

Sygn. akt V ACa 526/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Katarzyna Przybylska (spr.)
Sędziowie:	SA Maryla Domel-Jasińska SA Hanna Rucińska
Protokolant:	sekr. sąd. Małgorzata Naróg

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2017 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G. i Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. przeciwko Gminie O.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (poprzednio (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej i interwenienta ubocznego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt I C 2113/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego i interwenienta ubocznego solidarnie na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

III. nakazuje ściągnąć od Gminy O. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w T. kwotę 610,88 zł (sześćset dziesięć złotych osiemdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów opinii biegłego.

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 526/15

## UZASADNIENIE

(...) S.A. w G. i Przedsiębiorstwo (...) w K. wnieśli pozew przeciwko Gminie M. O., w którym domagali się zasądzenia kwoty 1.708.642,31 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31-07-2012r. do dnia zapłaty.

Pozwana wносиła o oddalenie powództwa oraz zwrot kosztów procesu. Interwencję uboczną po stronie pozwanej zgłosiła spółka z o.o. (...) z siedzibą w P.. Interwenient wnosił o oddalenie powództwa oraz zwrot kosztów procesu.

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z 16.04.2015r. zasądził od pozwanej Gminy M. O. solidarnie na rzecz powodów (...) S.A. w G. oraz Przedsiębiorstwa (...) kwotę 1.708.642,31 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012r. do dnia zapłaty oraz orzekł o kosztach postępowania w sprawie.

Swoje rozstrzygnięcie oparł na następujących ustaleniach.

Powodowie tworzący konsorcjum wygrali przetarg na wykonanie robót i w dniu 08.12.2008r. zawarli z pozwaną Gminą O. umowę o „Budowę systemu kanalizacji sanitarnej oraz rozbudowę sieci wodociągowej część III”. Jej przedmiot stanowiło wybudowanie:

1. systemu kanalizacyjnego do przepompowni ścieków PX biegnącego wzdłuż wschodniej granicy miasta, a potem wzdłuż południowego brzegu jeziora S. o długości 4900 metrów oraz przepompowni PX, systemu kanalizacyjnego wzdłuż wschodniej granicy miasta i wschodniego brzegu jeziora T. do pkt (...) na kolektorze K (nr odcinka - (...)),
2. magistrali wodociągowej od ul. (...) wzdłuż jeziora S. i ul. (...) do ul. (...) (nr odcinka – 3A4).

Konsorcjum reprezentowała spółka (...).

Inwestycja miała być wykonana na podstawie projektu budowlanego -dokumentacji projektowej przedstawionej przez pozwaną Gminę. Jej realizacja miała przebiegać według zasad określonych w „Warunkach kontraktowych dla robót inżyniersko-budowlanych projektowanych przez zamawiającego”, przygotowanych i opublikowanych przez (...) Federację (...) ( (...)). Na inżyniera kontraktu pozwana wybrała spółkę z o.o. (...), która była również autorem projektu, na podstawie którego wykonywano prace budowlane. Z ramienia tej Spółki funkcję inżyniera rezydenta pełnił R. W. (1).

Po przystąpieniu do realizacji zadania okazało się, że istnieją rozbieżności pomiędzy dokumentacją, a stanem, który faktycznie istniał w terenie. Z projektu dostarczonego przez pozwaną wynikało, że inwestycja ma być wykonana w dobrych warunkach gruntowych. Okazało się natomiast, że grunty stanowią stare doliny jezior, a teren był zróżnicowany, zdarzały się bagna i pagórki. Spostrzeżone rozbieżności i uwagi do projektu były na bieżąco zgłaszane do inżyniera kontraktu w formie pisemnej lub poruszane ustnie w czasie narad. Ich przebieg był protokołowany oraz dodatkowo - nagrywany. Wszystkie problemy były omawiane i rozwiązywane na bieżąco.

W związku ze zgłoszonymi uwagami pozwana dostarczyła projekt zamienny, który był wykonany w czerwcu 2010r. Powodowie wykonali inwestycję w oparciu o ten projekt. Inżynier kontraktu lub jego asystenci na bieżąco byli obecni na budowie. Kontrolowali przebieg prac i wydawali polecenia, również w formie ustnej. Roboty zamienne zostały odebrane bez zastrzeżeń. W dzienniku budowy nie było żadnych wpisów kwestionujących jakość ich wykonania, czy stwierdzających odstępstwo od projektu zamiennego.

W czasie wykonywania inwestycji nie był ustanowiony bieżący nadzór geologiczny.

W dniu 24 września 2010r. roku Przedsiębiorstwo (...) w O. dokonało inspekcji rurociągów przy pomocy kamery poruszającej się w ich wnętrzu. W wyniku tego badania ujawniono, że na odcinku S 55 do S 56 doszło wybożenia rurociągu w kierunku jeziora S. oraz jego rozszczelnienia. Na odcinku S 89 do S 90 nastąpiło natomiast przesunięcie na odcinku około 20 metrów oraz popękanie ścianek.

W piśmie z dnia 19.11.2010r. powód M. wystąpił do inżyniera kontraktu z wnioskiem o roboty dodatkowe mające na celu zabezpieczenie kanału sanitarnego DN 600 na odcinku S 89 + 25 – S 89 + 50 i koryta S. S. przed deformacją i przemieszczeniem w gruntach nienośnych. W tym piśmie wykonawca zaproponował rozwiązania tego problemu.

W dniu 26.11.2010r. inżynier rezydent umieścił na nim adnotację : „Akceptuję rozwiązanie. Roboty nie mogą być rozliczone ze względów formalnych - czas na zawarcie umowy na roboty dodatkowe”.

Roboty uznano za ukończone na dzień 30 listopada 2010r. i dokonano ich odbioru w dniu 28 grudnia 2010r. Postanowiono, że kanał na odcinkach S 89 – S 90 i S 55 – S 56 zostanie naprawiony w okresie zgłaszania wad po opracowaniu programu naprawy i zatwierdzeniu przez inżyniera, i zamawiającego w terminie do 31.05.2011r. Odcinki z owalizacją rur zostaną naprawione do 15.04.2011r. Pod protokołem podpisał się, między innymi inżynier rezydent R. W. (1).

W piśmie z dnia 19.01.2011r., które wpłynęło do biura inżyniera kontraktu w dniu 24.01.2011r., wykonawcy na podstawie klauzuli 20.1 zgłosili roszczenie dodatkowej zapłaty, w związku z koniecznością wykonania w okresie zgłaszania wad robót naprawczych kanału sanitarnego DN 600 na odcinku S 89 – S 90.

W dniu 9.03.2011r. odbyło się spotkanie w biurze inżyniera kontraktu w celu „ustalenia sposobu rozwiązania uwag zawartych w protokole zdawczo-odbiorczym”. Ustalono, między innymi, że biuro projektowe zleci wykonanie dodatkowych odwiertów geologicznych w celu określenia głębokości występowania osadów nośnych. Po opracowaniu „geologii” zostanie zorganizowane kolejne spotkanie w celu określenia rozwiązania posadowienia odcinka (sposób stabilizacji dna). Wykonawca przygotuje wyceny możliwych rozwiązań.

W dniu 5.05.2011r. odbyła się narada na której uzgodniono, że do dnia 6.05.2011r. wykonawca sporządzi i dostarczy do inżyniera program naprawczy dotyczący odcinków S 55 – S 56 i S 89 – S 90 uzgodniony z biurem projektów.

W kwietniu 2011r. dr inż. A. B. i mgr A. O. sporządzili opinię geotechniczną kanalizacji sanitarnej na zlecenie spółki (...) z O., działającej z ramienia projektanta dokumentacji. Celem tych badań było określenie warunków gruntowo-wodnych w podłożu wykonanej kanalizacji sanitarnej w miejscowości O. pomiędzy studzienkami S 89 i S 90, gdzie zauważono deformację rurociągu. Dodatkowo wykonano badania w celu sprawdzenia przyczyn naruszenia stateczności skarpy rowu melioracyjnego. Badania te obejmujące wykonanie 7 odwiertów przeprowadzono w marcu 2011 roku.

W lipcu 2011 na zlecenie M. A. O. wykonał badanie gruntu w dnie wykopu w celu określenia głębokości zalegania gruntów słabonośnych oraz wysokości wody gruntowej pomiędzy studzienkami S 55-S 56, a w czerwcu – badanie gruntu między S 89 – S 90.

