

Sygn. akt VI GC 370/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 października 2014 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Harmata

Protokolant: sekr. sądowy Joanna Stafska

po rozpoznaniu w dniu 22 października 2014 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółka Akcyjna w B.

przeciwko: Powiat (...)

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Powiatu (...) na rzecz powoda (...) Spółka Akcyjna w B. kwotę 181.471 zł (sto osiemdziesiąt jeden tysięcy czterysta siedemdziesiąt jeden złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 25 czerwca 2013r. do dnia zapłaty,

II. w pozostałej części powództwo oddala,

III. zasądza od pozwanego Powiatu (...) na rzecz powoda (...) Spółka Akcyjna w B. kwotę 5.883,92 zł (pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt trzy złote 92/100) tytułem zwrotu kosztów procesu,

IV. zarządza zwrot powodowi kwoty 5.069,16 zł (pięć tysięcy sześćdziesiąt dziewięć złotych 16/100) tytułem niewykorzystanej zaliczki na opinię biegłego,

V. zarządza zwrot pozwanemu kwoty 8.082,45 zł (osiem tysięcy osiemdziesiąt dwa złote 45/100) tytułem niewykorzystanej zaliczki na opinię biegłego,

VI. wyrokowi w pkt I nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

Sygn. akt VI GC 370/13

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 31 października 2014 r.

Pozwem wniesionym w sprawie powód (...) S.A. w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego Powiatu (...) kwoty 647 084,38 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 25 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu powyższego powód wskazał, iż dochodzi zapłaty wynagrodzenia za zleczone i odebrane przez pozwanego prace polegające na wykonaniu dodatkowej ilości 15.779,39 m³ nasypu w ramach zadania pn. Poprawa powiązań komunikacyjnych powiatu poprzez budowę łącznika pomiędzy obwodnicą miasta J., a drogą krajową nr 4. W trakcie wykonywania zamówienia zamawiający wprowadził konieczność wykonania większej ilości nasypów w stosunku do ilości nasypów objętych kosztorysem ofertowym, tj. 62 761,39 m³ w miejsce 46 982 m³, a więc dodatkowo 15 779,39 m³ nasypów. Cena jednostkowa wynagrodzenia za wykonanie 1 m³ zgodnie z kosztorysem

ofertowym wynosiła 33,34 zł netto, stąd powodowi należnym było dodatkowo wynagrodzenie w kwocie 647 084,38 zł brutto - dochodzonej pozwem. W piśmie z dnia 4 października 2011 r. zawarty był wniosek o przedłużenie terminu zakończenia prac oraz o wydanie stosownie do § 6 ust 4 umowy polecenia wykonania dodatkowych robót ziemnych, a podpisanie aneksu nr (...) w zakresie wydłużenia terminu końcowego robót było zaakceptowaniem tego stanu rzeczy. Powód na etapie składania oferty nie mógł przewidzieć konieczności wykonania większej ilości nasypów niż wynikało to z dokumentacji projektowej przygotowanej przez (...) sp. z o.o., zaś zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowił podstawę skalkulowania ceny oferty.

We wniesionym sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwany Powiat (...) wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powyższego zaprzeczył, aby zamawiający wprowadził konieczność wykonania większej ilości nasypów w stosunku do ilości objętej kosztorysem ofertowym, wskazał, że nie zlecał robót dodatkowych. Aneks nr (...) dotyczył jedynie przesunięcia terminu zakończenia prac, w pozostałym zakresie umowa nr (...) nie uległa zmianie, nie umówiono się na wykonanie dodatkowych prac lub wypłatę dodatkowego wynagrodzenia. Zgoda taka zgodnie z umową oraz z uwagi na charakter zamawiającego (jednostka sektora finansów publicznych) mogła być wyrażona jedynie w formie pisemnej, w umowie był zastrzeżony w tym zakresie rygor nieważności. Pozwany wskazał, iż w związku z większą ilością tzw. humusu powód zmuszony był zwiększyć ilość wbudowania gruntu w nasyp. Jeszcze przed przystąpieniem do prac w zakresie usunięcia humusu na tę okoliczność spisano protokół i umowę nr (...). Ostatecznie konieczne w związku z tym było uzupełnienie gruntu w ilości 4 425 m³. stąd, inspektor nadzoru odebrał i zatwierdził ilości i wielkości materiału na wykonanie nasypów jedynie z operatów pomiarowych o numerach 0,40, 049, 0,51,057, 0,79, 0,87 z których wynikało, że zużyto do wykonania nasypów 51 407,21 m³ (46 982 + 4.425) , a nie jak wskazuje powód 62.761,39 m³. Operaty pomiarowe o numerach nr 088 i 089 nie zostały zatwierdzone. Pozwany zarzucił, iż zgodnie z pismem sporządzonym przez projektanta (...) sp. z o.o. pozwany samowolnie doprowadził do powiększenia kubatury budowli i wykonał roboty niezgodnie z dokumentacją projektową.

