstrukcji wspanoczej, bokach i spodzie wykonanych z płyt z granitu. Żądanie to jako niewykonane znalazło się także w protokołach odbioru z dnia 24.10.2013r. i 4.11.2013r. oraz w protokole z dnia 28.04.2014r., które powód od Gminy otrzymał. W toku procesu powód nie zakwestionował faktu wadliwości powyższych robót i nieusunięcia wad na wezwanie Gminy. Stosownie do art. 637 kpc (w brzmieniu obowiązującym do dnia 25.12.2014r. z uwagi na treść przepisu przejściowego art. 51 ustawy z dnia 30.05.2014r. o prawach konsumenta - Dz.U.2014.827) w zw. z art. 656 § 1 kc, jeżeli wykonawca nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i wady są nieistotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Gmina obniżyła wynagrodzenie należne powodowi z tytułu wad stołów o kwotę 10.070,09 zł. Powód nie zakwestionował zasadności obniżenia wynagrodzenia określonego umową o powyższą kwotę. W tej sytuacji Sąd uznał, że żądanie zapłaty przez powoda wynagrodzenia w tej części jest niezasadne, skoro Gminie przysługiwało uprawnienie z rękojmi za wady i z tego uprawnienia skorzystała.

O kosztach procesu, obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc zasądzając je od powoda na rzecz pozwanej Gminy, stosownie do wyniku sporu.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją powód. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art.233 §1 kpc, polegającą na naruszeniu zasady wszechstronnej oceny materiału dowodowego przedmiotu sprowadzającą się do bezpodstawnego przyjęcia, iż roboty nazwane przez powoda dodatkowymi, jak i wykonana usługa transportowa w kwocie 2952 zł, wchodziły w skład obiektu stanowiącego przedmiot robót budowlanych, określonych umową z dnia 06.02.2013 r. niezależnie od tego, czy były objęte dokumentacją projektową, czy też nie;
2. dowolną ocenę zgromadzonych przez Sąd dowodów w zakresie bezpodstawnego uznania, że powód nie przedłożył żadnego dowodu z którego wynikałoby, że na skutek wykonania na rzecz pozwanej robót budowlanych o wartości 50921,03 i usługi o wartości 2952zł poniósł rażącą stratę;
3. dowolną ocenę zgromadzonych przez Sąd dowodów w zakresie uznania, że powód nie wykazał, że na skutek wykonanych przez niego robót budowlanych i usługi transportowej nie objętych dokumentacją projektową zleconych przez Gminę, pozwana bezpodstawnie wzbogaciła się jego kosztem;
4. dowolną ocenę zeznań świadków J. D. (2), K. C., R. M. przez odmowę wiarygodności ich twierdzeń, że pozwana zleciła powodowi wykonanie robót dodatkowych nie objętych projektem wykonawczym, kosztorysem ofertowym, nie wchodzących w zakres umowy z dnia 06.02.2013; bezpodstawną odmowę wiarygodności twierdzeń wymienionych

świadków, że wykonanie przez powoda robót dodatkowych i usługi transportowej jest konsekwencją błędnie wykonanego przez inwestora projektu wykonawczego;

5. dowolną ocenę zeznań wskazanych wyżej świadków przez odmowę wiarygodności ich twierdzeń, że powód dostarczył Zamawiającemu niezbędną dokumentację po wykonawczą w czasie odbioru robót w dniu 07.10.2013.;

6. sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, polegającą na przyjęciu iż:

a) wykonanie przez powoda okresowego przelewu wody z rur pcv wchodziło w zakres projektu oraz prac związanych ze spuszczeniem wody ze stawu

b) wykonanie przez powoda takich prac jak: ogrodzenie trawnikowe, alejka, chodnik, rozbiórka cieku, ukształtowanie i umocnienie brzegów stawu małego wchodziły w zakres umowy z dnia 06.02.2013.

c) wykonanie przez powoda prac takich jak: płaskowniki przy ławkach, prace elektryczne, dodatkowe czyszczenie stawu z mułu, ogrodzenie trawnikowe, ułożenie kruszywa przy studzienkach kanalizacyjnych, usunięcie i wywiezienie drzewa, poszerzenie wjazdu do posesji prywatnej wchodziły w zakres umowy z dnia 06.02.2013.

