

Sygn. akt V ACa 919/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 maja 2014r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Stojek (spr.)
Sędziowie:	SA Olga Gornowicz-Owczarek SO del. Aleksandra Janas
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2014r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko Gminie C.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 31 lipca 2013r., sygn. akt X GC 56/12

1. prostując oznaczenie strony pozwanej zawarte w zaskarżonym wyroku w ten sposób, że jest nią Gmina C., oddala apelacje obu stron;
2. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 919/13

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy C. kwoty 1.276.847,37 zł z ustawowymi odsetkami od kwot i dat szczegółowo wskazanych w pozwie, oznaczenie wysokości świadczenia na podstawie art. 357<sup>1</sup> kc oraz zasądzenie kosztów procesu.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanej, którą w wyroku oznaczył „Gmina i Miasto C.,” na rzecz powódki, po pierwsze, 75.000 zł z ustawowymi odsetkami od 20 listopada 2009 r., po drugie, 670.590,48 zł z ustawowymi odsetkami od 27 czerwca 2008 r., ponadto umorzył postępowanie w zakresie powództwa o odsetki ustawowe od kwoty 75.000 zł za okres od 22 maja 2008 r. do 19 listopada 2009 r., oddalił powództwo w pozostałej części, jak też orzekł o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach sądowych.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

#### I. Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia.

W dniu 18 października 2005 r. powódka wspólnie z Przedsiębiorstwem (...) Spółką Akcyjną w G. i Zakładem Produkcyjno-Usługowym (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. zawarła umowę konsorcjum w celu wspólnego opracowania i złożenia oferty oraz wspólnego wykonania zadania będącego przedmiotem przetargu w razie jego wygrania. Jako lidera i reprezentanta, ustanowiono powódkę. Członkowie konsorcjum ustalili solidarną odpowiedzialność za realizację zadania.

W dniu 11 kwietnia 2006 r. Gmina C., jako zamawiający zawarła z konsorcjum spółek, o których była mowa, jako wykonawcą, umowę nr (...) na wykonanie zadania pod nazwą (...). Przedmiot umowy obejmował budowę kolektora głównego, budowę sieci kolektorów bocznych grawitacyjnych ze studniami, budowę przyłączy domowych (przykanalików) oraz budowę zniszczonych nawierzchni dróg. Szczegółowy zakres robót znajdował się w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do umowy, w przedmiarach robót i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 18 kwietnia 2006 r., natomiast zakończenia na dzień 7 grudnia 2007 r. Ostatecznie wynagrodzenie ustalone miało być na podstawie kosztorysu uwzględniającego faktycznie wykonany zakres robót i składniki cenotwórcze określone w wycenionym przedmiarze robót, przy czym nie mogło ono przekroczyć kwoty określonej w § 10 umowy, w którym strony postanowiły o wynagrodzeniu wykonawcy w nieprzekraczalnej kwocie 6.914.092,72 zł netto + 483.983,49 zł, to jest brutto 7.398.079,21 zł. W § 11 umowy strony postanowiły, że przedmiotem rozliczenia rzeczowego i finansowego będą, na podstawie protokołów odbioru (częściowych i końcowego), elementy (kolektory i przykanaliki) wykazane w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy. Wynagrodzenie za wykonanie rozliczeniowych elementów sieci kanalizacyjnej (kolektorów i przykanalików) miało zostać obliczone na podstawie ilości (długości) faktycznie wykonanych i odebranych przez zamawiającego kolektorów i przykanalików oraz nieprzekraczalnych cen jednostkowych przypisanych poszczególnym elementom rozliczeniowym (kolektorom i przykanalikom). Pozwana zastrzegła sobie prawo bieżącej weryfikacji wielkości nakładów poniesionych przez wykonawcę na wykonanie poszczególnych elementów rozliczeniowych kanalizacji sanitarnej wykazanych w wycenionych przedmiarach. Ostateczne rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy odbyć się miało na podstawie kosztorysu uwzględniającego faktycznie wykonane roboty, według iloczynu określonych jednostek miary wskazujących zakres wykonanych prac i składników cenotwórczych określonych w wycenionym przedmiarze robót, przy czym końcowa wartość robót nie mogła przekroczyć kwoty określonej w § 10 ust. 1 umowy. Strony ustaliły 30-dniowy termin zapłaty wierzytelności stwierdzonej w fakturze, licząc od daty dostarczenia faktury zamawiającemu. W § 13 umowy wykonawca udzielił zamawiającemu 6 lat gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia. Naprawy gwarancyjne mają być wykonane w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. W § 14 umowy strony ustaliły odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych. Wykonawca zobowiązany był do zapłaty pozwanej kar umownych, po pierwsze, w razie zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wartości orientacyjnej określonej w § 10 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, po drugie, za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wartości orientacyjnej określonej w § 10 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, po trzecie, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 5 % wartości orientacyjnej określonej w § 10 ust. 1 umowy. Z kolei zamawiający miał zapłacić wykonawcy kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez zamawiającego, które mógł przewidzieć

w chwili zawarcia umowy, w wysokości 5 % wartości nieprzekraczalnej, o której mowa w § 10 ust. 1 umowy. W § 15 umowy postanowiono, że o terminie zakończenia robót ulegających zakryciu wykonawca każdorazowo będzie zawiadamiał inspektora nadzoru inwestorskiego co najmniej 3 dni naprzód. Pozwana w razie stwierdzenia w terminie gwarancji wad wydanego jej przedmiotu zamówienia (podczas jego użytkowania) zobowiązana była do przedłożenia wykonawcy stosownej reklamacji najpóźniej w ciągu 1 miesiąca, zaś wykonawca zobowiązał się odpowiedzieć w ciągu 14 dni, pod rygorem uznania reklamacji. Wszelkie zmiany postanowień umowy miały być dokonywane w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej: pzp). Strony postanowiły też, że zamawiający – oprócz sytuacji określonych w przepisach Kodeksu cywilnego regulujących umowę o roboty budowlane – może odstąpić od umowy także w razie istotnej zmiany okoliczności skutkującej tym, że wykonanie umowy nie będzie leżeć w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Odstąpienie od umowy w takiej sytuacji mogło nastąpić w trybie i na zasadach określonych w art. 145 pzp. Stronom przysługiwało prawo odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia wyłącznie w przypadkach przewidzianych we właściwych przepisach prawa. Odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie wymagało formy pisemnej pod rygorem nieważności oraz musiało zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu zawarcia umowy z 11 kwietnia 2006 r. powódka odebrała projekt techniczny kanalizacji, projekt budowlano-wykonawczy cz. I-VIII oraz projekt kanalizacji sanitarnej (...) rejon ulic (...).

W trakcie wykonywania wykopów, w dniu 18 września 2006 r., natrafiono na silny napływ wody i stwierdzono konieczność zamontowania igłofiltrów, z czego spisano protokół konieczności, a igłofiltr zabudowano.

W piśmie z 29 marca 2007 r. pozwana poinformowała wykonawcę, że zwłoka z uzgodnieniu harmonogramu robót nastąpiła z przyczyn obiektywnych, gdyż osoba, która powinna się odnieść do harmonogramu, to jest inspektor nadzoru inwestorskiego od dłuższego czasu przebywa na zwolnieniu lekarskim. Zamawiający zobowiązał się do ustosunkowania się do treści harmonogramu w najbliższym możliwym terminie i, po ewentualnych poprawkach, do jego akceptacji.