W sierpniu 2011r. na zlecenie M. prof. dr hab. inż. M. K. (1) opracował opinię geotechniczną. Jej celem było dokonanie analizy nośności podłoża gruntowego w strefie posadowienia ścianki szczelnej na czas robót wykonanej na podstawie rozwiązania projektowego z czerwca 2010 roku oraz sporządzenie opinii w sprawie posadowienia rurociągu w odniesieniu do przyjętego rozwiązania budowy kanału na odcinku oraz S 56 - S 55 według projektu zamiennego z czerwca 2010 roku. Na podstawie tej opinii opracowano program prac naprawczych. Autor opinii nie wykonywał własnych odwiertów.

W piśmie - wystąpieniu wykonawcy z dnia 07.09.2011r. - zgłaszano usunięcie awarii kanału sanitarnego S 55-S 56. Roboty obejmowały:

- wykonanie trwałej obudowy z grodziec stalowych długości 6 metrów,
- wymianę uszkodzonego rurociągu z rur kamionkowych na długości 53 metrów, wraz ze stabilizacją betonem podłoża na głębokości 80 cm poniżej dna kanału,
- roboty rozbiórkowe i demontażowe ławy betonowej i uszkodzonego kanału (odzyskano 25% rur).

Wykonawca oświadczył, że roboty wykonano według programu naprawczego z czerwca 2011 roku. W trakcie realizacji wprowadzono do niego zmiany, które uzyskały akceptację projektanta. Dotyczyły one:

- zakresu umocnienia wykopu grodzicami stalowymi,
- objęcie naprawą całego odcinka między studniami S 55-S 56 o długości 53 metrów,
- wykonanie otworów drenażowych w pozostawionej ścianie szczelnej.

Wartość wykonanych robót powód określał na 912.967,37 zł netto.

Przedłożone dokumenty zostały sprawdzone przez inwestora. Dokonał on także korekty kosztorysu wystawionego na kwotę 496.614,28zł za „Roboty dodatkowe dla zabezpieczenia przed przemieszczeniem kanału sanitarnego DN 600 i skarp koryta S. S. na odcinku S 89 + 23 – S 89 + 50” poprzez przyjęcie stawki roboczogodziny w wysokości 13 zł, zamiast 15 zł. Rozliczenie zostało więc zaakceptowane do kwoty 476.142,72 zł.

W piśmie z dnia 27.12.2011r. skierowanym do pozwanej, (...) odrzucił roszczenia dotyczące zapłaty kwot za naprawę kanałów na odcinkach S 55 - S 56 i S 89 – S 90.

W piśmie z dnia 23.07.2012r. pozwana poinformowała M., że przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające zaistnienie wad na odcinku S 55 – S 56 oraz S 89 - S 90 nie pozwoliły na przyjęcie, że powstały one z przyczyn niezależnych od wykonawcy. W tym piśmie zamawiający nie potwierdził także uznania roszczeń dokonanych przez inżyniera kontraktu pismami z 08.11.2011r., 18.07.2011r. i 09.08.2011r. Poinformował także, że nie widzi możliwości uznania wezwania do zapłaty z dnia 11.07.2012r. na kwotę 1.395.476,31 zł netto.

Rozdział 3 (...) dotyczy obowiązków i uprawnień inżyniera kontraktu. Określono w nim, że zamawiający wyznacza inżyniera, który będzie sprawował obowiązki przypisane mu w kontrakcie. Personel inżyniera będzie obejmował odpowiednio kwalifikowanych inżynierów i innych fachowców, zdolnych do wypełniania takich obowiązków. Inżynier nie będzie miał uprawnień do korygowania kontraktu. Inżynier może korzystać z uprawnień przypisanych mu w kontrakcie lub jednoznacznie z niego wynikających. Jeżeli wymaga się, aby inżynier uzyskał zgodę zamawiającego przed wykonaniem pewnych czynności, to taki wymóg winien być ustalony w Szczególnych Warunkach. Zamawiający zobowiązuje się nie nakładać dalszych ograniczeń na uprawnienia inżyniera z wyjątkiem przypadków, uzgodnionych z wykonawcą. Jeżeli jednak inżynier wykona czynność wymagającą zgody zamawiającego, to na potrzeby niniejszego kontraktu przyjmuje się, że zamawiający takiej zgody udzielił. Z wyjątkami, dla których w niniejszych warunkach postanowiono inaczej:

a) gdziekolwiek inżynier pełni obowiązki lub korzysta z uprawnień wymienionych lub wynikających z kontraktu, tam uważa się, że działa on w imieniu zamawiającego;

b) inżynier nie ma uprawnień do zwolnienia żadnej ze stron z żadnego obowiązku, zobowiązania ani odpowiedzialności objętej kontraktem; oraz

c) wszelkie zatwierdzenia, sprawozdania, świadectwa, zgody, badania, inspekcje, polecenia, powiadomienia, oferty, żądania, próby lub podobne działania inżyniera, włącznie z brakiem sprzeciwu, nie zwalniają wykonawcy z żadnej odpowiedzialności ponoszonej przez niego na mocy kontraktu, włącznie z odpowiedzialnością za błędy, pominięcia, rozbieżności i ich niedopełnienia. Inżynier może niekiedy scedować obowiązki i udzielić pełnomocnictwa asystentom, a także może odwołać takie cesje, czy też pełnomocnictwa. Takimi asystentami mogą być inżynier rezydent, czy też niezależni inspektorzy wyznaczeni do nadzorowania, czy też badaniach urządzeń, czy też materiałów. Cesje, udzielenie i odwołanie pełnomocnictwa winny być wydawane na piśmie i nie wejdą w życie, zanim jego kopie nie zostaną otrzymane przez strony[...]. W dowolnym czasie inżynier może wydawać wykonawcy polecenia lub dodatkowe albowiem zmienione rysunki, konieczne do wykonania robót oraz usunięcia wad, wszystko zgodnie z kontraktem. Wykonawca będzie przyjmował polecenia wyłącznie od inżyniera lub zależnie od przypadku, od jego upoważnionego asystenta, który uzyskał odpowiednie pełnomocnictwo na mocy niniejszej klauzuli. Jeżeli polecenie stanowi zmianę, to ma zastosowanie Rozdział 13 (zmiany i korekty). We wszystkich sprawach objętych kontraktem wykonawca stosuje

się do poleceń wydawanych przez inżyniera lub jego upoważnionego asystenta. Jeżeli to tylko możliwe, to te polecenia powinny być wydawane na piśmie. Jeżeli inżynier lub jego upoważniony asystent:

a) wydał polecenie ustne,

b) otrzyma pisemne potwierdzenie polecenia od wykonawcy lub w jego imieniu, w ciągu 2 dni roboczych po wydaniu polecenia, oraz

c) nie odpowie przez wydanie pisemnego odrzucenia, czy też polecenia w ciągu 2 dni roboczych po otrzymaniu takiego potwierdzenia,

to takie potwierdzenie będzie stanowiło pisemne potwierdzenie polecenia inżyniera lub jego upoważnionego asystenta, zależnie od przypadku. Rozdział 13, który dotyczy „Zmian i korekty” w pkt 3 określa, że jeżeli przed poleceniem zmiany inżynier zażąda oferty, to wykonawca winien odpowiedzieć tak szybko, jak będzie to możliwe odpowiedzieć na piśmie, składając:

a) opis proponowanej roboty, oraz program jej wykonania,

b) ofertę wykonawcy koniecznych zmian w programie stosownie do klauzuli 8.3 (programu) i czasu na ukończenie, oraz

c) ofertę wykonawcy odnośnie wyceny zmiany.

W rozdziale 20 pkt 1 określono, że jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do przedłużenia czasu na ukończenie, czy też do dodatkowej zapłaty na mocy jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub na innej podstawie związanej z kontraktem, to winien on powiadomić o tym inżyniera, opisując wydarzenie lub okoliczności dające podstawę do takiego roszczenia. Powiadomienie winno być przedstawione tak szybko jak tylko jest to wykonalne i nie później niż w ciągu 28 dni od dnia, w którym wykonawca dowiedział się lub powinien się dowiedzieć o danym zdarzeniu lub okolicznościach.

Sąd Okręgowy w swoich rozważaniach wskazał, że zgodnie z art. 354 § 1 kodeksu cywilnego dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno - gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Paragraf 2 tego przepisu określa, że wierzyciel powinien w taki sam sposób współdziałać w wykonaniu zobowiązania.

