

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 stycznia 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Iwankiewicz (spr.)
Sędziowie:	SSA Edyta Buczkowska-Żuk SSA Halina Zarzeczna
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Piotr Tarnowski

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2020 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Z. w W.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki i pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt I C 1146/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach drugim i trzecim w ten sposób, że:

1/ zasądza od pozwanego Z. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. dodatkowo kwotę 156.912,38 zł (sto pięćdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset dwanaście złotych trzydzieści osiem groszy) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 21 lipca 2011r.,

2/ zasądza od pozwanego Z. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwotę 38.836 zł (trzydzieści osiem tysięcy osiemset trzydzieści sześć złotych) tytułem kosztów procesu;

II. oddala apelację powoda w pozostałej części;

III. oddala apelację pozwanego w całości;

IV. zasądza od pozwanego Z. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwotę 12.802 zł (dwanaście tysięcy złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;

V. nakazuje ściągnąć z roszczenia zasądzonego powodowi Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Szczecinie kwotę 1.033,17 zł (jeden tysiąc trzydzieści trzy złote siedemnaście groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

VI. nakazuje pobrać od pozwanego Z. w W. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Szczecinie kwotę 1.033,17 zł (jeden tysiąc trzydzieści trzy złote siedemnaście groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Edyta Buczkowska – Żuk Ryszard Iwankiewicz Halina Zarzeczna

Sygn. akt I ACa 752/17

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. złożył w Sądzie Okręgowym w Szczecinie pozew przeciwko Z. Oddział w S. o zapłatę kwoty 1.041.911,83 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 21 lipca 2011 r. Uzasadniając żądanie, powód wskazał, że zawarł z pozwanym w dniu 8 lipca 2009 r. umowę na wykonanie budynku dla Inspektoratu Miejskiego Z. w S. przy ulicy (...), a na dochodzone roszczenie składają się następujące kwoty:

- 594.345,19 zł wynikająca z odmowy zatwierdzenia przez pozwanego koniecznej zmiany technologii wykonania wykopów pod fundamenty,
- 250.099,98 zł wynikająca z odmowy zatwierdzenia przez pozwanego koniecznej zmiany sposobu wykonania posadzki piwnicznej,
- 197.466,66 zł z tytułu dodatkowych godzin pompowania wody poniesionych przy wykonywaniu zbiornika retencyjnego.

Pozwany Z. w W. wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie powództwa.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie pozwu pozwany wskazał, że powód oznaczył stronę pozwaną jako Z. Oddział w S., czyli jednostkę organizacyjną Zakładu, która nie posiada zdolności sądowej.

Odnosząc się natomiast do roszczenia pozwu podniósł między innymi, że:

- umowę o wykonanie robót budowlanych zawarło konsorcjum spółek: Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka z o.o. z siedzibą w S. oraz Zakład (...) spółka z o.o. z siedzibą w S., w związku z czym powód bez upoważnienia partnera konsorcjum nie może samodzielnie występować o zapłatę wynagrodzenia,
- wynagrodzenie ustalone w umowie jest ryczałtowe i w całości zostało zapłacone,
- na rzecz konsorcjum firm zostało wypłacone także wynagrodzenie w wysokości 804.976,03 zł za roboty dodatkowe i zamiennie, których konieczność realizacji pozwany uznał,
- powód samowolnie zmienił technologię wykonania prac i nie należy mu się wynagrodzenie żądane pozwem,
- inwestycja była realizowana na zasadach i w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych,

- wszystkie prace związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia określone zostały w dokumentacji projektowej oraz w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Pozwany wskazał, że brak jest podstaw do przyjęcia jego odpowiedzialności kontraktowej, gdyż od początku konsekwentnie nie wyrażał zgody na zmiany zakresu robót wykonywanych przez powoda. Jego zdaniem podstawy prawnej roszczenia powoda nie może również stanowić art. 405 k.c., gdyż zastosowanie tej podstawy byłoby sprzeczne z przepisami i celem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Interwenient uboczny (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w S., który zgłosił swój udział w sprawie po stronie pozwanej, w piśmie z dnia 16 marca 2012 r. wniósł o oddalenie powództwa. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że na podstawie umowy zawartej z pozwanym zobowiązany był do opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na wykonanie budynku przeznaczonego na siedzibę Inspektoratu Z. w S. przy ulicy (...) i poparł w całości argumenty strony pozwanej przedstawione dotychczas w postępowaniu.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 maja 2017 r. zasądzono od pozwanego Z. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. kwotę 529.167,46 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 21 lipca 2011 r., a w pozostałej części powództwo oddalono.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji poprzedził poczynieniem ustaleń faktycznych, z których wynika, że:

W 2008 r. pozwany Z. z siedzibą w W. ogłosił przetarg ograniczony na „Budowę siedziby Inspektoratu miejskiego Z. w S. przy ul. (...)”. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 6 stycznia 2009 r. (w skrócie SIWZ) wskazano odnośnie wynagrodzenia wykonawcy, że będzie ono wypłacane po wykonaniu i odbiorze całkowicie zakończonych elementów robót, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Wynagrodzenie za całkowicie wykonane elementy będzie rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie ofertowym oraz ilości wykonanych robót, potwierdzanych na bieżąco w książce obmiarów. Księgi obmiarów muszą być dołączone do zestawienia elementów (lub elementu), stanowiących załącznik do faktury. Podstawą wystawienia faktury częściowej, nie częściej niż raz w miesiącu, będzie protokół odbioru elementów robót, potwierdzony przez inspektora nadzoru. Rozliczanie fakturami częściowymi będzie się odbywało do wysokości 90% wartości wynagrodzenia umownego, natomiast rozliczenie końcowe wynagrodzenia wykonawcy nastąpi na podstawie faktury końcowej, przedłożonej wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych, po dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Elementem składowym oferty wykonawcy miał być między innymi kosztorys ofertowy wraz z tabelami elementów scalonych oraz zestawieniami materiałów. W opisie sposobu obliczania ceny wskazano, że wykonawca powinien zdobyć wszelkie informacje konieczne do przygotowania oferty i podpisania umowy, w tym dokonać wizji lokalnej działki przeznaczonej pod budowę. Cenę oferty należało obliczyć w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, wynikającą z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o dokonaną wizję lokalną, dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Wykonawca w cenie oferty zobowiązany był uwzględnić koszty szczegółowo wymienione w pkt 11.4 specyfikacji, w tym związane z organizacją zaplecza i terenu budowy oraz wywozem gruzu i materiałów oraz nadmiaru ziemi. Podstawę sporządzania kosztorysu ofertowego miała stanowić dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej według podanego wzoru. Ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego należało skalkulować w oparciu o dowolnie wybraną przez wykonawcę bazę normatywną lub kalkulacje indywidualne. Ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego miały być stałe w okresie realizacji umowy. Wykonawca miał obowiązek porównać przedmiar z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, a w przypadku wykrycia rozbieżności pomiędzy ilościami według wyliczeń własnych, a ilościami oszacowanymi w przedmiarze robót, zobowiązany był poinformować o tym zamawiającego. Wycena tych robót w kosztorysie ofertowym mogła nastąpić jedynie za zgodą zamawiającego i w miejscu przez niego wskazanym. Wskazano również, że jeżeli wykonawca nie zgłosi zamawiającemu rozbieżności pomiędzy dostarczonym przedmiarem a dokumentacją projektową, uważać się będzie, że roboty te zostały wycenione w innych pozycjach kosztorysu ofertowego i nie będą oddzielnie płacone przez zamawiającego. Jako kryterium wyboru

ofert wskazano cenę. Zamawiający miał wybrać jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który zaproponuje najniższą cenę ofertową brutto i będzie spełniał wszystkie warunki określone w SIWZ oraz ustawie.

Dokumentację projektowo-kosztorysową na wykonanie budynku przeznaczanego na siedzibę Inspektoratu Z. w S. opracowała (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.. Spółka ta zgodnie z umową z dnia 22 sierpnia 2007 r. zawartą z Z. miała również pełnić nadzór autorski w ramach inwestycji, której przedmiotem była budowa budynku przeznaczanego na siedzibę inspektoratu Z. w S.. Po zawarciu umowy spółka (...) spółka z o.o. w S. uległa przekształceniu w spółkę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w S., która przejęła wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. W późniejszym czasie nazwa spółki komandytowej została zmieniona na (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w S.. Wspólnikiem komplementariuszem tej spółki jest spółka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S..

W związku z ogłoszeniem przetargu ograniczonego na budowę siedziby Inspektoratu Miejskiego Z. w S. przy ul. (...), powód Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. oraz Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. zawarły w dniu 25 listopada 2008r. umowę konsorcjum w celu realizacji ww. zadania inwestycyjnego w zakresie: opracowania i przedłożenia inwestorowi oferty, realizacji zadania w przypadku wyboru oferty.

Funkcja lidera konsorcjum została powierzona powodowi. Strony umowy konsorcjum ustaliły, że każdy z nich przyjmuje pełną odpowiedzialność za realizację swego zakresu zadania i za wszelkie zobowiązania wynikające z ustaleń kontraktu w odniesieniu do tego zakresu, w szczególności każdy z nich ponosi indywidualnie wszelkie ryzyko techniczne i finansowe związane z przypadającym na niego zakresem zadania, chyba że jego poszczególne elementy będą powierzone wspólnie wybranym podwykonawcom. Zgodnie z umową faktury VAT z tytułu wykonywania zadania miał wystawiać powód jako lider, on miał też otrzymywać płatności z tytułu faktur od inwestora, a następnie część środków przelewać na rachunek partnera - Zakładu (...) spółki z o.o. z siedzibą w S., w wysokości odpowiadającej zakresowi wykonanych przez partnera robót. W umowie ustalono, że pozostanie ona w mocy dopóki:

- nie zostaną wykonane wszystkie zobowiązania wynikające z jej postanowień lub zobowiązania podjęte w bezpośrednim wyniku utworzenia konsorcjum
- nie nastąpi ostateczne rozliczenie zadania z inwestorem i uregulowanie przez niego płatności
- nie nastąpi ostateczne rozliczenie i uregulowanie płatności wynikłych z utworzenia konsorcjum pomiędzy partnerami
- nie ustanie okres gwarancji i rękojmi na wykonane zadanie.

Powód i (...) spółka z o.o. w S. złożyli wspólną ofertę na budowę siedziby inspektoratu miejskiego Z. w S.. W ofercie wskazali, że oferują wykonanie zamówienia w zakresie i na warunkach określonych w SIWZ, za cenę brutto 23 150 999,45 zł, w tym podatek VAT 22%. Jednym z załączników do oferty były kosztorysy ofertowe.

W dniu 8 lipca 2009 r. została zawarta pomiędzy pozwanym Z. Oddział w S., zwanym dalej w treści umowy zamawiającym, a konsorcjum firm: powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. i Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., umowa o roboty budowlane. Na jej podstawie konsorcjum firm, zwane dalej w umowie wykonawcą, zobowiązało się do wykonania robót budowlanych i oddania obiektu będącego ich rezultatem, stanowiących przedmiot zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa Inspektoratu Miejskiego Z. w S. ul. (...)”, niezależnie od tego czy ww. roboty i czynności zostały przewidziane na dzień złożenia oferty, natomiast pozwany zwany dalej zamawiającym, do zapłaty wynagrodzenia za odebrane roboty na zasadach określonych w umowie. Przedmiot umowy obejmował wykonanie wszelkich prac i czynności wraz z dostarczeniem materiałów i urządzeń niezbędnych do prawidłowego zrealizowania robót objętych umową, w zakresie rzeczowym ujętym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót opracowanej przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz kosztorysach ofertowych wykonawcy.

Wykonawca oświadczył w umowie, że zapoznał się z dokumentacją projektową i uznaje ją za wystarczającą podstawę do prawidłowego wykonania robót budowlanych, stanowiących przedmiot umowy.

Wynagrodzenie za wykonanie robót zostało określone w § 8 umowy, zatytułowanym „wartość przedmiotu umowy.” Postanowienia tego paragrafu zostały ujęte w czterech ustępach o następującej treści:

„1. Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 ust. 1 niniejszej umowy strony ustalają wynagrodzenie brutto w wysokości 23.150.999,45 zł., (słownie dwadzieścia trzy miliony sto pięćdziesiąt tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 99/100), w tym podatek VAT 22%, zgodnie z kosztorysem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 5 do niniejszej umowy.

2. Wartość przedmiotu zamówienia jest wartością ryczałtowo-ilościową. Ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego są stałe w okresie realizacji umowy a ilości wyszczególnione w tych pozycjach podlegają obmiarowi po ich wykonaniu.

3. Roboty, o których mowa w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym, o którym mowa w ust. 1, nie będą podlegały zapłacie po ich wykonaniu. Zamawiający przyjmuje, że ww. roboty zostały ujęte w cenach innych pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym.

4. Wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie, jeśli w toku wykonania robót wprowadzono na żądanie Zamawiającego:

a) zmianę sposobu przeprowadzenia robót objętych przedmiotem zamówienia lub wprowadzono zmianę materiałów na inne materiały, co spowodowało zmianę wartości robót

b) ograniczono zakres robót objętych przedmiotem zamówienia lub wykonano roboty zamiennie.”

W § 10 umowy, dotyczącym rozliczenia robót, wskazano w ust. 2 – 9:

„2. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie wypłacane po wykonaniu i odbiorze całkowicie zakończonych elementów robót, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

3. Wynagrodzenie Wykonawcy za całkowicie wykonane elementy będzie rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie ofertowym oraz ilości wykonanych robót, potwierdzanych na bieżąco w książce obmiarów.

4. Książki obmiarów muszą być dołączane do zestawienia elementów robót (lub elementu), stanowiących załącznik do faktury.

5. Podstawą wystawienia faktury częściowej, nie częściej niż raz w miesiącu, za roboty wykonane siłami własnymi Wykonawcy, będzie protokół odbioru elementów robót, potwierdzony przez inspektora nadzoru.

6. Rozliczanie fakturami częściowymi będzie odbywało się do wysokości 90% wartości wynagrodzenia umownego.

7. Rozliczenie końcowe wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi, na podstawie faktury końcowej przedłożonej wraz z kompletem dokumentów rozliczeniowych, pod dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu umowy.

8. Termin płatności wszystkich faktur wynosi 30 dni od daty ich otrzymania przez Zamawiającego.

9. Podstawą do rozliczenia końcowego będzie faktura końcowa wraz z oświadczeniami podwykonawców o całkowitym rozliczeniu z Wykonawcą.”

Wykonanie robót dodatkowych i zamiennych oraz sposób rozliczeń z tego tytułu, zostało uregulowane w § 9 umowy, o treści:

„1. Roboty dodatkowe, których konieczność wykonania wyniknie w trakcie realizacji zadania, a które nie zostały uwzględnione w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ, a których zakres nie przekracza 50% wartości przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany jest, po przeprowadzeniu negocjacji, wykonać na dodatkowe zamówienie Zamawiającego, w trybie „zamówienia z wolnej ręki” na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. Na roboty dodatkowe zostanie sporządzony protokół konieczności przez Inwestora Zastępczego, podpisany przez kierownika budowy, inspektora nadzoru inwestorskiego i projektanta. Protokół konieczności zatwierdza zamawiający. Na podstawie protokołu konieczności Wykonawca sporządza kosztorys szczegółowy, który podlega sprawdzeniu przez inspektora nadzoru inwestorskiego i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Kosztorys na dodatkowe roboty należy opracować w terminie 5 dni roboczych (3 egzemplarze) od daty zatwierdzenia protokołu konieczności, na podstawie stawek roboczogodziny i narzutów zawartych w kosztorysach ofertowych dla poszczególnych branż zamówienia podstawowego, natomiast ceny materiałów i pracy sprzętu wg cen aktualnych na dzień wbudowania, nieprzekraczających średnich cen publikowanych w „Informacyjnym Zestawie Cen Czynników Produkcji Budowlanej” wydawanym przez Serwis Informacji Cenowych Budownictwa (...)

Na podstawie protokołu konieczności i kosztorysu, po przeprowadzonych negocjacjach z Wykonawcą, Zamawiający sporządza umowę na wykonanie robót dodatkowych.

2. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty zamienne (w stosunku do robót przewidzianych w projekcie).

Rozliczenie ewentualnych robót zamiennych nastąpi kosztorysem różnicowym, który stanowił będzie różnicę pomiędzy kosztorysem ofertowym dla zadania podstawowego a kosztorysem robót zamiennych. Kosztorys robót zamiennych należy opracować na zasadach określonych dla kosztorysu robót dodatkowych. O konieczności wykonania robót zamiennych Zawiadamiający pisemnie powiadamia Wykonawcę. Wykonawca w terminie 7 dni od daty otrzymania tego pisma sporządza kosztorys różnicowy. Po sprawdzeniu kosztorysu różnicowego przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz jego zatwierdzeniu przez Zamawiającego sporządza aneks do umowy.

W szczególnych przypadkach, na wykonanie robót zamiennych wymagana jest zgoda projektanta.

Roboty zamienne mogą być również wykonane na wniosek Wykonawcy, po uprzednim ich uzgodnieniu z Zamawiającym, wg. zasad jak dla robót zamiennych zgłoszonych przez Zamawiającego.

3. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, zlecenie robót dodatkowych i zamiennych upoważniało będzie do wystąpienia o przedłużenie terminu realizacji robót podstawowych. Ilość dni przedłużających termin realizacji, zostanie każdorazowo uzgodniona z inspektorem nadzoru, Inwestorem Zastępczym i Zamawiającym przed zleceniem robót dodatkowych lub zamiennych, a Wykonawca będzie zobowiązany do aktualizacji harmonogramu.”

W umowie wskazano, że zmiana jej postanowień może nastąpić za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie, pod rygorem nieważności.

Funkcję inwestora zastępczego przy realizacji zadania inwestycyjnego pełniło na podstawie umowy zawartej z Z. Oddział w S., Przedsiębiorstwo Usług (...) spółka akcyjna z siedzibą w S.. Do podstawowych obowiązków inwestora zastępczego należało między innymi:

- nadzór inwestorski we wszystkich branżach, pełniony przez inspektorów nadzoru i koordynacja robót na placu budowy
- sprawdzanie kalkulacji robót wszystkich branż w dostosowaniu do warunków umownych wynikających z umowy z generalnym wykonawcą.

Zgodnie z kosztorysem ofertowym i przedmiarem robót, roboty ziemne miały być wykonane w następującej technologii:

- wykop szerokoprzestrzenny do dolnego poziomu posadzki na gruncie, tj. do 1,97 m n.p.m.

- wykopy wąskoprzestrzenne (jamiste) pod stopy i ławy fundamentowe, z urobkiem na odkład, do poziomu 0,9 m n.p.m.

W przedmiarze robót zostały wskazane następujące pozycje rozliczeniowe, jeśli chodzi o roboty ziemne i przygotowawcze:

poz. 1 igłofiltr o średnicy do 50 mm, wplukiwane w grunt bezpośrednio bez obsypki, do głębokości 6,0 m – 256

poz. 2 pompowanie próbne pomiarowe lub oczyszczające, przy średnicy otworów od 150 do 500 mm, z zastosowaniem zespołu prądotwórczego w przypadku braku stałego źródła energii – 216 m-g

poz. 3 wykopy oraz przekopy koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m³, na odkład w gruncie kat. I i II – 3.519,290 m³

poz. 4 wykopy jamiste wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 0,15 m³, na odkład w gruncie kategorii I-II – 2.225,500 m³

poz. 5 formowanie nasypów o wys. do 3,0 m, warstwami o grub. 20 cm, w gruncie kat. IV, spycharkami 55 kW, z zagęszczaniem – 617,525 m³

poz. 6 zasypywanie wykopów spycharkami z przemieszczeniem gruntu na odległość do 10 m w gruncie kat. gruntu I-II (65%) – 2.046,510 m³

poz. 7 (6a po zmianie) - zagęszczanie nasypów zagęszczarkami, grunty sypkie kategorii I-III (65%) – 2046,510 m³

poz. 8 (6b po zmianie) ręczne zasypywanie wykopów ze skarpami w gruncie kat. I-III z przerzutem ziemi na odległość do 3 m- zagęszczenie mechaniczne (35%) – 1101,970 m³

poz. 9 (7 po zmianie) załadunek koparką gąsienicową o pojemności łyżki 0,6 m³ odspojonego gruntu z przewozem na odległość do 1 km, samochód samowładowczy do 5 t – 1978,780 m³

poz. 10 (8 po zmianie) dopłata za każde dalsze rozpoczęte 0,5 km odległości transportu ponad 1 km, przy przewozie urobku gruntu kat. III-IV po drogach utwardzonych, samochodami samowładowczymi o ładowności do 6 t – 1978,780 m³.

W projekcie wykonawczym konstrukcji wskazano, że ze względu na wysoki poziom wód gruntowych, dla celu posadowienia stóp i płyt fundamentowych budynku, zbiorników: retencyjnego i separatora oraz wykonania izolacji poziomej i pionowej posadzek, przeciwwodnego ścian piwnic oraz podszybia wind i klatek schodowych, konieczne będzie odpowiednie, miejscowe obniżenie poziomu wody gruntowej za pomocą igłofiltrów oraz ewentualnego zastosowania ścianek szczelnych. W szczególności może wchodzić w rachubę konieczność wykonania ścianki szczelnej po obwodzie całego budynku. Wykonanie ścianek szczelnych zalecono dla robót przy budowie zbiornika retencyjnego.

Przed rozpoczęciem robót ziemnych zamawiający na wniosek wykonawcy (konsorcjum firm) wyraził zgodę na podniesienie poziomu stóp fundamentowych o 50 cm, czyli do rzędnej 1,4 m n.p.m. W wyniku podniesienia poziomu posadowienia stóp fundamentowych, głębokość wykopów jamistych zmniejszyła się do 67 cm. Ziemia z wykopu miała posłużyć do obsypania fundamentów, a jej nadmiar miał być wywieziony z budowy.

Wartość robót ziemnych i przygotowawczych została określona w kosztorysie inwestorskim na kwotę 432.266,83 zł.

Po rozpoczęciu budowy wykonawca zmienił bez zgody zamawiającego technologię wykonania robót ziemnych przy budowie budynku. Zmiana polegała na tym, że wykonał on jeden wykop szerokoprzestrzenny, zamiast wykopu szerokoprzestrzennego i wykopów jamistych. Po zakończeniu wykopów wykonawca złożył wnioski o wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego pod budynek do poziomu posadowienia łąw i stóp fundamentowych wraz z odwodnieniem wykopu w zamian za przewidziane w przedmiarze inwestorskim wykopy na odkład. W dniu 15 października 2009 r. został sporządzony protokół konieczności nr 2 na roboty zamienne, nie przewidziane w dokumentacji technicznej i SIWZ. Komisja w składzie: inspektor nadzoru J. P., projektant B. K. i kierownik budowy B. P. stwierdziła w protokole, że zastane warunki terenowe i gruntowo-wodne oraz przepisy BHP w zakresie realizacji robót ziemnych, wymagają bezwzględnie wykonania zamiast wykopów jamistych na odkład, wykopu szerokoprzestrzennego obiektowego z odwozem z równoczesnym ciągłym odpompowywaniem wody gruntowej z systemu igłofiltrów przez okres prowadzenia robót. Pismem z dnia 15 lutego 2010 r. pozwany zwrócił się do (...) spółki z o.o. spółki komandytowej w S. z prośbą o wyjaśnienie zasadności poniesienia dodatkowych kosztów na roboty wyszczególnione w protokołach konieczności nr 1 i 2 na kwotę brutto 614.322,81 zł. W odpowiedzi na to pismo, (...) spółka z o.o. spółka k. w S. wskazała, że kosztorysy różnicowe zostały sporządzone nierzetelnie. W piśmie z dnia 2 kwietnia 2010 r., stanowiącym odpowiedź na pismo Z. z dnia 26 marca 2010 r. wskazała natomiast, że rozwiązania projektowe w zakresie wykonania wykopów pod posadowienie budynku Inspektoratu Z. zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz sztuką budowlaną.

Pismem z dnia 18 maja 2010 r. powód poinformował pozwanego, że przesyła mu fakturę nr (...) z dnia 18 maja 2010 r. za wykonane i odebrane roboty zamienne i przygotowawcze – zgodnie z protokołem konieczności nr 2 z 15 października 2009 r. Pozwany odesłał fakturę informując powoda, że traktuje ją jako bezzasadnie wystawioną. W piśmie z dnia 26 lipca 2010 r. poinformował powoda, że zmiana technologii robót została wprowadzona przez wykonawcę samowolnie oraz, że roboty ziemne i przygotowawcze zostały w całości rozliczone poprzez zapłatę należności z dwóch faktur: faktury nr (...) z dnia 17 sierpnia 2009 r. i faktury nr (...) z dnia 27 października 2009 r. W piśmie z dnia 9 września 2010 r. pozwany podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 26 lipca 2010 r.

Ilość mas ziemnych z wykopów pod budynek wyniosła 8.199,559 m³, pod ściany oporowe 1.309,019 m³, a pod drogi 1.092,295 m³. Ilość mas ziemnych przeznaczona na zasypki pod budynek wyniosła 2.662,548 m³, pod ściany oporowe 578,578 m³, a pod drogi 820,835 m³. Ilość mas ziemnych do potrącenia z zasypek pod ściany oporowe, równa objętości ścian oporowych wyniosła 141,357 m³.