W piśmie z 5 kwietnia 2007 r. pozwana poinformowała wykonawcę o zmianie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego, który od tego czasu sprawowany był przez K. O..

Jednocześnie pozwana poinformowała, że ulega zmianie zakres wykonania przyłączy do budynków prywatnych, których realizacja kończy się na granicy działki; podłączenia budynków publicznych miały być zaś uzgadniane indywidualnie z inspektorem na terenie budowy.

Na naradzie w dniu 18 maja 2007 r. strony rozstrzygnęły większość występujących wątpliwości bądź określiły sposób ich rozstrzygnięcia. Odnośnie do przygotowania umowy na igłofiltrы strony ustaliły, że wykonawca nie wchodzi na roboty jeżeli nie ma przygotowanej umowy.

Na naradzie w dniu 7 września 2007 r. kierownik budowy stwierdził, że postęp robót na realizowanym odcinku kanalizacji jest zadowalający, a termin wykonania całości zadania zostanie dotrzymany.

W notatce służbowej z tego dnia odnośnie do zapłaty na rzecz wykonawcy 75.000 zł za wykonane w 2006 r. odwodnienie odcinka ul. (...) od studni(...) do studni (...) wskazano, że ponieważ na wykonane roboty spisano jedynie protokół konieczności podpisany przez inspektora nadzoru, a nie została zawarta umowa na wykonanie odwodnienia tego odcinka poprzez zastosowanie instalacji igłofiltrów, pozwana nie ma możliwości zapłaty za roboty i rozwiązaniem jest jedynie dochodzenie przez wykonawcę zapłaty przed sądem. Jeśli idzie o pozwaną, uprawniony do podpisania zlecenia wykonania robót, to jest do zawarcia umowy jest jedynie burmistrz.

Na naradzie w dniu 11 października 2007 r. kierownik budowy zobowiązał się do przedstawienia inwestorowi harmonogramu pozostałych do wykonania odcinków kanalizacji oraz oświadczył, że będzie dysponował 5 brygadami, aż do zakończenia budowy.

W dniu 9 lipca 2007 r. strony zawarły umowę o roboty dodatkowe, polegające na wykonaniu obustronnego odwodnienia wykopu za pomocą instalacji igłofiltrowej o średnicy do 50 mm na odcinku budowanej kanalizacji o średnicy 315 mm, która ma znajdować się w ul.(...), od studzienki nr (...) do studzienki nr (...), długości około 360 m.

Pismem z dnia 27 listopada 2007 r. powódka zwróciła się do pozwanej o zmianę terminu zakończenia prac. Wśród przyczyn zmiany terminu wskazała między innymi wystąpienie w ul. (...), począwszy od studzienki (...), skrajnie niekorzystnych warunków gruntowych (stwierdzonych w protokole konieczności z 18 września 2006 r.), co w konsekwencji doprowadziło do tego, że roboty w ul. (...), które musiały być wykonane z odwodnieniem wykopów przy pomocy igłofiltrów, ze względów proceduralnych, można było wznowić dopiero w lipcu 2007 r., po drugie, warunki atmosferyczne, które uniemożliwiały prawidłowe prowadzenie robót, po trzecie, napotkanie uzbrojenia terenu nienaniesionego na mapach.

Pismem z 13 grudnia 2007 r. powódka wniosła o zmianę treści § 10 umowy z uwagi na wzrost stawki podatku VAT.

Aneksem nr (...) z 7 grudnia 2007 r. do umowy z 11 kwietnia 2006 r. strony ustaliły nowy termin realizacji zamówienia, mianowicie 30 kwietnia 2008 r.

W dniu 5 grudnia 2007 r. pozwana wydała oświadczenie o prawidłowej realizacji robót objętych umową nr (...) z 11 kwietnia 2006 r.

W piśmie z 8 lutego 2008 r. powódka ponownie zwróciła się do pozwanej o zawarcie aneksu do umowy z 11 kwietnia 2006 r. w części dotyczącej podatku VAT naliczanego w 2008 r., czemu pozwana odmówiła, podnosząc brak możliwości prawnych poniesienia większego kosztu budowy wywołanego tym, że od 1 stycznia 2008 r. stawka podatku VAT na roboty budowlane związane z infrastrukturą dla budownictwa mieszkaniowego wzrosła z 7 % do 22 %. Pozwana podkreśliła wtedy, że to powódka wystąpiła o przesunięcie terminu zakończenia robót.

W dniu 12 lutego 2008 r. został podpisany protokół odbioru wykonanych robót w okresie od 2 stycznia 2008 r. do 12 lutego 2008 r., których wartość wyniosła 68.431,45 zł netto. W dniu 14 lutego 2008 r. powódka wystawiła dla pozwanej fakturę VAT nr (...) obejmującą wynagrodzenie w kwocie 83.486,37 zł brutto za wykonane roboty, o których mowa w powyższym protokole odbioru.

Również 12 lutego 2008 r. został podpisany protokół odbioru robót wykonanych w okresie od 2 stycznia 2008 r. do 12 lutego 2008 r., których wartość wyniosła 65.197,53 zł netto. W dniu 14 lutego 2008 r. powódka wystawiła dla pozwanej fakturę VAT nr (...) obejmującą wynagrodzenie w kwocie 79.540,99 zł brutto za wykonane roboty, o których mowa w ostatnio wskazanym protokole odbioru.

W dniu 12 lutego 2008 r. został podpisany protokół odbioru robót wykonanych w okresie od 2 stycznia 2008 r. do 12 lutego 2008 r., których wartość wyniosła 20.380,51 zł netto. W dniu 14 lutego 2008 r. powódka wystawiła dla pozwanej fakturę VAT nr (...) obejmującą wynagrodzenie w kwocie 24.864,22 zł brutto za wykonane roboty, o których mowa w protokole odbioru, jaki ostatnio naprowadzono.

W piśmie z 30 kwietnia 2008 r. powódka zgłosiła do odbioru końcowego zadanie pod nazwą (...). Pozwana wyznaczyła termin odbioru końcowego robót na dzień 9 maja 2008 r. W dniu 14 maja 2008 r. został podpisany protokół odbioru końcowego tego zadania; pozwana nie wniosła uwag.

Protokół odbioru wykonanych robót (budowlano-remontowych) został sporządzony w dniu 21 maja 2008 r. Potwierdzono w nim odebranie kanalizacji sanitarnej w L. i ostateczne rozliczenie kosztów wykonania zadania według załączonych kosztorysów powykonawczych uwzględniających faktycznie wykonany zakres robót o wartości 921.676,68 zł. Z zestawienia wartości wykonanych robót wynika, że wartość robót wykonanych według poprzedniego protokołu oraz wartość robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym wynosi łącznie 6.914.092,72 zł.

Tego samego dnia wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 921.676,68 zł netto, to jest 1.124.445,55 zł brutto, stanowiącą ostateczne rozliczenie kosztów.

Pozwana nie zaakceptowała wyliczeń powódki.