W niniejszej sprawie miało miejsce takie zgodne współdziałanie stron: wykonawców - powodów oraz pozwanego, którego reprezentował inżynier kontraktu. W toku realizacji inwestycji podmioty te miały z sobą bieżący kontakt. Niezwłocznie, wspólnie rozwiązywano pojawiające się problemy. Dobitym tego przykładem jest sporządzenie projektu zamiennego, gdy okazało się, że projekt pierwotny nie odpowiada warunkom rzeczywistości istniejącym w terenie. Inżynier kontraktu, reprezentowany przez inżyniera rezydentami oraz jego asystentów, na bieżąco i na co dzień nadzorował postęp prac wykonywanych przez powodów.

Współdziałanie stron w wykonaniu zadania istniało także wtedy, gdy okazało się już po wykonaniu pracy zgodnie z projektem zamiennym, że doszło do uszkodzeń na odcinkach S 55 - S 56 oraz S 89 - S 90. Powodowie otrzymali wówczas jednoznaczne polecenie od inżyniera kontraktu, że mają szukać rozwiązania tego problemu i w związku z tym przygotować stosowny projekt. Inżynier kontraktu także włączył się w rozwiązanie tego zagadnienia. Polecił bowiem spółce (...), która była jednym z członków konsorcjum projektantów, którego (...) był liderem, sporządzenie dodatkowych odwiertów. Powodowie także zlecili sporządzenie dodatkowych odwiertów.

Na wyraźne polecenie inżyniera kontraktu powodowie zlecili także profesorowi K. sporządzenie opinii. Nie dokonywał on własnych badań terenowych, czy odwiertów, lecz bazował na tych, które były wcześniej wykonane na zlecenie obu stron. Wykonana przez niego opinia nie była kwestionowana przez inżyniera kontraktu. Nie podnoszono także

zarzutów co do tego, że profesor M. K. (1) opierał się na wynikach badań wykonanych przez inne podmioty. Jego opinia stanowiła podstawę do wykonania prac, które miały usunąć powstałe nieprawidłowości i zapobiec ich ponownemu pojawieniu się. Inżynier kontraktu nie miał zastrzeżeń co do technologii zaproponowanej w opinii, a także sposobu i jakości prac wykonanych przez powodów. Dobrym tego dowodem jest niesporna w sprawie okoliczność, że inżynier kontraktu, reprezentowany przez inżyniera rezydenta R. W. (1), odebrał te prace, a także zaakceptował przedstawiony za nie rachunek, którego kwota odpowiada żądaniu niniejszego pozwu. Dopiero później, gdy nie następowała zapłata, a powodowie coraz intensywniej domagali się jej dokonania, inżynier kontraktu – (...) - uchylił się od oświadczeń złożonych przez inżyniera rezydenta. W ślad za tym również pozwana Gmina odmówiła uznania roszczeń powodów. Dopiero w tym momencie skończyło się współdziałanie stron.

W ocenie Sądu Okręgowego postępowanie inżyniera kontraktu okazało się nielojalne. Najpierw bowiem nakazywał powodom dalszą pracę i zapewniał o tym, że wszystkie sprawy formalne zostaną uzupełnione oraz, że zostanie dokonana zapłata za wykonane roboty, a następnie wycofał się ze swoich deklaracji. Uczynił to wtedy, gdy powodowie ponieśli już z własnych środków koszty, a roboty zostały zakończone. Wtedy inżynier kontraktu zaczął podnosić szereg argumentów, które są powtarzane w toku niniejszego procesu. Powodowie natomiast, w dobrej wierze wykonywali wszystko to, co nakazał im inżynier kontraktu. Ponięśli koszty związane z wykonaniem tego, co wspólnie z inżynierem kontraktu zostało ustalone. Nie otrzymali zwrotu tych wydatków i należnego wynagrodzenia.

Inżynier rezydent w czasie przesłuchania w charakterze świadka nie potrafił w sposób przekonujący wyjaśnić dlaczego odstąpił od swojego pierwotnego stanowiska. Powoływanie się przez niego, na to, że nie zapoznał się dokładnie z problemem, że „nie był na wykopie” (transkrypcja tom IX, k. 1768) może jedynie świadczyć o jego braku odpowiedzialności. Nie może to natomiast obciążać powodów. Zeznania tego świadka generalnie starają się umniejszyć jego odpowiedzialność i obarczyć nią powodów. Świadek ten starał się także podważyć opinię prof. M. K. (1), chociaż wcześniej tego nie czynił. Nie żądał wtedy uzupełnienia opinii. Nie domagał się, żeby powodowie zlecieli sporządzenie innej, przez innego rzeczoznawcę, ani sam takiej opinii nie zlecił. Stanowisko inżyniera rezydenta uległo zmianie dopiero pod wpływem późniejszych zdarzeń - odmowy wypłaty wynagrodzenia przez Gminę. Świadek ten nie kwestionował natomiast, że zaakceptował rachunek powodów. W swoich zeznaniach na pytanie dlaczego to zrobił odpowiedział, że zasugerował się opinią prof. K. i nie analizował zbytnio dokumentów (transkrypcja tom IX, k. 1768). Tłumaczenie to nie może odnieść zamierzonego skutku. Świadek ponosi odpowiedzialność za swoje działania i nie zwalnia go od niej przyznawanie się do braku staranności w wykonywaniu swoich zadań. Tłumaczenia świadka są nieudolną próbą przedstawienia okoliczności sprawy w sposób odbiegający od rzeczywistości. Jest bowiem sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, że osoba zajmująca odpowiedzialne stanowisko w procesie inwestycyjnym nie wie co robi podejmując decyzje w sprawie robót o wartości ponad 1,7 mln zł, odbierając je po wykonaniu i akceptując ich rozliczenie. Inżynier kontraktu (...) prezentował natomiast taką postawę, jakby inżynier rezydent nie był jego przedstawicielem, lecz osobą działającą na własny rachunek i ryzyko.

Obecnie podnoszony jest argument, że art. 139 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych wymaga, aby umowa o roboty dodatkowe była zawarta w formie pisemnej. Faktycznie, art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2013r. poz. 907 z zm.) przewiduje formę pisemną dla tej czynności i to pod rygorem nieważności. Skoro więc w niniejszym przypadku strony nie zawarły takiej umowy dotyczącej robót dodatkowych, to oznacza to, że czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Zachodzi więc przypadek nienależnego świadczenia określony w art. 410 § 2 k.c. Powodowie wydatkowali swoje własne środki, a Gmina z nich korzysta, gdyż obecnie inwestycja funkcjonuje już prawidłowo. Ma więc w tym przypadku miejsce zubożenie powodów i wzbogacenie Gminy – przepływ środków z majątku powodów do majątku Gminy. Poza tym, Gmina jest wzbogacona nie tylko przez to, że nie zwróciła powodom poniesionych przez nich wydatków na materiały i sprzęt, ale także przez to, że nie zapewniła im zysku, który uzyskaliby, gdyby otrzymali wynagrodzenie za te roboty.

W ocenie Sądu Okręgowego brak pisemnej umowy na dalsze prace obciąża przede wszystkim stronę pozwaną jako zamawiającego. Przede wszystkim to ona powinna zadbać o stronę formalną przedsięwzięcia i nie dopuszczać do wykonania prac nie znajdujących oparcia w umowie pisemnej. Inwestor dysponuje bowiem „sztabem” kompetentnych

urzędników, w tym prawników. Ma zdecydowanie większą świadomość doniosłości kwestii formalnych, zwłaszcza przy inwestycjach korzystających z dofinansowania unijnego, niż powodowie – podmioty gospodarcze skupione przede wszystkim na technicznej stronie przedsięwzięcia. Przerzucanie obecnie na powodów odpowiedzialności za brak umowy w formie pisemnej stanowi nadużycie prawa i argument ten nie może być uwzględniony - art. 5 k.c.

Zdaniem Sądu I instancji w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja określona w art. 411 pkt 1 k.c., która pozbawiałaby powodów możliwości dochodzenia świadczenia. Nie można bowiem zasadnie twierdzić, że powodowie wiedzieli, że nie byli do świadczenia zobowiązani, skoro ze strony inżyniera kontraktu, tj. inżyniera rezydenta, płynęły jednoznaczne polecenia dotyczące dalszego wykonywania prac. Inżynier ten wprost informował powodów, że umowa zostanie zawarta, a jedynie nastąpi to w terminie późniejszym. Powodowie wykonywali więc swoją pracę z taką świadomością, w dobrej wierze i zaufaniu do kontrahenta. Problemy zaczęły się w momencie, gdy trzeba było zapłacić za wykonane roboty.