Wpisem do dziennika budowy w dniu 21 sierpnia 2009 r. kierownik budowy zgłosił wniosek o uszczegółowienie rozwiązania posadzek w poziomie piwnic, zwracając uwagę na niedostateczną izolację przeciwwilgociową ścian i posadzek w piwnicach, gdzie miało być zlokalizowane archiwum. W dniu 3 września 2009 r. projektant wpisał w dzienniku budowy, by zmienić układ warstw posadzki na gruncie w następujący sposób:

- warstwa piasku zagęszczonego gr. 30 cm, I D=0,5
- chudy beton gr. 10 cm
- izolacja płynna (...), 1 warstwa
- 2 warstwy papy termozgrzewalnej grubości 5 mm na osnowie z włókna szklanego, modyfikowanej, z wywinieciem na ściany i słupy 20 cm powyżej poziomu posadzki
- folia poślizgowa
- płyta żelbetowa (beton W8) gr. 10 cm zbrojona przeciwskurczowo siatką 20x20 cm ze stali gładkiej o średnicy 6 mm (górną), oddylatowana od ścian i słupów; dylatacja szerokości 1 cm wypełniona S. (...)
- izolacja S. (...) gr. min 3 mm

- polistyren podłogowy twardy gr. 6 cm
- folia PE
- gładź cementowa gr. 5 cm (z dodatkiem środków uszczelniających), zbrojona włóknami polipropylenowymi
- płytki gresowe gr. 1 cm na klej
- dylatacje wypełnione masą S. (...) lub inną równorzędną.

W tym samym dniu odbyła się narada koordynacyjna na budowie, w której wzięli udział między innymi kierownik budowy i pracownik odpowiedzialny za jakość robót z ramienia wykonawcy. Podczas narady ustalono, że dla robót zamiennych w zakresie warstw posadzki zostanie zachowana procedura określona w § 9 ust. 2 umowy. Potrzebę wykonania robót zamiennych potwierdzono protokołem konieczności nr 1, podpisanym przez inspektora nadzoru J. P., projektanta B. K. i kierownika budowy B. P.. Pismem z dnia 20 listopada 2009 r. powód zwrócił się do pozwanego o dostarczenie zatwierdzonego przez niego protokołu robót zamiennych oraz kosztorysu różnicowego, uwzględniającego wprowadzony przez nadzór autorski biura projektowego zmieniony układ warstw. Nadto pismem z dnia 2 grudnia 2009 r. zwrócił się do pozwanego z zapytaniem, czy ustanowiony w umowie przedstawiciel zamawiającego posiada umocowanie pozwalające uznać, że jego działania są działaniami zamawiającego. W odpowiedzi na to zapytanie pozwany w piśmie z dnia 18 grudnia 2009r. poinformował powoda jako lidera konsorcjum, że ustanowiony przez niego przedstawiciel wykonuje czynności wynikające z zakresu jego obowiązków służbowych, uprawnień i odpowiedzialności. Wszystkie inne sprawy nie wynikające z tego zakresu, należą bezpośrednio do zamawiającego. Przedstawiciel zamawiającego nie może podejmować decyzji za zamawiającego, a w szczególności nie może udzielić zamówienia na roboty dodatkowe czy też wykonania robót zamiennych. Przed zimą wykonawca położył na zagęszczonym gruncie warstwę chudego betonu, by można było wykonać roboty na stropie.

W dniu 15 marca 2010 r. odbyło się spotkanie w siedzibie Z., w którym udział wzięli między innymi przedstawiciele powoda i pozwanego. Na spotkaniu prezes powodowej spółki K. C. przedstawił problem braku decyzyjności zamawiającego. Wskazał, że od kilku miesięcy nie ma decyzji w wielu sprawach, w tym sprawie poprawnego rozwiązania izolacji w piwnicy. Dyrektor oddziału Z. w S. poinformował, że powodem tego stanu rzeczy są przedłużające się procedury wewnętrzne i konieczność zatwierdzania wszystkich decyzji przez Centralę Z. w W.. Na kolejnym spotkaniu, które odbyło się w dniu 22 marca 2010 r. przedstawiciel projektanta (...) spółki z o.o. spółki komandytowej zarzucił, że kosztorysy różnicowe załączone do protokołu konieczności nr 1 i nr 2 zostały sporządzone nierzetelnie. Nadto oświadczył, że zmienia swoje stanowisko w sprawie warstw posadzkowych i że jego zdaniem powinny być one wykonane zgodnie z projektem. Takie samo stanowisko zajął w piśmie z dnia 18 marca 2010 r. skierowanym do Z. w odpowiedzi na pismo z dnia 15 lutego 2010 r. W dniu 2 kwietnia 2010 r. kierownik wpisał w dzienniku budowy, że poziom wody gruntowej po roztopach wiosennych osiągnął poziom chudego betonu w piwnicach, a następnie się obniżył. Na złączach podłoże popękało. Po wykonaniu dwóch odkrywek wokół stóp fundamentowych stwierdzono rozmokłe podłoże.

Na naradzie koordynacyjnej w dniu 8 kwietnia 2010 r. wykonawca wskazał, że nadal brak jest decyzji zamawiającego odnośnie sposobu uszczelnienia warstw posadzki oraz, że obecnie następuje parcie wody powodujące uszkodzenie warstwy chudego betonu. Proponowana przez niego dodatkowa izolacja z papy termozgrzewalnej na chudym betonie została pozytywnie zaopiniowana przez inwestora zastępczego Przedsiębiorstwo Usług (...) S.A. w S.. Na naradzie technicznej w dniu 16 kwietnia 2010r. wykonawca poprosił o bezwzględne ostateczne potwierdzenie przyjętego do realizacji rozwiązania posadzki w piwnicy, gdyż brak decyzji wstrzymuje rozpoczęcie robót sanitarnych i budowlanych. Sprawa wykonania warstw posadzki w piwnicy była jeszcze przedmiotem narad do sierpnia 2010 r. Zasięmano opinii przedstawiciela firmy będącej producentem zaprojektowanych materiałów izolacyjnych marki (...), a także opinii rzeczoznawców: inż. J. G. i inż. J. S.. Została sporządzona również opinia na okoliczność stanu podłoża pod posadzką w piwnicy. Wykonujący tę opinię inż. J. O. stwierdził, że po okresie zimowym zagęszczenie podłoża w pomieszczeniach archiwum nie nadaje się do dalszego etapu wykonania izolacji i warstw posadzkowych. Wykonane

w lipcu 2010 r. na zlecenie powoda badania wskaźnika zagęszczenia podłoża pod posadzką metodą P. wykazały, że w badanej strefie do głębokości 0,2 m grunty charakteryzują się korzystnymi parametrami geotechnicznymi i to nie one są przyczyną powstawania spękań z posadzce. Na naradzie w dniu 5 lipca 2010 r., w której nie brał udziału przedstawiciel zamawiającego, ale wzięli udział między innymi przedstawiciele wykonawcy, inwestora zastępczego i projektanta, ustalono, że przed rozpoczęciem wykonywania posadzki w piwnicy należy podpisać stosowny aneks do umowy dla rozwiązania zamiennego w stosunku do projektu, gdyż wykonanie posadzki w wariantcie projektowym nie jest możliwe. W piśmie z dnia 22 lipca 2010 r. powód poinformował pozwanego, że z uwagi na ryzyko zniszczenia przez wodę akt Z. gromadzonych w pomieszczeniu archiwum znacznie zagłębionego w ziemi oraz konieczności równomiernego przeniesienia obciążeń od regałów z aktami w archiwum, sprzeciwia się wykonaniu posadzek zgodnie z aktualnym stanowiskiem pozwanego. Pozwany w odpowiedzi na powyższe pismo, powołując się na:

- wyniki badań podłoża gruntowego wykonanych przez T. J.

- ekspertyzę techniczną J. S.

- opinię J. O.,

- opinię techniczną M. R.

- dokumentację przetargową

- umowę stron i obowiązujące przepisy prawa

- dokumentację księgową

- informacje własne o zakresie i szczegółach prowadzonych robót

poinformował powoda, że nie uznaje roszczeń, których podstawą jest kosztorys różnicowy na kwotę 217.321,06 zł brutto. Jednocześnie zaproponował wykonawcy wybór jednego z dwóch rozwiązań problemu posadzek, a mianowicie:

- rozbiórkę wykonanej samowolnie płyty betonowej, zagęszczenie gruntu do projektowanego stopnia zagęszczenia a następnie wykonanie warstwy podłogi na gruncie zgodnie z projektem

- wykonanie prac zgodnie z zaleceniami J. S. ujętymi w ekspertyzie technicznej z lipca 2010r.

zaznaczając przy tym, że niezależnie od przyjętego rozwiązania, wynagrodzenie wykonawcy nie ulegnie zmianie. (...) spółka z o.o. spółka k. w S. przedstawiła swoje stanowisko w sprawie wykonania warstw posadzek w piśmie z dnia 30 lipca 2010r. i 18 sierpnia 2010 r. W piśmie z dnia 30 lipca 2010 r. skierowanym do inwestora zastępczego (...) spółki akcyjnej wskazał, że na skutek wprowadzenia wody opadowej z dachu pod posadzkę w piwnicy (podkład z chudego betonu) grunt pod chudym betonem zamarzł i nastąpiło wysadzenie podkładu z chudego betonu oraz rozluźnienie gruntu. W związku z tym faktem oraz w związku z tym, że badania zagęszczenia gruntu nie są jednoznaczne, posadzki w piwnicach powinny być jego zdaniem wykonane zgodnie z ekspertyzą J. S., a rozliczenie robót powinno być dokonane na podstawie cen ofertowych złożonych przez wykonawcę. W piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r. skierowanym do pozwanego (...) spółka z o.o. spółka k. w S. wskazała, że rozwiązania dotyczące posadzek, przyjęte w projekcie budowlanym są prawidłowe i zgodne ze sztuką budowlaną. Do rozgęszczenia podłożona pod posadzką doszło z winy wykonawcy. Warstwa chudego betonu została wykonana z inicjatywy wykonawcy w okresie jesienno-zimowym, bez zabezpieczenia budynku (piwnic) przed działaniem wód opadowych, wskutek czego wody opadowe były odprowadzane z powierzchni stropów i dachu bezpośrednio na grunt przy ścianach budynku i niejednokrotnie przelewały się przez otwory drzwiowe do piwnicy. W konsekwencji nastąpiło przemarznięcie gruntu i rozluźnienie podłoża. Pozwany w piśmie z dnia 24 sierpnia 2010 r. adresowanym do powoda podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 26 lipca 2010 r. Powód nie zgodził się na sposób załatwienia sprawy zaproponowany przez pozwanego, o czym poinformował pozwanego w piśmie z dnia 26 sierpnia 2010 r., przesyłając kopie ekspertyz inż. J.

S. i inż. Z. M. (1), wspierających jego stanowisko oraz projekt protokołu konieczności nr 1A z dnia 24 sierpnia 2010 .
W opinii Z. M. (1) stwierdzono między innymi, że:

- pierwotne założenia projektowe wynikające z przedmiaru robót, dotyczące technologii robót ziemnych dla wykonania fundamentów i posadzki na gruncie, nie zostały poprzedzone poprawną analizą warunków hydrologicznych
- powinny być sporządzone dla budowanego obiektu zarówno projekt technologii robót ziemnych, jak i projekt odwodnienia
- zagęszczenie elementów posadowienia nie pozwoliło na jednoczesne wykonanie wykopów szerokoprzestrzennych i jamistych pod stopy i ławy fundamentowe na odkład
- podniesienie poziomu posadowienia stóp uzasadniało wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego do poziomu posadowienia fundamentów
- osiągnięcie obniżenia zwierciadła wody gruntowej w istniejących warunkach hydrogeologicznych powinno się odbyć przy użyciu igłofiltrów
- przewidziana ilość godzin odwodnienia (216) była stanowczo za mała
- zastosowana przez wykonawcę technologia wykonania robót ziemnych była zgodna ze sztuką budowlaną i technicznie prawidłowa
- pogorszenie struktury gruntu pod budynkiem nastąpiło z powodu przemarzania.

Wnioski ekspertyzy G. K. odnośnie technologii robót ziemnych i odwodnienia, były podobne do tych z opinii Z. M. (1). Pozwany po zapoznaniu się z opinią Z. M. (1) podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 8 września 2010r. Powód wykonał ostatecznie posadzki na gruncie według technologii opisanej w ekspertyzie inż. J. S.. Kosztorys różnicowy za wykonanie posadzki przesłał inwestorowi zastępczemu wraz z pismem z dnia 23 listopada 2010r. Inwestor zastępczy, powołując się na stanowisko zamawiającego, odesłał kosztorys różnicowy bez rozpatrzenia.

Warunki gruntowo-wodne zastane w trakcie realizacji robót nie różniły się istotnie od warunków wodnych wskazanych w dokumentacji geotechnicznej stanowiącej załącznik do SIWZ. Poziom swobodnego zwierciadła wody gruntowej mieścił się w przedziale stwierdzonym w dokumentacji geotechnicznej. Po zmianie na wniosek wykonawcy poziomu posadowienia budynku do wysokości 1,4 m n.p.m., poziom wody gruntowej wynosił około 1,6 m n.p.m. W trakcie wykonywania wykopu pod zbiornik retencyjny odnotowano poziom wody gruntowej na wysokości 1,75 m n.p.m. Stopy fundamentowe były zaprojektowane w postaci dwóch schodków: pierwszy na wysokość od 1,4 m n.p.m. do 1,8 m n.p.m. (po zmianie rzędnej), drugi od 1,8 m n.p.m. do 2,2 m n.p.m. W celu obniżenia zwierciadła wody, przez cały czas trwania wykopów aż do wykonania podbudowy z chudego betonu i wylania fundamentów, a przynajmniej zabetonowania niższych stopni stóp fundamentowych, woda z wykopów musiała być stale odpompowywana przy zastosowaniu igłofiltrów. Zastosowanie igłofiltrów było konieczne również w czasie wykonywania zbiornika retencyjnego i wykopu pod separator, i to niezależnie od zabezpieczenia wykopu ściankami szczelnymi. Tego sposobu zabezpieczenia użył wykonawca przy wykonywaniu zbiornika retencyjnego. Prace ziemne i odwodnieniowe były przeprowadzane sukcesywnie na niewielkich obszarach. Po wykonaniu podbudowy z chudego betonu i zabetonowaniu stóp fundamentowych na jednym obszarze, wykonawca przenosił instalację odwodnieniową na kolejny obszar. Do obniżenia zwierciadła wody wykorzystywane były dwa zestawy pompowo-próżniowe. W przypadku jednoczesnej pracy dwóch zestawów pompowo-próżniowych liczba maszynogodzin stanowiąca podstawę do rozliczenia, ulega podwojeniu. Okres realizacji robót poniżej poziomu zwierciadła wody gruntowej trwał od 8 sierpnia 2009 r. do 9 października 2009 r.

Czas trwania pracy pomp był dokumentowany w dzienniku budowy i w dzienniku pompowania. Na jego podstawie zostały sporządzone karty obmiaru robót, podpisane przez kierownika budowy i inspektora nadzoru J. P.. Łączny

czas pracy pomp przy wykopach pod fundamenty budynku wyniósł 1728 m-g, przy wykopach pod separator - 24 m-g, natomiast przy wykopach pod zbiornik retencyjny - 1056 m - g.

W trakcie realizacji robót wyłonił się między wykonawcą a zamawiającym spór co do ustalonego w umowie wynagrodzenia. Wykonawca stał na stanowisku, że ostateczne wynagrodzenie ma być określone na podstawie stałych cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym i faktycznej ilości robót, określonej w księgach obmiaru. Zamawiający uważał natomiast, że umówione wynagrodzenie jest ryczałtowe, niezależne od ilości wykonanych robót. Prowadzone między stronami rozmowy i korespondencja w sprawie wynagrodzenia, a także sporządzone opinie prawne, nie doprowadziły do osiągnięcia konsensusu. Rozliczanie robót odbywało się zgodnie z kosztorysem ofertowym powoda, niezależnie od ilości faktycznie wykonanych robót. Tylko niektóre elementy robót w początkowym okresie realizacji inwestycji były rozliczane według ilości podanych w obmiarach.

Powód sporządził kosztorysy dodatkowe na roboty ziemne i roboty związane z ułożeniem nowych warstw posadzek na gruncie, które wraz z protokołami konieczności robót zamiennych (dodatkowych) przedstawił zamawiającemu. Do kosztorysów różnicowych na roboty ziemne i przygotowawcze inspektor nadzoru wprowadził własne korekty, które powód zakwestionował. Wartość robót określona ostatecznie przez powoda w kosztorysach różnicowych wyniosła:

- 594.345,19 zł za zamienne roboty ziemne i przygotowawcze, bez kosztów pompowania wody pod zbiornik retencyjny i separator
- 197.466,66 zł za pompowanie wody z wykopu pod zbiornik retencyjny i separator
- 250.099,98 zł za roboty zamienne dotyczące posadzek na gruncie.

Pismem z dnia 15 lipca 2011r. powód zgłosił pozwanemu gotowość do odbioru końcowego robót zadania inwestycyjnego oraz zawiadomił go, że w dalszym ciągu rości pretensje finansowe dotyczące rozliczenia dwóch elementów robót oraz nieprawidłowo dokonanej przez pozwanego wykładni treści umowy. Powód wskazał, że niedopłata obejmuje:

- kwotę 594.345,19 zł wynikającą z odmowy zatwierdzenia przez pozwanego koniecznej zmiany technologii wykonania wykopów pod fundamenty i nieuznania protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 października 2009r. oraz kosztorysu różnicowego
- kwotę 250.099,98 zł wynikającą z odmowy zatwierdzenia przez pozwanego koniecznej zmiany sposobu wykonania posadzki piwnicznej i nieuznania protokołu konieczności nr 1 z dnia 22 września 2009r. oraz kosztorysu różnicowego z dnia 5 lipca 2010r.
- kwotę 197.466,66 zł z tytułu dodatkowych godzin pompowania wody poniesionych przy wykonywaniu zbiornika retencyjnego.

Jednocześnie powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1.041.911,83 zł tytułem odszkodowania w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu, którego wykonawca został bezprawnie pozbawiony, w terminie do dnia odbioru końcowego, pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Należności tej dotychczas nie otrzymał, zapłacona mu natomiast została cała kwota 23.150.999,45 zł wynagrodzenia wskazana w umowie, a dodatkowo kwota wynagrodzenia ustalona na podstawie aneksów wprowadzonych do umowy podstawowej.

Zakład (...) spółka z o.o. w S. wykonał w ramach zadania inwestycyjnego „Budowa siedziby Inspektoratu Miejskiego Z. w S. przy ulicy (...)” następujący zakres robót:

1. roboty konstrukcyjne, w tym fundamentowe, w osiach A-G
2. roboty ziemne towarzyszące robotom konstrukcyjnym

3. odwodnienie wykopów towarzyszące robotom ziemnym i konstrukcyjnym określonym w pkt 1 i 2

4. warstwy podłóg w zakresie:

- podkłady z ubitych materiałów sypkich

- warstwy wykończeniowe posadzek (płytki ceramiczne, wykładziny PCV) bez pomieszczenia archiwum.

W dniu 21 listopada 2011r. została zawarta pomiędzy powodem a Zakładem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. ugoda, której przedmiotem było rozliczenie zadania inwestycyjnego w części przypadającej na (...) spółkę z o.o. w S.. W ugodzie zostało ustalone, że powód przeleje na konto (...) spółki z o.o. w S. kwotę 72.106,38 zł do dnia 23 listopada 2011r., co wyczerpie zobowiązania tej spółki z tytułu zawartej umowy konsorcjum.

W piśmie z dnia 2 lutego 2012r. skierowanym do pozwanego Zakład (...) spółka z o.o. w S. oświadczył, że nie występował i nie będzie występował z pozwem przeciwko Z. w zakresie przedmiotowym ujętym w pozwie spółki (...).

Dokumentacja projektowa nie umożliwiła prawidłowego sporządzenia przedmiaru i wyceny robót zarówno w zakresie prac ziemnych, jak i odwodnienia. Technologia wykonania robót ziemnych wynika z przedmiaru robót, który stanowił podstawę kosztorysu ofertowego wykonawcy. Wykonanie najpierw wykopu szerokoprzestrzennego, a potem jamistych, tak jak określono to w przedmiarze, znacznie wydłużyłoby czas wykonania robót. Ręczne wykonanie wykopów jamistych wiązałoby się z koniecznością pracochłonnego i powolnego wykopywania znacznej objętości mas ziemnych, natomiast wykonanie mechaniczne prowadziłyby do naruszenia struktury gruntu wykopów zasypanych w poprzedzających etapach. Technologia wykopu szerokoprzestrzennego, którą zastosował wykonawca była zgodna ze sztuką budowlaną.

Zmiana technologii robót ziemnych przez wykonawcę spowodowała zwiększenie mas ziemnych wydobytych z wykopów, natomiast nie spowodowała zwiększenia czasu pompowania wody z wykopu z zastosowaniem igłofiltrów. W przypadku wykonania wykopów zgodnie z technologią założoną w przedmiarze robót, bilans mas ziemnych, jeśli chodzi o wykopy pod budynek, kształtowałyby się następująco: wykop szerokoprzestrzenny do rzędnej 1,97 m n.p.m. – 6755,976 m³; wykopy punktowe do rzędnej 1,30 m n.p.m. – 980,860 m³ (razem – 7736,836 m³); zasypka w poziomie 1,30 – 1,97 po potrąceniach – 497,206 m³; zasypka powyżej poziomu 1,97 m n.p.m. – 1499,123 m (razem zasypka – 1996,328 m³); zasypka wykonywana mechanicznie (65%) – 1297,613 m³; zasypka wykonywana ręcznie (35%) – 698,715 m³; nadmiar gruntu do wywiezienia – 5740,507 m³.

Roboty polegające na odwodnieniu wykopów zostały ujęte łącznie dla budynku, zbiornika retencyjnego i separatora w pozycjach nr 1 i nr 2 kosztorysu ofertowego.

Według pierwotnego projektu podłogi na gruncie w piwnicach budynku, warstwy posadzki, zaczynając od warstwy wierzchniej, miały być następujące: płytki gresowe, gładź cementowa, folia przeciwwilgociowa PE, polistyren podłogowy, izolacja przeciwwodna, płyta żelbetowa, folia PE – warstwa poślizgowa, piasek zagęszczony.

Poziom posadzki piwnic znajdował się na rzędnej 2,50 m n.p.m. Ze względu na warunki gruntowo-wodne zastosowanie izolacji przeciwwodnej było uzasadnione. Błędem było natomiast zastosowanie płyt polistyrenowych na izolacji przeciwwodnej oraz zastosowanie rozwiązania połączenia ścian fundamentowych i słupów z warstwami podłogi piwnic, nie obejmującego wykonania dylatacji i nie zapewniającego szczelności izolacji przeciwwodnej. Ciężar warstw podłogi równoważących ciśnienie wyporu wody spełnia wymagane warunki, ale z uwagi na ograniczoną wiarygodność danych w zakresie kształtowania się poziomu wód gruntowych w dłuższym okresie, zastosowane rozwiązanie jeśli chodzi o układ warstw posadzki jest obarczone ryzykiem uniesienia warstw podłogi przez ciśnienie wyporu wody i uszkodzenie izolacji wodochronnej. Projekt nie zawiera szczegółowych rozwiązań w zakresie zbrojenia płyty żelbetowej, wymaganej technologicznie wkładki z siatki z włókna szklanego w warstwie izolacji przeciwwodnej (...) oraz istotnych detali rozwiązań technicznych miejsc przebieg poziomej izolacji przeciwwodnej oraz jej styków z elementami pionowymi.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy stwierdził, iż powództwo jest częściowo uzasadnione.

Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że powód dochodził roszczenia z zawartej z pozwanym umowy, a jako dodatkową podstawę żądania wskazywał przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Nadto, dostrzeżono, że umowa została zawarta w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zm., dalej określana jako „p.z.p.”), dlatego przepisy tej ustawy Sąd uwzględnił przy dokonywaniu ustaleń co do przedmiotu świadczenia powoda oraz możliwości wprowadzenia zmian do umowy. Sąd odwołał się do treści art. 139 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy p.z.p. nie stanowią inaczej. Sąd zauważył przy tym, iż przedmiotem zorganizowanego przez pozwanego przetargu ograniczonego oraz zawartej w wyniku jego rozstrzygnięcia umowy była budowa siedziby inspektoratu miejskiego Z. w S. przy ul. (...). Ze względu na tak określony przedmiot zamówienia, Sąd pierwszej instancji umowę zakwalifikował jako umowę o roboty budowlane. Jak wyjaśnił Sąd orzekający, do oceny praw i obowiązków stron umowy zastosowanie znajdują więc przepisy Kodeksu cywilnego regulujące umowę o roboty budowlane, z odrębnościami wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na to, że powód realizował zadanie inwestycyjne wspólnie z Zakładem (...) spółką z o.o. w S., Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozważył czy posiada on legitymację do tego by samodzielnie dochodzić roszczeń z umowy i z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. We wskazanym zakresie Sąd I instancji wskazał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają wymogu łącznej reprezentacji partnerów konsorcjum na etapie realizacji zadania inwestycyjnego po zawarciu umowy. Zdaniem Sądu, dla ustalenia, czy taka łączna legitymacja jest konieczna, istotne znaczenie mają postanowienia umowy konsorcjum. W związku z tym zwrócono uwagę, że z treści umowy zawartej między partnerami konsorcjum wynika, że powód jako lider konsorcjum był uprawniony do wystawiania faktur i otrzymywania płatności od pozwanego, a po ich otrzymaniu zobowiązany był rozliczyć się z partnerem za wykonany przez niego zakres robót. Każdy z partnerów konsorcjum przyjął na siebie pełną odpowiedzialność za realizację przypadającej na niego części robót i za wszelkie zobowiązania wynikające z ustaleń kontraktu w odniesieniu do tego zakresu. W ocenie Sądu Okręgowego, powyższe postanowienia pozwalają przyjąć, że powód może samodzielnie dochodzić roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty, a także należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (abstrahując od zasadności tych roszczeń) za zrealizowaną przez siebie część zadania. Jednocześnie Sąd zaznaczył, że z treści ugody z dnia 21 listopada 2011 r. zawartej między partnerami konsorcjum wnosić ponadto można, że płatności wynikłe z utworzenia konsorcjum zostały ostatecznie przez partnerów rozliczone.