Wykonawca prawidłowo wyliczał objętości robót ziemnych, uwzględniając szerokość wykopów łącznie z zastosowaną do umocnienia skarp wykopów obudową. Podstawowa zasada obmiaru robót ziemnych stanowi, że objętość liczy się jako szerokość faktycznie wykonanego wykopu, którą należy pomnożyć przez jego długość. Taką też zasadę podaje specyfikacja techniczna stanowiąca integralną część kontraktu. W związku z tym minimalne szerokości wykopów w świetle obudów należało powiększyć o szerokość wybranego przez wykonawcę szalunku. Używając w kosztorysach normę kosztorysową (...), pozwana w sposób jednoznaczny wskazała w SIWZ, że ta norma jest nieobowiązująca. Faktyczna ilość robót ziemnych była uzależniona między innymi od rzędnych terenu, w którym prace wykonywano. Różnice w rzędnych projektowych i rzędnych faktycznie występujących dochodziły do 1,7 m; mogły być uwzględnione tylko na podstawie bieżących pomiarów powykonawczych. Operaty geodezyjne dołączone do kosztorysów powykonawczych nie dają podstawy do takiej weryfikacji. Faktyczna ilość robót ziemnych była uzależniona również od ilości wykonanych wymian gruntu nienośnego na podsypkę piaskową. Takie miejsca w trakcie prowadzenia robót występowały licznie. W trakcie realizacji robót nie prowadzono jednak na bieżąco pomiaru objętościowego tych prac. Wykonawca powiększał szerokość wykopów względem przyjętej w przedmiarze przetargowym. Ustalenie, czy wskazane szerokości wykopów w kosztorysach powykonawczych są zgodne w zakresie rachunkowym z faktycznie wykonanymi jest w tej chwili niemożliwe. Roboty ziemne mają charakter zanikowy. W związku z tym odtworzenie ilości robót po ich wykonaniu jest niemożliwe. Istotne jest, że na terenie robót występowały liczne różnice pomiędzy stanem opisanym w projekcie a stanem faktycznym. Z tej przyczyny należało prowadzić księgę obmiarów, co obciążało zamawiającego. W księdze obmiarów powinna być jednoznacznie wskazane długość obmierzanego odcinka robót, szerokość wykopu w zależności od średnicy rury kanalizacyjnej i zastosowanego rodzaju obudowy, grubość i rodzaj warstw nawierzchni drogowej faktycznie występującej w terenie. Tak prowadzona księga obmiarów powykonawczych mogła stanowić podstawę rozliczenia faktycznie wykonanego rozmiaru robót. Jednakże księga taka nie była prowadzona, chociaż inwestor zastrzegł dla siebie prawo wykonywania obmiarów powykonawczych, czego nie czynił.

Powódka przed wytoczeniem powództwa bezskutecznie wezwała pozwaną do próby ugodowej.

Sąd Okręgowy wskazał dowody, na których się oparł oraz przedstawił ich ocenę. Wyjaśnił, że oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego sądowego, gdyż uznał, że dotychczas wydana opinia biegłego sądowego jest wyczerpująca

i kategoryczna, nie zawiera braków, wyjaśnia wszystkie istotne okoliczności sprawy, jest logiczna, spójna oraz jednoznaczna, a zatem może stanowić podstawę do stanowczego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dodał, że w judykaturze utrwalili się poglądy, do którego się odwołał, że sąd nie ma obowiązku dopuszczenia dowodu z opinii kolejnych biegłych, jeżeli dotychczasowa opinia biegłego jest kompetentna i przekonująca. Podkreślił, że pozwana nie zgłosiła zastrzeżenia do protokołu z uwagi na oddalenie omawianego wniosku dowodowego, o czym mowa w art. 162 kpc.

## II. Podstawa prawna zaskarżonego wyroku.

A. Ponieważ pozew wniesiony został przez lidera konsorcjum, nie zaś wszystkich członków łącznie, Sąd Okręgowy wyjaśnił, że zgodnie z art. 141 pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednakże art. 141 pzp stanowi wyłącznie o solidarności biernej wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednakże skutku w postaci solidarności czynnej.

B. Powództwo o zmianę wysokości świadczenia pieniężnego (art. 357<sup>1</sup> kc).

W umowie z 11 kwietnia 2006 r. strony określiły, że wykonawca wykona swe zobowiązanie w dniu 7 grudnia 2007 r. Ponieważ w trakcie realizacji zadania wystąpiły okoliczności uniemożliwiające zakończenie całości zadania i przekazanie do użytku w tym terminie, strony przedłużyły termin realizacji zamówienia, określając go ostatecznie na dzień 30 kwietnia 2008 r. Powódka podniosła, że konieczność przedłużenia terminu realizacji zamówienia wynikała z okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności, wskazując na nieścisłości w projektach, wielomiesięczną nieobecność inspektora nadzoru inwestorskiego oraz zmianę na tym stanowisku, a także na zalanie wykopów i trudności z ich osuszaniem. W wyniku tych okoliczności wykonawca realizował zamówienie o pięć miesięcy dłużej niż przewidywała to umowa pierwotnie. Zgodnie z art. 357<sup>(1)</sup> kc, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy, zaś rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się wskazanymi już zasadami. Dokonana na podstawie tego przepisu modyfikacja stosunku zobowiązaniowego ma charakter konstytutywny, tworząc nowy stan prawny. Sąd może kształtować stosunek zobowiązaniowy, jeżeli nie wygaś. Nie może dokonywać zmiany wysokości świadczenia, które zostało spełnione. Zastosowanie art. 357<sup>(1)</sup> kc uzależnione jest ponadto od stwierdzenia, że przy zawarciu umowy strony nie przewidywały ustawowo określonych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków, która nastąpiło w czasie pomiędzy powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem. Zmiana stanu prawnego (zmiana stawki podatku od towarów i usług), którego nie dało się przewidzieć w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne, jest przesłanką do zmiany umowy (podwyższenia ceny) na podstawie art. 144 pzp, przy czym strona czynności prawnej powinna wykazać, że spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, co jest z kolei przesłanką do zmiany wysokości świadczenia przez sąd na podstawie art. 357<sup>(1)</sup> kc. Łącząca strony umowa została już wykonana przez obie strony zobowiązane do wzajemnych świadczeń, zgodnie z jej treścią (podpisano protokół odbioru, zaś pozwana zapłaciła należność z faktur objętą stawką podatkową 7 %), co czyni niemożliwą jej modyfikację. Niezależnie od tego Sąd Okręgowy zaakceptował stanowisko pozwanej, że art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity w Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – stanowiący, że w okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 31 grudnia 2007 r. stosuje się stawkę w wysokości 7 % w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą – obowiązywał w tym brzmieniu w dniu 1 maja 2004 r. Nie sposób zatem uznać, że strony, zawierając umowę w 2006 r., zostały zaskoczone zmianą stawki podatku VAT od 1 stycznia 2008 r., a przy tym nie sposób uznać, że zmiany tej nie dało się przewidzieć. Z braku przesłanek z art. 357<sup>(1)</sup> kc oddalił powództwo o zapłatę kwoty 23.101,42 zł tytułem różnicy w podatku VAT wynikającej ze zmiany stawki (z 7 % na 22 %) w odniesieniu do wierzytelności objętych fakturami VAT nr (...), (...) oraz (...). Z analogicznych przyczyn powództwo w tym zakresie nie mogło być uwzględnione z uwagi na treść art. 144 pzp w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia przez strony umowy, który stanowił że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

C. Powództwo o zapłatę 808.841,99 zł tytułem nieuiszczonej części wynagrodzenia.

Idzie tu o wynagrodzenie objęte fakturą VAT nr (...), wystawioną na kwotę 921.676,68 zł netto (1.124.445,55 zł brutto) w celu ostatecznego rozliczenia kosztów.