Ponadto Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w niniejszej sprawie spełnienie świadczenia nastąpiło w „wykonaniu nieważnej czynności prawnej” – art. 411 pkt 1 k.c. (brak umowy w formie pisemnej). Także więc i z tej przyczyny powodowie mogą dochodzić swojego roszczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego bezzasadne jest też twierdzenie strony pozwanej oraz interwenienta, że wykonywanie prac przez powodów miało charakter usuwania wad powstałych na skutek złego wykonania robót w ramach projektu zamiennego, przez co miałyby dojść do uszkodzeń ujawnionych na skutek monitoringu rurociągu. Gdyby tak rzeczywiście było, to inżynier kontraktu nakazałby powodom usuwanie wad, a nie wykonanie robót dodatkowych, za które zgodził się wypłacić im wynagrodzenie. Usuwanie wad odbywa się natomiast na koszt wykonawcy, który w ten sposób ponosi ryzyko złego wykonania zobowiązania.

Sąd Okręgowy podkreślił, że roboty zamienne wykonane w roku 2010 zostały odebrane przez inżyniera kontraktu bez żadnych zastrzeżeń. Oprócz zeznań świadków znajduje to swoje jednoznaczne odbicie w dzienniku budowy oraz opinii biegłych, która potwierdziła brak takich wpisów. W dzienniku budowy nie było żadnych wpisów o wadliwym wykonywaniu robót zamiennych, czy też odmowie ich odebrania. Jednoznaczny wniosek w tym zakresie wypływa także z protokołu odbioru tych robót. Inżynier kontraktu – inżynier rezydent był obecny na placu budowy i wydawał polecenia na bieżąco, nawet w formie ustnej.

W ocenie Sądu Okręgowego podkreślić należy, że ustalenia dokonywane z inżynierem kontraktu - inżynierem rezydentem oraz jego oświadczenia były wiążące dla powodów. Pozwana nie wprowadziła do umowy klauzuli, która wymagałaby zatwierdzania przez nią decyzji inżyniera kontraktu. Obowiązywała więc zasada wyrażona w rozdziale 3 pkt 1 warunków (...). Postępowanie pozwanej Gminy także potwierdza fakt scedowania wszystkich kompetencji na inżyniera kontraktu. Dopiero bowiem, gdy powodowie zaczęli domagać się zapłaty, to Gmina zaczęła przeprowadzać własne ustalenia, które doprowadziły ją do zajęcia stanowiska o odmowie wypłaty. Nie kwestionowała natomiast tego, że wcześniej inżynier kontraktu uznał żądanie powodów za zasadne (zeznania świadka J. G.).

Zdaniem Sądu I instancji stanowisko inżyniera kontraktu – (...) było niekonsekwentne. Najpierw bowiem jego przedstawiciel – inżynier rezydent R. W. (1) współpracował z wykonawcą i akceptował jego propozycje, odebrał bez zastrzeżeń wykonane prace, zaakceptował ich rozliczenie, a potem, gdy powodowie zaczęli domagać się zapłaty, to inżynier kontraktu ze wszystkiego się wycofał i zaczął przytaczać różne argumenty mające w jego zamyśle obarczyć powodów odpowiedzialnością za powstanie usterek. Postępowanie takie było sprzeczne z zasadami współzycia społecznego - art. 5 k.c. Naruszało elementarne zasady pewności obrotu i uczciwości w stosunkach gospodarczych. Nie można dowolnie zmieniać swojego stanowiska w zależności od aktualnych potrzeb. W ocenie Sądu Okręgowego (...) chce w ten sposób całkowicie uwolnić się od odpowiedzialności za działania i decyzje osoby, która występowała w jego imieniu tj. inż. R. W. (1). Próba ta nie może być skuteczna w świetle przepisów zawartych w rozdziale 3 (...) oraz art. 430 k.c.

Sąd Okręgowy uznał, że należy ocenić jako nadużycie prawa także zarzucanie powodom przekroczenia terminu określonego w klauzuli 20 pkt 1 (...), w sytuacji gdy inżynier kontraktu – inżynier rezydent przyjmował od powodów

określone dokumenty, akceptował je i strony współdziałały z sobą w celu usunięcia powstałego problemu. Jeżeli inżynier kontraktu uznawałby jakiegokolwiek wnioski powodów za spóźnione, to powinien od razu dać temu wyraz. Stworzyłyby to dla nich jasną sytuację i pozwoliłyby uniknąć angażowania się w dalsze prace i ponoszenia na nie znacznych kosztów. W myśl art. 5 k.c. podnoszenie obecnie takich argumentów nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że pozwana i interwenient formułując różnorodne zarzuty pod adresem powodów pomijają jakiegokolwiek nieprawidłowości leżące po ich stronie. Na przykład, wskazał, że inżynier kontraktu nie zapewnił obecności geologa w trakcie wykonywania robót, chociaż zgodnie z rozdziałem III pkt 6 „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla inżyniera kontraktu” miał on obowiązek dostarczenia swoim specjalistom niezbędnego wsparcia i pomocy technicznej ze strony innych specjalistów, która może być niezbędna do właściwego wdrożenia umowy i wykonania kontraktu na roboty budowlane (na przykład dodatkowi inspektorzy w innych branżach np. drogowo-mostowej, telekomunikacyjnej, radca prawny, hydrogeolog (...)).

Sąd Okręgowy wskazał, że okoliczności istotne dla wyjaśnienia sprawy zostały ustalone w oparciu o zeznania świadków, dokumenty oraz opinię Politechniki (...) – pisemną i ustną. Dowody te są spójne, wzajemnie się uzupełniają i tworzą niesprzeczną całość (oprócz powołanych uwag dotyczących zeznań świadka R. W.). Dlatego Sąd dał im w pełni wiarę.

Podkreślił, że nie miało w sprawie znaczenia to, czy powodowie prawidłowo wykonali roboty zamienne na podstawie projektu z czerwca 2010r. Prace wykonywane w 2011r. nie miały charakteru usuwania wad przez wykonawcę, lecz robót dodatkowych. Sąd Okręgowy oddalił więc wnioski dowodowe o uzupełnienie opinii lub dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego.

Sąd I instancji oddalił także wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia wartości wykonanych robót. Wobec jej zaakceptowania przez inżyniera kontraktu – inżyniera rezydenta - podważanie obecnie tej wartości nie jest skuteczne.

Prawidłowo powodowie dochodzili odsetek od daty przypadającej po bezskutecznym upływie terminu określonego w wezwaniu do zapłaty – art. 476 k.c.

Pozwana przegrała sprawę i na podstawie art. 98 § 1 k.c. została zobowiązana do zwrotu kosztów procesu powodom. Stosując odpowiednio art. 105 § 2 k.p.c. przyznano solidarnie na rzecz powodów, skoro w ten sposób odpowiadają oni wobec pozwanej – por. 1.14 (a) (...). Na koszty te składały się kwoty:

- opłata od pozwu – 85.433,00 zł,
- wynagrodzenie pełnomocnika 28.800,00 zł,
- opłata skarbową od pełnomocnictw 34,00 zł,
- koszty opinii 23.247,00 zł.

Razem – 137.514,00 zł.

Sąd Okręgowy przyznał pełnomocnikowi powodów wynagrodzenie stanowiące wielokrotność stawki minimalnej, mając na uwadze jego bardzo duży nakład pracy oraz jego wkład w przyczynienie się do wyjaśnienia sprawy - § 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Przedstawiane przez pełnomocnika powodów argumenty i wnioski były prawidłowe, a zgłaszane dowodowy – celowe i prowadzące do wykazania rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

Apelację od powyższego wyroku złożyła pozwana Gmina M. O. oraz interwenient uboczny (...) spółka z o.o. w P..