Dokonując oceny zasadności dochodzonych roszczeń, Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności poczynił rozważania w zakresie wysokości i sposobu określenia umówionego przez strony wynagrodzenia. Sąd dostrzegł, że w umowie o roboty budowlane, której dotyczy przedmiot sporu, wynagrodzenie zostało określone na kwotę 23.150.999,45 zł, co mogłoby wskazywać na jego ryczałtowy charakter. W kolejnych postanowieniach umowy mowa jest jednak o tym, że wartość przedmiotu zamówienia jest wartością ryczałtowo-ilościową, a wynagrodzenie wykonawcy za całkowicie wykonane elementy będzie rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie ofertowym oraz ilości faktycznie wykonanych robót. Dokonując wykładni oświadczeń woli zawartych w umowie, na płaszczyźnie dyrektyw z art. 65 k.c., Sąd I instancji doszedł do przekonania, że podana w umowie kwota wynagrodzenia nie jest ostateczna, a wpływ na jej wysokość mają ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie podlegające zmianie w okresie realizacji umowy oraz ilości faktycznie wykonanych robót (zob. § 8 ust. 2). Zdaniem Sądu orzekającego, z żadnego postanowienia umowy nie można wywnioskować, że wysokość ustalonego w powyższy sposób wynagrodzenia nie może przewyższyć kwoty 23.150.999,45 zł. Jednocześnie Sąd Okręgowy, poczynił szczegółowe rozważania w powyższym zakresie.

Następnie Sąd I instancji poddał ocenie kwestie związane z ustaleniem, czy roboty, objęte żądaniem, zostały rozliczone prawidłowo, tj. z uwzględnieniem cen wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego i jednostek przedmiarowych określonych w tych pozycjach, ale w ilości faktycznej stwierdzonej po wykonaniu. W zakresie w jakim powstała po stronie wykonawcy niedopłata, żądanie powoda, w granicach określonych pozwem, Sąd uznał za zasadne. Sąd wskazał przy tym na trudności w ustaleniu wysokości niedopłaty, wynikające ze zmiany technologii wykonania

wykopów oraz zmiany w sposobie wykonania warstw posadzki w piwnicy budynku. Jak dostrzegł Sąd, wprowadzenie tych zmian spowodowało, że nie można w miejsce ilości jednostek przedmiarowych poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, potwierdzonych obmiarami faktycznych wstawić ilości jednostek rozliczeniowych. Sąd zaznaczył, że na możliwość i sposób rozliczeń ma wpływ ocena prawna wprowadzonych zmian dlatego od niej należy zacząć omówienie zasadności rozszczeń dotyczących poszczególnych robót.

I tak Sąd Okręgowy wskazał, że przepis art. 140 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia umowy stanowił, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Sąd wyjaśnił, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zwrócił uwagę, że z przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym od 22 grudnia 2009 r., mającego zastosowanie do umów zawartych od dnia 24 października 2008 r., wynika zakaz 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. Nadto, Sąd wskazał, że umowa w sprawach zamówień publicznych powinna być zawarta w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 139 p.z.p.), zaś zmiana umowy, zgodnie z jej postanowieniami oraz art. 77 k.c. wymaga formy pisemnej, pod rygorem nieważności. W aspekcie powyższego Sąd podkreślił, że w niniejszej sprawie do zmian umowy nie doszło wobec braku zgodnych oświadczeń stron, co jest okolicznością niesporną.

Jeśli chodzi o posadzki w piwnicy, to roboty faktycznie wykonane przez wykonawcę w tym zakresie Sąd pierwszej instancji uznał za roboty zamienne w stosunku do robót przewidzianych w projekcie i w konsekwencji zastosował do nich postanowienia umowy dotyczące wykonania robót zamiennych. Sąd wskazał, że z postanowień umowy wynika, że wynagrodzenie wykonawcy może ulec zmianie, jeżeli roboty zamienne zostały wykonane na żądanie zamawiającego lub na wniosek wykonawcy po uprzednim ich uzgodnieniu z zamawiającym według zasad jak dla robót zamiennych zgłoszonych przez zamawiającego. W ocenie Sądu pierwszej instancji dowody zebrane w sprawie w postaci: zeznań świadków A. M., J. O., P. S., S. O., B. P., M. R. i J. P., protokołów konieczności nr 1 i 2, protokołów z narad oraz korespondencji między stronami zgodnie wskazują na to, że wymienione wyżej przesłanki zmiany wynagrodzenia nie zostały spełnione. Sąd zaakcentował, że z dziennika budowy, protokołu z narady koordynacyjnej z dnia 3 września 2009 r., protokołu konieczności nr 1 z dnia 22 września -13 października 2009 r., zeznań świadków J. O., P. S., S. O., K. N. i J. P. oraz z zeznań przedstawiciela powoda W. C. (1) wynika, że dyskusja na temat warstw posadzki zaczęła się już we wrześniu 2009 r. Jak zauważył Sąd orzekający, wykonawca zgłosił swoje wątpliwości odnośnie izolacji posadzek kierownikowi budowy, a ten przekazał je następnie projektantowi, albowiem pojawiły się obawy, że może dojść w przyszłości do zalania pomieszczeń piwnicznych, w których mają być zlokalizowane archiwa Z.. Sąd zwrócił uwagę, że w celu zmniejszenia ryzyka zalania projektant zaakceptował sugerowany przez wykonawcę kierunek zmian warstw posadzki, co znalazło odzwierciedlenie w dzienniku budowy (wpis pod datą 3 września 2009 r.). Sąd podkreślił jednocześnie, że protokół konieczności wskazujący na potrzebę wykonania robót zamiennych został podpisany przez kierownika budowy, inspektora nadzoru i projektanta, ale nie został ostatecznie zatwierdzony przez zamawiającego. Dalej zauważono, że rozmowy w sprawie zatwierdzenia zmiany przez zamawiającego przeciągnęły się do lipca 2010 r., na co wskazują między innymi notatka z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie protokołu konieczności nr 1 i 2, protokół z narady technicznej z dnia 28 maja 2010 r., pismo inwestora zastępczego z dnia 12 kwietnia 2010 r., protokół z narady technicznej z 16 kwietnia 2010r., protokół z narady technicznej z dnia 5 lipca 2010 r., pismo powoda z dnia 16 lipca 2010r. i pismo zamawiającego z dnia 26 lipca 2010 r. W okresie jesienno-zimowym wykonawca czekając na decyzję zamawiającego wylał chudy beton, żeby bezpiecznie wykonywać roboty stropowe. Zdaniem Sądu, niesporne jest przy tym, że po okresach mrozów stwierdzono na wiosnę pęknięcia na powierzchni chudego betonu. Jak stwierdził Sąd Okręgowy, wtedy też doszło do zmiany stanowiska projektanta co do układu warstw posadzek w piwnicy. Wycofał się on z wcześniejszych ustaleń potwierdzonych między innymi protokołem konieczności nr 1 i protokołem nr (...) z dnia 8 stycznia 2010 r. Sąd I instancji dostrzegł, że w piśmie z dnia 18 marca 2010r. (...) spółka z o.o. sp. k. w S. poinformowała powoda, że zmiana warstw posadzkowych jest zbędna i że posadzki należy wykonać zgodnie z projektem. Powód wykonał warstwy posadzki na gruncie zgodnie z rozwiązaniem przyjętym w ekspertyzie J. S., ale jak wynika z dokumentów w postaci protokołu konieczności nr 1 i prowadzonej

między stronami korespondencji, a zwłaszcza pisma powoda z dnia 22 lipca 2010 r. i pisma pozwanego z dnia 26 lipca 2010 r. konieczność wykonania robót zamiennych w zakresie posadzek na gruncie nie została zatwierdzona przez zamawiającego. Dalej Sąd wskazał, że niesporne jest, że pozwany pozostawił wykonawcy wybór między pierwotnym rozwiązaniem projektowym, a rozwiązaniem przyjętym w ekspertyzie J. S., uznając oba rozwiązania za prawidłowe. Sąd miał na względzie, że pozwany informując powoda o swojej ostatecznej decyzji wyraźnie zaznaczył, że wybór któregośkolwiek z tych rozwiązań nie będzie miał wpływu na sposób rozliczeń i wysokość wynagrodzenia. Sąd dostrzegł, że nieco inaczej sprawę rozwiązania problemu posadzek przedstawił świadek K. N., ale Sąd jego zeznaniom nie dał wiary, gdyż pozostają one w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym. Według świadka K. N. zamawiający miał zapewnić, że posadzki zostaną jakoś rozliczone, tymczasem w ocenie Sądu pismo pozwanego z dnia 26 lipca 2010 r. nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że wybór rozwiązania miał pozostać bez wpływu na rozliczenie. Świadek nie pamiętał czy stanowisko pozwanego zostało wyrażone na piśmie i w zasadzie nie można nawet na podstawie jego zeznań ustalić skąd dokładnie czerpał wiedzę na ten temat. Dalej Sąd wskazał, że z opinii biegłego sądowego T. N. wynika, że najbardziej prawdopodobną przyczyną popełnienia chudego betonu było przemarznięcie gruntu w okresie zimowym. Jak zauważył Sąd, na taką przyczynę wskazują również zeznania świadków J. O., P. S. i J. P.. Sąd podkreślił, że wykonanie posadzki na tym podłożu według pierwotnego projektu nie było możliwe z powodu zagęszczenia gruntu pod posadzką, potwierdzonego wynikami badań podłoża przeprowadzonych przez T. J.. Wprawdzie wykonane później w lipcu 2010 r., na zlecenie powoda, badania metodą P. wskazały na korzystne parametry geotechniczne (badanie przeprowadzono na głębokości 0,2 m), to jednak miarodajność wyników tych badań dla określenia stopnia zagęszczenia gruntu została zakwestionowana przez biegłego T. N. (zob. ustne wyjaśnienia biegłego na rozprawie, transkrypcja k.1516,1517). Sąd zwrócił uwagę, że na nieodpowiednie zagęszczenie podłoża wskazał w ekspertyzie z sierpnia 2010 r. wykonanej na zlecenie powoda, także rzeczoznawca J. S., któremu, jak wynika z treści ekspertyzy z lipca 2010 r. i pisma powoda z dnia 3 sierpnia 2010 r. (k.222), znane były wyniki ww. badań. W celu zrekomensowania niedomiaru stopnia zagęszczenia podłoża piaszczystego zaproponował we wcześniejszej ekspertyzie zastosowanie mocniejszej płyty żelbetowej. Sąd zaznaczył, że położenie chudego betonu nie było przewidziane w pierwotnym projekcie. Według projektu na warstwie zagęszczonego piasku miała być położona folia PE, a na niej płyta żelbetowa i kolejne warstwy. Po zgłoszeniu przez wykonawcę wątpliwości co do rozwiązania projektowego posadzek, wpisem w dzienniku budowy z dnia 3 września 2009 r. projektant dokonał zmiany układu warstw posadzki na gruncie. W układzie warstw przewidział położenie na zagęszczonym podłożu kolejno warstwy chudego betonu, izolacji płynnej I., dwóch warstw papy termozgrzewalnej, a dalej tak jak w projekcie folii poślizgowej, płyty żelbetowej, izolacji przeciwwodnej S. (...), polistyrenu podłogowego, folii przeciwwilgociowej, gładzi cementowej i płytek gresowych. Chudy beton został wylany przez wykonawcę jeszcze przed zatwierdzeniem protokołu konieczności przez zamawiającego po to, by można było prowadzić w okresie zimowym roboty na stropie. Jak wskazał Sąd, powyższe znajduje potwierdzenie w zeznaniach W. C. (1) złożonych w charakterze strony. Zdaniem Sądu, w celu wykonania posadzek zgodnie z pierwotnym projektem i wobec niemożności położenia kolejnych warstw na spękanym chudym betonie, należało chudy beton rozebrać i w razie potrzeby zagęścić podłoże. W ocenie Sądu zgodzić się należy z pozwanym, że koszt sfinansowania tych robót nie powinien go w tej sytuacji obciążać, skoro powstał z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Sąd zauważył przy tym, że biegły sądowy A. F. negatywnie ocenił zarówno pierwotny projekt, jak i faktyczny sposób wykonania posadzek, zgodny z ekspertyzą J. S.. Jeśli chodzi o projekt wskazał, że nie obejmował on wymaganej technologicznie wkładki z siatki z włókna szklanego w warstwie izolacji przeciwwodnej (...) nie zawierał istotnych detali rozwiązań technicznych miejsc przebiegów poziomej izolacji przeciwwodnej oraz jej styków z elementami pionowymi, które pozwalałyby na prawidłowe wykonanie tych prac i określenie ich kompletnych kosztów, zawierał błędne rozwiązanie polegające na umieszczeniu nad warstwą izolacji przeciwwodnej układanych na sucho płyt styropianowych, co wskutek działania ciśnienia wyporu wody stwarzało ryzyko odrywania izolacji od podłoża i utratę szczelności, nie zawierał szczegółowych rozwiązań w zakresie zbrojenia płyty żelbetowej i przewidywał zastosowanie niewłaściwego rozwiązania połączenia ścian fundamentowych i słupów z warstwami podłogi piwnic. W ocenie biegłego wykonanie warstw posadzki zgodnie z pierwotnym projektem nie byłoby zgodne ze sztuką budowlaną. Jeśli chodzi o zastosowane w praktyce rozwiązanie biegły wskazał, że jego wadą jest brak dylatacji na styku pionowych elementów konstrukcji budynku z warstwami podłogi na gruncie i nie zastosowanie elastycznych wkładek uszczelniających

warstwę izolacji przeciwwodnej w miejscach styku ścian i słupów z warstwami podłogi na gruncie, które pozwalałyby na zachowanie szczelności izolacji w przypadku nierównomiernych przemieszczeń pionowych tych elementów. Biegły zaznaczył, że określenie wpływu zastosowanego rozwiązania na stan techniczny budynku nie jest możliwe, gdyż wymagałoby monitorowania stanu podłogi piwnic oraz przyległych do niej ścian i słupów od momentu rozpoczęcia jej użytkowania do chwili sporządzenia opinii. Stan budynku stwierdzony w czasie oględzin nie stanowi wystarczającej podstawy do wyciągania jednoznacznych wniosków w powyższym zakresie. Biegły dokonał również analizy kosztorysu różnicowego dotyczącego posadzek na gruncie i na podstawie własnej kalkulacji stwierdził, że wartość kosztorysowa robót w kosztorysie różnicowym została określona prawidłowo. Sąd zwrócił uwagę, że różnica między obiema kalkulacjami wyniosła tylko 0,1% i jako nieistotna, nie ma wpływu na powyższą ocenę. Sąd zauważył także, że sama wartość robót ustalona przez biegłego A. F. nie była przez strony kwestionowana, podnoszone były natomiast uwagi co do oceny rozwiązania projektowego posadzek na gruncie. Zdaniem Sądu uwagi te nie podważyły wiarygodności opinii. Zaakcentowano, że biegły swoje wnioski poprzedził wnikliwą analizą przedłożonej do akt dokumentacji. Sąd wskazał, że założenia, które przyjął odnośnie poziomów wody gruntowej znajdują odzwierciedlenie w tej dokumentacji i są prawidłowe. Nadto, Sąd uwzględnił, że podobne zastrzeżenia co do rozwiązania projektowego warstw posadzki na gruncie i sposobu izolacji były podnoszone w wydanych na zlecenie obu stron prywatnych ekspertyzach J. S. i J. G., protokołach narad i protokole konieczności nr 1. Wątpliwości co do prawidłowości rozwiązań były zgłaszane przez wykonawcę już na początku września 2009r., a wątpliwości te podzielił zarówno inwestor zastępczy, jak i projektant dokonując wpisu w dzienniku budowy pod datą 3 września 2009r. o zmianie układu warstw posadzki. Jak zauważył Sąd, miało to miejsce zanim pojawiły się spękania na powierzchni chudego betonu i problem, jak w nowych okolicznościach sytuację rozwiązać. Sąd zaznaczył, że zmiana w późniejszym czasie stanowiska spółki (...), która była odpowiedzialna za opracowanie projektu i nadzór autorski, jest w świetle tych okoliczności niezrozumiała. Zdaniem Sądu, żadne przekonujące argumenty uzasadniające tę zmianę nie zostały przedstawione. Zwrócono uwagę, że w piśmie z dnia 18 marca 2010 r. spółka (...) powołała się jedynie na brak widocznych przesiąków wody w wykonanym podłożu betonowym w czasie wizji lokalnej i wynik pomiaru wody w studni zlokalizowanej przy ogrodzeniu obiektu w dniu 16 marca 2010 r., który wykazał że rzędna wody gruntowej wynosi 1,85 m n.p.m. W ocenie Sądu, można założyć, na podstawie treści kolejnych pism z dnia 30 lipca 2010r. i 18 sierpnia 2010r., że spółka sprowadziła problem warstw posadzki do popękania chudego betonu i rozluźnienia gruntu. W piśmie z dnia 30 lipca 2010r. skierowanym do J. P. spółka w nawiązaniu do protokołu z narady koordynacyjnej nr 23 z dnia 20 lipca 2010r. stwierdziła, że na skutek wprowadzenia wody opadowej z dachu pod posadzkę w piwnicy (podkład z chudego betonu) grunt pod chudym betonem zamarł i nastąpiło wysadzenie podkładu z chudego betonu oraz rozluźnienie gruntu oraz, że badania zagęszczenia gruntu wykonane przez pracowników przedsiębiorstwa budowlanego jak i przez G. nie są jednoznaczne. W związku z powyższym wskazała, że posadzki w piwnicach należy wykonać zgodnie z ekspertyzą J. S., a rozliczenie dokonać na podstawie cen ofertowych złożonych przez wykonawcę. W piśmie z dnia 18 sierpnia 2010r. adresowanym do pozwanego spółka wskazała, że zgodnie z projektowanym i rzeczywistym stanem problem oddziaływania wyporu wody na posadzkę w ogóle nie istnieje, a pierwotny projekt jest prawidłowy. Zdaniem spółki obciążenia od regałów są niewielkie i rozłożone równomiernie, a podłoże gruntowe zagęszczone do JD 0,5 spełnia wymogi podłoża stabilnego w związku z czym nie ma potrzeby położenia warstwy chudego betonu. W piśmie nadto wskazała, że wykonawca poprzez swoją niedbałość doprowadził do rozgęszczenia podłoża pod posadzką. Piwnice budynku przez okres zimy były otwarte i nie zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, co doprowadziło do przemarznięcia gruntu i w konsekwencji rozluźnienia podłoża. W tym kontekście zaznaczono, że biegły A. F. przyjął, że poziom wody gruntowej może wzrosnąć nawet o 50 cm ponad rzędną 1,90 m n.p.m. Sąd podkreślił, że jest to zgodne z założeniami projektu budowlanego konstrukcji, chociaż faktycznie w opinii geotechnicznej, która stanowiła istotne źródło wiedzy dla projektantów, wskazano, że maksymalny wzrost poziomu wód gruntowych jest o 10 cm mniejszy. Zdaniem Sądu, trudno ustalić czy wskazanie w projekcie 50 cm zamiast 40 cm wynika z omyłki, czy też jest zamierzone, natomiast argumenty przemawiające za przyjęciem na potrzeby projektu wyższego poziomu wzrostu poziomu wody gruntowej, które przedstawił biegły w ustnej uzupełniającej opinii, są zdaniem Sądy przekonujące. Sąd podkreślił, że zastosowanie w projekcie izolacji przeciwwodnej, a nie wyłącznie przeciwwilgociowej również świadczy o tym, że możliwość wyporu wody była brana pod uwagę przez projektanta. Jak dostrzegł Sąd orzekający, stanowisko biegłego A. F. co do problemu wyporu wody i konieczności odpowiedniego zabezpieczenia posadzki poparł na rozprawie drugi z biegłych T. N., który wykonywał opinię w części obejmującej analizę warunków gruntowo-

wodnych. Zwrócono uwagę na to, że zastrzeżenia biegłego A. F. do projektu posadzki na gruncie były dwojakiej natury. Jedna część odnosiła się do wad projektu polegających na zastosowaniu niewłaściwych rozwiązań (do nich zaliczyć należy umieszczenie bezpośrednio nad warstwą hydroizolacji układanych bez klejenia płyt styropianowych, brak dylatacji między ścianami fundamentowymi i słupami, a gładzią cementową i płytą żelbetową), a druga do wad polegających na nie uszczegółowieniu zastosowanych rozwiązań, skutkujących nie kompletnym przedmiarem, w którym pewne zakresy robót zostały pominięte (do nich należy zaliczyć brak informacji o konieczności zastosowania siatki zbrojącej między warstwami izolacji, przewidzianej przez producenta systemu (...), brak informacji o sposobie połączenia izolacji z elementami pionowymi, brak informacji o rozmieszczeniu i rodzaju zbrojenia). Jeśli chodzi o ten drugi rodzaj wad Sąd zgodził się ze stroną pozwaną, że brak podania w przedmiarze robót wszystkich robót, których konieczność przeprowadzenia wynika z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie uprawnia wykonawcy do dodatkowej zapłaty za roboty pominięte (§ 8 ust. 3 umowy). Sąd zaznaczył, że wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy z zachowaniem należytej staranności, zasad bezpieczeństwa, dobrej jakości, właściwej organizacji pracy, zasad wiedzy technicznej, obowiązujących Polskich Norm oraz przepisów prawa (§ 1 ust. 4 umowy).

Reasumując Sąd Okręgowy stwierdził, że niezależnie od wynikającej z opinii biegłych sądowych wadliwości pierwotnego projektu posadzki w piwnicy, roszczenie o zapłatę należności za tę część robót, która obejmuje posadzki, uznać należało za bezzasadne. W ocenie Sądu podstawy prawnej tego roszczenia nie mogą stanowić ani postanowienia umowne, ani przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, ani powołany przez powoda przepis art. 630 § 1 i 2 k.c. Sąd wskazał, że z treści art. 144 ust. 1 p.z.p. jasno wynika, że zakazuje się zmian postanowień 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. W ocenie Sądu zmiana sposobu wykonania umowy, która ma wpływ na elementy kalkulacji stanowiące podstawę określenia wynagrodzenia jest zmianą istotną i możliwa jest tylko w takim zakresie, w jakim zostało to wyraźnie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do takiego wniosku – zdaniem Sądu - prowadzi też treść rozdziału I pkt 15 SIWZ zatytułowanego „Istotne postanowienia umowy”, w którym określono sytuacje, w jakich może nastąpić zmiana postanowień umowy. Wśród nich wymieniono między innymi wystąpienie robót dodatkowych lub zamiennych. W świetle powyższego Sąd Okręgowy uznał, że do umowy zawartej między stronami przepis art. 630 § 1 k.c. nie znajdzie zastosowania. Jeśli chodzi o przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia, to Sąd wskazał, że co do zasady ich zastosowanie do umów zawartych w trybie zamówień publicznych jest możliwe. Sąd pierwszej instancji wskazał, że w niniejszej sprawie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie znajdują jednak zastosowania, ponieważ zamawiający nie wyraził zgody na zawarcie umowy na roboty zamienne. Wprawdzie dał wykonawcy wolną rękę jeśli chodzi o wybór jednego z dwóch rozwiązań odnośnie posadzek na gruncie, to jednak wyraźnie zastrzegł, że nie może to pociągnąć za sobą zmiany wynagrodzenia. W ocenie Sądu Okręgowego, wykonawca wybierając rozwiązanie kosztowniejsze, zamiennie w stosunku do rozwiązania projektowego, działał na własne ryzyko. Sąd uznał, że spełniając świadczenie wiedział, że nie jest do niego zobowiązany w związku z czym nie może w świetle art. 411 pkt 1 k.c. żądać teraz jego zwrotu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w świetle zebranych w sprawie dowodów nie można uznać również, że pozwany zaakceptował zmianę układu warstw posadzki zanim doszło do spęknięcia warstwy chudego betonu po okresie zimowym. Sąd wskazał, że w protokole konieczności nr 1 pojawia się wprawdzie zapis, że w dniu 3 września 2009 r. odbyła się narada koordynacyjna z udziałem przedstawicieli zamawiającego, projektanta, wykonawcy robót i inspektora nadzoru na której ustalono zamienny układ warstw posadzki, ale zdaniem Sądu ani z tego dokumentu, ani z protokołu z narady koordynacyjnej z dnia 3 września 2009 r. nie wynika, kto ze strony zamawiającego brał udział w naradzie i jakie stanowisko odnośnie zmiany projektu zajął, w szczególności czy wyraził zgodę na wykonanie przez wykonawcę posadzki zgodnie z tym wpisem. Sąd wskazał, że gdyby nawet tak było, to miałyby to znaczenie ewentualnie dla rozliczenia kosztów chudego betonu, a nie dla wszystkich warstw posadzki. Sąd zaznaczył, że po położeniu chudego betonu, ale przed ułożeniem kolejnych warstw posadzki pozwany jednoznacznie oświadczył, że nie widzi potrzeby dokonywania zmian w układzie warstw posadzki w piwnicy.

W ocenie Sądu Okręgowego, inaczej zaś przedstawia się sprawa kosztów robót ziemnych i odwodnienia.