W ustosunkowaniu się do powyższego pismem z dnia 19 listopada 2013r., powód wskazał, iż operaty 088 i 089 zostały zatwierdzone i odebrane przez inspektora nadzoru w dzienniku budowy, pozwany w razie zastrzeżeń do operatów pomiarowych winien był zlecić ich weryfikację własnemu geodecie, wykonanie kolejnych warstw nasypu odbyło się na polecenie inspektora nadzoru, który zatwierdził ilości i wielkości materiału na wykonanie nasypu stosownie do zgłoszonych w pozwie operatów pomiarowych, w tym nie zatwierdzonych w „zatwierdzeniach robót i obmiar” operatach 088 i 089, o akceptacji świadczą wpisy w dzienniku budowy o odbiorze kolejnych warstw nasypu. Pozwany nie zgłaszał w trakcie realizacji prac zastrzeżeń co do dodatkowych ilości nasypu, rozumiał konieczność ich wykonania. Powód zmuszony był do wbudowania gruntu w nasyp w ilości przekraczającej 33 % w stosunku do przyjętej w kosztorysie ofertowym, z uwagi na błędy projektowe, konieczność uzupełniania ubytków w ziemi złej jakości, zwiększoną ilość drzew do wycięcia, zanieczyszczenie gruntu. Wobec powyższego strony de facto zawarły umowę przewidującą konieczność wykonania robót dodatkowych tj. ponad kosztorys ofertowy, w sposób dorozumiany.

Na rozprawie w dniu 8 stycznia 2014 r. pozwany uznał powództwo w zakresie żądania kwoty wynagrodzenia za 4.425,21 m³ , co przy stawce 33,34 zł dało łączną kwotę netto 147.537 zł plus VAT - 181.471; łącznie 181.471, zł z ustawowymi odsetkami od dnia 25.06.2013r. W pozwanej części pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

W dalszym toku sporu strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 18 lutego 2011 r. po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.) strony zawarły umowę nr (...) w której pozwany zlecił, a powód przyjął do wykonania roboty polegające na poprawie powiązań komunikacyjnych powiatu poprzez budowę łącznika pomiędzy obwodnicą miasta J., a drogą krajową nr 4, w zakresie szczegółowo określonym w ofercie wykonawcy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacji

technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej. Za wykonanie przedmiotu umowy ustalono wynagrodzenie zgodnie z ofertą wykonawcy w kwocie brutto 10 333 404,02 zł. Wysokość wynagrodzenia została ustalona w umowie w oparciu o kosztorys ofertowy wykonawcy. Cena ustalona w kosztorysie za wykonanie nasypów wynikała z iloczynu ceny jednostkowej wynagrodzenia za wykonanie 1 m³ nasypu tj. 33,34 zł i wynikającej z projektu przewidywanej łącznie ilości m³ nasypu koniecznych do wykonania w toku realizacji umowy tj. **46 982 m³**.

W umowie tej strony ustaliły, iż :

- **zamawiający ma prawo**, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, **polecać dokonywanie** takich zmian ich jakości i ilości, jakie uzna za niezbędne, a wykonawca powinien wykonać każde z poniższych poleceń : - zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót objętych kosztorysem ofertowym, - wykonać nieprzewidziane roboty niezbędne do zakończenia przedmiotu umowy, - wykonania robót wynikających z dokumentacji projektowej lub zasad wiedzy technicznej, a nie wyszczególnionych w przedmiarach robót, - wykonania rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych w dokumentacji prac projektowych, odstępienia od wykonania określonych robót wynikających z dokumentacji projektowej lub wyszczególnionych w przedmiarach, jeżeli nie spowoduje to istotnej zmiany dokumentacji projektowej i całkowitego zakresu robót. (par. 6 pkt 4).