Pozwana zaskarżyła wyrok w całości i zarzuciła:



1. nierozpoznanie sprawy co do jej istoty poprzez:

a. pominięcie zarzutu pozwanej i interwenienta ubocznego w zakresie wpływu wadliwego wykonawstwa przez powodów na powstanie wad, a tym samym na konieczność wykonania robót naprawczych, za które powodowie domagają się wynagrodzenia, mimo, że zbadanie tego zarzutu wymaga wiadomości specjalnych i mieści się w zakresie istoty sporu,

b. pominięcie zarzutu pozwanej i interwenienta ubocznego w zakresie żądania zweryfikowania wartości robót naprawczych, za które zapłaty domagają się powodowie, mimo, że zweryfikowanie tej wartości również mieści się w istocie sporu,

2. a nadto błędne ustalenia faktyczne w zakresie następujących okoliczności:

a. ustalenia, że milczenie inżyniera kontraktu oznacza zatwierdzenie wykonawstwa robót budowlanych zgodnie z projektem zamiennym, mimo, że zawarty kontrakt wprost wyklucza taką możliwość,

b. utraty możliwości kwestionowania przez pozwaną i interwenienta ubocznego prawidłowości i zgodności z projektem wykonanych robót budowlanych wobec ich odebrania przez inżyniera kontraktu, a tym samym zrzeczenia się roszczeń przez pozwaną w tym zakresie,

c. utraty możliwości kwestionowania przez pozwaną i interwenienta ubocznego wartości robót naprawczych wobec uprzedniego przyznania przez inżyniera zasadności roszczenia, a tym samym zrzeczenia się roszczeń przez pozwaną w tym zakresie mimo braku podstaw kontraktowych przyjęcia takiego sposobu wnioskowania,

d. wnioskowaniu o prawidłowości wykonania robót budowlanych i braku błędów wykonawczych oraz ich zgodności z projektem zamiennym z faktu braku stosownych zapisów w dokumentacji budowlanej, mimo oczywistej wadliwości takiego wnioskowania,

e. ustalenia, że Gmina M. O. scedowała na inżyniera kontraktu wszelkie swoje uprawnienia, a ustalenia inżyniera były wiążące i nieodwołane dla Gminy O., mimo oczywistej sprzeczności takiego ustalenia z treścią kontraktu, tj. w szczególności z klauzulą 3.1 Szczególnych Warunków Kontraktu,

f. ustalenia, że inżynier kontraktu – inżynier rezydent był obecny na placu budowy i wydawał polecenia na bieżąco, nawet w formie ustnej mimo oczywistej sprzeczności tych ustaleń z treścią zeznań inżyniera rezydenta,

g. ustalenia, że jedną z przyczyn wystąpienia wad jest niezapewnienie nadzoru geologa przez inżyniera kontraktu względnie inwestora, mimo, że tego wymogu nie dochowali powodowie mimo oczywistego zapisu w treści przekazanej im dokumentacji stanowiącej podstawę wykonanych robót;

3. naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zmiana stanowiska inżyniera kontraktu w zakresie akceptacji robót i ich prawidłowości (pomijając w tym miejscu, czy faktycznie taka akceptacja miała miejsce) narusza zasady współżycia społecznego mimo, że oczywiste jest, że inżynier kontraktu, jak każda osoba i każdy podmiot, ma prawo do popełnienia w tym zakresie błędu i do zmiany stanowiska w zależności od okoliczności i nowych dowodów,

4. naruszenia przepisów postępowania, mających istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, to jest w szczególności:

a. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia prawidłowości wykonania robót zgodnie z projektem zamiennym oraz związku stwierdzonego wadliwego wykonawstwa z wadami robót i koniecznością wykonania robót naprawczych, za które powodowie domagają się wynagrodzenia, mimo że stwierdzenie tej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych i taki wniosek dowodowy został zgłoszony,

b. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w zakresie weryfikacji wartości wykonanych robót naprawczych, mimo, że stwierdzenie tej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych i taki wniosek dowodowy został zgłoszony.

Wskazując na powyższe wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanej kosztów postępowania za pierwszą i drugą instancję, względnie
2. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, przy pozostawieniu temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania;

nadto wniosła o:

3. dopuszczenie dowodu z załączonej do apelacji dokumentu w postaci opinii technicznej dr M. B. na okoliczność potrzeby dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność związku pomiędzy wadami wykonawczymi, a zaistniałą awarią, prawidłowego odczytania opinii biegłych sądowych i rzeczywistych przyczyn zaistnienia awarii, a także z załączonego do tej opinii wykazu doświadczenia autora i bibliografii, na okoliczność rzetelności wiedzy fachowej osoby ją sporządzającej.

Interwenant uboczny zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania cywilnego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 286 k.p.c. poprzez niezaządanie dodatkowej opinii od powołanego w sprawie biegłego, tj. Politechniki (...) – Instytut (...) względnie powołanie nowego biegłego – naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy bowiem zadaniem biegłego było dokonanie oceny, czy dokumentacja projektowa na podstawie, której wykonano prace na odcinkach S55 – S56 oraz S89 – S90 była prawidłowa i czy powodowie wykonali swoje prace zgodnie z dokumentacją projektową. Biegli zaś wydali swoją opinie opierając się w przeważającej części na dokumencie prywatnym, jakim jest opinia sporządzona przez prof. K. na zlecenie powodów oraz na części akt przedmiotowego postępowania z pominięciem dokumentacji projektowej, na podstawie której powodowie wadliwie wykonali roboty, za naprawę których powodowie żądają zapłaty w niniejszej sprawie;

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów w ten sposób, iż:

- a. Sąd I instancji pominął zeznania biegłych, którzy stwierdzili, iż do wystąpienia wad na odcinkach S55 – S56 oraz S89 – S90 mogły się również przyczynić działania powodów polegające na niewłaściwym, tj. niezgodnym z dokumentacją projektową wykonaniem robót;

- b. Sąd I instancji uznał, że powodowie – podmioty gospodarcze skupione przede wszystkim na technicznej stronie przedsięwzięcia nie mają świadomości doniosłości kwestii formalnych, podczas gdy powodowie są profesjonalistami od lat realizującymi inwestycje w reżimie prawa zamówień publicznych,

- c. Sąd I instancji pominął treść wystąpienia powodów nr (...) z dnia 27 września 2011 roku, z którego wprost wynika, iż powodowie przystąpili do prac na odcinku S55 – S56 mając świadomość i przekonanie, iż przystępują do usuwania własnych wad wykonawczych;

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie przez Sąd I instancji sprzecznych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że:

- a) pomimo treści Świadczenia Przejęcia Robót z dnia 28 grudnia 2010 roku, inżynier kontraktu nie wzywał powodów do wykonania prac naprawczych a zlecał im roboty dodatkowe, podczas gdy w przedmiotowym protokole

nieprawidłowości stwierdzone na odcinkach S55 - S56 i S89 – S90 zostały określone jako wady wykonawcze, a powodowie zostali zobowiązani do ich usunięcia w Okresie Zgłaszania Wad w terminie do 31 maja 2011 roku;

b) pomimo opracowania przez powodów programu naprawczego, zgodnie z poleceniem inżyniera kontraktu, powodowie de facto nie wykonywali prac naprawczych a wykonywali roboty dodatkowe nie objęte zakresem przedmiotowym kontraktu powodów z pozwaną, podczas gdy zasady logiki i doświadczenia życiowego nakazują uznać, iż realizacja programu naprawczego ma na celu naprawę czegoś co jest wadliwe i w żaden sposób nie może zostać uznana jako świadczenie/wykonywanie robót dodatkowych;

c) pomimo treści klauzuli 3.1 Szczegółowych Warunków Kontraktu, inżynier kontraktu dokonał wiążących zarówno powodów jak i pozwaną, ustaleń w zakresie zmiany Kontraktu, podczas gdy zgodnie z klauzulą 3.1 zmiany i korekty Umowy zawartej pomiędzy powodami a pozwaną zastrzeżone były do wyłącznej kompetencji pozwanej;

d) pomimo braku pełnomocnictwa udzielonego przez pozwaną inżynierowi kontraktu, inżynier kontraktu skutecznie zaciągnął zobowiązanie do zapłaty powodom za wykonanie prac na odcinkach S55 – S56 oraz S89 – S90;

e) oświadczenia inżyniera kontraktu zawarte w pismach z dnia 8 listopada 2011 roku o numerze (...), z dnia 18 lipca 2011 roku o numerze (...), z dnia 9 sierpnia 2011 roku o numerze (...) są oświadczeniami woli a nie wiedzy, podczas gdy z treści Umowy zawartej pomiędzy powodami a pozwaną wynika, iż inżynier kontraktu nie miał prawa do składania oświadczeń woli w zakresie, w jakim mogłyby one spowodować zmianę Kontraktu co potwierdzili również powodowie poprzez zeznania świadka J. M., który stwierdził: „wydawało się nam, że po opinii inżyniera, zamawiający (...)”;