Sąd przypomniał, że wykonawca miał zgodnie z technologią wynikającą z przedmiaru robót, wykonać najpierw wykop szerokoprzestrzenny do rzędnej 1,97 m n.p.m., a następnie wykopy jamiste (wąskoprzestrzenne) do rzędnej 0,80 m n.p.m. Jednocześnie podkreślono, iż w wyniku podniesienia poziomu posadowienia budynku o 50 cm, głębokość wykopów jamistych została spłycona do 0,67 m. Jak zauważył Sąd orzekający, rzędna wykopu szerokoprzestrzennego pozostała więc ta sama – 1,97 m n.p.m., natomiast rzędna wykopu jamistego wyniosła 1,30 m n.p.m. Sąd zaakcentował, że dowody zebrane w sprawie nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że pozwany wyraził zgodę na zmianę technologii wykonania wykopów. W tym zakresie zwrócono uwagę na zeznania świadków, przesłuchanych w toku procesu. I tak Sąd zauważył, iż z zeznań świadka A. M., który od marca 2010 r. został naczelnikiem wydziału administracji i remontów w Z. wynika, że wykonawca najpierw samowolnie zmienił technologię wykopów, a potem próbował uzyskać akceptację pozwanego. Swoją wiedzę na temat wykopów świadek czerpał przede wszystkim z dokumentów. Przed nim naczelnikiem wydziału administracji i remontów był J. D.. Świadek J. O., który był projektantem konstrukcji obiektu, zeznał, że projekt nie określał metody wykonania wykopów, gdyż nie musiał. Decyzja w sprawie sposobu wykonania wykopów należała jego zdaniem do wykonawcy, ale jeśli wiązała się z kosztami, musiała mieć akceptację zamawiającego. Kiedy świadek pojawił się na budowie, był wykonany już wykop szerokoprzestrzenny i były wykonane wykopy jamiste pod stopy. Odnośnie pompowania wody świadek ten zeznał, że mimo podniesienia poziomu posadowienia budynku była woda na dnie wykopu i konieczne było jej pompowanie w celu właściwego dogęszczenia gruntu w miejscach stóp fundamentowych. Będąc we wrześniu na budowie widział, że igłofiltry pracowały w miejscu posadowienia fundamentów. Świadek J. O. w okresie od 1 października 2009r. do 31 grudnia 2009 r. był również przedstawicielem inwestora na budowie w sprawach technicznych, ale nikt z nim na temat wykopów nie rozmawiał. Świadek nie miał upoważnienia do reprezentowania zamawiającego w sprawach finansowych. Jeśli chodzi o wykonanie ścianek szczelnych świadek zeznał, że ich zastosowanie przy wykonywaniu fundamentów budynku nie było konieczne. Świadek wskazał, iż wystarczyło obniżenie poziomu wody miejscowo przy pomocy igłofiltrów. Ścianka szczelna była natomiast konieczna przy wykonywaniu zbiornika retencyjnego i taka ścianka została faktycznie przez wykonawcę zastosowana. Czas pompowania wody był nadzorowany według świadka przez inspektora nadzoru, który na budowie bywał prawie codziennie. Świadek P. S. zeznał, że prace przy wykopach realizowały dwie ekipy budowlane na dwóch częściach obiektu. Kiedy świadek pojawił się na budowie w czerwcu, w jednej części prace były bardziej zaawansowane, a w drugiej części dopiero się rozpoczynały. Świadek nie brał udziału w żadnych ustaleniach odnośnie sposobu wykonania wykopów. Świadek Z. M. (2) był Prezesem Zarządu Przedsiębiorstwa Usług (...) S.A. Świadek ten nie był bezpośrednio zaangażowany w sprawy techniczne związane z realizacją inwestycji, ale z jego wiedzy wynika, że wykonawca wykonał roboty w sposób profesjonalny. Świadek A. D. nie miała w ogóle wiedzy na temat przebiegu robót, gdyż w żadnym zakresie nie uczestniczyła w realizacji inwestycji. Świadek M. R. rozpoczął współpracę z pozwanym przy tej inwestycji od czerwca 2010r. i sprawę wykopów oraz odwodnienia zna jedynie z dokumentów. Kiedy powstał spór co do rozliczenia kosztów robót ziemnych świadek na zlecenie pozwanego wydał opinię, w której wskazał, że warunki gruntowo – wodne zastane na budowie nie uzasadniały zmiany technologii wykonania wykopów, gdyż poziom wody gruntowej nie wyszedł ponad poziom posadowienia fundamentów. Świadek K. N., który pełnił funkcję kierownika budowy w sierpniu i wrześniu 2009r. oraz później od czerwca 2010r. zeznał, że kiedy zajął się budową, trwały już wykopy. Świadek wskazał, że wykopy te były realizowane w inny sposób niż przewidziano w dokumentacji. Powodem zmiany technologii był napływ wody gruntowej i gęsta siatka stóp fundamentowych. Punktowe odprowadzenie wody przy pierwszym wykopie, przy wykonywaniu którego obecny był przedstawiciel zamawiającego L. S., nie powiodło się, dlatego trzeba było zastosować miejscowo igłofiltry. Kierownictwo budowy doszło do wniosku, że wykopy jamiste nie mogą być wykonywane, a stanowisko to poparł inspektor nadzoru. Przedstawiciel zamawiającego, który był wtedy często na budowie, nie zgłaszał sprzeciwu odnośnie takiego sposobu prowadzenia robót. Faktura określająca koszty przeprowadzenia robót według zmienionej technologii została jednak ostatecznie przez zamawiającego odrzucona, ale przyczyny tego stanu rzeczy nie były świadkowi bliżej znane, gdyż sprawą kosztów zajmował się jego zwierzchnik S. O.. Świadek wskazał, że obmiary były wykonywane z natury bezpośrednio przez kierownika budowy i wpisywane następnie w księdze obmiarów, zatwierdzanej przez inspektora nadzoru. Według świadka nie zdarzyło się, by wielkość obmiarów była kwestionowana. Faktyczna ilość godzin pompowania i ilość zabicia igłofiltrów była większa niż przewidziano to w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym. Każdy kolektor miał po osiem szpilek,

a używano od czterech do ośmiu kolektorów. Świadek zeznał, że wykopy były realizowane etapami, a zastosowana technologia była tańsza i umożliwiała szybsze wykonanie robót. Świadek J. P., który był na budowie inspektorem nadzoru zeznał, że obmiary były w każdym miesiącu przygotowywane i sprawdzane przez inspektorów nadzoru. Przy pierwszym wykopie okazało się, że na dnie jest woda gruntowa i dla prawidłowego wykonania fundamentu konieczne jest jej odpompowanie z zastosowaniem igłofiltrów. Warunki gruntowo-wodne nie były gorsze od tych opisanych w dokumentacji geotechnicznej. Podniesienie poziomu posadowienia budynku stwarzało dla wykonawcy robót korzystniejsze warunki prowadzenia robót, niż przy pierwotnym poziomie posadowienia. Woda gruntowa występowała mniej więcej na poziomie rzędnej chudego betonu. W tej sytuacji grunt na dnie wykopu trzeba było zagęszczać, co uzasadniało wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego do rzędnej posadowienia ław fundamentowych. Zmiana technologii przyspieszyła i ułatwiła wykonanie robót a nadto była bezpieczniejsza dla posadowienia obiektu. Protokół konieczności w sprawie robót ziemnych został sporządzony dopiero po wizycie naczelnika wydziału inwestycji z centrali Z. w W., kiedy fundamenty były w większej części wykonane. Przedstawiciel zamawiającego zwrócił wówczas uwagę, że w związku z roszczeniami wykonawcy dotyczącymi rozliczenia robót ziemnych dopełnienie tych formalności jest konieczne. Świadek J. P. zeznał, że protokół konieczności został sporządzony, ale mimo podpisów inspektora nadzoru, projektanta i kierownika budowy, nie uzyskał akceptacji pozwanego. Jeśli chodzi o pompowanie wody świadek zeznał, że igłofiltry pracowały nieprzerwanie 24 godz. na dobę, za każdym razem na innym stanowisku. Po wylaniu ław w jednym miejscu, robiono wykop w drugim i przenoszono igłofiltry. W ilościach godzin pompowania wyszły istotne różnice między tym co podano w kosztorysie ofertowym, a rzeczywistymi obmiarami. Czas pompowania był odnotowywany w dzienniku pompowania przez kierownika budowy, a następnie weryfikowany przez inspektora nadzoru. Czas trwania robót fundamentowych odpowiada ilości godzin pompowania wody. Świadek zeznał, że składał podpisy w dzienniku pompowania. Świadek rozpoznał swoje podpisy na okazanych mu kartach obmiaru robót nr 13 do faktury przejściowej nr (...) i nr (...) do faktury przejściowej nr (...) oraz w dzienniku pompowania dotyczącym zbiornika retencyjnego. Nie rozpoznał natomiast swoich podpisów w dzienniku pompowania za okres 6 sierpnia 2009r. do 9 października 2009r. (k.61-63), choć pamiętał, że w dziennikach pompowania składał podpisy. Świadek zeznał, że zarówno on, jak i projektant – konstruktor, który bywał na budowie, uznawali zmianę technologii wykopu za słuszne rozwiązanie. Świadek zeznał, że roboty przebiegały sprawnie i szybko, i niezależnie od kosztów taką technologię by wybrał. Świadek S. O. zeznał, że problem wykopów pojawił się w momencie ich rozliczania, kiedy wartość robót potwierdzona przez inspektora nadzoru przekroczyła wartość wskazaną w kosztorysie ofertowym. Po wyjaśnieniach inspektora nadzoru, inwestor stanął na stanowisku, że trzeba sporządzić protokół konieczności prac. Roboty ziemne były odbierane na bieżąco i żadna ze stron nie wносиła zastrzeżeń do ich przebiegu. Drugi problem dotyczył odwodnienia wykopów, gdyż czas pompowania był dłuższy, a liczba igłofiltrów większa niż w kosztorysie ofertowym. Ilość robót związana z odpompowaniem wody została potwierdzona przez inspektora nadzoru, a wynikała z konieczności dogęszczenia gruntu w wykopach. Po wykonaniu próbnego wykopu okazało się, że wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego, a później jamistego dla stóp fundamentowych nie jest możliwe przy konieczności dogęszczenia gruntu. Podczas prowadzenia robót ziemnych obecny był na budowie projektant B. K. oraz przedstawiciel zamawiającego L. S. i podjęto decyzję, że technologia prowadzenia robót przez wykonawcę jest właściwa. Brak było opracowań dotyczących technologii prowadzenia robót oraz ilości i przepływu wód gruntowych. Protokoły konieczności na roboty ziemne i odwodnieniowe zostały sporządzone na życzenie zamawiającego, a roboty rozliczone zgodnie z kosztorysem ofertowym. Jeśli chodzi o ścianki szczelne, to nie było obowiązku ich zastosowania przy wykonywaniu fundamentów pod budynek, a jedynie przy wykonywaniu zbiornika retencyjnego. Według świadka S. O. ze względu na przyjęty model rozliczenia ryczałtowo-ilościowego protokół konieczności dla robót ziemnych i odwodnienia nie był konieczny. Wszystkie godziny pompowania zostały potwierdzone przez inspektora nadzoru. Świadek B. P., który był kierownikiem budowy zeznał, że kiedy był wykonywany pierwszy wykop okazało się, że poziom nawodnienia gruntu był wysoki i odwodnienie punktowe przy zastosowaniu studni odwadniającej z pompą nie zdało egzaminu. Woda była powyżej poziomu chudego betonu. Grunt rozmókł i trzeba było go wymienić. Do obniżenia poziomu wody konieczne było zastosowanie igłofiltrów. W uzgodnieniu z biurem projektowym zmieniono technologię wykopów z jamistych na szerokoprzestrzenne. Z udziałem świadka, projektanta B. K. i inspektora nadzoru J. P. został sporządzony protokół konieczności. Faktyczna ilość godzin była wskazywana w dzienniku pompowania i potwierdzana przez świadka oraz inspektora nadzoru. Ilość godzin pompowania okazała się wyższa niż w kosztorysie ofertowym. Świadek zeznał, że protokół konieczności dotyczący robót ziemnych został sporządzony na początku

prac. Świadek rozpoznał swoje podpisy w dzienniku pompowania na karcie 63, wyjaśnił, że rok 2008 został w dzienniku wpisany omyłkowo. Świadek rozpoznał też na k. 64 podpisy J. P. i K. N.. Świadek zeznał, że nie pamięta czy inspektor nadzoru każdorazowo składał podpisy w dzienniku pompowania, wskazał natomiast, że inspektor nadzoru podpisywał karty obmiaru. Z. Z. (2) przesłuchany za stronę pozwaną zeznał, że nie dawał jako dyrektor oddziału Z. upoważnienia innym osobom do podpisywania aneksów oraz zatwierdzania protokołów. Protokół konieczności w sprawie robót ziemnych został mu przedstawiony do zatwierdzenia już po wykonaniu wykopów. Protokołu tego nie zatwierdził. W. C. (1) przesłuchany w charakterze powoda zeznał, że został wykonany najpierw wykop próbny, który się zapadał, ściany wykopu się obsuwały i nie można było nadażyć z pompowaniem wody punktowo, dlatego podjęto decyzję by odpompowywać wodę metodą igłofiltrów. Innej możliwości prawidłowego zagęszczenia gruntu i wykonania fundamentów nie było. Sprawa zmiany technologii wykonania wykopów nie została przed wykonaniem zgłoszona pozwanemu, gdyż w przekonaniu W. C. (1) nie było takiej potrzeby skoro sposób prowadzenia prac nie był niezgodny z projektem, a inspektor nadzoru sposób ten akceptował. Przebieg robót był odnotowywany na bieżąco w dzienniku budowy. Z informacji, które posiadał W. C. (1) wynikało, że przedstawiciel zamawiającego L. S. obserwował to, co się dzieje na budowie. Wykopy szerokoprzestrzenne były wykonywane etapami, obejmującymi po kilka stóp fundamentowych. Problem pojawił się wtedy, kiedy została wystawiona faktura. Wtedy też został sporządzony protokół konieczności. K. H. przesłuchany za interwenienta ubocznego zeznał, że roboty ziemne na odkład dotyczyły wykopów jamistych po stopy fundamentowe, natomiast w przypadku wykopów szerokoprzestrzennych nadmiar ziemi należało wywieźć od razu. Liczba godzin pompowania w przedmiarze robót wynika z objętości wykopów jamistych. Projektant podpisał protokół konieczności w sprawie zmiany technologii wykopów, co znaczyło tylko tyle, że nie wnosi on sprzeciwu, a zmiana nie jest istotna.

W aspekcie powyższej przywołanych zeznań Sąd podkreślił, że zeznania te, z wyjątkiem świadka B. P., są zgodne jeśli chodzi o czas i okoliczności sporządzenia protokołu konieczności na roboty ziemne i korespondują z treścią dokumentów, dlatego Sąd dał im wiarę. Sąd zwrócił uwagę, że protokół konieczności nr 2 dotyczący robót ziemnych został sporządzony w dniu 15 października 2009 r., a więc jak wynika z dziennika budowy, prace ziemne było mocno zaawansowane. Nadto, Sąd wskazał, że zeznania świadka B. P. jako sprzeczne z treścią dokumentów i zeznaniami pozostałych świadków są niewiarygodne. W tym zakresie zwrócono uwagę, że w protokole znajdują się podpisy projektanta B. K., inspektora nadzoru J. P. i kierownika budowy B. P., natomiast nie ma podpisu przedstawiciela zamawiającego. Zdaniem Sądu, z prowadzonej między uczestnikami procesu inwestycyjnego, a w szczególności z pisma pozwanego z dnia 25 maja 2010r. w sprawie faktury za roboty ziemne i pisma pozwanego z dnia 26 lipca 2010r. wynika, że zamawiający zmiany technologii nie zatwierdził. W ocenie Sądu obecność na budowie przedstawiciela zamawiającego L. S. i dokonywanie odbioru robót ziemnych bez sprzeciwu co do zmienionej technologii nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zamawiający akceptował zmianę technologii i idące za tym zmiany rozliczeń robót ziemnych. Sąd wskazał, iż fakt, że z chwilą przedłożenia faktury z kosztorysem różnicowym powstał spór co do tych rozliczeń świadczy raczej o tym, że kwestia rozliczeń nie była w trakcie prowadzenia robót ziemnych przedmiotem uzgodnień. Zdaniem Sądu, przedstawiciel zamawiającego nie musiał zdawać sobie sprawy z tego, że rozliczenie robót ziemnych w związku z wykonaniem wyłącznie wykopów szerokoprzestrzennych, nie będzie możliwe przy zastosowaniu stawek określonych w kosztorysie ofertowym. Sąd wskazał, że z jego punktu widzenia sposób wykonania wykopów nie musiał wcale prowadzić do zmiany umowy w zakresie podstawy ustalenia wynagrodzenia. W opinii Sądu, o braku takiej świadomości po stronie przedstawiciela zamawiającego może świadczyć pośrednio podejście do powyższej kwestii samego wykonawcy robót. Sąd zwrócił uwagę, że w przekonaniu W. C. (1) nie było potrzeby zgłoszenia zamawiającemu zmiany technologii robót skoro sposób prowadzenia prac nie był niezgodny z projektem, a inspektor nadzoru sposób ten akceptował. Dodatkowo Sąd podkreślił, że według świadka S. O. ze względu na przyjęty model rozliczenia ryczałtowo-ilościowego protokół konieczności dla robót ziemnych i odwodnienia nie było konieczny. Zaznaczono również, że wykonane w sprawie opinie biegłych sądowych A. F. i T. N., jak również ekspertyzy rzeczoznawców sporządzone na zlecenie powoda (opinia prof. Z. M. (1), opinia G. K.) potwierdziły, że zmiana technologii robót ziemnych i odwodnienie wykopów metodą igłofiltrów były uzasadnione. Biegły A. F. wskazał po pierwsze, że przedmiar robót, jeśli chodzi o roboty ziemne i przygotowawcze nie został określony w oparciu o konkretne rozwiązania projektowe, gdyż takich rozwiązań dokumentacja projektowa nie zawiera, choć zgodnie z Polską Normą PN-B-06050:1999 (do Polskich Norm odsyłają postanowienia umowy) powinna. Sąd wskazał, że

w dokumentacji projektowej powinna być określona przynajmniej metoda wykonania wykopów oraz możliwość składowania gruntu z wykopów. Zdaniem Sądu, wobec braku tej dokumentacji nie było możliwe prawidłowe sporządzenie przedmiaru i wyceny robót zarówno w zakresie robót ziemnych, jak i odwodnienia. Sąd w oparciu o dowody z opinii biegłych wyjaśnił, iż wykonanie najpierw wykopu szerokoprzestrzennego a potem jamistych, jak założono w przedmiarze, nie było uzasadnione technicznie, gdyż znacznie (prawie trzykrotnie) wydłużyłoby czas wykonania robót. Dodano, że ręczne wykonywanie wykopów jamistych wiązałoby się z koniecznością pracochłonnego i powolnego wykopywania znacznej ilości mas ziemnych, natomiast wykonanie mechaniczne prowadziło do naruszenia struktury gruntu wykopów zasypanych w poprzedzających etapach. Sąd podkreślił, że ekspertyzy prywatne wspierające odmienne stanowisko strony pozwanej (opinia techniczna M. R. i ekspertyza techniczna J. G.) co do zmiany technologii wykonywania robót ziemnych, zupełnie powyższy aspekt pomijają. Dalej Sąd dostrzegł, że odnośnie czasu pompowania wody biegły A. F. wskazał, że jest on krótszy przy wykonywaniu wykopów szerokoprzestrzennych niż przy wykonywaniu wykopów jamistych. Natomiast biegły T. N. wskazał, że w trakcie fundamentowania budynku warunki wodne nie odbiegały od przedstawionych w dokumentacji geotechnicznej. Biegły zwrócił uwagę na to, że w dokumentacji wykonawczej nie ma projektu odwodnienia na czas budowy oraz, że technologia czasowego obniżenia wody wymaga nieprzerwanego pompowania wody do czasu wykonania konstrukcji fundamentów oraz jego izolacji co najmniej poniżej istniejącego poziomu wody, czyli jak można wnioskować na podstawie zdjęć z placu budowy, do wysokości pierwszego stopnia stopy fundamentowej. W ocenie biegłego T. N. zastosowana technologia odwodnienia oraz podniesienie rzędnej posadowienia pozwoliły na zmniejszenie ilości odpompowywanej wody, ale liczba godzin pracy pomp niezależnie od przyjętego sposobu odwodnienia powinna być zbliżona z okresem realizacji robót poniżej zwierciadła wody gruntowej. Okres ten trwał zgodnie z zapisami w dzienniku budowy od 8 sierpnia 2009r. do 9 października 2009r. czyli w sumie 1.512 godzin. Odnosząc się do czasu godzin pompowania wody pod zbiornik retencyjny biegły wskazał że powinien być on zbliżony z czasem realizacji zbiornika, gdyż tego wymagała technologia jego wykonania. Przy jednym agregacie prądotwórczym ilość godzin pompowania powinna wynieść 600, a przy dwóch agregatach, liczbę tę należałoby podwoić. Czas pompowania wody pod separator wyniósł 24 godziny i jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami. Biegły T. N. odnosząc się do dokumentacji wskazał, że zapisy odnośnie odwodnienia wykopów pod fundamenty budynku są mało czytelne i ma wątpliwości ile w praktyce igłofiltrów zastosowano. Sąd zauważył, że jeśli chodzi o czas pompowania to wątpliwości dotyczą tego czy jednocześnie pracowały dwa lub więcej zestawów pompowo-próżniowych oraz przerw w czasie pracy igłofiltrów, wynikających z konieczności ich przestawienia w nowe miejsce. W przypadku zbiornika retencyjnego czas pracy i ilość zabicia igłofiltrów została w prawidłowy sposób udokumentowana i mogła być uzasadniona. Sąd uznał opinie biegłych za wiarygodne, gdyż przyjęte przez nich dane, które stanowiły podstawę do formułowania wniosków są zgodne z zebranych w sprawie materiałem dowodowym, a sposób rozumowania logiczny. Zdaniem Sądu, zarzuty stron nie zdołały podważyć zasadniczych ustaleń biegłych odnośnie zastosowanej technologii robót ziemnych i odwodnienia oraz czasu pompowania. Sąd podkreślił, że w ustnych wyjaśnieniach do opinii biegli ustosunkowując się do tych uwag, podtrzymali swoje stanowisko. Zwrócono uwagę, że ich ocena co do celowości zastosowania zmienionej technologii robót ziemnych jak również wpływu na czas pompowania była zgodna, a argumenty podane na jej uzasadnienie, przekonywujące. Jak zauważył Sąd orzekający, z wyjaśnień biegłych wynika, że zmiana technologii wykopów nie spowodowała zwiększenia ilości godzin pompowania. Biegły A. F. wskazał wręcz na to, że tempo wykonywania wykopów szerokoprzestrzennych jest szybsze niż wykopów jamistych, w związku z czym czas pompowania wody przy wykopach szerokoprzestrzennych był nawet krótszy niż przy jamistych. Z wykonanych przez biegłego obliczeń w opinii podstawowej wynika, że zmiana technologii spowodowała natomiast zwiększenie ilości mas ziemnych z wykopów. Jeśli chodzi o ewentualny wpływ wykonania ścianek szczelnych Sąd zwrócił uwagę, że biegły T. N. wyjaśnił, że bezwzględny wymóg ich wykonania był tylko przy zbiorniku retencyjnym i ten wymóg został przez wykonawcę spełniony. Niezależnie od ścianki szczelnej konieczne było pompowanie wody z zastosowaniem igłofiltrów. Sąd w oparciu o opinie biegłych podkreślił, że przy fundamentach pod budynek wykonanie ścianki szczelnej nie było bezwzględnie wymagane, a ewentualne zastosowanie ścianki szczelnej nie miało wpływu na czas pompowania. Biegły wskazał również, że jego wyliczenia godzin pompowania są szacunkowe i w rzeczywistości ilość ta mogła wynosić plus minus 50% w zależności od faktycznego współczynnika filtracji.

Mając na względzie okoliczności wynikające z przedstawionych wyżej dowodów oraz opinii biegłych Sąd przyjął, że:

- zmiana technologii wykopów była uzasadniona i zgodna ze sztuką budowlaną,
- zmiana technologii wykonania wykopów pociągająca za sobą zmianę podstaw określenia wynagrodzenia nie została zatwierdzona przez zamawiającego,
- zmiana technologii wpłynęła na zwiększenie ilości mas ziemnych z wykopu,
- zmiana technologii nie wpłynęła na zwiększenie ilości godzin pompowania wody,
- czas pompowania wody przy użyciu jednego zestawu pompującego jest zgodny z czasem wykonywania prac poniżej poziomu zwierciadła wody, co w praktyce oznaczało czas od chwili wykonania wykopu do posadowienia fundamentu i jego zaizolowania przynajmniej na wysokość pierwszego stopnia stopy,
- odwodnienie wykopu przy użyciu igłofiltrów było konieczne niezależnie od zastosowania ścianek szczelnych.