- **wykonawca nie wprowadzi jakichkolwiek zmian jakości i ilości robót bez pisemnego polecenia zamawiającego (par. 6 pkt 4),**

- w przypadku zaistnienia konieczności wykonania prac nie objętych kosztorysem ofertowym, oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i obioru robót niezbędnych do zakończenia robót, wykonawca ma obowiązek podjęcia i wykonania tych prac za dodatkowym wynagrodzeniem (par. 6 pkt 5),

- jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z par. 6 pkt 3 nin. umowy odpowiadają opisowi pozycji kosztorysu ofertowego oraz cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym, to używana jest do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w par. 4 ust. 6 umowy (par. 6 ust. 6).

Dowód umowy nr (...) k. 15-17.

Jak więc wynikało z powyższego zamawiający na mocy przedmiotowej umowy utrzymywał pełną decyzyjność w przedmiocie zakresu, ilości i rodzaju prac wykonywanych przez wykonawcę (powoda), to on na mocy w/w umowy miał prawo zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót objętych kosztorysem ofertowym i to na mocy wyłącznie pisemnego polecenia, bez tego polecenia wykonawca nie był uprawniony do prowadzenia szerszych niż w kosztorysie ofertowym prac, w przypadku wydania takiego polecenia miał obowiązek je wykonać.

Strony przystąpiły do realizacji przedmiotowej umowy. Wykonawca wykonywał je. W toku robót okazało się koniecznym dodatkowo ponad kosztorys ofertowy mechaniczne usunięcie warstwy humusu. W związku z tym sporządzono protokół konieczności dokonania robót dodatkowych, a następnie zawarto w tym zakresie umowę w dniu 21.07.2011r. Zakres tej umowy, jej przedmiot (usunięcie warstwy humusu) był rozbieżnym z rodzajem robót, za które wynagrodzenia domaga się powód w toku niniejszego postępowania (wykonanie dodatkowych warstw nasypu). Z niniejszym wiązało się wykonanie dodatkowych warstw nasypu, ale jedynie w wielkości 4.425,21 m³. Niniejsza ilość i wynagrodzenie za wykonanie nasypów w tej wielkości została przyznana przez pozwanego w toku sporu.

Dowód: protokół konieczności k. 88-92, umowa nr (...) k. 93-95.

W toku realizacji tej umowy, w dniu 4.10.2011r. powód zwrócił się do J. D. (...) w J. o wydanie polecenia wykonania zgodnie z zapisami par. 6 ust. 4 umowy wskazując, iż przy konieczności wykonania dodatkowych szacowanych kilkunastu tysięcy metrów sześciennych nasypu niemożliwym jest zakończenie inwestycji do dnia 31.10.2011r., co powoduje przesunięcie terminu zakończenia robót do 30.12.2011r. W związku z tym wykonawca zwrócił się

do zamawiającego z prośbą o zmianę umowy aneksem w ten sposób, że termin zakończenia inwestycji zostanie przedłużony do dnia 31.05.2012r.

Dowód: pismo z dnia 4.10.2011r. k. 62.

Zamawiający nie wydał polecenia co do wykonania dodatkowej liczby nasypów (metrów sześciennych).

W dniu 7.10.2011r. strony podpisały aneks do umowy nr (...) z dnia 18.02.2011r. którym zmianie uległ par. 2 pkt 1 umowy nadając mu nowe brzmienie, iż wykonawca wykona zamówienie w okresie liczącym od dnia zawarcia umowy do dnia 30.05.2012r. (data rozbieżna z wnioskowaną). Aneks nie obejmował zmiany przedmiotu zamówienia, nie obejmował zmian w zakresie wynagrodzenia. Nie zawierał polecenia wykonania robót ponad kosztorys ofertowy, takiego polecenia nie wydano również w sposób odrębny.

Dowód: aneks k. 63, zeznania świadka J. M., J. O. (protokół z dnia 8.01.2014r.) k. 175-177 i protokół elektroniczny k. 178

Wykonawca kontynuował prace. W toku ich na zlecenie pozwanego zostały wykonane przez T. C. (1) (osoby którym on to z kolei zlecił) i podpisane przez T. C. (1) operaty pomiarowe w zakresie wykonania nasypów. A to :

- 040 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu : 12.130,63 m³,
- 049 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 9.580,98 m³,
- 051 z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 2.550,61 m³,
- 057 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 14.855,77 m³,
- 079 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu suma 9.177,69 m³,
- 087 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 3.081,53 m³,
- 088 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 7.945,34m³
- 089 – z którego wynikała ilość wykonanego nasypu 3.408,84 m³.

