

Sygn. akt I A Ca 26/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Kuczyńska (spr.)
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Magdalena Pankowicz
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O., obecnie Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O.**

przeciwko **Skarbowi Państwa - Nadleśnictwu K. w K.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji **pozwanego**

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 30 października 2012 r. sygn. akt I C 639/10

**I. prostuje w zaskarżonym wyroku oznaczenie strony pozwanej przez zastąpienie oznaczenia Skarb Państwa – Nadleśniczy Nadleśnictwa K. oznaczeniem Skarb Państwa - Nadleśnictwo K. w K.;**

**II. oddala apelację;**

**III. zasądza od pozwanego Skarbu Państwa - Nadleśnictwa K. w K. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów procesu instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe (...) Sp. z o.o. w O. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa reprezentowanego przez Nadleśniczego w K. kwoty 172.048,01 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4

lipca 2009r. do dnia zapłaty i kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu podał, że strony zawarły umowę na przeprowadzenie kapitalnego remontu i modernizacji budynku biurowego Nadleśnictwa w K.. Ustaliły wynagrodzenie niezmiennie, które obejmowało kompleksową realizację robót objętych umową. Ustalone wynagrodzenie zostało uznane przez obie strony jako wynagrodzenie ryczałtowe. Po zakończeniu robót strony podpisały protokół z końcowego odbioru i powód wystawił fakturę Vat nr (...) na kwotę 172.048,01 zł, jako różnicę pomiędzy umownym wynagrodzeniem ryczałtowym 1.548.138,75 zł, a wcześniej wystawianymi fakturami na łączną kwotę 1.376.090,74 zł. Do zapłaty zostaje zatem kwota 172.048,01 zł. Pozwany odmówił zapłaty za końcową fakturę.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Zaprzeczył, aby w umowie strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe. Wskazał, iż nie wypłacił powodowi wynagrodzenia wynikającego z kalkulacji całego zamierzenia z uwagi na niezrealizowanie przez niego przedmiotu umowy w zakresie wskazanym w kosztorysie ofertowym. Podał, że powód otrzymał wynagrodzenie za całość wykonanych prac, które zostały ujęte w ksiązkach obmiarów i kosztorysach powykonawczych. Stwierdził, że strony umówiły się na niezmiennie wynagrodzenie za wykonanie całości szczegółowo określonych prac remontowych i zgodnie rozliczyły ustalone, częściowe wykonanie prac.

Sąd Okręgowy w Olsztynie wyrokiem z dnia 30 października 2012 r. zasądził od pozwanego Skarbu Państwa – Nadleśniczego Nadleśnictwa K. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo (...) sp. z ograniczoną odpowiedzialnością w O. kwotę 172.048,01 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 lipca 2009 r. do dnia zapłaty (pkt I), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 13.720 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 19 lipca 2007r. powód zawarł z pozwanym umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie kapitalnego remontu i modernizacji budynku biurowego Nadleśnictwa w K., zgodnie z opracowanym przez zamawiającego projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiarem robót. Podpisanie umowy nastąpiło w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, który wygrał powód. Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, która wskazywała, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa budowa polegająca na wymianie pokrycia dachowego z blachodachówki na blachówkę ceramiczną esówkę wraz z wykonaniem docieplenia połączenia dachowej, wstawieniu okien dachowych, przebudowie wszystkich kominów wentylacyjnych, wymianie stolarki drzwiowej i częściowo okiennej, wymianie podłóg i posadzek, wymianie instalacji centralnego ogrzewania, wodno-kanalizacyjnej, instalacji elektrycznej, telefonicznej, komputerowej, wymianie urządzeń sanitarnych z wybudowaniem pomieszczeń sanitariatów, renowacji elewacji poprzez oczyszczenie i zakonserwowanie środkami chemicznymi.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zobowiązał oferentów do dołączenia szczegółowego kosztorysu ofertowego. Wskazał, że cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, nie może ulec wymianie przez okres ważności oferty i musi wynikać z opracowanego ofertowego kosztorysu szczegółowego dołączonego do oferty. Za niewłaściwe zaś opracowanie oferty, tj. zniżenie ceny odpowiedzialność miał ponosić wykonawca, który w trakcie wykonywania zamówienia nie mógłby żądać dodatkowej zapłaty. W umowie z dnia 19 lipca 2007r. strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, wynikające z kosztorysu ofertowego w wysokości 1.548.138,75 zł. Stwierdziły, że w powyższej cenie uwzględniono wszystkie koszty wymaganych prac niezbędnych do prawidłowego wykonania zadania i, że tak ustalone nagrodzenie, obejmujące kompleksową realizację zadania inwestycji, jest niezmiennie. W § 4 umowy strony ustaliły, że faktury częściowe będą opłacane zgodnie z przyjętym przez zamawiającego harmonogramem wykonanych elementów budynku, podstawą zaś do wystawienia faktury częściowej miał być protokół odbioru zakończonego elementu.