d) powód nie wykazał, że wykonał roboty takie jak: dodatkowe latarnie, zamontowanie płaskowników do ławek

e) część robót wykonanych przez powoda nazwanych dodatkowymi takich jak: lukowanie ogrodzenia trawnikowego przy alejkach i placach stanowiła roboty zamienne

f) powód wykonał chodnik prowadzący do krzyża przy wykorzystaniu materiałów zaoszczędzonych, przez co ilość materiału nie uległa zwiększeniu, a wykonane przez powoda prace mieściły się w ramach ilości metrów chodnika przewidzianego w projekcie

g) pozwana Gmina w wyniku wykonanych przez powoda prac dodatkowych nie wzbogaciła się jego kosztem, w następstwie wykonania przez powoda prac dodatkowych nie powstał żaden nowy obiekt, bądź dodatkowe urządzenie, z którego pozwana mogłaby korzystać, rezultat wykonanych przez powoda prac był taki sam, jak wynikał z umowy

h) pozwana Gmina nie zlecała powodowi wykonania transportu kamienia, z zebranych dowodów nie wynika, że koszty transportu miała ponieść Gmina

i) powód nie wykazał, że koszty użycia dodatkowego kamienia i pokrycia kosztów jego transportu od dostawcy do miejsca wbudowania miały obciążać pozwaną, nie zostało także wykazane, aby dostawca kamienia został narzucony wykonawcy przez Gminę

j) powód nie wykazał, że dokumentacja po wykonawczą została przekazana przez K. C. zamawiającemu w dniu 07.10.2013.przy odbiorze

k) za dzień przekazania pozwanej dokumentacji powykonawczej należy uznać 28.04.2014, czyli dzień protokolarnego przekazania Gminie przez powoda przedmiotowej dokumentacji

l) protokół odbioru robót z dnia 07.10.2013 nie stanowił dowodu potwierdzającego wykonanie przez powoda całości robót budowlanych

l) powód do dnia 28.04.2014 nie spełnił warunków do odebrania wykonanych przez niego robót i wystawienia faktury Vat z dnia 14.10.2013 na kwotę 547125,94 zł tytułem należnego mu wynagrodzenia

m) dokonanie przez Gminę odbioru robót budowlanych dopiero w dniu 28.04.2014 przesądza o tym, że pozwana nie pozostaje w opóźnieniu uzasadniającym żądanie przez powoda odsetek, poczynając o dnia 15.11.2013 do dnia 29.04.2014

n) żądanie zapłaty przez powoda wynagrodzenia za wykonanie stołów do gry w piłkarzyki w kwocie 10.070,09 jest niezasadne, bowiem powód nie usunął wad w terminie i nie kwestionował zasadności obniżenia wynagrodzenia określonego umową o powyższą kwotę

ń) powód w ramach umowy z dnia 06.02.2013 był zobowiązany do wykonania wszelkich prac niezbędnych i koniecznych, w tym prac wskazanych jako roboty dodatkowe

o) okres trzyletniej gwarancji należytego wykonania umowy przez powoda należy liczyć od dnia 28.04.2014

7. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art.217 par.1 kpc przez odmowę dowodu zgłoszonego przez powoda w postaci opinii biegłego z zakresu budownictwa - na okoliczność ustalenia zakresu wartości robót wykonanych przez powoda wskazanych jako dodatkowe w kosztorysie robót dodatkowych przedstawionych przez powoda, a także wskazanych w notatkach sporządzonych przez R. M. z dnia 05.09.2013 i 27.09.2013, a także na okoliczność ustalenia, że roboty wymienione przez powoda jako dodatkowe, nie były objęte kosztorysem ofertowym, projektem wykonawczym, ani zakresem umowy z dnia 06.02.2013, który to dowód miał istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

8. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art.328 par.1 kpc przez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu wyroku, dlaczego Sąd odmówił wiarygodności dowodom zaprezentowanym przez powoda tj. jego zeznań, zeznań świadków J. D. (2), K. C., R. M., opinii biegłego z zakresu budownictwa wskazujących na zlecenie powodowi przez pozwaną Gminę wykonania dodatkowych robót budowlanych, a także na okoliczność ustalenia, że prace wymienione przez powoda jako dodatkowe, nie były objęte przedmiotem umowy z dnia 06.02.2013 r., kosztorysem ofertowym, projektem wykonawczym, a konieczność ich wykonania wynikała z wadliwie sporządzonego przez inwestora projektu wykonawczego, że roboty te zostały wykonane na zlecenie Gminy K. oraz, że powód przedstawił dokumentację po wykonawczą niezbędną do odebrania wykonanych robót w dniu 07.10.2013;