3. art. 232 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż powodowie w toku postępowania przez Sądem I instancji wykazali, iż nie wykonywali prac naprawczych na odcinkach S55 – S56 oraz S89 – S90 jak również wykazali wysokość szkody poniesionej wskutek wykonywania robót na przedmiotowych odcinkach;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

1. przepisu art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnej subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod normę prawną w zakresie oceny skutków oświadczeń woli co do roli i zakresu uprawnień inżyniera kontraktu, co doprowadziło do uznania, że inżynier kontraktu dokonał uznania roszczenia powodów, podczas gdy rola inżyniera kontraktu sprowadzała się do wydawania opinii i rekomendacji, na podstawie których ostateczne decyzje podejmowała pozwana;

2. przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do uznania przez Sąd I instancji, iż usuwanie wad stanowi przesłankę do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych w przypadku gdy realizacja takiego zamówienia jest niezbędna do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Ponadto wartość zamówienia dodatkowego nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia podstawowego;

3. przepisu art. 362 k.c. poprzez jego niezastosowanie, co doprowadziło do uznania przez Sąd I instancji, iż powodowie uprawnieni są do otrzymania zapłaty za wykonane prace naprawcze na odcinku S55 – S56 oraz S89 – S90 w pełnej żądanej wysokości, podczas gdy powodowie usuwali na przedmiotowych odcinkach wady, do powstania których sami się przyczynili;

4. przepisu art. 405 i art. 410 § 2 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w wyniku błędnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, co doprowadziło do uznania przez Sąd I instancji, iż doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej w wyniku świadczenia przez powodów na podstawie nieważnej czynności prawnej, która nie stała się ważna

po wykonaniu prac przez powodów, podczas gdy powodowie wykonywali swoje obowiązki wynikające z umowy nr (...), tj. usuwali wady stwierdzone podczas odbioru końcowego;

5. przepisu art. 411 pkt. 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie przez Sąd I instancji, iż w niniejszej sprawie nie można zastosować przedmiotowego przepisu bowiem pozbawiłoby to powodów możliwości dochodzenia świadczenia (vide: strona 12 uzasadnienia).

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. oddalenie powództwa w całości;
2. zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, a także opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Ewentualnie, w przypadku uznania przez Sąd II instancji, że zachodzą przesłanki do uchylenia wyroku Sądu I instancji, albo nie ma podstaw do jego zmiany, wniósł o:

1. uchylenie wyroku Sądu I instancji;
2. przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi, przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tym postępowaniu.

Powodowie w odpowiedzi na apelację pozwanej oraz interwenienta ubocznego wniósł o:

1. oddalenie apelacji pozwanej oraz apelacji interwenienta ubocznego w całości, jako oczywiście bezzasadnych;
2. zasądzenie od pozwanej oraz interwenienta ubocznego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, według norm przepisanych;

Nadto wniósł o pominięcie w myśl przepisu art. 162 k.p.c., jako podniesionych bez uprzedniego wniosku o wpisanie zastrzeżenia uchybienia przepisom postępowania do protokołu, następujących zarzutów:

1. naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. § 1 poprzez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia prawidłowości wykonania robót zgodnie z projektem zamiennym oraz związku stwierdzonego, wadliwego wykonawstwa z wadami robót i koniecznością wykonania robót naprawczych, za które powodowie domagają się wynagrodzenia;
2. naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. § 1 poprzez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w zakresie weryfikacji wartości wykonanych robót naprawczych.

Jednocześnie wniósł o:

1. oddalenie wniosku pozwanej o dopuszczenie dowodu z dokumentu, tj. opinii technicznej dr M. B. a także curriculum vitae dr M. B. jako spóźnionego, ponadto niemającego znaczenia dla rozstrzygnięcia danej sprawy, zmierzającego wyłącznie do przewlekłości postępowania.

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

Apelacja zarówno pozwanej jak i interwenienta ubocznego są bezzasadne.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne. Ponadto podziela wywiedzione w oparciu o te ustalenia konsekwencje prawne.

Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu (...) na okoliczność ustalenia czy roboty wykonane przez powoda na odcinku rurociągu S55 do S56 oraz S89 do S90 wykonane zostały prawidłowo, a w konsekwencji czy

wykończenie rurociągu na odcinku S55 do S56 w kierunku jeziora S. oraz jego rozszczelnienie i przesunięcie na odcinku S89 do S90 oraz popękanie było następstwem wadliwego projektu zamiennego czy też wadliwego wykonania przez powoda niezgodnego z projektem zamiennym.

Biegły w swojej opinii wskazał, że pozwana – Gmina M. O. przekazała powodowi projekt budowlany, opracowany na podstawie dokumentacji geotechnicznej opracowanej w 2006 roku, który zawierał rozwiązania projektowe, które podczas ich realizacji na odcinkach S55 do S56 i S89 do S90 nie sprawdziły się, ponieważ nie zawierały rozwiązań dostosowanych do faktycznych, panujących w tych rejonach warunków gruntowych. Badania geologiczne prowadzone dla potrzeb w/w projektu budowlanego nie wykazały bardzo zróżnicowanych warunków gruntowo-wodnych na podstawie których został opracowany w 2007r. projekt budowlany na odcinkach S55 – S56 oraz S89 – S90 bowiem wykonane zostały z za małym zagęszczeniem. Projekt zamienny sporządzony przez Biuro (...) w 2010r. dla odcinka S55 – S56 zakładał rozwiązania projektowe rurociągu, na trasie którego występuje jednakowy grunt, co skutkowało awarią na odcinku S55 do S56. Wykonane dodatkowe badania gruntowe w 2011r. w obszarze realizowanych odcinków S55 – S56 oraz S89 – S90 wykazały występowanie gruntów znacząco różniących się od tych na podstawie których został opracowany projekt budowlany z 2007r. oraz projekt zamienny dla S55 – S56 z 2010r. Projekt zamienny opracowany w kwietniu 2011r. dla odcinka S55 – S56 został opracowany na podstawie dodatkowych badań geologicznych gruntów, które znacząco różniły się od pierwotnych badań prowadzonych dla celów projektowych projektu opracowanego w 2007r. oraz dla projektu zamiennego z 2010r. Projekt zamienny opracowany w czerwcu 2011r. dla odcinka S89 do S90 został opracowany na podstawie dodatkowych badań geologicznych, uwzględniających występowanie faktycznego podłoża gruntowego. Projekty zamienne opracowane przez Biuro (...) w 2011r. pozwoliły na bezawaryjne wykonanie robót na tych odcinkach, ponieważ przyjęte rozwiązania projektowe uwzględniały aktualne, rzeczywiste warunki gruntowe, panujące w terenie na trasie budowanego kolektora sanitarnego. Wymienione projekty zamienne, opracowane przez N. (...) Biuro (...) nie zawierały części opisowej a tylko części rysunkowe, co pozwalało Inżynierowi Kontraktu, Nadzorowi Inwestorskiemu i Projektantowi w podejmowaniu decyzji i wydawanie poleceń na roboczo w trakcie realizacji zadania. Przykładem jest sporządzona notatka z dnia 26.07.2011r. pod którą podpisał się Kierownik Budowy M. K. (2) i Projektant J. L.. Brak części opisowej w projektach zamiennych był dodatkowym utrudnieniem dla powoda w realizacji tego zadania. Projekty zamienne zostały opracowane według nowej technologii robót, różniącej się od przyjętych rozwiązań w projekcie budowlanym, co wiązało się z wykonywaniem przez powoda robót innych, dodatkowych. Roboty budowlane były wykonywane zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową oraz ustaleniami dokonywanymi w trakcie realizacji zadania, potwierdzone protokołami z narad odbywających się u Inżyniera Kontraktu oraz wpisami w Dzienniku Budowy. W dziennikach Budowy nie zostały odnotowane żadne wpisy o wykonywaniu robót przez powoda, niezgodnie z dokumentacją co oznacza, że wszelkie zmiany były uzgadniane i akceptowane przez Inżyniera Kontraktu oraz przez sprawowany Nadzór Inwestorski.