Jak ustalił Sąd Okręgowy, w toku realizacji umowy powód w porozumieniu i za zgodą pozwanego, wykonywał roboty zamienne w miejsce pierwotnego zakresu robót, wynikającego z dokumentacji technicznej i harmonogramu rzeczowego inwestycji. Zrezygnowano z części projektowanych prac, niektóre z elementów wbudowanych w obiekt nie były przewidziane w wersji projektowej. W dniu 22 grudnia 2007r. komisja składająca się z przedstawicieli stron sporządziła protokół, w którym wskazała na konieczność wykonania robót uzupełniających, których nie można było przewidzieć na etapie opracowywania projektu budowlanego i których wykonanie było niezbędne. Zawniosowała

o wystąpienie do wykonawcy o dokonanie wyceny robót uzupełniających zgodnie z § 6 pkt 5 umowy z 19.07.2007r. Pismem z dnia 12 maja 2008r. pozwany zwrócił się do powoda o podanie cen wskazanych w piśmie robót zamiennych, m.in. zamiany dachówki ceramicznej „karpkówki” na dachówkę „esówkę”. Pismem z dnia 28 maja 2008r. powód poinformował o wysłaniu pozwanemu kosztorysów różnicowych na wskazane roboty zamienne i wyjaśnił, że zgodnie z zapisem XV SIWZ i projektem technicznym wycenił w swej pierwotnej ofercie wykonanie pokrycia dachu z dachówki ceramicznej „esówki” i wykonuje prace w tej technologii bez zmiany wartości wynagrodzenia. Pozwany, reprezentowany przez inspektora nadzoru inwestorskiego, w dwóch pismach z 30 maja 2008r. poinformował powoda, że nie może zaakceptować rozliczenia na podstawie kosztorysu ofertowego pokrycia dachu i rozliczenia należy dokonać na podstawie zakresu wykonanych robót, w przedstawionej zaś kalkulacji na roboty zamienne jego zdaniem wystąpiły uchybienia. Podał także, że całość zadania ma być rozliczona powykonawczo, na podstawie obmiaru robót. Powód na żądanie pozwanego sporządzał kosztorysy powykonawcze na podstawie księgi obmiarów, które były korygowane przez inspektora nadzoru. Wartość planowanego wydatku na remont pokrycia dachu na budynku głównym i dobudówkach, według oferty złożonej przez powoda, została ustalona przez niego na kwotę 193.628,26 zł netto. Według kosztorysu powykonawczego wartość robót wyniosła 89.806,69 zł netto.

Z dalszych ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że w dniu 20 czerwca 2008 r. powód wystawił fakturę Vat nr (...) na kwotę 147.931,23 zł, jako zapłatę za wykonanie części robót. Pozwany uiścił kwotę wynikającą z tej faktury.

W dniu 21 lipca 2008 r. przedstawiciele obu stron podpisali protokół uzgodnień zmian i robót dodatkowych, których konieczność wykonania wynikała w czasie prowadzonych robót budowlanych. Pismem z dnia 12 sierpnia 2008r. Nadleśniczy Nadleśnictwa K. zwrócił się do powoda o kontynuowanie rozliczenia inwestycji kosztorysem powykonawczym, sporządzonym na podstawie zaakceptowanych obmiarów rzeczywiście wykonanych i przedstawionych w ofercie czynników cenotwórczych. W odpowiedzi powód pismem z dnia 21 sierpnia 2008r. poinformował pozwanego, że nie wyraża zgody na zaproponowaną formę rozliczenia na podstawie kosztorysu powykonawczego, gdyż z zakresu umownego wyłączono większość elementów robót, lepiej wycenionych w KNR, których wycena pozwoliła mu na kosztorysowanie pozostałych robót po tzw. kosztach. Zaproponował rozliczenie inwestycji kosztorysem powykonawczym, ale sporządzonym na podstawie raportowanych przez niego podstaw do jego wyceny, aktualnych cen materiałów budowlanych i innych, niż w ofercie wskaźników cenotwórczych dostosowanych do wykonanych robót.

W dniu 28 sierpnia 2008r. strony zawarły pisemny aneks do umowy z 19 lipca 2008r., w którym uchyliły § 4 przedmiotowej umowy i ustaliły, że za roboty wykonane do dnia zawarcia aneksu zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie szacunkowe w kwocie 500.000 zł + podatek VAT, płatne na podstawie dwóch faktur na kwoty 300.000 zł netto i 200.000 zł netto. W aneksie strony ustaliły, że pozostała część wynagrodzenia zostanie wypłacona jednorazowo w terminie 30 dni od dnia doręczenia zamawiającemu faktury końcowej, a wykonawca wystawi fakturę końcową po dokonaniu przez zamawiającego końcowego bezusterkowego odbioru robót. Pozwany uregulował ustaloną w aneksie kwotę.