Pozwana zapłaciła część wierzytelności określonej w ostatnio wskazanej fakturze VAT, mianowicie 315.603,56 zł brutto (294.956,60 zł netto).

Powódka podniosła, że pozwana bezpodstawnie ograniczyła zapłatę, w szczególności wskazując na inny rozmiar wykonanych wykopów ze względu na przyjęcie ich mniejszej szerokości, to jest szerokości wskazanej w specyfikacji

technicznej jako szerokość minimalna w świetle obudowy zamiast szerokości powiększonej o wskazany w specyfikacji zakres niezbędny dla wykonania deskowania i szalunków. Pozwana przyznała, że wykonawca w czasie rozliczania zadania zwrócił uwagę na niewłaściwy rozmiar wykopów przeznaczonych na wykonanie kanalizacji, jaki określony został w kosztorysie. Inspektor nadzoru inwestorskiego potwierdził, że zaistniał błąd w formule matematycznej opracowanej na potrzeby wyliczenia grubości warstw i w związku z tym skorygował kosztorysy powykonawcze. Korekta dotyczyła warstwy podbudowy. W związku z tym, że grubość warstw gruzu w formule matematycznej błędnie przyjęto jako stałą równą 0,35 m pomyłka generowała korzyści dla wykonawcy (powódki), gdy idzie o drogi, których grubość warstw nawierzchni była większa od 0,35 m (głównie drogi asfaltowe), a po stronie inwestora (pозwanej), gdy idzie o drogi, których grubość warstw nawierzchni była mniejsza niż 0,35 m (drogi gruntowe). Wywołało to konieczność uwzględnienia zmian również w tych pozycjach kosztorysu, które powiązane były np. z wywożeniem gruzu, czy ręcznym zasypaniem wykopów. Weryfikacja kosztorysów powykonawczych, przeprowadzona przez inspektora nadzoru pozwanej, ujawniła błędy wykonawcy polegające na zastosowaniu fałszywych założeń i uproszczeń podczas korekty kosztorysów, a ponadto wskazała, że wykonawca nie stosował na budowie technologii umożliwiającej powiększanie szerokości wykopów, na którą powoływał się w korespondencji z pozwaną. Wobec wiążących powódkę zapisów dokumentacji technicznej i złożonej oferty, rozliczenie szerokości wykopów wykonanych przez powódkę następować miało w oparciu o (...) wskazany w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr (...) do SIWZ. Pozwana podkreśliła, że powódka sporządzając ofertę przetargową zastosowała się w pełni do wymogów technicznych zawartych w przedmiarze robót, miała więc pełną świadomość, jakie kryteria i normy stanowić będą podstawę rozliczenia szerokości wykopów. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego na okoliczność prawidłowości dokonanych przez powódkę wyliczeń szerokości wykopów pod kanalizację z uwzględnieniem grubości obudowy. Sąd Okręgowy, odwołując się do konkluzji opinii, stwierdził, że ponieważ strony ustaliły wynagrodzenie kosztorysowe, wykonane prace należało rozliczyć w zakresie ilościowym na podstawie faktycznie wykonanych robót. Ostateczna wartość wynagrodzenia wykonawcy miała zostać ustalona na podstawie iloczynów rzeczywistych ilości wykonanych robót i ich cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. Wartość przedmiotu umowy strony określiły na kwotę 7.398.079,21 zł brutto, uznając ją za nieprzekraczalną. Dla zamawiającego istotna była zatem cena jednostkowa. Oferentom pozostawiono swobodę przy wyborze katalogu lub oszacowaniu ceny jednostkowej. Rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym wymaga, żeby w trakcie prac wykonywać na bieżąco obmiary powykonawcze i zapisywać je w księdze obmiarów. Był to warunek konieczny do rozliczenia powykonawczego ilości wykonanych robót. Chociaż zamawiający zastrzegł dla siebie prawo bieżącej weryfikacji nakładów poniesionych na wykonanie poszczególnych elementów rozliczeniowych kanalizacji, jednakże pozwana nie prowadziła obmiarów powykonawczych robót. Biegły wskazał, że roboty kanalizacyjne mają szczególną specyfikę, która polega na tym, że większość robót ma charakter zanikowy, przez co po ich wykonaniu nie ma możliwości rzetelnego określenia rozmiaru wykonywanych prac. Charakter poszczególnych faz budowy kanalizacji wymaga, aby praktycznie w każdym dniu wykonywać obmiary powykonawcze. Obmiarowi powinna podlegać między innymi szerokość wykopów, która uzależniona jest od głębokości wykopu, rodzaju gruntu, nawodnienia gruntu i zastosowanego rodzaju obudowy. Biegły wskazał, że specyfiką analizowanych prac był fakt, że roboty wykonywano według projektu wykonanego 11 lat wcześniej, wykorzystującego mapy sytuacyjne z 1994 r. Natomiast stan istniejący odbiegał w sposób zasadniczy od ujętego w projekcie z 1994 r. i obmiarach przełożonych oferentom do wyceny. Różnice rzędnych terenu dochodziły do 1,7 m, co wpływało znacząco na zakres robót ziemnych koniecznych do wykonania względem tego, co w tym przedmiocie ujęto w przedmiarze przetargowym. Adaptowany projekt zakładał również konieczność zmiany trasy kanalizacji w związku z nowymi instalacjami podziemnymi, jakie zostały ułożone w latach 1994-2006. Zmiany przebiegu kanalizacji również powodowały zmiany zakresu robót do wykonania. Ponadto, projekt techniczny z 1995 r. i adaptowany projekt z 2004 r. nie zawierały informacji o warunkach gruntowowodnych terenu, na którym budowana była kanalizacja. Za istotne uznał też Sąd Okręgowy to, że w warunkach przetargowych przytoczono dwa różne sposoby obliczenia kosztu jednostkowego wykonania robót ziemnych. Z jednej strony wskazano specyfikacje techniczne, które precyzyjnie określały sposób dokonywania obmiaru robót, a z drugiej strony wskazano na katalog nakładów rzeczowych (...), który w swojej treści przewiduje inny sposób wykonywania obmiaru od określonego w specyfikacji technicznej. W warunkach przetargowych wskazano jednak jednoznacznie, że wpisanie do tabeli przedmiaru normy nakładów rzeczowych nie obliгуje wykonawcy do sporządzenia kalkulacji kosztorysowej na tej podstawie. Używając w kosztorysach normę kosztorysową (...), pozwana w sposób jednoznaczny wskazała w SIWZ, że nie jest obowiązująca.

Biegły wyjaśnił, że wykonawca prawidłowo wyliczył objętość robót ziemnych, uwzględniając szerokość wykopów łącznie z zastosowaną do umocnienia skarp wykopów obudową. Pozwana nie kwestionowała samego faktu wykonania przedmiotowych prac, a jedynie wyliczenie matematyczne głębokości wykopów. Pozwana uregulowała z faktury VAT nr (...) kwotę 315.603,56 zł brutto (294.956,60 zł netto). Kwota 921.676,68 zł netto, na którą została wystawiona ta faktura podlegała pomniejszeniu o 294.956,60 zł netto, zaś różnica podlegała powiększeniu o podatek VAT w stawce 7 %. Z tych przyczyn powództwo w tej części Sąd Okręgowy uwzględnił w zakresie kwoty 670.590,48 zł z ustawowymi odsetkami od 27 czerwca 2008 r. Odsetki od kwoty 670.590,48 zł zasądził od dnia następnego po upływie terminu płatności faktury VAT nr (...), który został oznaczony zgodnie z § 11 pkt 6 umowy na 30 dni od daty dostarczenia faktury pozwanej, co nastąpiło 27 maja 2008 r. (art. 481 kc).