Jednocześnie w apelacji zgłosił powód nowe wnioski i dowody w postaci prywatnej opinii biegłego z zakresu budownictwa, budowy dróg i zamówień publicznych, sporządzonej na zlecenie powoda, która ma znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez: 1. zasądzenie od Gminy K. na rzecz M. D. (2) kwoty 10.070,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 05.11.2013 do dnia zapłaty; 2. zasądzenie odsetek ustawowych od kwoty 537055,04 zł za okres od dnia 05.11.2013 do 29.04.2014; 3. zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 50.921,03 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21.11.2013 do dnia zapłaty; 4. zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 2952 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21.11.2013 do dnia zapłaty, a także zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Kielcach, pozostawiając mu orzeczenie o kosztach procesu, a nadto wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie powoda przez biegłego z zakresu budownictwa, budowy dróg i zamówień publicznych na okoliczności wskazane w pkt.7 i z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, budowy dróg i zamówień publicznych z listy SO w Kielcach na okoliczności wskazane w pkt.7.

Pozwana nie odniosła się ani na piśmie ani na rozprawie do zarzutów i wniosków apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest częściowo uzasadniona, to jest w zakresie dotyczącym kwoty 10.070,90 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie stołów do gry w piłkarzyki oraz w zakresie dochodzonych odsetek od kwoty 537.055,04 zł. W pozostałej części, tj. dotyczącej zapłaty za roboty dodatkowe i usługę transportową, apelacja jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny generalnie podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne. Niezasadny jest bowiem podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 233 §1 k.p.c. . Przepis ten statuuje zasadę,

wedle której sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Granice swobodnej oceny dowodów zakreślają przepisy prawa procesowego, zasady doświadczenia życiowego i reguły logicznego myślenia. Dlatego też zarzut obrazy cytowanego art. 233 § 1 k.p.c. można sformułować skutecznie tylko wówczas, gdy sąd oceniając wiarygodność oraz moc przeprowadzonych dowodów uchybi przesłankom wskazanym w tym przepisie (taką linię orzecniczą prezentuje Sąd Najwyższy, a z którą zgadza się Sąd Apelacyjny - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 314/05, Lex nr 172176, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003 r., II CK 293/02, Lex nr 151522). Skuteczne postawienie zarzutu poczynienia błędnych ustaleń oraz naruszenia przez sąd zasady swobodnej oceny dowodów wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, niż przyjął to sąd, doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 marca 2008 r., I ACa 953/07 Lex nr 466440). Jak już wyżej wskazano sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - wając ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Tak procedował Sąd Okręgowy niniejszej sprawie, stąd odmienny pogląd wyrażony w apelacji nie może skutecznie prowadzić do jej uwzględnienia.

Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 328 §2 k.p.c. (w apelacji prawdopodobnie przez oczywistą omyłkę został wskazany przepis art. 328 §1 k.p.c.). Zgodnie z tym przepisem uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Te wszystkie elementy w zasadzie zawiera uzasadnienie zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy wskazał ustalone fakty, dowody na których się oparł czyniąc te ustalenia, wskazał również i omówił podstawę prawną wyroku. Uzasadnienie zawiera również omówienie dowodów, które nie w pełni Sąd uznał za wiarygodne; nie jest może ono w pełni wyczerpujące, ale całkowicie umożliwia dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku, a w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, że obraza art. 328 §2 k.p.c. może być zarzucana w apelacji lub skardze kasacyjnej tylko w wyjątkowych okolicznościach, tj. wtedy gdy wady uzasadnienia uniemożliwiają dokonanie kontroli instancyjnej lub kasacyjnej (zob. np. wyroki SN: z 11 maja 2000 r., I CKN 272/00, z 14 listopada 2000 r., V CKN 1211/00, z 18 lutego 2005 r., V CK 469/04). Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 328 Q2 k.p.c. poprzez odmowę przez Sąd Okręgowy wiarygodności opinii biegłego z zakresu budownictwa, skoro taki dowód nie był w niniejszej sprawie przeprowadzony.