Dowody: operaty pomiarowe k. 27-58, zeznania świadka T. C. k. 344 verte-345 verte, protokół elektroniczny 348.

Przedmiotowe operaty zostały zatwierdzone następująco:

- 049, 051, 057 w dniu 31.08.2011r. przez kierownika budowy M. C. (1) oraz inspektora nadzoru J. M. (2),
- 079, 087 przez kierownika budowy M. C. (1) oraz inspektora nadzoru J. M. (2).

Nie zostały zatwierdzone operaty nr 088 i 089.

Dowody: zatwierdzenie robót i obmiaru k. 59-60, J.M., J. O. (protokół z dnia 8.01.2014r.) k. 175-177 i protokół elektroniczny k. 178

W/w operaty zawierały jedynie dane wynikowe, nie zawierały danych obserwacyjnych, zostały sporządzone bez uprzedniego obliczenia i zweryfikowania danych faktycznie panujących na gruncie, które różniły się od danych na mapie w zakresie obrania punktu o. Dla ich prawidłowości należało najpierw dokonać obliczeń na gruncie , obrać na gruncie punkt o, nie odnosić się zaś do punktu o na mapie. Dokonujący pomiarów nie wykonali obrania punktu o w terenie, tym samym wykonane przez nich operaty pomiarowe nie odzwierciedlały rzeczywistego stanu rzeczy.

Dowód : ustna uzupełniająca pnia biegłego geodety W., protokół z rozprawy z dnia 22.10.2014 od min. 00-27:38 2014 k. 369-370 protokół elektroniczny k. 371.

Ponadto w toku realizacji robót sporządzono operaty pomiarowe inwentaryzacji hałdy śmieci odpadów komunalnych (k. 185-191), operat pomiarowy inwentaryzacji objętości wymiany gruntu w KM0+255-KM0+528 (k. 192-195), operat pomiarowy inwentaryzacji ilości wykopu i humusu KM0+056.58-KM0+281.01 (k. 196-201), operat pomiarowy inwentaryzacji powykonawczej powierzchni wykarczowanych zagajników KM0+255.57-KM 0+528.32 (k. 202-205), operat pomiarowy inwentaryzacji objętości nasypu po stronie wakożu KM0+528.32-KM 0+537.58

Dowód: operaty pomiarowe k. 206-207.

W toku prowadzonej inwestycji fakt zgłoszeń do odbioru i odbiory wykonania danych warstw nasypu były odnotowywane w dzienniku budowy. W dzienniku tym jednak odnotowywane były jedynie:- zgłoszenie do odbioru warstwy nasypu, dany numer warstwy i określenie km (przez A. B. kierownik budowy wykonawcy) i analogicznie – odbiór (przez J. M. inspektora nadzoru).

J. M. (2) nie weryfikował natomiast ile m³ nasypu znajduje się w danej warstwie, nie miał ku temu możliwości technicznych, nie miał również ani upoważnienia, ani wiadomości specjalistycznych w tej mierze. Wpis w dzienniku budowy nie obejmował wskazania czy zatwierdzenia metrów sześciennych. Dla weryfikacji niniejszego bowiem koniecznym były wiadomości specjalne – geodezyjne. Wpisy w dzienniku budowy zawierały jedynie nr warstwy i jej położenie w odcinku, a nie ilość m³ wbudowanego nasypu.

Dowód: dziennik budowy k. 84-87, 128-134, 135-146, 158-160, zeznania świadka J. M., ustna uzupełniająca pnia biegłego geodety W., protokół z rozprawy z dnia 22.10.2014 k. 369-370 protokół elektroniczny k. 371.

W dniu 10.10.2011r. w odpowiedzi na pismo Powiatowego Dróg w J. A. – Projektant pismem stwierdził, iż wykonawca samowolnie doprowadził do istotnych odstępstw w wyniku czego zostały naruszone warunki decyzji (...).Roboty budowlane wykonane przez wykonawcę niezgodnie z dokumentacją stwarzają zagrożenie w postaci utraty stateczności (szczególnie w przypadku obciążenia ruchem kołowym), co w efekcie może doprowadzić do katastrofy budowlanej.

Dowód: pismo A. k. 96-97.

Pismem z dnia 14.02.2012r. Powiatowy Zarząd Dróg w J. zwrócił się do (...) Sp. Z o.o. – Projektanta przesyłając mu operaty geodezyjne wykonane przez E. Polska z prośbą o zajęcie stanowiska co do słuszności ich żądania.