Sąd Okręgowy podkreślił, że w § 10 umowy strony ustaliły wynagrodzenie w nieprzekraczalnej kwocie 6.914.092,72 zł netto + 483.983,49 zł, to jest brutto 7.398.079,21 zł. Do 31 grudnia 2007 r. wykonawca wystawił częściowe faktury VAT łącznie na kwotę 5.838.397,56 zł netto (6.247.085,39 zł brutto). W 2008 r. wykonawca wystawił faktury VAT na łączną kwotę 1.075.686,17 zł netto (1.150.984,20 zł brutto, uwzględniając stawkę podatku VAT wynoszącą 7 %). Zatem suma faktur z 2007 r. i 2008 r. wyniosła 6.914.083,73 zł netto, 7.398.069,59 zł brutto, nie przekraczając maksymalnego wynagrodzenia określonego przez strony w umowie.

D. Powództwo o zapłatę kwoty 75.000 zł z tytułu wykonanych robót dodatkowych.

W dniu 18 września 2006 r., w trakcie prowadzenia wykopów, natrafiono na silny napływ wody i stwierdzono konieczność zamontowania igłofiltrów, z czego spisano protokół konieczności, a igłofiltrzy zabudowano. Pozwana podniosła, że pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia umowy regulującej zastosowanie igłofiltrów w wykopach na ul. (...) w warunkach opisanych w protokole konieczności z 18 września 2006 r. Pozwana podniosła, że w razie konieczności zastosowania igłofiltrów przystąpienie do robót z tym związanych musiało być poprzedzone sporządzeniem protokołu konieczności oraz udzieleniem odrębnego zlecenia (zawarciem umowy w tym przedmiocie). Strony takiej umowy nie zawarły, zaś w pozostałych trzech wypadkach zastosowania igłofiltrów podczas realizacji tego zadania zawierano stosowne umowy o wykonanie robót koniecznych. Ponadto pozwana podkreśliła, że protokół konieczności został podpisany przez inspektora nadzoru i kierownika budowy. Inspektor nadzoru inwestorskiego nie był umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu Gminy. Sąd Okręgowy stwierdził, że sam protokół konieczności, podpisany przez osoby nieumocowane do reprezentowania stron w obrocie prawnym, jest jedynie dokumentem dotyczącym kwestii technicznych, czynnością faktyczną. Nie można więc protokołu konieczności traktować jako dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy o roboty budowlane. W notatce służbowej z 18 maja 2007 r. strony wskazały odnośnie do przygotowania umowy dotyczącej wykonania igłofiltrów, że wykonawca nie może ich wykonywać, jeżeli umowa w tym przedmiocie nie jest zawarta. Sąd Okręgowy uznał, że przepisy prawa zamówień publicznych nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Skoro nie zawarto umowy o wykonanie robót dodatkowych, zaś pozwana nie kwestionowała samego faktu ich wykonania, a jedynie podnosiła, że strony nie zawarły w tym przedmiocie umowy, należało uznać, że uzyskana przez pozwaną korzyść majątkowa podlega zwrotowi na podstawie art. 405 kc. W notatce służbowej z 7 września 2007 r. w odniesieniu do zapłaty 75.000 zł za odwodnienie odcinka ul. (...) od studni (...) do studni (...), wykonane w 2006 r., że ponieważ spisano jedynie protokół konieczności podpisany przez inspektora nadzoru, a nie została zawarta umowa o wykonanie odwodnienia tego odcinka poprzez zastosowanie instalacji igłofiltrów, to pozwana nie ma możliwości zapłaty za wykonane roboty. W notatce wskazano, że rozwiązaniem jest jedynie dochodzenie przez wykonawcę zapłaty przed sądem, gdyż pozwaną może reprezentować jedynie burmistrz i zatem tylko ten organ Gminy uprawniony był do zawarcia umowy (zlecenia wykonania robót). Wartość wynagrodzenia została ustalona przez powódkę w sposób analogiczny do sposobu określenia wynagrodzenia przyjętego w zawartych przez strony umowach o roboty dodatkowe w przedmiocie wykonania robót dodatkowych polegających na wykonaniu obustronnego odwodnienia wykopu za pomocą instalacji igłofiltrowej. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo o zapłatę kwoty 75.000 zł z ustawowymi odsetkami od 20 listopada 2009 r., o których orzekł na podstawie art. 481 kc, zasądzając je od daty doręczenia pozwanej wezwania do próby ugodowej.



E. Powództwo o zapłatę kwoty 369.903,96 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od realizacji przez powódkę umowy w zakresie wykonania przykanalików o długości 6.300 metrów.

Sąd Okręgowy wskazał na stanowiska stron. Mianowicie powódka akcentowała, że przyczyna odmowy zapłaty znana była pozwanej jeszcze przed podpisaniem umowy. Z kolei pozwana podniosła, po pierwsze, że roszczenie o zapłatę kary umownej z tytułu jednostronnego częściowego odstąpienia od umowy jest pozbawione podstaw prawnych, gdyż kary umowne mogą być naliczane wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w umowie, zaś w umowie z 11 kwietnia 2006 r. nie przewidziano kary umownej za częściowe odstąpienie od umowy, po drugie, że powódka nie poniosła straty wywołanej częściowym odstąpieniem od umowy, po trzecie, że przykanaliki miały mieć łączną długość 6.300 metrów, a w piśmie z 5 kwietnia 2007 r. wyraźnie określono zakres ograniczenia i ostatecznie powódka wykonała 1.650 metrów przykanalików, to jest niemal 27 %.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, że w § 14 umowy z 11 kwietnia 2006 r. strony postanowiły, że zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez zamawiającego, które mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy, w wysokości 5 % wartości nieprzekraczalnej, o której mowa w § 10 ust. 1 umowy. Z kolei w § 17 umowy strony postanowiły, że zamawiający – prócz wypadków uregulowanych w przepisach Kodeksu cywilnego, regulujących umowę o roboty budowlane – może odstąpić od umowy także w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie będzie leżeć w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i odstąpienie od umowy w takiej sytuacji może nastąpić w trybie i na zasadach określonych w art. 145 pzp. Zgodnie z tym przepisem w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia przez strony umowy, to jest w dniu 11 kwietnia 2006 r., w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie trzydziestu dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach i w takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Do skorzystania przez zamawiającego z prawa do odstąpienia od umowy konieczne jest zatem jednoczesne spełnienie wszystkich przesłanek określonych w komentowanym przepisie, to znaczy zaistnienia istotnej zmiany okoliczności i stanu (na skutek istotnej zmiany okoliczności), w którym wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, a także niemożności przewidzenia w chwili zawarcia umowy zmiany okoliczności i jej następstw.

Ta część zadania, której dotyczyło oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy była ukierunkowana na prywatnego odbiorcę, a zatem nie była związana z dobrem publicznym szeroko rozumianym.