Biegły po dokładnej analizie całokształtu materiału dowodowego stwierdził, że bez dokładnych badań geologicznych wykonanych w 2011r., a więc już po protokólnym odbiorze całego zadania inwestycyjnego tj. 28 grudnia 2010r., praktycznie niemożliwe było właściwe zaprojektowanie i wykonanie kolektorów kanalizacyjnych zarówno odcinka S55 do S56 jak i S89 do S90. Istniejące, bardzo skomplikowane warunki gruntowe, wymusiły podjęcie przez projektanta decyzji o pozostawieniu w terenie trwałej obudowy ze ścianek szczelnych, mocno zakotwionych w grunt nośny na ca 2,0m wraz z rozporami (powstała swojego rodzaju skrzynia) co z pewnością zapewnia stabilność wybudowanego kanału. Podkreślił, że przyjęte rozwiązania projektowe wg projektu pierwotnego z 2007r. dla omawianych odcinków jak również wg projektu zamiennego z kwietnia 2010r. dla S55 – S56 nie sprawdziły się w ich realizacji. Przyjęte w dokumentacji rozwiązania projektowe nie były dostosowane do odmiennych warunków geologicznych panujących w terenie, co w konsekwencji skutkowało awarią. Powód wykonał roboty budowlane na odcinkach S55 do S56 i S89 do S90 według innej technologii w sposób prawidłowy, zgodnie z projektami zamiennymi z 2011r. (opinia biegłego A. G. k. 2221-2241).

Biegły przesłuchany na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym w całości podtrzymał swoją opinię złożoną do akt sprawy oraz twierdzenia zawarte w piśmie zawierającym odpowiedź na zarzuty stron w stosunku do opinii zasadniczej (pismo k. 2317 – 2323). Dodatkowo biegły na rozprawie wskazał, że zastosowane rozwiązanie w postaci rusztu – okazane

na zdjęciach k. 2261 – jest rozwiązaniem stosowanym na budowach i wykonawca nie miał podstaw przypuszczać, że nie zda egzaminu. Ponadto biegły w trakcie przesłuchania podkreślił, że na każdym etapie wykonywania prac przez wykonawcę inspektor nadzoru powinien sprawdzać jak wykonywane są prace i jeżeli były odstępstwa i prace nie były wykonywane w sposób prawidłowy to inspektor nadzoru powinien powiadomić inżyniera kontraktu i umieścić adnotacje w dzienniku budowy. Także adnotacje o wykonywaniu prac niezgodnie z projektem do dziennika budowy nie zostały wpisane. Rozwiązania zastosowane przez wykonawcę musiały być akceptowane przez inspektora nadzoru.

Sąd Apelacyjny w całej rozciągłości dał wiarę opinii biegłego A. G., została ona sporządzona po szczegółowej i wnikliwej analizie całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie, w oparciu o fachową i specjalistyczną wiedzę z zakresu (...). W szczególności biegły przeanalizował znajdującą się w aktach sprawy dokumentację projektową oraz inne dokumenty w tym dokumentację powykonawczą i dziennik budowy.

Strona pozwana oraz interwenient uboczny w ocenie Sądu II instancji nie zdołali skutecznie opinii tej podważyć. Nadto dodać należy, że główne wnioski opinii pokrywają się z wnioskami wynikającymi z opinii sporządzonej przez Instytut (...) (k. 1930).

Przechodząc do zarzutów apelacji pozwanej Gminy O. stwierdzić należy, iż wobec dopuszczenia przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłego z zakresu (...) zarzut nierozpoznania istoty sprawy jest bezzasadny. Biegły sporządził opinię zgodnie z zakreśloną tezą dowodową co pozwoliło Sądowi Apelacyjnemu na ustalenie czy wady rurociągu powstały z przyczyn zawinionych przez stronę powodową czy też przyczyny te leżą po stronie inwestora. Biegły po zapoznaniu się z dokumentacją dotyczącą budowy spornej inwestycji kategorycznie stwierdził, że roboty budowlane wykonane były zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową oraz ustaleniami dokonanymi w trakcie realizacji zadania. Ustalenia te dokonywane były każdorazowo na naradach z Inżynierem Kontraktu. W Dzienniku Budowy podstawowym dokumencie ewidencyjnym wszystkich zdarzeń budowlanych na prowadzonej budowie nie odnotowano żadnych wpisów o wykonywaniu robót przez powoda niezgodnie z dokumentacją. Oznacza to zdaniem biegłego, iż wszelkie zmiany były uzgadniane i akceptowane przez Inżyniera Kontraktu i Nadzór Inwestorski. W ocenie Sądu Apelacyjnego takie twierdzenia biegłego znajdują oparcie w przepisach prawa oraz Warunkach Kontraktu (...). Obowiązki uczestników procesu budowlanego szczegółowo zostały uregulowane w przepisach prawa budowlanego – art. 21a-25. Inspektor Nadzoru ustanowiony jest przez Inwestora i do jego podstawowych obowiązków należy sprawowanie kontroli zgodności realizacji inwestycji przez wykonawcę z projektem, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Na wypadek stwierdzenia wykonywania robót w sposób, który może spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem inspektor nadzoru może wydawać kierownikowi budowy polecenia potwierdzane wpisem do dziennika budowy dotyczące usunięcia nieprawidłowości, żądać od kierownika budowy dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych – art. 26 prawa budowlanego. W szczególności wskazać należy, że do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy zgłaszanie inwestorowi do sprawdzenia lub odbioru wykonanych prac ulegających zakryciu lub zanikających (art. 22 pkt 7 pr. budowlanego), a do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy sprawdzenie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających.

Biegły A. G. po dokładnej analizie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego nie stwierdził w dokumentacji procesu budowlanego żadnych zapisów tego rodzaju o jakich mowa w art. 26 pr. budowlanego. Zatem w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że podczas wykonywania robót przez powoda miało miejsce zgodne współdziałanie stron, a wszelkie zmiany w stosunku do projektu były uzgadniane i akceptowane przez nadzór inwestorski. Pozwany w toku postępowania, jak również w uzasadnieniu apelacji nie wskazał okoliczności przeciwnych.

Za niezasadny zatem należy uznać zarzut skarżącej Gminy błędnych ustaleń faktycznych polegających na wnioskowaniu o prawidłowości wykonania robót budowlanych i braku błędów wykonawczych oraz ich zgodności z projektem zamiennym z faktu braku stosownych zapisów w dokumentacji budowlanej, mimo oczywistej wadliwości takiego wnioskowania, ustalenia, że milczenie inżyniera kontraktu oznacza zatwierdzenie wykonawstwa robót budowlanych zgodnie z projektem zamiennym.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można również zgodzić się z pozostałymi zarzutami dokonania przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy dotyczących ustalenia, że inżynier kontraktu był obecny na placu budowy i wydawał polecenia na bieżąco. Nawet jeżeli zaniechał tego obowiązku to działał niezgodnie z przepisami prawa budowlanego i nie może z tego wywodzić pozytywnych skutków prawnych. Wszelkie zaniechania ze strony nadzoru inwestorskiego wynikające bądź wprost z przepisów prawa bądź postanowień kontraktu nie mogą obciążać powoda. Wobec braku wpisów w dzienniku budowy uwag inspektora nadzoru przyjąć należy, że proces budowlany, po stronie wykonawcy realizowany był prawidłowo. Strona pozwana nie wykazała okoliczności przeciwnych. Sam fakt stwierdzenia wad inwestycji po dokonanych odbiorze nie stwarza domniemania, że winę za to ponosi wykonawca.

Zgodzić natomiast należy się z twierdzeniami pozwanej, iż Gmina nie scedowała na inżyniera kontraktu wszelkich swoich uprawnień, co w konsekwencji wobec uznania roszczenia powodów o zapłatę przez R. W. (1), miało skutkować zrzeczeniem się roszczeń przez pozwaną z tytułu usunięcia wad.

Jednakże wobec zaistniałego sporu należało ustalić, czy uszkodzenie rurociągu S55 do S56 i S89 do S90 powstało na skutek wadliwego wykonania robót przez powoda.

Z opinii złożonych do akt wynika, że na terenie objętym inwestycją panowały złożone i trudne warunki glebowe, które nie zostały należycie rozpoznane zarówno do projektu pierwotnego sporządzonego w 2007r. jak i zamiennego z 2010r. (zeznania M. K. k. 1813v – 1828v), opinia Politechniki (...) Instytutu (...) k. 1929, opinia inż. A. G. k. 2221 – 2241). Dopiero dokładne badania geologiczne wykonane po stwierdzeniu uszkodzenia rurociągu w 2011r. możliwe było właściwe zaprojektowanie i wykonanie kolektorów kanalizacyjnych.