Jak ustalił Sąd Okręgowy, w dniu 24 października 2008r. powód zgłosił zakończenie całości robót wykonanych według umowy z 19 lipca 2008r. i wniósł o wyznaczenie terminu odbioru końcowego wykonanego zadania. Ostateczny protokół końcowego odbioru robót strony podpisały 21 grudnia 2008r. Strony ustaliły, że stwierdzone usterki zostaną przez wykonawcę usunięte do 29 maja 2009r. W dniu 23 lutego 2009r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 425.468,75 zł brutto, która została uregulowana przez pozwanego w całości. W dniu 20 marca 2009r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 192.690,74 zł, która została uregulowana przez pozwanego, częściowo przez kompensatę. Łączna kwota wynikająca z wystawionych przez powoda faktur wyniosła 1.376.090,72 zł brutto. Kwota powyższa została przez strony rozliczona poprzez zapłatę przez pozwanego, przez kompensatę oraz potrącenie kar umownych. W dniu 3 czerwca 2009r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 172.048,01 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kwotą wynikającą z umowy z dnia 18 lipca 2007r., tj. 1.548.138,75 zł, a kwotą wynikającą z wystawionych dotychczas faktur tj. 1.376.090,74 zł. Pismem z dnia 3 czerwca 2009r. powód wysłał pozwanemu fakturę VAT nr (...). Pozwany odmówił zapłaty kwoty wynikającej z powyższej faktury podnosząc, że wszelkie zobowiązania finansowe zostały uregulowane zgodnie z kosztorysami powykonawczymi przedstawionymi przez powoda. Pismem z dnia 7 sierpnia 2009r. powód

ostatecznie wezwał pozwanego do zapłaty łącznej kwoty 280.759,18 zł, w tym kwoty 172.048,01 zł wynikającej z faktury nr (...). W odpowiedzi pozwany podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Na kolejne wezwanie powoda z dnia 8 stycznia 2010 r. pozwany zaprzeczył, aby zalegał z zapłatą za wykonane roboty, które jego zdaniem zostały rozliczone kosztorysem wykonawczym.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd doszedł do przekonania, że strony za wykonanie przedmiotu umowy ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe. Taki wniosek Sąd wyprowadził, ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z § 3 umowy oraz z przesłuchanego w charakterze strony przedstawiciela pozwanego. Sąd podkreślił, iż zasadności powyższego stanowiska nie podważa fakt prowadzenia księgi obmiarów oraz sporządzania kosztorysów powykonawczych, które rozpoczęto dopiero w maju 2008 r., a więc już w znacznie zaawansowanym toku prac remontowych. Wskazał, że przy ustalaniu wynagrodzenia kosztorysowego kosztorys winien być sporządzany przed lub przy zawarciu umowy, a nie po jej wykonaniu.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska pozwanego, iż w czasie wykonywania zadania doszło do skutecznej zmiany wynagrodzenia ryczałtowego na wynagrodzenie kosztorysowe. Sąd odwołał się do § 17 umowy, zgodnie z którym wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności i wskazał, iż przedstawiciel pozwanego przyznał, że do takiej zmiany w formie pisemnej nie doszło. W ocenie Sądu, protokoły konieczności i protokół uzgodnień nie stanowią dowodu, iż strony dokonały zmiany wynagrodzenia na kosztorysowe. Z pism stron z 12 sierpnia 2008 r. i 21 sierpnia 2008 r. wynika, że strony nie doszły do porozumienia co do formy rozliczenia przedmiotu umowy na podstawie kosztorysu powykonawczego. Nie zgodziły się co wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. Tym samym nie można uznać, że w ogóle doszło do zawarcia umowy bez zachowania formy pisemnej w przedmiocie zmiany sposobu wynagrodzenia należnego powodowi.