Dowód: pismo k. 103.

Pismem z dnia 25.05.2012r. w odpowiedzi na pismo Powiatowego Zarządu Dróg w J. A. stwierdziła, że wykonawca samowolnie prowadził roboty budowlane niezgodnie z projektem i nie występował do projektanta o wyrażenie opinii co do proponowanych odstępstw od przyjętych rozwiązań projektowych.

Dowód pismo A. k. 98-100.

W dniu 14.06.2012r. i 15.06.2012r. z czynności końcowego odbioru robót wykonanych w ramach umowy nr (...) sporządzono protokół nr (...). Protokołem tym nie ujęto dodatkowej (ponad liczbę wynikającą z kosztorysu ofertowego) ilości metrów sześciennych nasypu.

Dowód: protokół nr (...), protokół odbioru k. 19-24, 25. zeznania świadków A. B., J.M., J. O. (protokół z dnia 8.01.2014r.) k. 175-177 i protokół elektroniczny k. 178

W dniu 14.06.2013r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty objętej żądaniem pozwu a to kwoty 526.084,86 zł.

Dowód wezwanie k. 64-65.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie przedłożonych do akt sprawy dokumentów prywatnych, ocenionych w przymacie zeznań świadków J. M., J. O. i A. B., oraz opinii biegłych z zakresu budownictwa (biegłego C.) i geodezji (biegłego W.). Sąd ocenił jako wiarygodne zeznania św. J. M. i J. O. wobec ich spójności wzajemnie ze sobą i pozostałym materiałem dowodowym. Sąd odmówił wiary zeznaniom św. A. B. w zakresie twierdzeń co do akceptacji przez inwestora rozszerzonego zakresu prac w przedmiocie nasypów ponad liczbę uznaną w toku sprawy oraz wykonania ich w tej mierze. W zakresie potwierdzenia niniejszego Sąd również odmówił wiary zeznaniom św. C., wobec treści opinii biegłego W., co omówiono powyżej. Sąd uznał za wiarygodne opinie biegłych jako zawierające spójne stwierdzenia i logiczne wnioski, biegli ustosunkowali się do zarzutów stron w ustnych opiniach uzupełniających w pełnym zakresie, żadna ze stron nie wniosła o dalsze uzupełnienie opinii, ewentualnie przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego.

Sąd oddalił wnioski dowodowe zgłoszone na rozprawie w dniu 22 października 2014 r., uznając, że wniosek o ponowne przesłuchanie świadka J. M. (2) jest zbędny, gdyż świadek był już przesłuchiwany i strony miały możliwość zadawania pytań; wniosek o dostarczenie i przeprowadzenie dowodu z kompletnej dokumentacji projektowej jest zaś spóźniony (stosownie do art. 207 par. 6 kpc), nie zaistniały żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenie, że strona nie mogła przewidzieć konieczności powołania tych dowodów na wcześniejszym etapie postępowania, zaś zważywszy na etap postępowania (ostatnia rozprawa, przeprowadzone całe postępowanie dowodowe) uwzględnienie tego wniosku powodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy.

Sąd zważył co następuje:

Strony zawarły umowę o roboty budowlane. Wynagrodzenie w umowie zostało określone na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę, przy czym strony ustaliły możliwość wykonania przez wykonawcę robót co do rodzaju i ilości ponad przewidziane w tym kosztorysie o ile powód dokona w tej mierze pisemnego polecenia.

Kwestię sporną stanowiącą jednocześnie podstawę rozstrzygnięcia stanowiła okoliczność :

1. czy powód dokonał pisemnego polecenia wykonawcy wykonania dodatkowej (ponad wynikającą z kosztorysu ofertowego) ilości nasypu,
2. czy pozwany wykazał wykonanie dodatkowej (ponad wynikającej z kosztorysu ofertowego i uznania przez powoda) ilości metrów sześciennych nasypu, a jeżeli tak to w jakiej konkretnie ilości.

Ocena materiału zebranego w sprawie w ocenie Sądu nie pozwoliła, na pozytywną odpowiedź w zakresie żadnego z w/w zagadnień.