Opracowanie projektu budowlanego i stosowanie do potrzeb innych projektów należy do obowiązków inwestora – art. 18 pr. budowlanego. Wady projektu spowodowane nieprawidłowo wykonanymi badaniami geologicznymi nie mogą obciążać powoda. Dodatkowo wskazać należy, że w trakcie całego procesu budowlanego brak było nadzoru geologicznego bądź geotechnicznego, który na bieżąco mógłby reagować na występujące w terenie zmiany i trudności. Na brak nadzoru geologicznego zwrócił uwagę zarówno biegły A. G. jak i biegli z Instytutu (...). Wbrew twierdzeniom pozwanej Gminy z materiału dowodowego nie wynika aby nadzór geologa miał obowiązek zapewnić w pierwszym rzędzie wykonawca. Skarżąca w apelacji nie wskazała z którego z zapisów kontraktu taki obowiązek wynika. Sąd Apelacyjny w powyższym zakresie podziela stanowisko Sądu I instancji, który wskazał, iż obowiązek ustanowienia nadzoru geologa bądź geotechnika na podstawie postanowienia zawartego w rozdziale III pkt 6 Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia dla Inżyniera Kontraktu rozdział III pkt 6 (k. 441) obciążał inżyniera kontraktu.

Wobec powyższego za niezasadny należało uznać zarzut błędnego ustalenia faktycznego, że jedną z przyczyn wystąpienia wad jest niezapewnienie nadzoru geologa przez inżyniera kontraktu względnie inwestora, mimo, że tego wymogu nie dochowali powodowie mimo oczywistego zapisu w treści przekazanej im dokumentacji stanowiącej podstawę wykonanych robót.

Podsumowując powyższe rozważania w ocenie Sądu Apelacyjnego stwierdzić należy, że uszkodzenie rurociągu na odcinkach S55 do S56 i S89 do S90, wbrew twierdzeniom pozwanego, nie powstało na skutek wadliwego wykonania inwestycji przez wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w zakresie weryfikacji wartości wykonanych robót naprawczych, mimo, że stwierdzenie tej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych i taki wniosek dowodowy został zgłoszony. Pozwana w żaden sposób nie zakwestionowała w apelacji ani w toku całego procesu wartości robót naprawczych. W szczególności nie usiłowała nawet wskazać w jakim zakresie kosztorys ten jest zawyżony. Twierdzenia o nieprawidłowym sporządzeniu kosztorysu nie zostały w apelacji uzasadnione, samo twierdzenie, że weryfikacja jego wymaga wiadomości specjalnych jest w ocenie Sądu II instancji niewystarczająca. Gmina posiada wyspecjalizowane służby, które były w stanie zweryfikować przedłożony przez powoda kosztorys pod względem merytorycznym. Brak takiej weryfikacji w ocenie

Sądu Apelacyjnego świadczy o gołosłowności postawionego zarzutu tym bardziej, że przed wdaniem się w spór kosztorys ten został skorygowany jedynie w zakresie stawki wynagrodzenia za jedną roboczogodzinę (obniżenie z 15 zł do 13 zł) co nie było kwestionowane przez powoda.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż apelacja pozwanej jako bezzasadna nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do apelacji interwenienta ubocznego stwierdzić należy, że część jej zarzutów powiela zarzuty apelacji pozwanej Gminy M. O..

Z uwagi na dopuszczenie na etapie postępowania apelacyjnego dowodu z opinii biegłego z zakresu (...) A. G. zarzut naruszenia art. 286 k.p.c. należy uznać za nieuzasadniony. Wnioski z opinii oraz wywiedzione z nich konsekwencje prawne zostały powyżej omówione. Sąd Apelacyjny również w niniejszym uzasadnieniu wskazał z jakich przyczyn w jego ocenie nie można przypisać powodom wadliwego wykonawstwa inwestycji. W konsekwencji nie można przyjąć, iż powodowie prowadzili prace naprawcze wadliwie wykonanej przez siebie instalacji wodociągowej, a co najwyżej można mówić o pracach naprawczych zniszczonej instalacji wykonanych w ramach robót dodatkowych. Podkreślić bowiem jeszcze raz z całą stanowczością należy, że biegły inż. A. G. stwierdził, że rozwiązania projektowe zarówno w 2007r. jak i 2010r. wykonane zostały o źle rozpoznane warunki geologiczne terenu i nie sprawdziły się w trakcie realizacji. Natomiast, o czym była już wyżej mowa, w dzienniku budowy brak jakichkolwiek zastrzeżeń co do nieprawidłowości wykonywanych robót na którymkolwiek odcinku.

Wobec powyższego za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia prawa procesowego – art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów oraz dokonanie sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaleń faktycznych.

Sąd Apelacyjny również wypowiedział się powyżej co do zakresu uprawnień inżyniera kontraktu w świetle dokonanego przez niego uznania roszczenia powodów. Nie oznacza to jednak, że nieskuteczność tego oświadczenia zwalnia pozwanych od zapłaty na rzecz powodów za wykonane roboty w oparciu o dokonane przez Sąd ustalenia i ich konsekwencje prawne wynikające z przepisów prawa cywilnego. Podnoszony przez interwenienta zarzut naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych w istocie sprowadza się do zarzucenia Sądowi I instancji niewłaściwego ustalenia stanu faktycznego sprawy, tj. uznania że realizowane przez powodów roboty nie stanowiły prac naprawczych, tylko prace dodatkowe, objęte wykraczającym poza zakres pierwotnie ustalonego wynagrodzeniem. Powyższe ocenione musi być w kontekście niewykazania przez pozwanego i interwenienta, że roszczenie powodom jest nienależne, a to w sytuacji w której opinia biegłego, zebrany materiał dowodowy wskazują na zasadność stanowiska powodów.

Ponadto Sąd I instancji prawidłowo uznał, że brzmienie przepisu art. 139 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (zawarcie umowy o roboty budowlane wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności) nie eliminuje roszczenia powoda względem pozwanego, gdyż dana regulacja oddziałuje tylko na zmianę podstawy prawnej wierzytelności powoda, a nie determinuje jej nieistnienia. Tym samym postanowienia ustawy Prawo zamówień publicznych, wbrew twierdzeniom przeciwników procesowych powodów, nie przenoszą na grunt stosunków cywilnoprawnych takich skutków, że blokują i eliminują możliwość powstawania jakichkolwiek wierzytelności i roszczeń.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych należy uznać za chybiony.

Za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 362 k.c. Przepis art. 362 k.c. znajduje zastosowanie do odpowiedzialności odszkodowawczej, zatem zarzut ten jest bezprzedmiotowy w dalszej sprawie. Ponadto należy zwrócić uwagę, że ani pozwany ani interwenient uboczny w toku postępowania przed Sądem I instancji nie podnosił tego zarzutu. Twierdzenie pozwanego oraz interwenienta ubocznego co do błędów wykonawczych nie zostały poparte



wiarygodnymi dowodami i pozostają w sprzeczności z opinią biegłego inż. A. G.. Zarzut przyczynienia podnoszony dopiero w apelacji uznać należy za spóźniony.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 405 i 410 § 2 k.c. oraz 411 k.c. wskazać należy, że są to zarzuty naruszenia prawa materialnego. Z uzasadnienia apelacji wynika zaś, że zarzut ten sprowadza się do zarzucenia dokonania przez Sąd I instancji nieprawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie uznania roszczenia przez pozwaną, stwierdzenia prawidłowości wykonania prac przez powoda, przebiegu procesu budowlanego. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji w sposób właściwy określił podstawę prawną swego rozstrzygnięcia. W doktrynie i orzecznictwie powszechnie aprobowane jest stanowisko, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd Okręgowy wyraźnie wskazał, iż strona powodowa wykonała roboty o charakterze robót dodatkowych, co do których nie została zawarta pomiędzy stronami umowa w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Skoro strony takiej umowy nie zawarły zgodzić należy się ze stanowiskiem, że czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna, powodowie wydatkowali środki, a Gmina z nich korzysta. Zatem po stronie Gminy nastąpiło przysporzenie majątkowe kosztem powoda.

Mając powyższe na uwadze apelację interwenienta należało uznać za nieuzasadnioną.

Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. oddalił obie apelacje wobec ich bezzasadności. O kosztach orzeczono na mocy art. 98 k.p.c.