Z uwagi na postanowienia umowne dotyczące zmiany wynagrodzenia wykonawcy, Sąd uznał po pierwsze, że do określenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy należy zastosować te same pozycje, które zostały wskazane w kosztorysie ofertowym, tak jak uczyniła to strona pozwana, a po drugie, że nie jest możliwe rozliczenie kosztów robót ziemnych (bez odwodnienia) według rzeczywistych obmiarów mas ziemnych, skoro ich ilość z powodu zmiany technologii uległa zwiększeniu. Sąd zaznaczył, że zmiana technologii wymusiła inny rodzaj prac, jak wywóz ziemi na tymczasowe składowisko, co z kolei nie jest ujęte w kosztorysie ofertowym. Sąd zwrócił uwagę, że biegły A. F. w swojej uzupełniającej opinii z dnia 14 września 2015r. ustalając wartość robót ziemnych według księgi obmiarów przyjął zamiast 3. i 4. pozycji kosztorysu ofertowego (poz. 3 dotyczyła wykopu szerokoprzestrzennego do rzędnej 1,97 m n.p.m. a 4. wykopów jamistych) poz. 3a – wykopy szerokoprzestrzenne do rzędnej 1,30 m n.p.m. z transportem urobku na odległość do 1 km. Stawka określona dla tej pozycji kosztorysu wyniosła 20,88 zł a wartość netto wszystkich robót w tej pozycji 280.403,37 zł. W kolejnej opinii uzupełniającej z dnia 20 grudnia 2016r. biegły pozostawił nie zmienioną poz. 3 kosztorysu ofertowego podstawiając do niej rzeczywistą ilość ziemi z wykopów, natomiast dodał w miejsce poz. 4 dotyczącej wykopów jamistych, poz. 3b – załadunek koparką gąsienicową o pojemności łyżki 0,6m³ odspojonego gruntu z przewozem na odległość do 1 km, samochód samowładowczy do 5 t. Sąd wskazał, że cena jednostkowa w tej pozycji wyniosła 7,32 zł, a wartość robót w tej pozycji 77.598,39 zł, co wynika z przemnożenia ilości mas ziemnych -10600,873 m³ przez cenę jednostkową. Jeśli chodzi o podane ilości mas ziemnych, to dostrzeżono, że w poz. 9 i 10 ilości mas ziemnych między sobą się różnią, a w ocenie Sądu zgodnie z przedmiarem robót i kosztorysem ofertowym powinny być takie same, gdyż dotyczą wywozu nadmiaru ziemi poza teren budowy. Biegły założył w ostatniej uzupełniającej opinii (k.1730), że część ziemi z wykopów w ilości 3.920,604 m³ przeznaczona na zasypki i nasypy zostanie przewieziona na tymczasowe składowisko, a pozostała część stanowiąca nadmiar gruntu, zostanie wywieziona na wysypisko. Sąd zauważył, że ilość mas ziemnych podane w poz. 9 i 10 kalkulacji biegłego z dnia 20 grudnia 2016r. (k.1730) i poz. 9 i 10 kalkulacji z 15 września 2015r. (k.1584) różnią się między sobą. Zdaniem Sądu, prawidłowe, abstrahując od poprawności wprowadzenia nowych elementów w kalkulacji, są wartości podane w ostatniej kalkulacji. Sąd zaakcentował, że biegły skorygował swój wcześniejszy błąd w określeniu łącznej ilości zasypek i nasypów oraz nadmiaru ziemi, o czym będzie mowa poniżej przy przedstawieniu sposobu przez Sąd wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia na podstawie faktycznych obmiarów. Z uwagi na łączące strony postanowienia umowy Sąd za właściwe uznał rozliczenie robót ziemnych według rzeczywistych obmiarów i cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym, ale z zastosowaniem korekty ilości mas ziemnych, by ich ogólna ilość nie była większa niż ilość, którą wykonawca wydobyłby z wykopów, gdyby wykonał roboty ziemne zgodnie technologią wskazaną w przedmiarze robót. Zdaniem Sądu, wskazana wyżej korekta jest konieczna, gdyż wobec braku zgody pozwanego zmiana technologii nie mogła skutkować zmianą elementów kalkulacji kosztorysu ofertowego stanowiących podstawę rozliczeń i prowadzić do zwiększenia ilości jednostek rozliczeniowych. W ocenie Sądu, w konsekwencji podstawy rozliczeń nie mógł stanowić kosztorys różnicowy powoda ani kalkulacja biegłego. Brak zgody pozwanego i możliwość określenia wynagrodzenia wykonawcy z uwzględnieniem postanowień umowy mimo zmiany

technologii – w ocenie Sądu - stały również na przeszkodzie rozliczeniu robót ziemnych na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd wyjaśnił, że w celu określenia wysokości należnego wynagrodzenia za roboty ziemne należało obliczyć ilość mas ziemnych dla wykopów szerokoprzestrzennych do poziomu 1,97 m n.p.m. i rozliczyć według poz. 3 kosztorysu ofertowego odpowiednio korygując ilości w pozostałych pozycjach oraz obliczyć masy ziemne dla wykopów od rzędnej 1,97 m n.p.m. do rzędnej 1,30 m n.p.m. (wykopy jamiste o głębokości 0,67 m) i rozliczyć według poz. 4 kosztorysu ofertowego.

Sąd wskazał, że obliczenia szacunkowe mas ziemnych przy założeniu technologii z kosztorysu wykonał biegły w kosztorysie na k. 1080. Przy czym zwrócono uwagę, że obliczenia te dotyczą tylko budynku. Jak dostrzegł Sąd, z rysunków biegłego załącznik nr 6 i 7 do opinii podstawowej wynika, że wykopy w przypadku tylko trzech fundamentów pod ściany oporowe były prowadzone poniżej rzędnej 1,97 m n.p.m., do rzędnej 1,90 m n.p.m. Zdaniem Sądu, różnica rzędnych jest tak niewielka, że można uznać, iż problem zmiany technologii nie dotyczył innych elementów niż budynek. Na podstawie szacunków biegłego z opinii podstawowej Sąd obliczył procentowy stosunek ilości mas ziemnych pod budynek przy założeniu technologii z przedmiaru do ilości mas ziemnych według technologii rzeczywiście wykonanej. Następnie obliczył, biorąc pod uwagę wielkość mas ziemnych z wykopu pod budynek według obmiaru wykonawcy, jaka powinna być ogółem mniejsza ilość mas ziemnych z wykopu pod budynek z powodu zmiany technologii. W dalszej kolejności znając stosunek ilości mas z wykopów jamistych do mas z wykopów szerokoprzestrzennych z kalkulacji biegłego na k.1080, Sąd obliczył, jaka część z tych mas po korekcie, powinna dotyczyć wykopów do rzędnej 1,97 m n.p.m., a jaka część wykopów jamistych. Po obliczeniu tych wielkości, do mas ziemnych z wykopów szerokoprzestrzennych pod budynek zostały dodane masy ziemne z wykopów pozostałych elementów (drogi, ściany oporowe, chodniki) i rozliczone według pozycji kosztorysu ofertowego dla wykopów szerokoprzestrzennych. Sąd uwzględnił, że masy ziemne dla wykopów jamistych dotyczą tylko budynku i te zostały rozliczone w pozycji kosztorysowej dla wykopów jamistych. Dalsze pozycje kosztorysu ofertowego, a mianowicie nasypy i zasypki zostały przyjęte z kosztorysu różnicowego, gdyż dane te są zgodne z obmiarami podpisanymi przez inspektora nadzoru J. P.. Sąd wyjaśnił, że z wyjątkiem nasypów pod drogi są one w wielkościach niższych niż przyjęte w kosztorysie ofertowym. Sąd wskazał, że w związku z korektą ilości mas ziemnych zmienią się dwie ostatnie pozycje kosztorysu ofertowego, dotyczące wywozu nadmiaru urobku z terenu budowy oraz wielkość zasypek pod budynek. Problem zmiany technologii, jak wskazano wyżej, dotyczy w zasadzie tylko budynku, bo w przypadku dróg, chodników i ścian oporowych wykopy były szerokoprzestrzenne do rzędnej 1,97 m n.p.m. w związku z czym zmiana technologii nie wpłynęła istotnie na wielkość mas ziemnych w tej części, a tym samym zasypki. W celu skorygowania wielkości zasypek Sąd obliczył stosunek łącznej wielkości zasypek pod budynek przy technologii według kosztorysu do łącznej wielkości zasypek przy technologii rzeczywiście zastosowanej. Następnie odnosząc te proporcje do rzeczywistych ilości zasypek, skorygował wartość rzeczywistą zasypek pod budynek. W tym miejscu Sąd dokonał szczegółowych wyliczeń w powyższym zakresie. Wskutek dokonania wyliczeń Sąd ustalił, że łączna wartość roboty ziemne (lp.3-10) wynosi 123.180,17 zł. Sąd miał na względzie, że za roboty ziemne zgodnie z kwotą kosztorysową zapłacono 74.737,14 zł netto, a zatem w ocenie Sądu różnica do zasądzenia wynosi 48.443,03 zł netto, a brutto, po powiększeniu kwoty netto zgodnie z umową o stawkę podatku VAT 22%, 59.100,49 zł.

Jeśli chodzi o koszty odwodnienia, to Sąd przyjął czas pompowania stwierdzony w kartach obmiaru, podpisanych przez inspektora nadzoru. Sąd zwrócił uwagę, że zgodnie z umową stron podstawą rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy miały być ilości wykonanych robót potwierdzone przez inspektora nadzoru w księżce obmiarów oraz ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Świadek J. P. potwierdził składanie swoich podpisów na kartach obmiaru oraz w okazanym mu dzienniku pompowania wody pod zbiornik retencyjny. Sąd podkreślił, że z jego zeznań i zeznań pozostałych ww. świadków wynika, że praktycznie codziennie był on obecny na budowie i na bieżąco sprawdzał ilości robót oraz czas pompowania. W ocenie Sądu, nie ma żadnych podstaw by teraz te księgi obmiaru kwestionować. Sąd zaznaczył, że żaden dowód nie wskazuje na to, by inspektor nadzoru swoje obowiązki na budowie wykonywał nierzetelnie, w szczególności, by potwierdzał w księgach obmiarów niesprawdzone dane. Jeśli chodzi o czas pompowania wody z zastosowaniem metody igłofiltrów, to Sąd zwrócił uwagę na to, że został on podobnie określony również przez biegłego T. N.. Jeśli chodzi o sam budynek biegły wskazał, że czas pompowania maksymalnie mógł wynieść 1512 godzin, gdyż tyle zgodnie z wpisami w dzienniku budowy trwały roboty poniżej zwierciadła wody.

Ilość godzin uwzględnia jednak pracę tylko jednego zestawu pompowo-próżniowego. Gdyby jednocześnie pracowały dwa zestawy lub trzy widoczne na okazanych biegłemu zdjęciach, to czas ich jednoczesnej pracy należałoby podwoić lub w przypadku trzech-potroić. Biegły określił czas 1512 godzin jako maksymalny, gdyż prace były prowadzone etapami, co oznacza, że po wykonaniu jednego etapu igłofiltrów były przenoszone w inne miejsce. Sąd miał przy tym na względzie, że czas przerw w pracy igłofiltrów nie jest dokładnie udokumentowany (uwaga ta dotyczy tylko budynku) podobnie jak jednoczesna praca dwóch lub większej liczby zestawów pompowo-próżniowych w związku z czym na podstawie dokumentacji precyzyjnie odtworzyć ciągłości pracy poszczególnych zestawów nie można. Sąd zaznaczył jednak, że biegły nie wykluczył natomiast tego, że czas pracy pomp mógł być taki jak wskazano w kartach obmiaru dla budynku - 1728 godz., potwierdzonych przez inspektora nadzoru. Rzeczywiste warunki na budowie mogły taki czas pompowania uzasadniać. Wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego zamiast wykopów jamistych nie spowodowało według biegłych zwiększenia godzin pompowania wody, dlatego Sąd stosując uzgodnione umową zasady rozliczeń uznał, że wykonawcy należne jest wynagrodzenie za faktyczną ilość pompowania wody przy zastosowaniu igłofiltrów. Dalej Sąd wskazał, że w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym prace polegające na odwodnieniu zostały ujęte w części zatytułowanej „Architektura, Roboty ziemne i przygotowawcze, Lp. 1 i 2. i według cen jednostkowych określonych w tych pozycjach należy je rozliczyć. Miejscowe obniżenie poziomu wody za pomocą igłofiltrów oraz ewentualnego zastosowania ścianek szczelnych przewidziano w projekcie wykonawczym konstrukcji zarówno dla płyt i stóp fundamentowych budynku, jak i zbiornika retencyjnego oraz separatora. Roboty związane z obniżeniem poziomu wody, w przeciwieństwie do ścianek szczelnych ujęto w przedmiarze i kosztorysie ofertowym jako odrębne pozycje rozliczeniowe. Analiza kosztorysu ofertowego, zgodnie z opinią biegłego A. F. (opinia uzupełniająca z dnia 15 września 2015r.), prowadzi do wniosku, że całość tego rodzaju robót jest zawarta w pozycjach nr 1 i nr 2 tego kosztorysu. W pozycjach dotyczących zbiornika retencyjnego i separatora tego rodzaju prace nie są zawarte. Biorąc powyższe pod uwagę Sąd uznał za zasadne według tych pozycji kosztorysu ofertowego określić należne wykonawcy wynagrodzenie za pompowanie wody z wykopów pod zbiornik retencyjny, separator oraz fundamenty budynku. Uwzględniając potwierdzoną w kartach obmiaru ilość godzin pompowania oraz określoną w kosztorysie cenę jednostkową 148,65 zł za jedną godzinę pompowania, należne wynagrodzenie wykonawcy – w ocenie Sądu - powinno za tę część robót wynieść 417.409,20 zł netto. Po odliczeniu od tego kwoty wynagrodzenia netto, określonej dla tej części robót w kosztorysie ofertowym, czyli kwoty 32.108,40 zł, Sąd ustalił, że niedopłata z tytułu należnego wykonawcy wynagrodzenia wynosi 385.300,80 zł netto (417.409,20 zł – 32.108,40 zł), a brutto (po dodaniu zgodnie z umową 22% podatku VAT), wychodzi 470.066,97 zł.

Sąd nie uwzględnił zwiększonej w stosunku do ilości podanej w kosztorysie ofertowym, liczby igłofiltrów, gdyż uznał, że brak jest ku temu wystarczających podstaw. Po pierwsze, wskazał, że ilość zapuszczenia igłofiltrów nie została w należyty sposób udokumentowana. Sąd podkreślił, iż brak jest kart obmiaru potwierdzających ilość igłofiltrów, a dzienniki pompowania nie są w tym zakresie jasne również dla biegłego T. N.. Sąd zwrócił uwagę, że dokumenty dołączone do pisma powoda z dnia 25 czerwca 2014 r. (k.1172-1176) nie zawierają podpisów, nie wynika z nich również kto jest ich autorem. W tym miejscu Sąd przypomniał, że zgodnie z § 5 pkt 14 i 15 umowy, do obowiązków wykonawcy należało prowadzenie z należytą starannością dokumentacji budowy oraz prowadzenie na bieżąco księgi obmiarów wykonanych robót. W przypadku pompowania wody pod zbiornik retencyjny liczba igłofiltrów została w należyty sposób udokumentowana. Dostrzeżono także, że z potwierdzonych podpisami inspektora nadzoru i kierownika budowy dziennika pompowania wynika, że wplukano w łącznie 40 igieł. Jeśli chodzi o budynek, takich dokumentów brak, dlatego w ocenie Sądu liczba igłofiltrów – 625 sztuk, przyjęta przez biegłego A. F. (opinia uzupełniająca z września 2015r.) na podstawie rysunków i zestawienia dołączonych do pisma powoda z dnia 25 czerwca 2014 r., budzi wątpliwości. Sąd miał również na względzie, że biegły T. N. w ustnych wyjaśnieniach do opinii wskazał analizując warunki gruntowo –wodne na budowie, że obszar pod budynek obsłużyłby najprawdopodobniej igłofiltrami w ilości około 140 sztuk. Dokładniejsza szacunkowa ilość wynika ze sporządzonego przez niego wykresu i jest nawet mniejsza. W świetle przedstawionych wyżej okoliczności Sąd uznał, że nie zostało w dostateczny sposób wykazane, by faktyczna ilość igłofiltrów była większa niż ilość wskazana w kosztorysie ofertowym (256 sztuk) i dlatego w tym zakresie roszczenie powoda uznał za nieuzasadnione.

Podsumowując, Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 529.167,46 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 21 lipca 2011r., a w pozostałej części żądanie oddalił. Na zasądzoną kwotę składają się:

- wynagrodzenie za odwodnienie wykopów w wysokości 470.066,97 zł
- wynagrodzenie za roboty ziemne bez kosztów odwodnienia, w wysokości 59.100,49 zł.

Jak wyjaśnił Sąd Okręgowy, podstawę prawną roszczenia o odsetki za opóźnienie stanowi art. 481 § 1 k.c. Odsetki ustawowe zostały zasądzone zgodnie z żądaniem od dnia 21 lipca 2011r., gdyż jak wynika z wezwania do zapłaty z dnia 15 lipca 2011r. doręczonego pozwanemu w dniu 18 lipca 2011r. i protokołu rozbieżności z dnia 20 lipca 2011r., od dnia 21 lipca 2011r. pozwany pozostawał w opóźnieniu co do zapłaty ww. należności.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając orzeczenie w zakresie oddalającym powództwo i zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy, a w szczególności art. 328 § 2 k.p.c., w następstwie wadliwego sporządzenia uzasadnienia wyroku, które nie wyjaśnia przyczyn odmowy uwzględnienia art. 405 k.c. jako podstawy dochodzonego roszczenia, jak i nie wskazuje powodów ustalenia sądu, że powódka spełniając świadczenie zakładała, że nie była do niego zobowiązana, jak i nie podaje powiązanych z tym podstaw zastosowania art. 411 pkt 1 k.c. w związku z art. 410 § 1 i 2 k.c.,

- naruszenie przepisu art. 405 k.c. poprzez jego błędne niezastosowanie, w wyniku wadliwego przyjęcia, iż powyższy przepis nie może stanowić podstawy prawnej dochodzonego przez powódkę roszczenia, w oddalonej przez sąd części oraz art. 411 pkt 1 k.c. w związku z art. 410 § 1 i 2 k.c. poprzez bezpodstawne zastosowanie, w następstwie wadliwych ustaleń, iż zrealizowane przez powódkę roboty zamiennie mają charakter „świadczenia nienależnego” w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. oraz, że powódka działała w powyższym zakresie w przekonaniu nieistnienia takiego obowiązku,

- naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) w wyniku błędnego powiększenia zasądzonej kwoty netto o podatek VAT w wysokości 22% zamiast prawidłowej 23%,

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału w wyniku wadliwego i dowolnego przyjęcia, że zastosowana przez powódkę liczba igłofiltrów wyniosła tylko 256 sztuk, a nie 625, jak wynika z opinii biegłego A. F. i dokumentacji podpisanej przez Inspektora nadzoru J. P. - co skutkowało bezpodstawnym ograniczeniem kwoty zasądzenia.

Uwzględniając powyższe, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego Z. w W. na rzecz powodowej spółki Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Sp. z o.o. w S. całości dochodzonej kwoty, z jednoczesnym obciążeniem pozwanego całością kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztami adwokackiego zastępstwa procesowego według norm przypisanych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł także pozwany, zaskarżając orzeczenie w części uwzględniającej powództwo i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego tj.:

- postanowień §§ 8, 9 i 10 łączącej strony umowy nr (...) w związku z art. 353¹ k.c. poprzez ich błędną interpretację polegającą na uznaniu, że wynagrodzenie wykonawcy rozliczane było w oparciu ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie ofertowym oraz ilości wykonanych robót, potwierdzanych na bieżąco w książce obmiarów, czyli na podstawie metody kosztorysowo-ilościowej,

- postanowień pkt 11.8; 12.1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowanych dla postępowania o udzielenie zamówienia na budowę siedziby Inspektoratu Miejskiego Z. w S., przy ul. (...) w związku z art. 140 ust. 1 pzp poprzez ich pominięcie przy wydaniu rozstrzygnięcia,

- art. 23 i art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 860 i 861 k.c. oraz art. 379 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że między stronami umowy konsorcjum nie zachodzi współuczestnictwo konieczne i nieprzyznanie legitymacji czynnej do udziału w sprawie Zakładowi (...) Spółka z o.o. w S.,

- postanowień §§4 ust. 4 pkt 6, § 5 ust. 1 pkt 2 umowy konsorcjum z dnia 25 listopada 2008 r. oraz pkt 4. ugody z dnia 21 listopada 2011 r. poprzez błędne przyjęcie, że między stronami umowy konsorcjum nie zachodzi współuczestnictwo konieczne i nieprzyznanie legitymacji czynnej do udziału w sprawie Zakładowi (...) Spółka z o.o. w S.,

- art. 33, 38, 66, 67 ust. 1 pkt 5, 82, 85,91 ust. 1 i 2, 139 ust. 2, 140 ust. 1 i 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu 08.07.2009 r. (dalej pzp) poprzez niezgodne z ww. przepisami przyznanie powodowi prawa do dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy nr (...) oraz obliczenia wartości robót zrealizowanych przez powoda niezgodnie z ww. przepisami,

- § 1 -9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym poprzez ich niezastosowanie w obliczeniu należności powoda zasądzonych zaskarżonym wyrokiem,

- art. 630 i 632 w związku z art. 139 ust. 1 pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wynagrodzenie wykonawcy nie miało charakteru ryczałtowego i rozliczane było w oparciu o ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie ofertowym oraz ilości wykonanych robót, potwierdzanych na bieżąco w książce obmiarów,

- 647 i 654 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 pzp poprzez ich niezastosowanie i wykluczenie możliwości określenia przez strony w umowie o roboty budowlane wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawowe i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych,

- art. 649 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 pzp poprzez jego niezastosowanie,

- art. 38 pzp i art. 65 § 2 w związku z art. 139 ust. 1 pzp poprzez jego niezastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że pozwany był silniejszą stroną umowy która narzuciła powodowi postanowienia umowy,

- art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b i 22 pkt 3 Prawa budowlanego poprzez ich niezastosowanie i pominięcie obowiązków wykonawcy wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,

- art. 42 i 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1870, z późn. zm.) poprzez ich pominięcie;

2. naruszenie prawa procesowego tj.:

- art. 195 k.p.c. wskutek nie wezwania do udziału w sprawie po stronie powodowej drugiego z uczestników konsorcjum wykonawcy - Zakładu (...) Spółka z o.o. w S.,

- art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego niż dr A. F. oraz dokonania przez Sąd samodzielnie wyliczenia kosztów prac niezgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. oraz zasadami kosztorysowania zgodnymi ze sztuką budowlaną,

- art. 286 § 1 i 290 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie wnioskowanych przez stronę pozwaną i interwenienta ubocznego dowodów z opinii innych biegłych niż biegły A. F. lub instytutu naukowego oraz z opinii uzupełniających biegłych A. F. i T. N.,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez wyciągnięcie z zebranego w sprawie materiału dowodowego błędnych wniosków dotyczących zapisów postanowień umowy i ustaleniu, że są one

sprzeczne i niejednoznaczne, a także faktu jakoby to zamawiający był jedyną stroną ustalającą treść łączącej strony umowy, a także poprzez nadinterpretację zeznań świadka A. D. oraz przesłuchania w charakterze strony Dyrektora Oddziału Z. Z. Z. (2),

- art. 321 § 1 k.p.c. poprzez zasądzenie ponad żądanie pozwu poprzez zasądzenie od pozwanego kwoty 470.066,97 zł tytułem wynagrodzenia powoda za roboty związane z pompowaniem wody, podczas gdy roszczenie powoda z tego tytułu opiewało do kwoty 197.466,66 zł, a nadto dokumentacja pompowania przez powoda prowadzona była nierzetelnie,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku wewnętrznie sprzecznego w zakresie podstawy faktycznej i prawnej zasądzenia na rzecz powoda należności z tytułu robót ziemnych i odpompowywania wody, i oddalenia powództwa w zakresie robót dotyczących posadzki na gruncie;

3. sprzeczność dokonanych przez Sąd ustaleń z zebrany w sprawie materiałem dowodowym polegającym na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia za roboty ziemne i odwonienia;

4. sprzeczność wewnętrzną dokonanego przez Sąd rozstrzygnięcia polegająca na zastosowaniu innych podstaw prawnych do zasądzenia należności powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie posadzek na gruncie a innych do zasądzenia należności z tytułu realizacji robót ziemnych i pompowania wody;

5. błędne ustalenia faktyczne polegające na przyjęciu, że:

- dokumentacja pompowania wody przedstawiona przez powoda jest wiarygodna chociaż swoich podpisów w dzienniku pompowań na k. 61-63 nie potwierdził świadek J. P. - przedstawiciel Inwestora Zastępczego, a nadto daty na k. 63 zawierają błędne daty,

- obliczenia mas ziemnych dokonane przez biegłego A. F. przy kalkulacji robót ziemnych są rzetelne;

6. pominięcie przy dokonywanych ustaleniach faktycznych następujących istotnych dla sprawy okoliczności:

- tylko początkowej fazie realizacji umowy, gdy rzeczywiste wartości robót nie przekraczały wartości robót z kosztorysu ofertowego umowa rozliczana była według obmiarów (za wyjątkiem robót ziemnych i odpompowywania wody, gdzie wartości ryczałtowe zostały przekroczone), natomiast tam, gdzie przekraczała ona znacznie pozycje kosztorysowe oraz dotyczyła robót wykonywanych niezgodnie z dokumentacją projektową zamawiający odmawiał zapłaty żądanego przez stronę wynagrodzenia,

- wykonawca w trakcie realizacji całej inwestycji nie zgłaszał zastrzeżeń co do ryczałtowego rozliczania jego wynagrodzenia, a zastrzeżenie te zgłosił jedynie co do niewielkiego zakresu robót ziemnych i odpompowywania wody oraz co układu posadzek na gruncie.

Uwzględniając powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz obciążenie kosztami postępowania strony powodowej, w tym zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz Z. w W. kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód i pozwany odpowiadając na apelację stron przeciwnej, wnieśli o jej oddalenie w całości.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obu stron częściowo zawierały zasadne argumenty, jednak to apelacja powoda skutkowałą wydaniem przez Sąd odwoławczy orzeczenia o charakterze reformatoryjnym.