Zaistnienie istotnej zmiany okoliczności prowadzącej do stanu, w którym wykonanie nie leży w interesie publicznym, nie może być przewidywalne w chwili zawarcia umowy. Gdy zaś świadomość zamawiającego co do istnienia okoliczności powodujących niecelowość wykonywania zamówienia, jak również nieuchronności zaistnienia takich okoliczności zachodzą w chwili zawarcia umowy, nie dają zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy w trakcie jej realizacji. W takiej sytuacji zamawiający powinien przed zawarciem umowy unieważnić postępowanie. Jeśli, wiedząc o takich okolicznościach, zdecydował się zawrzeć umowę w przedmiocie zamówienia publicznego, nielojalność taka nie powinna podlegać ochronie.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności to nie tyle całkowita nieprzewidywalność wystąpienia określonych zdarzeń, co w większym stopniu nieprzewidywalność następstw tych zdarzeń dla umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też kwestia możliwości przewidzenia zmiany okoliczności powinna podlegać zobiektywizowaniu i odniesieniu do aktów staranności, których można oczekiwać od zamawiającego, jako uczestnika obrotu prawnego. W rozpatrywanej sprawie istotne jest, że począwszy od 17 sierpnia 2005 r. gminy utraciły możliwość finansowania przyłączy (przykanalików) na terenie nieruchomości prywatnych. Jest to efektem nowelizacji ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, która została dokonana ustawą z dnia 22 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 85, poz. 729). Skoro zmiana przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nastąpiła jeszcze przed zawarciem przez strony umowy z 11 kwietnia 2006 r., to pozwana, jako zamawiający, powinna być świadoma zmiany stanu prawnego,

przez co bezskuteczne jest jej oświadczenie o odstąpieniu od umowy w oznaczonym zakresie. Ponieważ oświadczenia pozwanej o ograniczeniu zakresu przedmiotu umowy nie prowadzi do odstąpienia od umowy, powódce nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej z tego tytułu.

Sąd Okręgowy dodał, że powódka wykonała przykanaliki do granic posesji, to jest niemal w 27 %, przez co, gdyby nawet uznać, że roszczenie o zapłatę z omawianego tytułu jest zasadne, podlegałoby ograniczeniu stosownie do postanowień umowy poprzez ustalenie jego wysokości jedynie w odniesieniu do części niewykonanego zadania.

F. Umorzenie postępowania w zakresie żądania zapłaty ustawowych odsetek od kwoty 75.000 zł za okres od 22 maja 2008 r. do 19 listopada 2009 r.

Sąd Okręgowy umotywował postanowienie w tym przedmiocie, zawarte w zaskarżonym wyroku, częściowym cofnięciem pozwu i treścią art. 203 § 1 w związku z art. 355 § 1 kpc.

G. Orzeczenie o kosztach procesu.

Postanowienie w tym przedmiocie, zawarte w zaskarżonym wyroku, Sąd Okręgowy umotywował wynikiem procesu oraz treścią art. 100 kpc, jak też § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r., poz. 490). Sąd Okręgowy za bezzasadny uznał wniosek powódki o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika w stawce przekraczającej minimalną. Miał na względzie niezbędny nakład pracy pełnomocnika, charakter sprawy, wkład pracy pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia, a także to, że za podstawę ustalenia wynagrodzenia stanowią stawki minimalne określone w stosownych przepisach. Sąd Okręgowy stwierdził, że określając wysokość stawek minimalnych wynagrodzenia ustawodawca wziął pod uwagę wszelkie okoliczności charakterystycznych dla danego typu spraw i dokonał oceny nakładu pracy pełnomocnika w zależności od specyfiki określonego rodzaju postępowań. Ustawodawca dał sądowi możliwość uwzględnienia nadzwyczajnych, szczególnych okoliczności, które pojawiając się w danej sprawie zwiększają istotnie nakład pracy niezbędnej do prawidłowej realizacji obowiązków profesjonalnego pomocnika procesowego. Nie ma jednak ku temu podstaw, gdy żadne nadzwyczajne tego typu okoliczności nie wystąpiły i aktywność pełnomocnika nie przekraczała granic staranności do jakiej jest normalnie zobowiązany. Powódka nie wskazała na żadne nadzwyczajne okoliczności, które diametralnie zwiększałyby konieczny nakład pracy pełnomocnika, zaś stan faktyczny i prawny sprawy nie charakteryzował się szczególnym stopniem skomplikowania.

H. Orzeczenia o nieuiszczonych kosztach sądowych.

Postanowienia w tym przedmiocie, zawarte w zaskarżonym wyroku, Sąd Okręgowy również umotywował wynikiem sprawy oraz treścią art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 uksc.

W apelacji powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo o zapłatę kary umownej w zakresie kwoty 270.030 zł przez jego uwzględnienie w tej części i zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji w tym zakresie do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, mianowicie:

- art. 491 kc przez uznanie, że jednostronne odstąpienie przez pozwaną od umowy nie stanowi podstawy do naliczenia kary umownej,
- art. 493 kc przez uznanie, że nie zachodziła pierwotna niemożliwość świadczenia usług przez pozwaną, co ma uzasadniać zasądzenie kary umownej,
- art. 494 kc przez uznanie, że pozwana nie jest zobowiązana do świadczenia odszkodowawczego względem powódki w postaci kary umownej,

- art. 144 pzp przez uznanie, że dopuszczalna była jednostronna zmiana umowy polegająca na odstąpieniu od jej dalszego stosowania.

Ponadto zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, to jest:

- art. 233 kpc przez dowolną ocenę materiału dowodowego dotyczącego odstąpienia od umowy przez pozwaną,
- art. 100 kpc przez uznanie, że nakład pracy pełnomocnika powódki nie uzasadnia przyznania wynagrodzenia w wysokości trzech stawek minimalnych wynagrodzenia przysługującego radcy prawnemu.

Z kolei pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej powództwo o zapłatę kwoty 75.000 zł przez jego oddalenie w tym zakresie oraz w części orzekającej o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach sądowych przez orzeczenie o tych kosztach stosownie do wyniku sprawy, a także o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 321 § 1 w związku z art. 187 § 1 pkt 2 kpc przez oparcie rozstrzygnięcia w zaskarżonym zakresie na przepisie art. 405 kc, podczas gdy powódka w sposób jasny żądała od pozwanej zapłaty wskazując na łączący ją z pozwaną stosunek umowny.

Pozwana ponadto zarzuciła naruszenie prawa materialnego, to jest:

- art. 405 kc przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez przyjęciu, że zaszły okoliczności uzasadniające zasądzenie kwoty 75.000 zł w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu,
- art. 411 pkt 1 kc przez jego niezastosowanie,
- art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.; dalej: usg) poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na przyjęciu, że oświadczenie woli w imieniu pozwanej mógł złożyć wyłącznie burmistrz.

Każda ze stron wniosła o oddalenie apelacji wniesionej przez stronę przeciwną i zasądzenie z tego tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Żadna z apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy i, jako prawidłowe, przyjmuje je za własne.

Jeśli idzie o apelację powódki, chybiony jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc. Powódka nie wskazuje bowiem, jaki dowód został błędnie oceniony, to jest sprzecznie z kryteriami wynikającymi z art. 233 § 1 kc, a zatem bez uwzględnienia wyników całego postępowania oraz niezgodnie z zasadami wiedzy, doświadczenia życiowego, czy zasadami logicznego rozumowania. Powódka błędnie twierdzi, że naruszenie art. 233 § 1 kpc zachodzi, gdy stan faktyczny sprawy zostanie prawidłowo ustalony, lecz subsumcja zostanie poczyniona błędnie, to jest w razie nieprawidłowej kwalifikacji prawnej określonego zdarzenia. W takiej sytuacji zachodzi błąd innego rodzaju, mianowicie z zakresu stosowania (niestosowania) określonego przepisu prawa materialnego.