Sąd Okręgowy na podstawie ustalonych faktów, które jak wyżej wskazano Sąd Apelacyjny podziela, uznał że roboty nazwane przez powoda „dodatkowymi”, jak i wykonana usługa transportowa wchodziły w skład obiektu stanowiącego przedmiot robót budowlanych określonych umową z dnia 6.02.2013 r., niezależnie od tego, czy były objęte dokumentacją projektową, czy też nie. Nie były to zatem, jak wskazywał powód zawarte ustnie umowy o dzieło i zlecenia. Sąd Okręgowy obszernie uzasadnił to stanowisko. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie w pełni pogląd Sądu Okręgowego i przedstawioną na jego poparcie argumentację prawną. Argumenty te zostały już wyżej szczegółowo podane, zbędne jest zatem ich ponowne przytaczanie. Sąd Okręgowy rozważał te żądania powoda zarówno w świetle przepisów ustawy –Prawo zamówień publicznych, jak i przepisów kodeksu cywilnego – art. 357 [1] i 405 słusznie nie znajdując w nich podstawy do uwzględnienia powództwa w tym zakresie. Na marginesie należy w tym miejscu zauważyć, że apelacja nie zarzuca naruszenia żadnych przepisów prawa materialnego. Podzielając zatem dokonaną przez Sąd I instancji ocenę prawną należy raz jeszcze podkreślić, że Sąd ten trafnie wskazał, że przedmiotem umowy z dnia 6 lutego 2013 r. było kompleksowe wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Rewitalizacja miejscowości O.”, w ramach tych prac powód miał wykonać rewitalizację parku w centrum O., zgodnie z tą umową kompleksowe wykonanie robót wchodzących w zakres umowy obejmowało wszelkie prace niezbędne i konieczne do prawidłowego wykonania robót, a strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które niesie dla wykonawcy pewne ryzyko

gospodarcze związane z możliwością wystąpienia zdarzeń, w następstwie których może ulec zwiększeniu rozmiar i koszt wykonanych przez niego robót. Domaganie się w takiej sytuacji dodatkowego wynagrodzenia za każdą pracę nie wymienioną wprost w kosztorysie ofertowym, wskazując jako podstawę ustną umowę o dzieło lub zlecenia, ewentualnie art. 405 k.c. nie znajduje żadnego uzasadnienia, a wręcz przeciwnie mogłoby prowadzić do obejścia ustawy o zamówieniach publicznych. W powyższych okolicznościach, przy zajęciu przez Sąd Okręgowy stanowisku, które Sąd Apelacyjny uznaje za trafne, bezprzedmiotowe było prowadzenie wnioskowanego przez powoda dowodu z opinii biegłego.

Mając wszystko powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny apelację w tej części, to jest w zakresie żądania zasądzenia kwoty 50.921,03 wraz z odsetkami i kwoty 2.952 zł wraz z odsetkami uznał za bezzasadną.

Uzasadniona jest natomiast apelacja w pozostałym zakresie.