Ad.1

Na okoliczność wykazania pisemnego polecenia powód przedstawił pismo z dnia 4.10.2011r. (k-62) oraz aneks z dnia 18.02.2011r.(k-63). Z niniejszych dokumentów jak wskazano to już w ustaleniach faktycznych nie wynikało, aby przedmiotowe polecenie zostało wydane. Wbrew stanowisku powoda, w/w aneks nie mógł być utożsamiony z poleceniem wykonania prac w zakresie szerszym niż kosztorys. Strony wprowadziły pisemne polecenie wykonania właśnie dla pewności i precyzjności zakresu wykonywanych dodatkowo prac. Z przedmiotowego aneksu w żaden sposób nie wynika, aby powodowi zlecono jakieś prace. Nie ma w nim o tym mowy, aneks dotyczy tylko i wyłącznie terminu. Brak podstaw dla rozszerzającej interpretacji niniejszego w aneksie nie nawiązano bowiem w żaden sposób do polecenia rozszerzonego zakresu prac, wskazać zresztą należy, iż na podstawie w/w dowodów brak przesłanek dla stwierdzenia w jakim zakresie przedmiotowe polecenie miałyby być wydane. Obejmować by bowiem przecież musiało konkretny rodzaj prac i konkretny zakres, niniejszego nie można odczytać ani z aneksu z dnia 7.10.2011r., ani nawet z pisma powoda z dnia 4.10.2011r. Stąd wykonawca nie miał uprawnienia do wprowadzenia jakichkolwiek zmian jakości i **ilości** robót bez pisemnego polecenia. Powód nie mógł przy zachowaniu minimum staranności ocenić zachowania pozwanego jako złożenie oświadczenia woli o zleceniu powodowi wykonania nasypów w wysokości ponad 51 407,21 m³. Sam powód w piśmie z dnia 4 października 2011 r. odwołuje się do zapisów Umowy uzasadniając

konieczność uzyskania pisemnego polecenia na wykonanie robót dodatkowych. W Aneksie (...) *expressis verbis* potwierdzono, iż umowa nie ulega zmianie w innym zakresie niż dotyczącym terminu wykonania zamówienia. Ponadto nie była to pierwsza sytuacja, w której powód wniosł o zmianę ilości zleconych do wykonania nasypów i poprzednio odbyło się to w drodze podpisania protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych (k. 88) oraz zawarcia w dniu 21 lipca 2011 umowy nr (...). Protokół w sposób szczegółowy określał powody dla których konieczne są roboty dodatkowe. Pismo z dnia 4 października 2011 r. jest ogólne, powód nie zgłosił dowodów z korespondencji wymienionej w tym piśmie. Nie świadczą również zdaniem Sądu o zgodzie na wykonanie robót w wysokości wynikającej z operatów pomiarowych o88 i o89 wpisy w dzienniku budowy. Wpisy te odnoszą się do odbiorów kolejnych warstw nasypów, dziennik nie stwierdza natomiast jakiej ilości ziemi użyto do wykonania danej warstwy. Inspektor nadzoru nie akceptował samych poszczególnych operatów pomiarowych, tym samym nie można przyjąć, iż uznawał, że na wybudowanie warstwy o konkretnym numerze potrzeba było zużyć podane tam ilości ziemi. Ponadto nawet potwierdzenie przez inspektora nadzoru, że wykonawca faktycznie wykonał daną ilość metrów sześciennych nie stanowiłoby oświadczenia woli pozwanego w rozumieniu § 6 ust. 3 Umowy, tym samym nie stanowiło by też zobowiązania do wypłacenia dodatkowego wynagrodzenia ponad określone w § 3 Umowy.