W apelacji powódki mowa jest o naruszeniu art. 491 i art. 493 kc, w których uregulowane zostało odstąpienie od umowy, będące jednostronnym oświadczeniem woli o charakterze kształtującym prawo, którego efektem jest wygaśnięcie stosunku prawnego od momentu zawarcia umowy, którym został wykreowany albo od chwili dotarcia do adresata oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy. W następstwie złożenia omawianego oświadczenia kształtującego prawo odstępujący od umowy wzajemnej, o czym mowa w art. 494 kc, ma obowiązek zwrotu drugiej

stronie wszystkiego, co otrzymał od niej na mocy umowy oraz może żądać od drugiej strony wszystkiego, co sam świadczył, jak również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Zarzut naruszenia art. 494 kc jest chybiony, gdyż przepis ten prawidłowo nie został zastosowany w sprawie przez Sąd Okręgowy. W judykaturze wyjaśniono, że art. 494 kc nie jest materialnoprawną podstawą do dochodzenia roszczenia odszkodowawczego przez adresata oświadczenia o odstąpieniu od umowy, gdyż przepis ten reguluje prawa i obowiązki tylko tej ze stron, która odstąpiła od umowy.

Niezrozumiały jest też cel wywodzenia przez powódkę w apelacji, że w umowie z 11 kwietnia 2006 r. strony nie uzależniły możliwości skutecznego żądania zapłaty kary umownej od zakresu odstąpienia od umowy. Powódka polemizuje w tym przedmiocie z Sądem Okręgowym, choć ten nie zajął zwalczanego przez nią stanowiska. Wbrew powódce, Sąd pierwszej instancji nie stwierdził bowiem, że powództwo o zapłatę kary umownej jest bezzasadne, gdyż roszczenie o zapłatę kary umownej przysługiwałoby powódce tylko w razie odstąpienia przez nią od umowy w całości. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku znalazła się wprawdzie wypowiedź, że w umowie z 11 kwietnia 2006 r. strony nie przewidziały kary umownej za częściowe odstąpienie od umowy, przez co powództwo ma być bezzasadne, lecz została zamieszczona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jako stanowisko powódki przytoczone przez Sąd Okręgowy, którego nie podzielił. Sąd pierwszej instancji nie wyraził też poglądu, że wskutek złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie zostało utrzymane w mocy postanowienie o karze umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Podniesiony w apelacji zarzut powódki naruszenia art. 491 kc jest nieadekwatny do podstawy faktycznej i prawnej zaskarżonego wyroku. W sprawie nie szło przecież o odstąpienie od umowy w całości bądź w części z uwagi na zwłokę wykonawcy, ze względu na którą druga strona może odstąpić od umowy w całości albo w części, o ile wystąpią pozostałe przesłanki odstąpienia określone w art. 491 kc. Wyklucza to też naruszenie art. 492 kc, który choć nie został wprost wskazany w ramach zarzutów apelacyjnych, ale autor apelacji wspomina o nim przy okazji motywowania zarzutu naruszenia art. 491 kc. W art. 492 kc bowiem również zawarta jest regulacja uprawnień do odstąpienia od umowy wzajemnej w razie zwłoki drugiej strony, gdy uprawnienie to wynika z umowy, a nie z ustawy, jak też wówczas, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 493 kc, w którym mowa o następczej niemożliwości świadczenia wzajemnego, za jaką dłużnik odpowiada, ze względu na którą wierzycielowi (będącemu jednocześnie dłużnikiem w danym stosunku prawnym, zobowiązanym do świadczenia wzajemnego) przysługuje wybór między uprawnieniem do odstąpienia od umowy (również w części w razie częściowej niemożliwości świadczenia, gdy wykonanie częściowe nie miałoby dla niego znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez niego cel umowy wiadomy dłużnikowi) albo do żądania naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (co również dotyczy częściowej następczej niemożliwości świadczenia). Skutki następczej niemożliwości świadczenia, za którą dłużnik nie odpowiada uregulowane są w art. 475 kc. Wobec zarzutu naruszenia art. 493 kc należy podkreślić, że niemożliwość następca świadczenia zachodzi, gdy niemożliwość świadczenia powstaje po zaciągnięciu zobowiązania. W okolicznościach sprawy wykluczona jest więc następca niemożliwość świadczenia (tak zawiniona, jak i niezawiniona). Sąd Okręgowy prawidłowo wyjaśnił, że pozwana nie chciała, żeby powódka świadczyła w zakresie wykonania części przykanalików, mogąc jeszcze przed zawarciem umowy z 11 kwietnia 2006 r. ustalić z uwagi na wcześniej zaistniałą zmianę stanu prawnego, że odpadła podstawa prawna finansowania przez nią przykanalików w zakresie, w jakim miały być wykonane na terenie, który nie stanowił własności publicznej. Szło więc o niemożliwość prawną świadczenia pieniężnego przez pozwaną w celu finansowania wzajemnego świadczenia powódki (osobą prawną będącą jednostką samorządu terytorialnego) za wykonanie przez nią przykanalików na terenie nieruchomości niestanowiących nieruchomości publicznych, jaka występowała jeszcze przed zawarciem umowy z 11 kwietnia 2006 r. (nie zaś o niemożliwość świadczenia pieniężnego z tego tytułu przez wszystkie podmioty prawa).

Powódka abstrahuje od trafnie zastosowanego przez Sąd Okręgowy przepisu art. 145 pzp i wyvodu, że ta część zadania inwestycyjnego, której dotyczyło oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy była ukierunkowana na prywatnego odbiorcę, a zatem nie była związana z dobrem publicznym. Przede wszystkim jednak umknęło powódce, że Sąd Okręgowy ustalił, że oświadczenie pozwanej zawarte w piśmie z 5 kwietnia 2007 r. (w aktach sprawy

na k. 72) nie wywołało skutku w postaci odstąpienia od części umowy o roboty budowlane. Już więc tylko z tej przyczyny chybiony jest zarzut naruszenia art. 144 pzp, skoro nie doszło do częściowego odstąpienia od umowy. Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że powódka nie zakwestionowała tego ustalenia i nie podniosła jakiegokolwiek zarzutu naruszenia przepisu prawa, ze względu na który twierdziłaby, że ustalenie to jest błędne. W takiej sytuacji, gdy idzie o zagadnienie, jakie sąd rozpoznający sprawę na skutek apelacji bierze pod uwagę na zarzut, a ten nie został w ogóle podniesiony, Sąd Apelacyjny pozbawiony byłby uprawnienia do odmiennego ustalenia faktu, o jakim mowa. Nie ma więc znaczenia zagadnienie wykazywania umocowania do reprezentacji pozwanej przez zastępcę burmistrza, który złożył oświadczenie zawarte w piśmie z 5 kwietnia 2007 r., należący – z uwagi na treść art. 46 ust. 1 usg – do kręgu osób mogących złożyć oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem, o ile działa na podstawie upoważnienia wójta (burmistrza), samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta (burmistrza) osobą.

Ponieważ nie wystąpiła podstawa żądania kary umownej, to jest nie doszło do odstąpienia od umowy w jakiegokolwiek części, powództwo o zapłatę kary umownej było bezzasadne. Zatem zaskarżony wyrok odpowiada prawu w zakresie rozstrzygnięcia o powództwie o zapłatę kary umownej.