Na wstępie wskazać należy, że postępowanie apelacyjne, jakkolwiek jest postępowaniem odwoławczym i kontrolnym, to zachowuje również charakter postępowania rozpoznawczego. Oznacza to, że sąd odwoławczy ma pełną swobodę jurysdykcyjną, ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia. Podkreślić też należy, że sąd ten nie może poprzestać

jedynie na ustosunkowaniu się do zarzutów apelacyjnych. Merytoryczny charakter orzekania sądu drugiej instancji polega na tym, że ma on obowiązek poczynić własne ustalenia i ocenić je samodzielnie z punktu widzenia prawa materialnego. Z tego też względu sąd ten może, a jeżeli je dostrzeże, powinien naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia prawa materialnego popełnione przez sąd pierwszej instancji i to niezależnie od tego, czy zostały one podniesione w apelacji, jeśli tylko mieszczą się w granicach zaskarżenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.04.2000 r., III CKN 812/98 i in.).

Zwrócenia uwagi wymaga także i to, że zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej również więc wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Oznacza to z kolei, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego.

Wykonując ten obowiązek, Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że (poza kwestiami opisanymi niżej, które spowodowały uzupełnienie postępowania dowodowego), Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (poza kosztami wykonania wykopu pod fundamenty) nie są wadliwe i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy te ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego szczegółowego ich przytaczania.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny nie dopatrył się zarzucanego przez obie strony naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 328 § 2 k.p.c. Z ujęcia redakcyjnego tego przepisu wynika, że punktem wyjścia dla przedstawienia w pisemnych motywach wyroku materialnoprawnej koncepcji rozstrzygnięcia sprawy powinny być dokonane ustalenia faktyczne. Ustalenia te muszą przy tym odpowiadać postulatowi jasności i kategoryczności. W uzasadnieniu wyroku musi znaleźć odzwierciedlenie dokonany wybór dowodów, które stanowiły podstawę zrekonstruowanych faktów (podstawę faktyczną rozstrzygnięcia), a także wybór określonych przepisów, będących jego podstawą prawną, ustalenie w drodze wykładni ich znaczenia oraz zastosowanie norm prawnych w związku z poczynionymi ustaleniami faktycznymi (por. wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2016 r., II PK 96/15, Legalis nr 1472782). Uwzględniając takie rozumienie omawianego przepisu, Sąd Apelacyjny stwierdza, że uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego tym wymogom w pełni odpowiada. Sąd pierwszej instancji przytoczył stan faktyczny, na którym oparł swoje rozstrzygnięcie, przywołał i omówił dowody, które w sprawie przeprowadził, podając, dlaczego i w jakim zakresie dał im wiarę oraz wskazując, które z dowodów uznał za niewiarygodne, bądź pozbawione odpowiedniej mocy dowodowej. Przywołane zostały także przepisy prawa materialnego mogące mieć zastosowanie w sprawie oraz zaprezentowano ich wykładnię. Zarzut naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c. może być więc uznany za usprawiedliwiony tylko wtedy, gdy kwestionowane uzasadnienie wyroku nie zawiera wszystkich elementów określonych w tym przepisie, a braki w tym zakresie są tak istotne, że zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej co do przyczyn faktycznych i prawnych, które legły u jego podstaw (v. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2000 r., I CKN 272/00 - LEX nr 1222308, z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00 - LEX nr 54362, z dnia 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15 - LEX nr 2021936, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 293/12 - OSNC 2012, Nr 12, poz. 148). W ocenie Sądu Apelacyjnego, takich mankamentów nie można przypisać uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które w pełni odpowiada wymaganiom art. 328 § 2 k.p.c. Sąd Okręgowy spełnił wymóg powyższego przepisu w zakresie przedstawienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Nie jest zatem tak, jak podnosi to powód, że w uzasadnieniu nie zawarto argumentacji wskazującej na niemożność zastosowania w niniejszej sprawie przepisu art. 405 k.c. i nast. Sąd I instancji wskazał, dlaczego jego zdaniem, przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie znajdują zastosowanie. Nie ma również racji pozwany, wskazując na wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia, uniemożliwiająca ocenę z jakich względów wydano takie a nie inne orzeczenie. Wbrew supozycji tego skarżącego, Sąd Okręgowy wskazał na powody oddalenia żądania dotyczącego prac przy posadzkach na gruncie, które nie wystąpiły względem pozostałych żądań (pозwany wprost wskazał, że pozostawia do uznania powoda wybór sposobu wykonania prac, jednak zastrzegł, iż nie dokona zapłaty wyższej kwoty aniżeli wynikająca z kosztorysu ofertowego). Z tego też względu, w ocenie Sądu Apelacyjnego, sposób rozumowania

Sądu Okręgowego jest możliwy do zrekonstruowania tak co do podstawy faktycznej, jak i co do oceny prawnej powództwa.

Przechodząc do rozpoznania kolejnych zarzutów naruszenia prawa procesowego, podniesionych w apelacji pozwanego, należy stwierdzić, że nade wszystko nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 195 k.p.c., które według skarżącego miało polegać na nie wezwaniu do udziału w sprawie po stronie powodowej drugiego z uczestników konsorcjum wykonawcy, a mianowicie Zakładu (...) Spółki z o.o. w S.. Jak trafnie bowiem stwierdził to Sąd Okręgowy, treść umowy zawartej między partnerami konsorcjum świadczyła o tym, że powód jako lider konsorcjum był uprawniony do wystawiania faktur i otrzymywania płatności od pozwanego, a po ich otrzymaniu zobowiązany był rozliczyć się z partnerem za wykonany przez niego zakres robót. Już z samych postanowień umownych wynika więc, że w tym konkretnym przypadku brak jest podstaw do utożsamiania konsorcjum ze spółką cywilną i w konsekwencji ustalenia istnienia wspólnego majątku konsorcjantów, co oznacza, że powód może samodzielnie dochodzić roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty, a także należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, zaś czynną legitymację powoda w niniejszym postępowaniu uzasadnia dodatkowo ugoda z dnia 21 listopada 2011 r. zawarta przez partnerów konsorcjum, w której zostało uzgodnione, że powód przeleje na konto (...) spółki z o.o. w S. kwotę 72.106,38 zł do dnia 23 listopada 2011r., co wyczerpie zobowiązania tej spółki z tytułu zawartej umowy konsorcjum oraz pismo z dnia 2 lutego 2012 r., skierowane do pozwanego, w którym Zakład (...) spółka z o.o. w S. oświadczył, że nie występował i nie będzie występował z pozwem przeciwko Z. w zakresie przedmiotowym ujętym w pozwie spółki (...) (karty 314, 315 i 475). Okoliczności tych stron pozwana nie podważała, a zatem wnosić można, że płatności wynikłe z utworzenia konsorcjum, zostały ostatecznie przez partnerów rozliczone. Poza tym zwrócić należy uwagę na przepis art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.), który przewiduje łączną reprezentację wykonawców jedynie w odniesieniu do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w ramach tego postępowania, a więc także w przedmiocie skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych tą ustawą, np. żądania zwrotu wadium (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl.; 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Przepisy art. 23 p.z.p. nie odnoszą się natomiast do postępowania, w którym dochodzone roszczenia wynikają z umowy o roboty budowlane zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum w postępowaniu mającym za przedmiot inne roszczenia, aniżeli objęte zakresem art. 23 p.z.p. nie można również upatrywać w przepisie art. 141 p.z.p., który jest wyłącznie ustawowym źródłem ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy oraz za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i nie może być traktowany jako podstawa solidarności czynnej wykonawców w przedmiocie dochodzenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez każdego z nich roboty budowlane, czy też o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14)

W konsekwencji uznać zatem należy, że w tej sytuacji postanowienia umowy zawiązującej konsorcjum oraz dalsze czynności stron tej umowy w przedmiocie rozliczeń należności za zrealizowane roboty budowlane, wykluczają istnienie współuczestnictwa uczestników tego konsorcjum.

Nie można też zgodzić się z argumentacją apelującego pozwanego, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. poprzez zasądzenie ponad żądanie pozwu kwoty 470.066,97 zł tytułem wynagrodzenia za roboty związane z pompowaniem wody, podczas gdy roszczenie powoda z tego tytułu opiewało na sumę 197.466,66 zł. Skarżący zdaje się pomijać fakt, iż żądanie zasądzenia kwoty 197.466,66 zł dotyczyło tylko kosztów odpompowania wody pod zbiornik retencyjny i separator, co wynikało wprost z podnoszonych przez powoda okoliczności uzasadniających żądanie w tym zakresie, natomiast dochodzona przez powoda należność za wykonanie wykopu pod fundament budynku obejmowała nie tylko koszt prac ziemnych, ale także koszt odwodnienia terenu w miejscu wykopu. Taka podstawa powództwa została potwierdzona przez pełnomocnika powoda w oświadczeniu złożonym podczas rozprawy apelacyjnej w dniu 22 stycznia 2020 r. Odwołując się do trafnego stanowiska Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, należy przy tym zauważyć, iż nie jest uznawane za wyjście ponad żądanie takie doprecyzowanie w wyroku treści żądania, które nie zmienia istoty roszczenia i pozostaje w zgodzie z intencjami powoda (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 września 2017 r., I ACa 218/17).

Wreszcie nie zyskał również aprobaty Sądu odwoławczego zawarty w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem, sąd ocenia wiarygodność oraz moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Sąd dokonuje zatem oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (vide wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66; z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98; nadto postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, oraz z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256). Jak przyjmuje się, moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zaś wiarygodność decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę. Ramy swobodnej oceny dowodów są zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (vide m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79; z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98; z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00; z dnia 29 września 2000 r., V CKN 94/00; z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00; z dnia 19 czerwca 2001 r., II UKN 423/00; z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00; z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00).

Jeżeli więc z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym i zasadami wiedzy, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego samego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. nie wystarcza zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu apelującego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu przedstawienie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając. Zwalczanie swobodnej oceny dowodów nie może zatem polegać li tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, czy ustaleń stanu faktycznego opartej na własnej ocenie, lecz konieczne jest przy tym posłużenie się argumentami wyłącznie jurydycznym dla wykazania, że unormowane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy (analogicznie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., VI ACa 306/08).

Uwzględniając powyższe, Sąd Apelacyjny uznał, iż dokonana przez Sąd Okręgowy ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie nosi znamion dowolności. Sąd ten dokonał wszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, poddał go analizie, a przyjęte stanowisko szeroko i wyczerpująco umotywował, czemu dał wyraz w uzasadnieniu wyroku. Brak podstaw do formułowania twierdzeń, by wnioski przezeń wysnute były nielogiczne, czy sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Sama odmienna ocena apelującego przeprowadzonych w przedmiotowym postępowaniu dowodów, nie mogła żadną miarą skutecznie podważyć uprawnień sądu do dokonania oceny tego materiału według swego przekonania, przy zachowaniu reguł wynikających z art. 233 § 1 k.p.c., które w ocenie Sądu odwoławczego w tym postępowaniu zostały zachowane. Istotnym jest, iż apelujący nie wskazał przekonująco, jakie zasady logiki czy doświadczenia życiowego miałyby przez Sąd I instancji zostać naruszone przy ocenie zgromadzonych dowodów. W istocie poprzestał na przedstawieniu własnej korzystnej dlań oceny przeprowadzonych dowodów i głośnym zaprzeczeniu wersji oceny materiału procesowego przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Nie poddał bowiem krytycznej analizie stanowiska Sądu Okręgowego z punktu widzenia zasad logiki oraz doświadczenia życiowego, pomijając zaprezentowaną przez sąd obszerną i wyczerpującą argumentację wyjaśniającą zajęte przezeń stanowisko. Pozwany nie zdołał wykazać, że faktycznie przedstawionym dowodom należało nadać inne znaczenie, aniżeli przyjął to Sąd pierwszej instancji, zwłaszcza, że dokonana przez sąd ocena i w konsekwencji poczynione ustalenia faktyczne wprost

odpowiadały treści dowodów zgłoszonych przez strony i co nader ważne - Sąd Okręgowy uwzględnił całokształt materiału dowodowego zaoferowanego przez strony, a następnie przez ten przyzmat ocenił wartość dowodową poszczególnych dowodów, nadając im trafne znaczenie i przymiot wiarygodności. W tej sytuacji uznać należało, iż wywieziona przez pozwanego apelacja ma w tym aspekcie charakter polemiczny z prawidłowym stanowiskiem Sądu, zatem twierdzenia apelującego i podniesiona przezeń argumentacja, nie mogły skutecznie podważyć zapadłego w niniejszej sprawie rozstrzygnięcia, zwłaszcza prowadzić do poczynienia ustaleń faktycznych w sposób postulowany przez skarżącego. Podkreślić trzeba, że Sąd Okręgowy dokonał oceny zasadności żądania pozwu przy uwzględnieniu takiego materiału dowodowego, jaki został mu zaoferowany przez strony w postępowaniu i dokonał jego oceny odpowiadającej wymogom stawianym na gruncie art. 233 § 1 k.p.c., wobec czego zarzuty apelacji, oscylujące wokół naruszenia ww. przepisu, nie mogły zostać uwzględnione.

Konieczna była natomiast weryfikacja dokonanych samodzielnie przez Sąd Okręgowy ustaleń i ocen w zakresie wysokości wynagrodzenia należnego powodowi za prace ziemne i odwodnienie terenu, przy uwzględnieniu rzeczywistych obmiarów zrealizowanych robót i cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c., gdyż nie może budzić wątpliwości to, iż ustalenie wysokości wynagrodzenia za dodatkowe czy też zamiennie roboty budowlane jest zagadnieniem, którego wyjaśnienie wykracza poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego osoby nieposiadającej wiadomości specjalnych z dziedziny budownictwa. Skoro zatem art. 382 k.p.c. stwarza prawną możliwość uzupełnienia postępowania dowodowego na etapie postępowania odwoławczego, to korzystając z takiego uprawnienia, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. F. i po przeprowadzeniu tego dowodu, Sąd odwoławczy w oparciu o uzupełniająca opinię biegłego A. F. (karty 1833-1942) skorygował ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i stwierdził, że wartość netto wynagrodzenia za wykonanie w ramach inwestycji robót ziemnych łącznie dla budynku, chodników, dróg i ścian oporowych według rzeczywistych obmiarów oraz cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym wynosi 189.639,52 zł, natomiast wartość netto wynagrodzenia za wykonanie w ramach inwestycji prac związanych z odwodnieniem terenu budowy, biorąc pod uwagę faktyczną ilość pompowania wody przy zastosowaniu igłofiltrów, uwzględniając pompowanie wody z wykopów pod zbiornik retencyjny, separatorów i fundamenty budynku oraz potwierdzoną w kartach obmiaru liczbę godzin pompowania i określoną w kosztorysie ofertowym cenę jednostkową za jedną godzinę wynosi 509.383,35 zł.

Dokonując oceny materiału procesowego, zgromadzonego na etapie postępowania apelacyjnego, Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do podważenia dowodu z uzupełniających opinii biegłego sądowego A. F.. Opinia uzupełniająca w połączeniu z ustnymi wyjaśnieniami biegłego (transkrypcja karty 1991-1999) uwzględnia całokształt materiału procesowego oraz zawiera wywody i wnioski odnoszące się wyczerpująco i dogłębnie do określenia wysokości wynagrodzenia za wykonane dodatkowe bądź zamiennie prace budowlane, w szczególności uwzględniaj faktycznie wykonane prace oraz ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym.

Zauważenia przy tym wymaga, iż zarzuty do opinii sporządzonej na etapie postępowania apelacyjnego podnieśli pozwany oraz interwenient uboczny. I tak dostrzec należy, że argumentacja pozwanego sprowadziła się do postawienia zarzutu braku precyzji w formułowaniu odpowiedzi oraz przyjęcia dowolnych założeń (w zakresie nachylenia skarp mas ziemnych i ukształtowania terenu), a w konsekwencji ustalenia nierzeczywistych obmiarów i oparcia się na iluzorycznej ilości wypompowanej wody. Nadto, pozwany podniósł, iż opinia nie uwzględnia wniosków i założeń poczynionych przez biegłego sądowego T. N.. Z kolei interwenient uboczny, kwestionując opinię uzupełniająca w przeważającej części powielił stanowisko strony pozwanej. Dodatkowo, podważając przyjęte w opinii przedmiary, podał, że wbrew założeniom biegłego roboty tymczasowe nie są uwzględniane w przedmiarze robót - co wynika z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych odbioru i wykonania robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Odniesienie się do tak sformułowanych zarzutów wymaga wskazania, iż pozwany wraz z interwenientem ubocznym zasadniczo kwestionują wnioski poprzednich opinii sporządzonych przez biegłego sądowego A. F.. Tego rodzaju

sposób sformułowania zarzutów, polegający - zamiast na polemice z motywami opinii poddanej kontroli - na ponowieniu już prezentowanych i poddanych osądowi racji, stwarza istotne trudności poznawcze w zakresie ustalenia, w czym pozwany oraz interwenient upatrują rzeczywistej jej wadliwości.

Bez względu na powyższe podkreślić należy, że teza jakoby biegły sądowy w celu sporządzenia opinii posłużył się nierzeczywistymi obmiarami jest nieuprawniona. Nie jest tak, jak wskazuje to pozwany, iż rzeczywistym obmiarem są wyłącznie dane wynikające z ksiąg obmiarów. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż księgi obmiarów w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy są niepełne, na co wskazał biegły sądowy w swej opinii. Z tego też względu biegły sądowy posługując się posiadaną wiedzą specjalną, dokonał szacunkowych obliczeń, przy jednoczesnym uwzględnieniu faktycznego sposobu wykonania robót przez powoda. Nadmienić przy tym należy, iż biegły sądowy w sposób szczegółowy wymienił inne dowody, które stały się podstawą sformułowania wniosków końcowych w opinii. Nadto, biegły już w ustnej uzupełniającej opinii z dnia 7 października 2014 r. wskazał, iż objętość mas ziemnych została ustalona przy zastosowaniu specjalistycznego programu do obliczania objętości mas ziemnych, przy założeniach wynikających z projektu oraz przy odwzorowaniu rzędnych terenu. Jednocześnie podał, iż do programu zostały wprowadzone następujące dane: rzędna nachylenia góry wykopu oraz nachylenie skarp i na tej podstawie program wyliczył objętość bryły. Wyjaśnił także, że zawsze obmiary dokonywane są przy zastosowaniu takiego schematu wyliczeń, a zatem na swoistym szacowaniu wielkości prac ziemnych, albowiem dokładne wyliczenie nie jest możliwe, gdyż teren nigdy nie jest idealnie równy. Zauważenia wymaga, iż pozwany nie podniósł jakichkolwiek zarzutów mogących podważyć wyliczenia dokonane przez biegłego sądowego, w szczególności nie wskazywał jakoby przyjęty przez biegłego sposób wyliczeń był z jakichkolwiek względów wadliwy. Pozwany zarzucając, iż do podstaw opinii przyjęto nierzeczywiste wymiary, nie dostrzega, że dokładnych wyliczeń nie sposób poczynić z uwagi na uwarunkowania każdego terenu.

Nie sposób zatem podzielić zarzutu, iż biegły sądowy, sporządzając uzupełniającą opinię posłużył się abstrakcyjnymi (a zatem nieznajdującymi pokrycia w materiale dowodowym bądź w wiedzy biegłego sądowego) obmiarami. Pozwany (a zarazem interwenient uboczny podzielający stanowisko pozwanego) zdają się nie dostrzegać, iż celem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego było w szczególności ustalenie tych obmiarów, które nie wynikają wprost z dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy (w szczególności z ksiąg obmiarów), a zatem możliwe są do ustalenia przez osobę posiadającą specjalną wiedzę w tym zakresie, oczywiście przy uwzględnieniu poszczególnych okoliczności sprawy.

W odniesieniu zaś do argumentacji interwenienta co do zasady zgodzić się należy z tezą o nieuwzględnianiu w tabelach przedmiarów robót tymczasowych. Interwenient uboczny podnoszący rzeczony zarzut, nie dostrzega jednak, iż przepis § 9 ust. 2 in fine rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „rozporządzenie”) stanowi wprost, iż nie dotyczy to przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania. Zwrócić zatem należy uwagę na stanowisko przedstawione przez biegłego sądowego A. F. w uzupełniającej opinii z dnia 18 września 2019 r., zgodnie z którym uzasadnioną podstawą w rozumieniu powyższej regulacji jest koszt tych robót zrealizowanych przez stronę powodową. Argumentując powyższe zapatrywanie, biegły wskazał na koszt rzeczonych robót, który jest wysoki, co z kolei stanowi o zaistnieniu przypadku objętego dyspozycją rzeczonego przepisu. Z tego też względu biegły sądowy wskazanym pracom mógł przypisać taki skutki, jakby prace te były kwalifikowane jako podstawowe. Uzupełniając biegły podkreślił, że jego zdaniem, sporne prace nie były oceniane przez strony w toku procesu budowlanego jako tymczasowe, albowiem specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych nie zawiera wyszczególnienia robót tymczasowych, zaś taki obowiązek wynika z treści § 14 ust. 1 rozporządzenia. Zaprezentowaną argumentację Sąd Apelacyjny uznał za w pełni przekonywającą, w szczególności wobec braku jakichkolwiek kontrargumentów ze strony interwenienta ubocznego. Z tego też względu stanowisko interwenienta ubocznego zaprezentowane w toku postępowania apelacyjnego nie mogło zostać uwzględnione.

Co się zaś tyczy zarzutu pominięcia w uzupełniającej opinii biegłego A. F. wniosków sformułowanych przez biegłego T. N., wskazania wymaga, iż opinia T. N. ma charakter teoretyczny i nie uwzględnia rzeczywistego nakładu pracy

poniesionego na wykonanie odwodnienia terenu przeznaczonego pod budowę i wobec tego opinia biegłego T. N. nie mogła mieć zastosowania do faktycznych wyliczeń ilościowych, co zostało zaakcentowane w ustnych wyjaśnieniach opinii biegłego A. F. z dnia 18 września 2019 r. Zaznaczenia wymaga przy tym fakt, iż w trakcie realizacji tych prac żaden z przedstawicieli inwestora nie zgłaszał zastrzeżeń do zastosowanej metodyki odwodnienia, w tym liczby użytych zestawów pomp, czy igłofiltrów. Skoro więc w sposób co najmniej dorozumiany pozwany godził się na przyjęty przez wykonawcę sposób realizacji robót w zakresie odwodnienia, to punktem wyjścia do ustalenia wartości tych prac powinien być ich rzeczywisty wymiar, a nie oderwane od rzeczywistego przebiegu robót szacunki. Źródła danych przyjętych przez biegłego sądowego A. F. (w zakresie faktycznej ilości pompowania wody przy zastosowanych igłofiltrach) zostały precyzyjnie wyszczególnione już w opinii uzupełniającej z dnia 15 września 2015 r. (str. 6 opinii). Sąd Apelacyjny dostrzega przy tym, iż podstawą jednego z zarzutów apelacyjnych pozwanego stało się założenie o fałszywości dokumentów znajdujących się na k. 66-67 verte, które to dokumenty zostały uwzględnione przez biegłego A. F.. Nie przedstawiając w tym miejscu pogłębionej analizy wartości dowodowej wspomnianych dokumentów, podkreślić należy, że A. F. uwzględnił całokształt materiału dowodowego, a zatem zarzut ten nie mógł samoistnie wpłynąć na ocenę opinii uzupełniających uzyskanych w toku postępowania apelacyjnego. Warto jednocześnie nadmienić, iż z opinii biegłego sądowego T. N. z kwietnia 2014 r. wynika, że pompowanie pod zbiornik retencyjny i separator zostało udokumentowane w sposób przejrzysty, zaś czas pompowania stwierdzony został na podstawie zapisów w dzienniku budowy (Dziennik budowy, tom III, str. 29). Poza tym na kartach obmiaru robót, zawierających zapisy wykonanych pompowań wody pod zbiornik retencyjny i separator wykazujące łącznie 1296 m-g, znajdują się podpisy inspektora nadzoru J. P., który zatwierdził taki właśnie zakres robót (karty 64 i 65). Biegły sądowy A. F., sporządzając uzupełniającą opinię na etapie postępowania apelacyjnego dysponował więc dostatecznym materiałem dowodowym dla ustalenia ilości faktycznie wypompowanej wody, jak również użytych do tego celu igłofiltrów. W konsekwencji przyjąć należało, iż biegły sądowy A. F., sięgając do danych wynikających z poszczególnych dokumentów, miał możliwość samodzielnego ustalenia faktycznej ilości pompowanej wody przy zastosowaniu igłofiltrów. Opinia biegłego sądowego T. N. okazała się być w tym zakresie nieprzydatna, gdyż jak już wspomniano opierała się na teoretycznych założeniach. Podkreślenia jednocześnie wymaga, iż nie ma racji pozwany, podnosząc, jakoby biegły A. F. nie posiadał kompetencji do sporządzenia opinii w zakresie ustalenia faktycznej ilości pompowanej wody. Prace te bezsprzecznie wchodziły w zakres przeprowadzonego w ramach wykonanej inwestycji procesu budowlanego, a jako takie podlegały ocenie biegłego sądowego z zakresu budownictwa.

W związku z powyższym twierdzenia strony pozwanej oraz występującego przy niej interwenienta ubocznego nie mogły prowadzić do podważenia uzupełniającej opinii biegłego.