Ad.2

Pozwany zaprzeczył, że powód wykonał dodatkowe ilości nasypu w ilości przez niego wskazanej, przyznał jedynie, że powód wykonał o 4.425,21 m³ więcej nasypu niż pierwotnie przewidywano w kosztorysie ofertowym, o wartości 181.471 zł brutto. Niniejsze związane było z robotami dodatkowymi (wykonanymi na podstawie protokołu konieczności i umowy o roboty dodatkowe z dnia 21 lipca 2011r. k- 88-95). W tym zakresie powód uznał powództwo. Powód co do dalszej ilości nasypów – metrów³ – za które domaga się wynagrodzenia nie wykazał, ani potrzeby ich wykonania, ani faktycznego ich wykonania. Zgodnie ze stanowiskiem powoda dodatkowa ilość nasypu powstała w związku z błędami projektowymi, koniecznością uzupełniania ubytków w ziemi złej jakości, zwiększoną ilością drzew do wycięcia, zanieczyszczeniem gruntu. Niniejszego jednak nie wykazał i nie przedstawił w tym zakresie wystarczających dowodów. Nie wykazał również, iż istotnie wskazaną przez niego ilość m³ nasypu wykonał. W zakresie akceptacji przez inspektora nadzoru zgłoszonych ilości m³ nasypu wykonanych przez wykonawcę, w związku z realizacją zamówienia, miarodajne są „Zatwierdzeń robót i obmiaru robót” (k. 58-60), które obejmują ilość 51 407,21 m³. Powód nie wykazał, że faktycznie wykonana ilość robót ziemnych przekroczyła tę ilość. Sąd opierając się na opiniach pisemnych i ustnych opiniach uzupełniających biegłych geodety T. W. oraz biegłego rzeczoznawcy budowlanego M. C. (2) ocenił, że dokumentacja przedłożona do akt sprawy nie jest wystarczającą dla określenia, iż wskazana przez powoda ilość materiału została wbudowana, po drugie iż nie jest możliwa weryfikacja niniejszego w terenie. Nie są wystarczające przedłożone przez powoda operaty pomiarowe sporządzone przez geodetę T. C. (1), gdyż stanowiąc niepełną dokumentację –zawierając jedynie dane wynikowe, bez danych obserwacyjnych, na podstawie których biegły mógłby operaty te pozytywne zweryfikować. Ponadto zostały one sporządzone bez ustalenia stanu zerowego który jak wynikało z zeznań świadków różnił się w terenie od danych z map. Zeznający świadek T. C. (1) zeznał, iż nie wykonano operatu celem ustalenia tzw. stanu zerowego oraz iż obecnie nie jest możliwe ustalenie tego stanu. (rozprawa w dniu 22 września 2014 r. min 32-38). To z kolei w ocenie biegłego W. powodowało, iż dane wskazane w operatach nie odzwierciedlały faktycznego stanu rzeczy, ustalenie bowiem tzw. stanu zerowego było dla ich prawidłowości kwestią wyjściową.

Umowa nr (...) z dnia 18 lutego 2011r. zawarta pomiędzy powodem i pozwanym, stanowiła umowę w sprawach zamówień publicznych, do której zawarcia doszło w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.- dalej PZP). Do umów tych stosuje się przepisy tej ustawy (w szczególności art. 139- 151a) oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, w szczególności księgi III, tytuł XVI- Umowa o roboty budowlane. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych są przepisami szczególnymi w stosunku do regulacji kodeksowych, co wynika wprost z art. 139 PZP. W art. 139 ust 2 PZP wprowadzono wymóg pisemności pod rygorem nieważności. Art. 140 ust. 1 PZP stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z treści przytoczonych przepisów oraz par. 6 umowy wynika, iż wbrew twierdzeniom powoda nie mogło dojść

do zmiany umowy, rozszerzenia zakresu - przedmiotu umowy w sposób dorozumiany. Brak również ku temu podstaw faktycznych.

Ponieważ pozwany uznał roszczenie co do kwoty 181 471zł z ustawowymi odsetkami Sąd zasądził przedmiotową kwotę na zasadzie art. 647 kc., co do pozostałej części oddalono powództwo z przyczyn podanych powyżej. O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo proporcjonalnie do uwzględnienia żądań powoda. Na koszty powoda złożyły się 32.355 zł tytułem opłaty sądowej od pozwu 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, na koszty pozwanego złożyła się kwota 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego łącznie 46.789 zł. Powód uzyskał 28% żądania pozwu, stąd winien pokryć koszty w wysokości 72% - 33.688,08 zł, ponieważ pokrył je w wysokości 39.572 zł, pozwany winien mu zwrócić kwotę 5.883,92 zł. Koszty biegłych wyliczono odrębnie łącznie wyniosły one 6.848,39 zł, z której to kwoty powód winien ponieść 72% tj. 4.930,84 zł, stąd z zaliczki w wysokości 10.000 zł którą uścił do zwrotu należną mu była kwota 5.069,16 zł, zaś pozwany powinien pokryć 28% tj. 1.917,55 zł, stąd do zwrotu należną mu była kwota 8.082,46 zł. Sąd nadał rygor natychmiastowej wykonalności pkt I wyroku stosownie do treści art. 333 §1 pkt 2 k.p.c.

ZARZĄDZENIE

1. Odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron
2. K.: 2 tygodnie