Przepis art. 321 § 1 kpc nie wykluczał zastosowania w niniejszej sprawie art. 405 kc. Z art. 321 § 1 kpc wynika zakaz zasądzania czego innego niż strona powodowa żądała (w rozpoznawanej sprawie nie powstało zagadnienie zasądzania ponad żądanie określone kwotowo). Stosownie do art. 187 § 1 kpc pozew powinien zawierać dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie. W pozwie zostało określone żądanie i jego podstawa faktyczna. Powódka podnosiła, że domaga się zapłaty kwoty 75.000 zł za wykonane roboty dodatkowe, które określiła, wiedząc że pozwana odmówiła zapłaty z uwagi na niezawarcie umowy, a jedynie sporządzenie protokołu konieczności, w którym potwierdzono potrzebę wykonania robót, odsyłając wykonawcę na drogę sądową. Powódka wprawdzie w pozwie stwierdziła, że strony zawarły umowę o roboty dodatkowe, ale uważała za nią protokół konieczności. Tym samym odwołała się na uzasadnienie żądania do tego, że w protokole konieczności potwierdzono konieczność wykonania robót dodatkowych i roboty te wykonała, zaś pozwana zapłaty odmówiła, gdyż stwierdziła, że strony nie zawarły umowy, a jedynie sporządziły protokół konieczności, choć istniała możliwość zawarcia umowy z Gminą, za którą mógł działać nie tylko burmistrz, ale też jego zastępca, jak stanowi art. 46 ust. 1 usg. W istocie zatem strony różniły się od oceny skutków sporządzenia protokołu konieczności, który powódka uznała za umowę, zaś pozwana temu trafnie przeczyła, podnosząc brak umocowania do reprezentowania Gminy jakiegokolwiek osoby podpisującej protokół konieczności. Szło więc w sprawie o zapłatę należności za bezspornie wykonane roboty budowlane przez powódkę na rzecz pozwanej, których wartość także nie jest sporna. Niezawarcie umowy ze względu na brak umocowania do reprezentacji zamawiającego przez podpisujących protokół konieczności uniemożliwiało zasądzenie kwoty 75.000 zł jako wynagrodzenia, zaś o wartość tych robót pozwana bezspornie wzbogaciła się. Nie było zatem przeszkód, żeby równowartość robót dodatkowych uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro podstawa faktyczna wyznaczona twierdzeniami powódki odpowiadała treści art. 405 kc. Zagadnienie to było już wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego, który wyjaśnił, że w takiej sytuacji, jak występująca w niniejszej sprawie, nie dochodzi do naruszenia art. 321 § 1 kpc, gdyż tak określona podstawa faktyczna jak uczyniła to powódka w pozwie pozwala na zastosowanie art. 405 kc, gdyż odpowiada to jego treści.

Strony spisały protokół konieczności dotyczący konieczności wykonania igłofiltrów, gdyż w wykopie wystąpił gwałtowny napływ wody kurzakowej wymagający niezwłocznej interwencji wykonawcy, co potwierdzone zostało przez przedstawicieli zamawiającego. Powódka wykonała więc igłofiltry. W rozpoznawanym procesie nie domaga się zwrotu nienależnego świadczenia, lecz zapłaty za roboty dodatkowe, o które pozwana się wzbogaciła. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko wyrażone w judykaturze Sądu Najwyższego, że gdy określone przesunięcie majątkowe nie jest wynikiem świadczenia, np. dlatego, że mająca je stanowić czynność prawna jest nieważna, nie może powstać roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia, lecz jedynie roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia na zasadach ogólnych (art. 405-409 kc). Chybiony jest zatem zarzut naruszenia art. 411 pkt 1 kc.

Zaskarżony wyrok odpowiada więc prawu również w zakresie rozstrzygnięcia o żądaniu zapłaty w zakresie 75.000 zł, o czym ostatnio była mowa.

Wracając do apelacji powódki, która zakwestionowała też prawidłowość postanowienia o kosztach procesu z uwagi na przyjęcie przez Sąd Okręgowy minimalnej stawki wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny nie akceptuje wyводу powódki w tym przedmiocie, uznając go za chybiony. Czas trwania postępowania nie jest kryterium nakładu pracy pełnomocnika, czynności, jakie miał do wykonania w procesie, ich rodzaj i stopień trudności samej sprawy nie odbiegał od przeciętnej sprawy o zapłatę za roboty budowlane, niezależnie od obszerności dokumentów, która też nie jest tego rodzaju, by uznać ją za nadzwyczajną. By nie powtarzać argumentacji Sądu Okręgowego w tym przedmiocie, co tylko przyczyniłoby się do zbędnego rozbudowania niniejszego uzasadnienia, Sąd Apelacyjny odwołuje się do wyводу Sądu pierwszej instancji w tym przedmiocie, dzieląc je.

Reasumując, obie apelacje – jako bezzasadne – podlegają oddaleniu (art. 385 kpc).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do jego wyniku. Apelacje obu stron okazały się bezzasadne, każda z nich, wnosząc o oddalenie apelacji przeciwniczki, domagała się kosztów postępowania apelacyjnego, o które też wniosła, domagając się zmiany zaskarżonego wyroku odpowiadającej wniesionej przez siebie apelacji. W tej sytuacji, mimo różnic w wartości przedmiotu zaskarżenia, a także opłat od apelacji, zachodziła podstawa do wzajemnego zniesienia kosztów postępowania apelacyjnego w oparciu o art. 100 kpc.

Zachodziła podstawa do sprostowania przez Sąd Apelacyjny (na podstawie art. 350 § 1 i 3 kpc) zaskarżonego wyroku w zakresie oznaczenia strony pozwanej, która została określona jako: „Gmina i Miasto C.”, odmiennie od prawidłowego oznaczenia zawartego w pozwie („Gmina C.”), jakiego powódka nie zmieniła w toku procesu.

Zgodnie z § 2 ust. 1 („Dokonuje się połączenia miast i gmin w jedną gminę oraz ustala się nazwy i siedziby ich władz, zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik nr 2 do rozporządzenia.”) i ust. 2 („Wymienione w załączniku nr 2 do rozporządzenia miejscowości będące siedzibą władz zachowują status miasta.”) oraz § 3 („W województwie (...) zmienia się nazwę miasta L. i gminy L. na C. oraz ustala się siedzibę władz w C.”) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 września 1991 r. w sprawie podziału lub połączenia niektórych miast i gmin, w których dotychczas działały wspólne organy, oraz zmiany i ustalenia ich nazw i siedzib (Dz. U. Nr 87, poz. 397) połączono miasto C. i gminę C., nadając nowej gminie nazwę C., a jedynie siedzibą władz gminy ustanowiono miasto C. (pozycja 120 załącznika nr 2, o którym mowa w § 2 ust. 2 ostatnio wskazanego rozporządzenia). Z kolei w załączniku do obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 czerwca 2010 r. w sprawie wykazu gmin i powiatów wchodzących w skład województw (M. P. Nr 48, poz. 654), jakie wydano na podstawie art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (Dz. U. Nr 96, poz. 603 ze zm.) ogłoszono, że w skład powiatu (...) w województwie (...) wchodzi gmina C.. Tym samym prawidłowe oznaczenie strony pozwanej to: „Gmina C.”.