Zwrócić należy przy tym uwagę na charakter dowodu z opinii biegłego, który stosownie do art. 278 k.p.c. służy stworzeniu sądowi możliwości prawidłowej oceny materiału procesowego w wypadkach, kiedy ocena ta wymaga wiadomości specjalnych w rozumieniu tego przepisu (a więc zasobu wiadomości wykraczających poza zakres wiedzy powszechnej). Zadaniem biegłego jest dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy naukowej, technicznej lub branżowej i przedstawienie sądowi danych (wniosków) umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i prawidłowej oceny prawnej znaczenia zdarzeń, z których strony wywodzą swoje racje. Dowód z opinii podlega ocenie na podstawie art. 233 § 1 k.p.c., przy czym z uwagi na swoistość tego środka dowodowego, w orzecznictwie wypracowano szczególne kryteria jego oceny. Wskazuje się jednolicie, że opinia nie może podlegać ocenie sądu w warstwie dotyczącej przedstawionych poglądów naukowych lub dotyczących wiedzy specjalistycznej (naukowej lub technicznej), nawet jeśli członkowie składu orzekającego taką wiedzę posiadają. Ocenie podlega wyłącznie zgodność z materiałem procesowym przyjętych założeń faktycznych, podstawy metodologiczne, transparentność, kompletność, spójność wyводу i wreszcie zgodność wniosków opinii z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, LEX nr 46096). Dowód z opinii biegłego ma więc dostarczyć sądowi wiedzy niezbędnej dla właściwej oceny materiału procesowego przedstawionego przez strony (w tym zwłaszcza innych dowodów) z perspektywy odpowiedniej dziedziny nauki lub techniki. Sfera dotycząca wiadomości specjalnych w rozumieniu normy z art. 278 k.p.c. oceniana jest w sposób uwzględniający specyfikę (opisaną wyżej szczególną rolę w procesie dowodzenia) dowodu

z opinii biegłego. Tego rodzaju przekonywujących argumentów nie przedstawiono, co również powoduje, że zarzuty strony pozwanej oraz interwenienta ubocznego należało pominąć.

Nie można również ignorować tego, że umożliwiono stronom wyjaśnienie swoich wątpliwości poprzez zadawanie pytań biegłemu w trakcie składania przez niego ustnych wyjaśnień do pisemnej opinii na rozprawie. W efekcie biegły sądowy w sposób wyczerpujący odparł zarzuty pozwanego. Z możliwości zadawania pytań nie skorzystał jednak interwenient uboczny, albowiem pomimo skutecznego zawiadomienia o terminie rozprawy, ani pełnomocnik ani żaden przedstawiciel interwenienta ubocznego nie stanął się na posiedzeniu jawnym.

W konsekwencji stwierdzić należy, że uzupełniające opinie biegłego zawierają spójne, logicznie i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wywody oraz wnioski, oparte o całokształt materiału procesowego, zaś kompetencje i kwalifikacje biegłego, jeśli chodzi o dziedziny z perspektywy których oceniał materiał procesowy, także nie budzą wątpliwości.

Istotnym jest przy tym, że przeprowadzone uzupełniające postępowanie dowodowe nie podważyło ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, a jedynie doprowadziło do odmiennej oceny faktów, skutkującej ustaleniem wynagrodzenia należnego powodowi w innej wysokości. W odniesieniu do poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych ponownego wskazania wymaga natomiast to, iż ocena zgromadzonego w postępowaniu rozpoznawczym materiału dowodowego w istotnym zakresie jawi się jako prawidłowa. W konsekwencji Sąd pierwszej instancji w przeważającej części ustalił stan faktyczny odpowiadający treści tych dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny, za wyjątkiem powyższych ustaleń w zakresie określenia wartości robót zrealizowanych przy wykonywaniu wykopu i odwodnieniu terenu.

Wyjaśniając stanowisko związane z ustaleniem liczby zastosowanych igłofiltrów, wskazania wymaga, iż błędnie Sąd Okręgowy czyni ustalenia w tej części wyłącznie na podstawie kosztorysu ofertowego. Ocena taka musi zostać uznana za niepełną. Podkreślenia bowiem wymaga, iż Sąd pierwszej instancji pominął przede wszystkim ustalenia i wnioski zawarte w uzupełniającej opinii biegłego sądowego A. F. z dnia 15 września 2015 r., a znajdujące oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Nie dostrzega Sąd orzekający, iż biegły uwzględniając dokumenty znajdujące się w aktach sprawy (w szczególności karty pomiarów oraz zapisy dziennika budowy) ustalił, iż rzeczywista ilość igłofiltrów zastosowanych przy pompowaniu wody wynosiła 665 sztuk. Na takie ustalenie bezsprzecznie pozwala dokumentacja procesu budowlanego, podpisana przez inspektora nadzoru J. P.. Jak słusznie przy tym zauważa powód w swojej apelacji, nie można pomijać obmiaru robót zawierającego część rysunkowo-opisową, który został podpisany przez J. P. (parafa o lancetowatym kształcie) oraz, że powyższą okoliczność potwierdził sam autor podpisu w trakcie powtórnego przesłuchania przed Sądem pierwszej instancji. Ważkie jest przy tym, iż wniosek w zakresie ilości użytych igłofiltrów został podtrzymany przez biegłego sądowego w opinii uzupełniającej sporządzonej na etapie postępowania apelacyjnego, o czym wspominało na wstępie rozważań. Nieuprawnionym jest zatem czynienie ustaleń w tym zakresie wyłącznie na podstawie kosztorysu ofertowego (który nie jest nawet opisem przedmiotu zamówienia umowy), skoro odmienne wnioski wynikają z pozostałego materiału dowodowego. Z tego też względu Sąd odwoławczy uznał za zasadny zarzut błędu w ustaleniach faktycznych podniesiony w apelacji powoda. Nadmienić przy tym wypada, iż wbrew literalnej treści zarzutu, biegły sądowy nie wskazał na zastosowanie 625 sztuk igłofiltrów, a na 665 sztuk. Przy czym wobec powiązania zarzutu wprost z treścią opinii biegłego sądowego oraz dokumentacji procesu budowlanego, Sąd odwoławczy uznał, że dostrzeżona sprzeczność jest skutkiem oczywistej omyłki. Odwołanie się przez apelującego do treści opinii biegłego jest w tym zakresie wystarczające do ustalenia, iż powód wykonując prace związane z pompowaniem wody zastosował 665 sztuk igłofiltrów.

Przechodząc do analizy zarzutów apelacji pozwanego w sferze przeprowadzonego przez Sąd Okręgowy postępowania dowodowego, stwierdzić należy, iż pozwany zakwestionował ocenę następujących dowodów: opinii biegłego A. F., dokumentów pomiaru znajdujących się na k. 61-63, 66-67, a także zeznań świadka A. D. i przesłuchanego za stronę pozwaną - Z. Z. (2). Zauważenia przy tym wymaga, że formalnie zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. został sformułowany wyłącznie w odniesieniu do dowodu z zeznań świadka oraz Z. Z. (2), natomiast zarzut wadliwej oceny opinii biegłego sądowego oraz dokumentów pomiarów sformułowano w ramach zarzutu błędnych ustaleń

faktycznych, co jest jednak zabiegiem nieuprawnionym. Ustalenia faktyczne są bowiem skutkiem uprzedniej oceny dowodów. Pomimo dostrzeżonej wadliwości w konstrukcji zarzutu, Sąd Apelacyjny poddał szczegółowej analizie ocenę wszystkich wspomnianych dowodów.

Sąd Apelacyjny, dzieląc zaprezentowany już wcześniej pogląd judykatury, wedle którego nie jest wystarczającym uzasadnieniem zarzutu naruszenia normy art. 233 § 1 k.p.c. przedstawienie przez stronę apelującą własnej oceny dowodów i wyrażenie dezaprobaty dla oceny prezentowanej przez sąd pierwszej instancji, podkreśla, że skarżący ma obowiązek wykazania naruszenia przez sąd paradygmatu oceny wynikającego z art. 233 § 1 k.p.c., a zatem wykazania, iż sąd wywiódł z materiału procesowego wnioski sprzeczne z zasadami wiedzy, logiki lub doświadczenia życiowego, względnie pominął w swojej ocenie istotne dla rozstrzygnięcia wnioski wynikające z konkretnych dowodów. Tymczasem pozwany, dla umotywowania swojego stanowiska, nie przedstawia argumentów podważających poprawność zastosowania normy art. 233 § 1 k.p.c. w kontekście oceny poszczególnych dowodów (nie przedstawia podstaw wskazujących na sprzeczność ocen dokonanych przez Sąd z zasadami logiki lub doświadczenia życiowego, a jedynie zaprzecza wiarygodności poszczególnych dowodów). Już tylko z tego względu jego stanowisko nie mogło zostać uwzględnione.

Poddając jednak szczegółowej krytyce stanowisko pozwanego wskazania wymaga, iż niezrozumiałym jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w odniesieniu do źródeł osobowych (świadka A. D. oraz przesłuchanego za stronę pozwaną Z. Z. (2)). Podkreślenia wymaga, że dowody te (przeprowadzone na wniosek pozwanego) zostały ocenione zgodnie z intencją apelującego. I tak zeznania Z. Z. (2) pośrednio doprowadziły do ustalenia, iż strony nie aneksowały umowy z dnia 8 lipca 2009 r., co zdaje się być ustaleniem korzystnym dla strony pozwanej. Pozwany bowiem kwestionował fakt istnienia porozumienia umownego pomiędzy stronami co do spornych prac. Oczywiście Sąd Apelacyjny dostrzega, iż pomimo braku zawarcia aneksu do umowy (wymaganego § 9 ust. 2 in fine umowy), Sąd Okręgowy stwierdził istnienie odpowiedzialności umownej pozwanego, jednak takie wadliwe stanowisko (o czym szerzej w dalszej części rozważań), nie jest konsekwencją błędnej oceny dowodów, ale następstwem nieprawidłowej konstatacji prawnej Sądu pierwszej instancji dokonanej w oparciu o niewłaściwą interpretację postanowień umownych. Istotnym z punktu widzenia interesów pozwanego jest to, iż w rzeczywistości zeznania Z. Z. (2) wskazują na niedopełnienie obowiązków w zakresie zawarcia aneksu do umowy, co z kolei przesądza o niemożności rozliczenia robót dodatkowych czy zamiennych na podstawie niezmienionej umowy z dnia 8 lipca 2009 r. W odniesieniu do zeznań świadka A. D. zauważyć zaś należy, że wobec braku szczegółowej argumentacji apelacji, nie jest możliwym ustalenie, na jakiej płaszczyźnie Sąd Okręgowy miałby dopuścić się „nadinterpretacji” zeznań świadka. Dostrzec należy, iż analiza wyводу Sądu I instancji odnosząca się do zeznań tego świadka wskazuje jedynie, iż zeznania te uznano za zasadniczo nieprzydatne do poczynienia ustaleń w zakresie przebiegu robót, albowiem świadek nie uczestniczyła w realizacji inwestycji. Teza ta z uwagi na stanowisko świadka nie jest pozbawiona zasadności. Zauważyć bowiem należy, że do obowiązków świadka - będącego sekretarzem komisji przetargowej - należało wyłącznie prowadzenie obsługi technicznej komisji przetargowych. Z tych też względów Sąd Apelacyjny uznał, że zarzut wadliwej oceny dowodów ze źródeł osobowych jest chybiony.

W zakresie zarzutu błędnej oceny opinii sporządzonych przez biegłego sądowego A. F. Sąd Apelacyjny zasadniczo wypowiedział się w ramach oceny materiału dowodowego zgromadzonego na etapie postępowania apelacyjnego. Bez względu na powyższe, przypomnieć należy, iż pozwany w skuteczny sposób nie podważa w swoim wystąpieniu kwalifikacji biegłego, ani też podstaw, czy poprawności wnioskowania i z tego względu podniesiony zarzut wadliwej oceny opinii biegłego sądowego jest oczywiście bezzasadny. Co więcej, jak to już wyjaśniano, żądanie dokonanie obliczeń mas ziemnych z pełną dokładnością nie jest możliwe i z tego względu prawidłowym (w świetle aktualnej wiedzy budowlanej) jest, iż oceny wielkości prac ziemnych dokonuje się poprzez swoiste szacowanie, a mianowicie oparcie wyliczeń na podstawie odpowiednich rzędnych. Apelacja pozwanego w żadnej mierze nie odnosi się do powyższej argumentacji, przedstawianej wyczerpująco przez biegłego sądowego już w uzupełniających opiniach, sporządzonych na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego. Nieuzasadnione postawienie tezy o nierzetelności obliczenia mas ziemnych przez biegłego A. F. jest w świetle powyższego procesowo nieskuteczne.

Zauważyć jednocześnie należy, że w ocenie pozwanego ocena wiarygodności dowodu z opinii biegłego sądowego A. F. determinowana była również oceną wiarygodności dowodów z dokumentów w postaci dzienników i innych zapisów pompowania. Dostrzec bowiem należy, iż biegły poczynił poszczególne ustalenia wymagane dla wydania opinii na podstawie rzeczonych dokumentów, zaś strona pozwana podważała walor ich wiarygodności. Sąd Apelacyjny kwestię tę wyjaśnił już na wstępie rozważań, jednak raz jeszcze zaznaczenia wymaga, że kwestionowane dowody nie były jedyną podstawą poczynienia poszczególnych założeń przez biegłego. Zarzut ten nie mógł więc samoistnie podważyć wiarygodności opinii.

W konsekwencji bezzasadne okazały się zarzuty pominięcia przez Sąd Okręgowy wniosków dowodowych pozwanego i interwenienta ubocznego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego bądź instytutu naukowego. Podnieść przy tym należy, że kwestię żądania przeprowadzenia dodatkowej opinii biegłego reguluje przepis art. 286 k.p.c., zgodnie z treścią którego należy to do uprawnień sądu, który nie jest związany wnioskami stron w tym przedmiocie. To sąd każdorazowo decyduje, czy istnieje potrzeba wykorzystania wiadomości specjalnych, jak i ocenia przydatność oraz zupełność wydanej opinii. Do dowodu z opinii biegłego nie mogą mieć zastosowania wszystkie zasady postępowania dowodowego, a w szczególności art. 217 k.p.c. Sąd nie ma bowiem obowiązku dopuszczania dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, czy też dowodu z opinii innego biegłego, gdy opinia ta jest niekorzystna dla strony wnoszącej o to, nie zgadza się ona z wnioskami opinii, jak i nie uznaje - tak jak czyni to apelacja pozwanego - argumentacji biegłego, co do podnoszonych zarzutów, a która to została w pełni podzielona przez Sąd pierwszej instancji. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wniosek pozwanego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego motywowany był wyłącznie niezadowoleniem z treści przeprowadzonej w rozpoznawanej opinii, a wielokrotnie wyjaśniano już w orzecznictwie, że samo rozczarowanie z wyniku dowodu z opinii biegłego (fakt, iż opinia zawiera konkluzje niekorzystne dla stanowiska procesowego strony) nie uzasadnia dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii. Taką zaś argumentację przedstawił pozwany zarówno w toku postępowania pierwszoinstancyjnego, jak i odwoławczego.

W kwestii natomiast oceny dowodu z dokumentu w postaci dziennika pompowania wody z wykopów pod fundamenty, znajdującego się na kartach 61-63, wskazania wymaga to, że sam fakt, iż dokument ten nie zawiera przy każdej pozycji podpisów przedstawiciela inwestora, nie przesądza o braku wiarygodności rzeczzonego dowodu. Nie dostrzega apelujący, że dokument prywatny stanowi pełnoprawny środek dowodowy, który sąd orzekający może uznać za podstawę swoich ustaleń faktycznych, a następnie wyrokowania, choć niewątpliwie moc dowodowa dokumentu prywatnego jest słabsza, aniżeli moc dowodowa dokumentu urzędowego, ponieważ dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania, że ich treść jest zgodna ze stanem rzeczywistym. Nie przeszkadza to jednak w tym, aby sąd orzekający w ramach swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.) uznał treść dokumentu prywatnego za zgodną z faktycznym stanem rzeczy. Sąd Okręgowy dokonując wspomnianej oceny dowodów uznał rzeczony dowód za wiarygodny i Sąd Apelacyjny zasadniczo ocenę tę podziela. Oczywiście nie determinuje to samoistnie stanowiska, iż na podstawie wymienionego dowodu możliwym jest dokonanie oceny długości prac przy pompowaniu. Okoliczność ta nie ma jednak przesądzającego znaczenia, albowiem całość zgromadzonego materiału dowodowego pozwala na poczynienie ustaleń w spornym zakresie. Wskazać przy tym należy w szczególności na następujące wzajemnie uzupełniające się dowody: obmiary robót (k. 64-65, 1171, k.1172-1174, 1175 i 1176)) i wyciąg z dziennika budowy (k.653-665), zawierające zapisy wskazujące na realizację prac związanych z odpompowywaniem wody, dokumentację fotograficzną (k. 666-668, 1210-1212, płyta CD k.1301), przedstawiającej używane urządzenia do odpompowania wody, zeznania świadków S. O. (k.809-817), B. P. (k.817-821), J. O. (płyta z nagraniem rozprawy k.889, transkrypcja zeznań k.1318-1335), K. N. (płyta z nagraniem rozprawy k.871, transkrypcja zeznań k.1242-1439), J. P. (płyta z nagraniem rozprawy k.871, transkrypcja zeznań k. 1439-1460) oraz zeznania W. C. (1) w charakterze strony powodowej (płyta z nagraniem rozprawy k. 889, transkrypcja zeznań k.1272-1386), którzy podawali, w jakim zakresie i przez jaki czas trwało odpompowanie wody i wreszcie opinie biegłych sądowych, w tym biegłego T. N., który wprost stwierdził, że na terenie budowy konieczna była nieprzerwana praca urządzeń odwadniających podczas wykonywania wykopów i fundamentów (opinia biegłego sądowego T. N. k.1114-1126, pisemna uzupełniająca opinia biegłego T. N. k.1270-1289, ustne wyjaśnienia biegłego T. N. do opinii - płyta z nagraniem rozprawy k.1477 i transkrypcja wyjaśnień biegłego k.1511-1531). Całość zebranego materiału dowodowego, charakteryzującego się

spójnością i komplementarnością, pozwala więc na rekonstrukcję przebiegu robót związanych z odwodnieniem terenu i ustalenie, pomimo braków w dokumentacji budowlanej, poniesionego w tym zakresie nakładu pracy i w konsekwencji określenie wartości tych robót.

Odnosząc się z kolei do oceny wiarygodności dziennika pompowania z wykopów pod zbiornik retencyjny (karty 66-67) zaznaczenia wymaga, że dowód ten jest również dokumentem prywatnym, który zgodnie z art. 245 k.p.c. stanowi dowód tego, że osoba które je podpisała złożyła oświadczenia zawarte w tym dokumencie. Dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania prawdziwości zawartych w nich oświadczeń, a więc każda osoba mająca w tym interes prawny może stwierdzić i dowodzić, że treść złożonych oświadczeń nie odpowiada stanowi rzeczywistości (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 28 lutego 2007 r., V CSK 441/06; postanowienie Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 1982 r., III CRN 65/82.). Korzystają natomiast z domniemania autentyczności oraz domniemania, że osoba, która dokument podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Domniemanie autentyczności (prawdziwości) jest domniemaniem, że dokument pochodzi od jego wystawcy, co oznacza, że nie jest on podrobiony ani przerobiony. Ponadto, dokumenty prywatne korzystają z domniemania prawnego, że oświadczenie zawarte w dokumencie pochodzi od osoby, która dokument ten podpisała. Oba domniemania są wzruszalne, co oznacza, że mogą być obalone przez skuteczne przeprowadzenie dowodu przeciwnego, przy czym ciężar tego dowodu spoczywa na stronie zaprzeczającej, co wynika z treści art. 253 zdanie pierwsze k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2000 r., II CKN 668/98). Zgodnie z treścią art. 253 k.p.c. jeżeli strona zaprzecza prawdziwości dokumentu prywatnego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenie osoby, która je podpisała, od niej nie pochodzi, obowiązana jest okoliczności te udowodnić. Jeżeli jednak spór dotyczy dokumentu prywatnego pochodzącego od innej osoby, niż strona zaprzeczająca, prawdziwość dokumentu powinna udowodnić strona, która chce z niego skorzystać. Przedmiotowy przepis reguluje rozkład ciężaru dowodu w przypadku obalania domniemań prawnych łączących się z dokumentami prywatnymi. Strona twierdząca, że oświadczenie zawarte w dokumencie nie pochodzi od jego wystawcy, powinna to udowodnić – w przypadku zaprzeczenia prawdziwości dokumentu przez stronę, od której podpis pochodzi ciężar dowodu spoczywa na stronie zaprzeczającej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2000 r., II CKN 668/98, LEX nr 51054). Natomiast w sytuacji gdy podpis wskazuje na pochodzenie dokumentu od innej osoby niż strona zaprzeczająca, znajdują zastosowanie ogólne reguły dotyczące rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.). Prawdziwości dokumentu w takiej sytuacji musi dowodzić strona, która chce z niego skorzystać (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2007 r., I PK 112/07, OSNP 2008, nr 19-20, poz. 288; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/08, LEX nr 518121), która to jednak regulacja nie znajdzie zastosowania w niniejszej sprawie. Zaznaczenia bowiem wymaga, że treść ocenianej tabeli, a mianowicie zawarcie w niej kolumn „podpis kierownika budowy” oraz „podpis inspektora nadzoru” wskazuje, iż co do zasady dokument ten pochodzi od obu stron procesu. Nie może przy tym budzić wątpliwości, iż w świetle przepisów art. 18 ust. 2 oraz art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, inspektor nadzoru inwestorskiego jest uczestnikiem procesu budowlanego reprezentującego interesy inwestora (a zatem strony pozwanej w niniejszym procesie), zaś treść przepisu art. 22 Prawa budowlanego wskazuje, iż kierownik budowy reprezentuje wykonawcę (tym samym stroną powodową niniejszego postępowania). W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, iż strona pozwana winna podjąć niezbędną inicjatywę dowodową mającą na celu wykazanie, iż podpis nakreślony w miejscu podpisu inspektora nadzoru inwestorskiego nie pochodzi od osoby, która była umocowana przez pozwanego do potwierdzania czasu pompowań. Rzecz jednak w tym, iż we wskazanym zakresie pozwany pozostał bierny procesowo. Zdaniem Sądu odwoławczego, samo zaprzeczenie przez świadka J. P., który pełnił funkcję inspektora nadzoru, że nie wszystkie podpisy znajdujące się na tym dokumencie, pochodziły od niego, nie jest dostatecznym środkiem dowodowym pozwalającym na przyjęcie, iż doszło do złożenia podpisu przez osobę do tego nie uprawnioną, zwłaszcza, że fakt odpompowywania wody został potwierdzony przez J. P. na kartach obmiaru robót (karty 64-65). Nie można zatem wykluczyć tego, że podpisy znajdujące się w rubryce przeznaczonej dla inspektora nadzoru, których nie zidentyfikował J. P., zostały złożone przez innego przedstawiciela inwestora, a jest to o tyle prawdopodobne, że J. P. zeznał, iż nie przebywał na terenie placu budowy przez cały czas trwania robót.

Dla wyczerpania argumentacji, wskazania wymaga także i to, że nawet odmienna ocena powyższej kwestii nie stanowiłaby dostatecznej podstawy do zakwestionowania ustaleń w zakresie godzin pompowania wody czy też ilości

użytych igłofiltrów, albowiem - jak już wspomniano - okoliczności faktyczne w tej części możliwe są do ustalenia na podstawie innych dowodów.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał, iż ocena dowód dokonana przez Sąd Okręgowy w zakresie zakwestionowanym przez pozwanego jest prawidłowa, a w konsekwencji poczynione ustalenia faktyczne odpowiadają treści tych dowodów.

Odnosząc się następnie do apelacji obu stron w ich aspekcie materialnoprawnym, należy podkreślić, że to na sądzie orzekającym spoczywa obowiązek dokonania z urzędu subsumcji pod właściwą normę prawa materialnego roszczenia procesowego powoda. Strona nie musi wskazywać podstawy materialnej żądania, a gdy tego dokona sąd nie jest nią związany, choć to może mieć pewne znaczenie dla ukierunkowania rozpoznania sprawy. Samo wskazanie alternatywnej podstawy materialnej dochodzonego roszczenia procesowego, bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających nie stanowi przedmiotowej zmiany powództwa (art. 193 k.p.c.).