Trafnie apelacja zarzuca, że Sąd Okręgowy bezpodstawnie oddalił żądanie zasądzenia kwoty 10.070,90 zł wynikającej z faktury (...)r., a obejmującej wynagrodzenie za wykonanie stołów do gry w piłkarzyki. Sąd Okręgowy prawidłowo w oparciu o zebrane w sprawie dowody ustalił, że stoły do gry w piłkarzyki zostały wykonane niezgodnie z projektem budowlanym i pozwana w związku z tym wezwała wykonawcę do wymiany stołów na zgodne z projektem lub na zgodne z pozostałymi wykonanymi stołami. Wynika z w szczególności z protokołów odbiorów końcowego z dnia 7 października 13 r., 24 października 2013 r., 4 listopada 2013 r., a także z dnia 31 marca 2014 r. Strony nie kwestionowały, że stoły nie zostały jednak wymienione, wynika to również z pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy dowolnie jednak uznał, że w tej sytuacji pozwana zasadnie odmówiła całej zapłaty za tę pracę, a to na podstawie art. 637 k.c. w zw. z art. 656 §1 k.c. w dawnym brzmieniu, który stanowił, że zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, jeżeli wykonawca nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i wady są nieistotne. O ile można w okolicznościach niniejszej sprawy uznać, że wady stołów do gry są nieistotne, a w każdym razie nie zostały usunięte przez powoda w wyznaczonym terminie, to trafnie apelacja zarzuca, że żądanie obniżenia wynagrodzenia nie oznacza odmowy wynagrodzenia w całości. Zgodnie bowiem z art. 637 §2 k.c. zamawiający może w takim wypadku żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Konieczne zatem jest porównanie wartości dzieła obciążonego wadami z wartością dzieła, jakiego ze względu na treść umowy zamawiający miał prawo oczekiwać. Pozwana w niniejszej sprawie nie odwoływała się do tych przesłanek, nie wskazywała, ani tym bardziej nie wykazała, w jakim stopniu wady stołów obniżają ich oczekiwaną przez zamawiającego wartość, a w konsekwencji w jakim stosunku (o jaką kwotę) zasadne byłoby obniżenie wynagrodzenia. Nie można podzielić stanowiska Sądu Okręgowego, że powód nie kwestionował zasadności obniżenia wynagrodzenia o powyższą kwotę, skoro powód konsekwentnie w toku całego postępowania domagał się zasądzenia kwoty 10.070,09 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonane stoły do gry.

Sąd Apelacyjny uznał również za uzasadnioną apelację w części dotyczącej odsetek od zapłaconej w toku procesu należności głównej w kwocie 537.055,04 zł za okres od dnia 5 listopada 2013 r. do dnia 29 kwietnia 2014 r. Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego przyczyną zwrotu przez pozwaną faktury końcowej nr (...) wystawionej przez powoda w dniu 14.10.2013 r. z terminem zapłaty do dnia 4 listopada 2013 r. i odmową jej zapłaty było uzależnienie zapłaty od ujawnienia przez powoda wszystkich podwykonawców, a to w związku z powzięciem przez Gminę informacji o wykonywaniu robót przez podwykonawców, a także od złożenia przez nich pisemnych oświadczeń o uregulowaniu na ich rzecz przez wykonawcę płatności oraz dostarczeniu Gminie przez wykonawcę operatu powykonawczego (s.8 uzasadnienia). Okoliczność, że powód korzystał z podwykonawców nie potwierdziła się, natomiast jak również wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, braku w dokumentacji powykonawczej, którą powód dysponował w dniu odbioru końcowego – 7.10.2013 r. i którą okazał w tym dniu inspektorowi nadzoru, polegały jedynie na braku dokumentu potwierdzającego odbiór przez Zarząd Dróg Powiatowych pasa drogowego drogi powiatowej. W świetle takich ustaleń, które jak już wyżej wskazano znajdują oparcie w przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy dowodach, brak podstaw do podzielenia stanowiska Sądu I instancji, że powód płacąc należność z tej faktury dopiero w dniu 29 kwietnia 2014 r. nie pozostawał w opóźnieniu. Nie uzasadnia takiego postępowania Gminy również okoliczność usuwania przez powoda wad i usterek stwierdzonych w protokole odbioru z końcowego robót z dnia 7 października 2013 r., , skoro nie było to wskazywaną przez pozwanego przyczyną zwrotu wystawionej przez powoda faktury, a ponadto usterki te zostały w

części usunięte przez powoda przed 5 listopada 2013 r., a nieusunięcie niektórych do chwili obecnej nie stanowiło dla powoda przeszkody w uregulowaniu przedmiotowej faktury w dniu 29 kwietnia 2014 r.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznając apelację w tej części za zasadną na podstawie art. 386 §1 k.p.c. zmienił częściowo zaskarżony wyrok orzekając jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. mając na uwadze, że powód jedynie częściowo wygrał apelację, ale poniósł koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika i opłatą od apelacji, natomiast strona pozwana nie złożyła pisemnej odpowiedzi na apelację, ani też jej pełnomocnik nie stawiał się na rozprawie apelacyjnej.

SSA Elżbieta Uznańska SSA Krzysztof Sobierajski SSA Grzegorz Krężolek