Sąd Okręgowy dokonał analizy podstaw prawnych pozwalających na ocenę roszczenia powoda w granicach zakreślonych okolicznościami faktycznymi przytoczonymi przez powoda na uzasadnienie żądań pozwu. Sąd odniósł się zarówno do możliwości uwzględnienia powództwa w oparciu o postanowienia umowne, jak i do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd pierwszej instancji dostrzegł słusznie, że strony, zawierając umowę o roboty budowlane, nie umówiły się o klasyczny, przewidziany przez kodeks cywilny, ryczałt, lecz uzgodniły wynagrodzenie w sposób mieszany, tj. z jednej strony wyceniły poszczególne prace niezbędne do wykonania umowy i określiły ich zakres ilościowy, wynikający z szeroko rozumianej dokumentacji technicznej, a z drugiej strony wyznaczyły sobie maksymalną kwotę wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy w zakresie wynagrodzenia z tytułu umowy o dzieło stosuje się jedynie odpowiednio do umowy o roboty budowlane, a także kierując się zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. należy stwierdzić, że taki zakres modyfikacji jest w pełni dopuszczalny. Powyższy pogląd jest aprobowany w orzecznictwie, jak chociażby w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt II CSK 389/14, w którym wskazano, że w umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 647 i następnym k.c., strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art. 632 § 1 k.c., jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Bez wątpliwości treść § 8 i § 9 umowy stron wskazuje, że maksymalna kwota wynagrodzenia dotyczyła wyłącznie robót wymienionych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przygotowanej przez pozwanego, a jej ostateczna wysokość stanowić miała sumę iloczynu jednostek obmiarowych i cen jednostkowych wskazanych w wycenionym przedmiarze robót. Jednocześnie bowiem strony uzgodniły, że w przypadku każdej innej roboty, celem realizacji przedmiotu zamówienia, wymagane będzie zawarcie umowy o roboty dodatkowe lub zamiennie, po wcześniejszym sporządzeniu protokołu konieczności oraz kosztorysu, sprawdzonego przez inspektora nadzoru inwestorskiego i zatwierdzonego przez zamawiającego oraz uzgodnieniu wynagrodzenia z pozwanym. Stąd też wykonując prace nieujęte w kosztorysie ofertowym, powód po konsultacji z przedstawicielem pozwanego działającym bezpośrednio na budowie, tj. inspektorem projektu oraz w razie potrzeby z autorami projektu budowlanego, dokonywał analizy zasadności wykonania określonych prac, sporządzał protokoły konieczności, weryfikowane następnie pod kątem jakościowym i ilościowym przez inspektora nadzoru inwestorskiego i nadzór autorski oraz występował z wnioskiem o zawarcie umowy o roboty dodatkowe lub zamiennie. Nie sposób więc zgodzić się z Sądem Okręgowym, że umowa o roboty budowlane zawarta przez strony, stwarzała podstawę do odrębnej wyceny i wnioskowania o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia za roboty nie przewidziane dokumentacją przetargową. W takiej bowiem sytuacji konieczne było zawarcie umowy o roboty dodatkowe lub zamiennie. Sąd Apelacyjny podziela jednak stanowisko wyrażane w orzecznictwie, iż konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową, jeżeli dochodzi do wykonania stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych lub zamiennych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy. Uzgodniona kwota wynagrodzenia odnosi się bowiem do ustalonego przez strony zakresu świadczenia wykonawcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2010 r., I CSK 544/09, nie publ.) W takich wypadkach przyjmuje się w orzecznictwie - aprobowanym w literaturze - że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego

zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, nie publ., z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, nie publ. i z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/08, nie publ.). Brak porozumienia co do wysokości wynagrodzenia za dodatkowe prace nieobjęte umową nie oznacza, że przyjmujący zamówienie miał je wykonać bez wynagrodzenia. Taki wniosek można wyprowadzić tylko wówczas, gdy strony jednoznacznie wyłącza możliwość żądania wynagrodzenia za prace nieobjęte zawartą wcześniej umową

Bez wątplenia umowa stron z dnia 8 lipca 2009 r. została zawarta w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Nie jest także spornym, że pozwany jako zamawiający przewidział możliwość zawarcia umowy o roboty dodatkowe lub zamiennie w rozumieniu art. 144 p.z.p. Tym samym, dokonując wykładni umowy w ramach art. 65 § 1 i 2 k.c. stwierdzić należy, że strony już w momencie zawierania umowy przewidywały, że w ramach jej realizacji mogą wystąpić prace nieobjęte zakresem z niej wprost wynikającym, a wcześniej nie objęte ofertą w rozumieniu art. 140 p.z.p. Stąd też uzgodniły w umowie szczegółową procedurę zgłaszania takich robót przez wykonawcę oraz sposób wyceny tych robót, mający prowadzić do zawarcia umowy na zrealizowanie tego rodzaju prac.

Właśnie należności za takie roboty, a mianowicie roboty w zakresie szeroko rozumianych prac ziemnych i odwodnieniowych oraz roboty związane ze zmianą sposobu wykonania posadzki, stanowiły przedmiot niniejszego sporu.

Niekwestionowanym był fakt, że mimo zapisów umownych i wyczerpania przez powoda wyznaczonych kontraktem procedur, ostatecznie nie doszło do zawarcia w tym zakresie umów dodatkowych. Wskazać przy tym należy, że w przypadku tradycyjnego ryczału w rozumieniu art. 632 k.c. prace te podlegałyby zapłacie w ramach kontraktu. Jednak w przyjętym przez strony systemie wynagrodzenia mieszanego, zapłata przez pozwanego za ich wykonanie wymagała zawarcia umowy dodatkowej. Art. 139 ust. 1 p.z.p. nakazuje stosowanie wprost przepisów k.c. w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy (p.z.p.) nie stanowią inaczej. Uprawnionym jest więc odwołanie się do art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno - gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Pozwany jednak wbrew obowiązki wynikającym z art. 354 § 1 i 2 k.c. bezpodstawnie odmówił współpracy z powodem przy wykonywaniu kontraktu bez uwzględnienia celu umowy oraz zasad współżycia społecznego, które w ramach obrotu gospodarczego sprowadzają się *de facto* do zasad uczciwego obrotu.

Jeżeli chodzi o wykonanie robót ziemnych, to co do zasady prace te miały być wykonywane w ramach umowy i objęte ceną maksymalną. W tym zakresie objęcie robót ceną maksymalną, tak jak w przypadku klasycznego ryczału wiąże się z ryzykiem po stronie wykonawcy. Nie sposób jednak przyjąć, że jest to ryzyko całkowicie nieograniczone. Nie jest bowiem usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, jest niepełna (technologia wykonania wykopu pod fundamenty nie była przewidziana w projekcie budowlanym i pośrednio wynikała tylko z księgi przedmiarów) lub zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego, chociażby były to błędy całkowicie niezawinione przez autorów tej dokumentacji. Nie sposób także pominąć, że umowa określała możliwość zwiększenia wartości zamówienia o wartość prac dodatkowych lub zamiennych do 50% zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. Tym samym, zawierając umowę, powód mógł liczyć, że jego ryzyko w zakresie wykonania robót, których ilości z góry nie można szczegółowo ustalić, gdyż jedynie istniała możliwość ich oszacowania, zostanie ograniczone, ponieważ w przypadku znacznego, przekraczającego wartość ceny maksymalnej ich zakresu, będzie miał możliwość uzyskania za nie wynagrodzenia w ramach umowy o roboty dodatkowe lub zamiennie, oczywiście przy dochowaniu procedur wynikających z umowy.

Powód w ramach szeroko rozumianych prac ziemnych wymogę formalnych dochował, choć nastąpiło to już po wykonaniu wykopu szerokoprzestrzennego. Po rozpoczęciu budowy wykonawca zmienił bowiem bez zgody zamawiającego technologię wykonania robót ziemnych przy budowie budynku. Zmiana polegała na tym, że wykonał on jeden wykop szerokoprzestrzenny, zamiast wykopu szerokoprzestrzennego i wykopów jamistych. Po zakończeniu

wykopów wykonawca złożył wnioski o wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego pod budynek do poziomu posadowienia ław i stóp fundamentowych wraz z odwodnieniem wykopu w zamian za przewidziane w przedmiarze inwestorskim wykopy na odkład. W dniu 15 października 2009 r. został sporządzony protokół konieczności nr 2 na roboty ziemne, nie przewidziane w dokumentacji technicznej i SIWZ. Komisja w składzie: inspektor nadzoru J. P., projektant B. K. i kierownik budowy B. P. stwierdziła w protokole, że zastane warunki terenowe i gruntowo-wodne oraz przepisy BHP w zakresie realizacji robót ziemnych, wymagają bezwzględnie wykonania zamiast wykopów jamistych na odkład, wykopu szerokoprzestrzennego obiektowego z odwozem, z równoczesnym ciągłym odpompowywaniem wody gruntowej z systemem igłofiltrów przez okres prowadzenia robót. Wykonane w sprawie opinie biegłych sądowych A. F. i T. N., jak również ekspertyzy rzeczoznawców sporządzone na zlecenie powoda (opinia prof. Z. M. (1), opinia G. K.) potwierdziły, że zmiana technologii robót ziemnych i odwodnienie wykopów metodą igłofiltrów były uzasadnione. Biegły A. F. wskazał po pierwsze, że przedmiar robót jeśli chodzi o roboty ziemne i przygotowawcze nie został określony w oparciu o konkretne rozwiązania projektowe, gdyż takich rozwiązań dokumentacja projektowa nie zawiera, choć zgodnie z Polską Normą PN-B-06050:1999 (do Polskich Norm odsyłają postanowienia umowy) powinna. W dokumentacji projektowej powinna być określona przynajmniej metoda wykonania wykopów oraz możliwość składowania gruntu z wykopów. Wobec braku tej dokumentacji nie było możliwe prawidłowe sporządzenie przedmiaru i wyceny robót zarówno w zakresie robót ziemnych, jak i odwodnienia. Wykonanie najpierw wykopu szerokoprzestrzennego, a potem jamistych, jak założono w przedmiarze, nie było uzasadnione techniczne, gdyż znacznie (prawie trzykrotnie) wydłużyłoby czas wykonania robót. Ręczne wykonywanie wykopów jamistych wiązałoby się z koniecznością pracochłonnego i powolnego wykopywania znacznej ilości mas ziemnych, natomiast wykonanie mechaniczne prowadziłoby do naruszenia struktury gruntu wykopów zasypanych w poprzedzających etapach. Ekspertyzy prywatne wspierające odmienne stanowisko strony pozwanej (opinia techniczna M. R. i ekspertyza techniczna J. G.) co do zmiany technologii wykonywania robót ziemnych, zupełnie powyższy aspekt pomijają. Odnośnie czasu pompowania wody biegły A. F. wskazał, że jest on krótszy przy wykonywaniu wykopów szerokoprzestrzennych, niż przy wykonywaniu wykopów jamistych. Biegły T. N. wskazał zaś, że w trakcie fundamentowania budynku warunki wodne nie odbiegały od przedstawionych w dokumentacji geotechnicznej. Biegły zwrócił uwagę na to, że w dokumentacji wykonawczej nie ma projektu odwodnienia na czas budowy oraz, że technologia czasowego obniżenia wody wymaga nieprzerwanego pompowania wody do czasu wykonania konstrukcji fundamentów oraz jego izolacji co najmniej poniżej istniejącego poziomu wody, czyli jak można wnioskować na podstawie zdjęć z placu budowy, do wysokości pierwszego stopnia stopy fundamentowej.

Powód uzyskał zatem potwierdzenie konieczności wykonania wykopu według innej technologii, aniżeli pierwotnie zakładano, wszczął niezbędne procedury wynikające z umowy, które miały doprowadzić do zawarcia umowy na wykonanie wykopu szerokoprzestrzennego. Mógł więc zakładać, że pozwany wykonując umowę zgodnie z zasadami uczciwego obrotu, podejmie działania, które doprowadzą do zawarcia niezbędnej umowy, zwłaszcza, że sporne prace odpowiadały zasadom prawidłowej sztuki budowlanej, a wykonanie prac ziemnych według pierwotnego rozwiązania, w znacznym stopniu utrudniałoby osiągnięciu celu umowy. Poza sporem pozostaje też okoliczność, że zostały one w całości wykonane przez powoda i odebrane bez zastrzeżeń przez pozwanego.

W ustalonym w niniejszym postępowaniu stanie faktycznym zasadnym było więc przyjęcie, iż brak dodatkowej umowy stron na roboty ziemne wykonane przez powoda według innej technologii od przewidzianej w dokumentacji przetargowej oraz wiążące się z tymi pracami odwodnienie terenu w szerszym wymiarze od zakładanego w kontrakcie, nie pozbawia wykonawcy prawa do wynagrodzenia. Jak już wspomniano, w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu w sytuacji braku umowy jako podstawy określonego świadczenia, które, spełnione, przybiera charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 1 k.c. Uzasadnienie dla takiej tezy wynika z odesłania zawartego w art. 139 ust. 1 p.z.p., a także założenia, że strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy, bądź bez umowy, jest bezpodstawnie wzbogacona. Uprawnienie wykonawcy do żądania zwrotu świadczenia nienależnego spełnionego w wykonaniu robót budowlanych nie wskazanych w umowie objętej reżimem prawnym ustawy regulującej prawo zamówień publicznych, znalazło wielokrotne potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017

r., sygn. akt II CSK 541/16). Podkreślenia wymaga również to, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12) ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami. Zwrócić uwagę należy także i na to, że przeprowadzone w sprawie dowody, w tym opinie biegłych, świadczą o tym, że wybór optymalnej technologii wykonania wykopu oraz określenie rzeczywistych ilości robót z zakresu prac ziemnych i odwodnieniowych stało się możliwe do określenia dopiero w trakcie realnych prac w gruncie, czego pozwany w swojej apelacji skutecznie nie podważył.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny uznał, że w warunkach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie zachodziły przewidziane w art. 411 pkt 1 k.c. przesłanki wyłączające możliwość żądania zwrotu świadczenia nienależnego. Powód, zgłaszając w toku prowadzenia robót protokoły konieczności i wnioski wykonawcy o zaakceptowanie spornych prac zamiennych, koniecznych do wykonania przedmiotu umowy oraz domagając się zawarcia umowy na prace zamienne, dał bowiem wyraz temu, że roboty budowlane w zakresie wykonania wykopu i odwodnienia terenu nie były objęte kontraktem. Wprawdzie w toku procesu strona powodowa próbowała dowodzić, że roboty ziemne i odwodnieniowe mieściły się w ramach umowy, ale wobec tego, że takie rozumienie umowy prezentowane było tylko przez przedstawicieli powoda oraz ze względu na postanowienia umowne przewidujące zawarcie umowy na roboty dodatkowe lub zamienne, jak również, wykonanie wykopu w innej technologii od pierwotnie przewidywanej w umowie, Sąd odwoławczy tej wersji nie podzielił, traktując ją jako element taktyki procesowej. Poza tym okoliczności faktyczne sporu uzasadniały ocenę, że powód działał w warunkach swoistego przymusu ekonomicznego. Powyższe sporne roboty okazały się niezbędne do realizacji umowy, a ich wykonanie warunkowało technologicznie kontynuowanie dalszych etapów budowy. Powód zaangażował w wykonywanie przedmiotowej umowy znaczne środki finansowe, a wstrzymywanie robót do czasu podpisania dodatkowej umowy z inwestorem, przy przyjętym w umowie podstawowej trybie zgłaszania i oceny konieczności robót dodatkowych, a także występujące w trakcie realizacji inwestycji opóźnienia w podejmowaniu decyzji przez zamawiającego, narażało powoda na przewidziane w niej konsekwencje nie dotrzymania terminu wykonania umowy, łącznie z zagrożeniem karami umownymi lub odstąpienia przez inwestora od umowy w wypadku zaprzestania robót. Podzielić należy przy tym zapatrywanie wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2005 r. (II CK 177/05 - LEX nr 346049), że pojęcie przymusu, o jakim mowa w art. 411 pkt 1 k.c., nie może być interpretowane w sposób zawężający. Odnosi się ono nie tylko do sytuacji, w których zubożony spełnił świadczenie w poczuciu zagrożenia egzekucją, ale także do innych sytuacji, w których działał on w celu uniknięcia ujemnych dla niego konsekwencji mających wymiar ekonomiczny.

Opierając się na uzupełniającej opinii biegłego A. F., sporządzonej na etapie postępowania odwoławczego w powiązaniu z opiniami wykonanymi w trakcie postępowania pierwszoinstancyjnego oraz danych zawartych w kartach obmiarów (k.64-65), Sąd określił należne powodowi wynagrodzenie za wykonanie pozaumownych prac ziemnych i odwodnieniowych w następujący sposób:

Wartość netto wynagrodzenia za roboty ziemne wyniosła 189.639,52 zł netto, natomiast wartość wszystkich prac związanych z pompowaniem wody wyniosła 509.385,35zł netto. Za wykonane prace ziemne pozwany uiszczył wynagrodzenie w wysokości 74.737,14 zł, a zatem różnica pomiędzy wynagrodzeniem należnym i wypłaconym wynosi 114.902,38 zł netto, co po doliczeniu 22% podatku od towarów i usług (dalej VAT) daje kwotę 140.180,90 zł. Z kolei kwota 509.385,35 zł zawierała sumę 197.466,98 zł, stanowiącą należność za odpompowanie wody pod zbiornik retencyjny i separator, co oznacza, że wartość robót w zakresie odwodnienia terenu pod fundamenty wynosi kwotę 311.918,33 zł, która po doliczeniu 22% podatku VAT wzrasta do sumy 380.540,36 zł. W konsekwencji łączne wynagrodzenie za wykonanie wykopu pod fundamenty, obejmujące także związane z tym odwodnienie terenu, wyniosło 520.721,26 zł (140.180,90 + 380.540,36), natomiast wynagrodzenie za pompowanie wody pod zbiornik retencyjny i separator należało pomniejszyć o kwotę 32.108,40 zł, uiszczoną przez pozwanego zgodnie z umową i w ostateczności powodowi przysługiwało z tego tytułu wynagrodzenie w kwocie 165.538,58 zł.

Określając wartości brutto wynagrodzenia należnego powodowi, Sąd Apelacyjny podzielił poglądy wyrażane w orzecznictwie sądów administracyjnych (przykładowo wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt I FSK 161/09), że przez usługę w rozumieniu prawa podatkowego, a w szczególności na potrzeby

podatku VAT, należy rozumieć każde świadczenie spełnione przez jeden podmiot gospodarczy na rzecz drugiego bez względu na to, czy strony łączył ważny stosunek obligacyjny, czy też nie. Stąd też powód powinien taki podatek odprowadzić, a pozwany jako końcowy odbiorca usługi powinien wartość tego podatku na rzecz powoda uiścić. Sąd zastosował stawkę 22% podatku VAT, która obowiązywała w trakcie wykonywania spornych robót, nie uwzględniając tym samym ustawowej zmiany stawki VAT, jaka nastąpiła z dniem 1 stycznia 2011 r. Stosując wyżej wskazaną stawkę podatku VAT, Sąd kierował się bowiem datą wykonania poszczególnych robót (powyższe roszczenia stanowią żądanie zapłaty za prace wykonywane w 2009 r. i 2010 r.). Powód w toku postępowania pierwszoinstancyjnego nie podnosił żadnych skonkretyzowanych zarzutów co do okoliczności faktycznych mających wpływ na ustalenie wysokości stawki podatku VAT. Kwestionując zaś przed Sądem odwoławczym wartość robót ziemnych i odwodnieniowych jako zaniżoną, podnosił jedynie, że stawka tego podatku powinna wynosić 23% i wskazywał na zmianę umowy stron w tym zakresie, dokonaną z dniem 1 stycznia 2011 r. W związku z tym należy zauważyć, że z załączonego przez powoda do apelacji aneksu nr (...) do umowy nr (...) z dnia 8 lipca 2009 r. wynika, że wysokość wynagrodzenia brutto robót, zmienia się o wartość wynikającą ze zmiany stawki VAT z 22 % na 23 %, ale co do prac, które będą wykonywane w 2011 r. Niezasadne okazały się zatem zarzuty apelacji powoda, dotyczące naruszenia nie wskazanych przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Odnosząc się natomiast do apelacji powoda w części dotyczącej żądania zasądzenia dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie posadzek, Sąd Apelacyjny stwierdza, że rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji w tym zakresie jest prawidłowe. Wynagrodzenie wykonawcy z tytułu dokonania zmian w układzie posadzki w piwnicy nie mogło być uwzględnione z uwagi na ograniczenia wynikające z art. 411 pkt 1 k.c. Powód zrealizował bowiem zamówienie w sposób odmienny od rozwiązania projektowego, nie mając na powyższe zgody zamawiającego, wynikającej z postanowień łączącej strony umowy, co więcej - uczynił to w sytuacji, gdy pozwany oświadczył, że niezależnie od sposobu wykonania posadzki, wynagrodzenie za te prace zostanie wypłacone w umówionej wysokości. Powód musiał się więc liczyć z faktem braku zapłaty za wykonane w ten sposób prace i wybierając rozwiązanie kosztowniejsze, zamienne w stosunku do rozwiązania projektowego, działał na własne ryzyko. Spełniając świadczenie wiedział, że nie jest do niego zobowiązany, w związku z czym nie może w świetle art. 411 pkt 1 k.c. żądać teraz jego zwrotu. Nie można również pominąć przy tym trafnych ustaleń Sadu Okręgowego, z których wynika, że konieczność wykonania dodatkowych robót związanych z posadzkami na gruncie zaistniała wiosną 2010 r., gdy na skutek niezabezpieczenia przez wykonawcę na zimę, po okresach mrozów, powierzchni chudego betonu, doszło do jego popękania. Powyższe potwierdziły zarówno opinia biegłego sądowego T. N., jak i zeznania świadków: J. O., P. S. i J. P.. Wykonanie posadzki na tym podłożu według pierwotnego projektu nie było już możliwe z powodu rozgęszczenia gruntu pod posadzką. Co do zasady uznać należy słuszność przyjętej przez Sąd zasady, że koszt sfinansowania tych robót nie powinien obciążać pozwanego, skoro powstał z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z powołanego wyżej przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p. jasno wynika, że zakazuje się zmian postanowień 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. Słusznie w związku z tym Sąd pierwszej instancji przyjmuje, że zmiana sposobu wykonania umowy, która ma wpływ na elementy kalkulacji stanowiące podstawę określenia wynagrodzenia jest zmianą istotną i możliwa jest tylko w takim zakresie, w jakim zostało to wyraźnie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do takiego wniosku prowadzi też przywoływana wcześniej już treść § 9 ust. 1 i 2 umowy nr (...), normującego zasady wykonania robót dodatkowych i zamiennych. Powód powinien bowiem przed przystąpieniem do tych prac uzgodnić ich sposób i zakres z pozwanym, a dopiero później te prace realizować w sposób ustalony z pozwanym. W świetle powyższego podzielić należy także pogląd Sądu Okręgowego, że do umowy zawartej między stronami przepis art. 630 § 1 k.c. nie znajdzie zastosowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanego na rzecz powoda dodatkowo kwotę 156.912,38 zł., a na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda w pozostałej części, zaś apelację pozwanego w całości.

Odsetki ustawowe zostały zasądzone na podstawie art. 481 § 1 k.c. od dnia 21 lipca 2011 r., gdyż jak wynika z wezwania do zapłaty z dnia 15 lipca 2011 r. doręczonego pozwanemu w dniu 18 lipca 2011 r. i protokołu rozbieżności z dnia 20 lipca 2011 r., od dnia 21 lipca 2011 r. pozwany pozostawał w opóźnieniu co do zapłaty ww. należności.

O kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., stosunkowo je rozdzielając, gdyż każda ze stron obroniła częściowo swoje stanowisko procesowe.

Na poniesione w postępowaniu przed Sądem Okręgowym koszty powoda w wysokości 65.313 zł składają się: opłata sądowa od pozwu w wysokości 52.096 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, wynagrodzenie adwokata w wysokości 7.200 zł ustalone na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (jedn. tekst Dz.U. z 2013r., poz. 461) oraz zaliczka na biegłych w wysokości 6.000 zł. Na koszty pozwanego w wysokości 12.217 zł złożyły się natomiast: opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 7.200 zł ustalone na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490.t.j.) oraz zaliczka na biegłych w wysokości 5.000 zł. Określając wysokość procentową wygranej, Sąd odwoławczy wziął pod uwagę, że wartość przedmiotu sporu była określona w pozwie na kwotę 1.041.911,83 zł. Sąd rozliczył między stronami koszty przyjmując, że powód wygrał sprawę w 66%, a pozwany w 34 % i w związku z tym koszty należne powodowi wyniosły 43.008 zł, zaś koszty przysługujące pozwanemu - 4.172 zł. Po wzajemnej kompensacie tych należności do zasądzenia na rzecz powoda pozostała różnica w wysokości 38.836 zł.

O kosztach postępowania apelacyjnego w zakresie apelacji pozwanego orzeczono zgodnie z wynikającą z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. regułą odpowiedzialności za wynik procesu. Wobec oddalenia tej apelacji należało uznać stronę pozwaną za przegrywającą postępowanie odwoławcze i obowiązana wobec tego do zwrotu powodowi poniesionych przez niego kosztów procesu w instancji odwoławczej, na które złożyło się wyłącznie wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika pozwanego w kwocie 8.100 zł, które ustalono zgodnie z treścią § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.), przy uwzględnieniu wartości przedmiotu zaskarżenia w wysokości 529.168 zł.

O kosztach postępowania apelacyjnego związanych z apelacją powoda rozstrzygnięto natomiast w oparciu o zasadę stosunkowego ich rozdziału, wyrażoną w art. 100 k.p.c. Poniesione przez powoda koszty procesu w łącznej sumie 33.738 zł, objęły opłatę od apelacji w kwocie 25.638 zł i wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 8.100 zł, a na koszty strony pozwanej złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika w tej samej kwocie. Biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia, określoną w apelacji na kwotę 512.744 zł i przyjmując, że w tym zakresie powód wygrał sprawę w 31%, a pozwany w 69 %, koszty należne powodowi wyniosły 10.324 zł, zaś koszty przysługujące pozwanemu – 5.621 zł. Po wzajemnej kompensacie tych należności do zasądzenia na rzecz powoda pozostała różnica w wysokości 4.702 zł, co po dodaniu kwoty 8.100 zł przysługującej powodowi z tytułu oddalenia w całości apelacji pozwanego, dało kwotę 12.802 zł, którą zasądzone w postanowieniu zawartym w wyroku.

O nieuiszczonych kosztach sądowych orzeczono na podstawie art. 113 ust.1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 zd. 1 k.p.c., obciążając tymi kosztami obie strony procesu w częściach równych ze względu na to, że koszty te obejmowały wypłacone z sum budżetowych Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wynagrodzenie biegłego sądowego za sporządzenie opinii uzupełniającej, a dopuszczenie tego dowodu nastąpiło z urzędu i jego przeprowadzenie leżało w interesie obu stron, jako pozostające w związku z treścią wywiezionych przez nie apelacji.

Halina Zarzeczna Ryszard Iwankiewicz Edyta Buczkowska-Żuk