Sąd Okręgowy odwołując się do treści art. 138 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wskazał, że dla umów o roboty budowlane zawieranych przez jednostkę sektora publicznego, zastrzeżona jest forma pisemna pod rygorem nieważności. Strony w § 6 pkt 5 umowy przewidziały, że jeżeli wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych lub uzupełniających, zamawiający może zlecić ich wykonanie wykonawcy, a wykonawca jest zobowiązany wykonać te roboty za cenę obliczoną przy zastosowaniu stawek wynikających z kosztorysu ofertowego złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W toku wykonywania zadania inwestycyjnego wystąpiła konieczność wykonania robót dodatkowych lub uzupełniających i zamiennych, jednak w tym zakresie strony nie zawarły umowy pisemnej. Sąd wskazał, iż zawarty aneks nr (...) z 28 sierpnia 2008 r. zmieniał jedynie sposób uregulowania faktur częściowych zgodnie z harmonogramem wykonanych elementów budynku na podstawie protokołu odbioru zakończonych elementów. Aneks nie zmieniał postanowień umowy z 19 lipca 2007 r. co do rodzaju i wysokości umówionego wynagrodzenia.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił zarzutu pozwanego, iż powód nie wykonał całości zadania i, że w związku ze zmianami przedmiotowymi umowy uległ zmniejszeniu zakres prac zasadniczych na kwotę ponad 200.000 zł. Wskazał, iż przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane, w przeciwieństwie do umowy o dzieło, nie regulują kwestii wynagrodzenia ryczałtowego, co oznacza, że strony umowy o roboty budowlane winny to wynagrodzenie unormować szczegółowo. Tymczasem strony umowy z dnia 19 lipca 2007 r. nie przewidziały obniżenia wynagrodzenia powoda w przypadku zmniejszenia zakresu robót. Zdaniem Sądu, jeśli nawet przyjąć, że zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, które zostało ustalone ryczałtowo wobec niewykonania wszystkich umówionych prac proporcjonalnie o wartość niewykonanych usług, czy też niedostarczonych towarów, to pozwany nie udowodnił tych okoliczności. Poczynienie oszczędności i materiałów nie jest tożsame z niewykonaniem przez powoda całości zadania inwestycyjnego.

Odwołując się do zeznań świadka P. S. (1) Sąd wskazał, że powód wykonał cały zakres robót zgodnie z dokumentacją techniczną. Wykonywał także roboty zamienne i dodatkowe. Zdarzały się przy tym takie sytuacje, że należało wykonać większy zakres prac, aniżeli wynikało to z dokumentacji technicznej. Zdaniem Sądu, powód przy wykonywaniu określonych prac mógł poczynić pewne oszczędności, ale przy innych pracach poniósł większe koszty, aniżeli wynikało to z dokumentacji technicznej.

Na podstawie zeznań świadka D. Z. Sąd wywiódł, że powód wykonał pokrycie dachowe zgodnie z dokumentacją techniczną. Wskazał, że pozwany nie wykazał jakich prac i o jakiej wartości powód nie wykonał, a do których był zobowiązany umową i w związku z tym z tym w jakiej wysokości należałoby proporcjonalnie obniżyć wynagrodzenie powoda. Podkreślił, iż stanowisko pozwanego nie znalazło potwierdzenia w opinii biegłego z zakresu budownictwa. Zaznaczył jednocześnie, że opinia ta okazała się mało przydatna do rozstrzygnięcia sprawy, gdyż biegły nie odpowiedział na pytania Sądu, a dodatkowo przyjął błędne założenie, że strony odstąpiły od zapisów umowy w zakresie realizacji ustalonego dla wykonawcy wynagrodzenia i przeszły na formę rozliczenia w oparciu o księgę obmiarów i kosztorysy powykonawcze. Tymczasem taka sytuacja nie miała miejsca. Sąd wskazał, iż biegła z zakresu księgowości stwierdziła, iż nie może udzielić wiążącej opinii o wysokości oszczędności poczynionych przez powoda.

Mając powyższe na względzie uznał, że powód może skutecznie domagać się zapłaty wynagrodzenia w wysokości stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą zapłaconą przez pozwanego, a wynikającą z umowy z 19 lipca 2007 r. i zasądził całą dochodzoną pozvem kwotę. O odsetkach ustawowych orzekł na mocy art. 481 § 1 kpc zasądzając je od dnia następnego po dniu płatności faktury do dnia zapłaty.

O kosztach procesu Sąd rozstrzygnął na mocy art. 98 § 1 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

Powyższy wyrok zaskarżył pozwany w całości zarzucając:

- naruszenie prawa materialnego tj.:

1) art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 65 §1 i 2 kc oraz art. 56 kc w zw. z art. 139 ust. 2 Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię i zasądzenie dochodzonej kwoty,

2) art. 6 kc poprzez przyjęcie, że powód wykazał zasadność roszczenia o zapłatę dochodzonej kwoty, a pozwany nie wykazał nie wykonania prac umownych przez powoda,

- naruszenie przepisów postępowania tj.:

1) art. 233 §1 kpc w zw. z art. 232 zd. 1 kpc poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz art. 299 kpc poprzez nie rozważenie zeznań stron,

2) art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 232 zd. 1 kpc w zw. z art. 227 kpc poprzez:

- nie przeprowadzenie dowodu z kosztorysów zamiennych, które zostały zawnioskowane w postępowaniu w piśmie pozwanego z 22 lutego 2011 r. oraz 24 marca 2011 r, a zatem nie ustalenie prawidłowego stanu faktycznego sprawy i przyjęcie, że pozwany nie udowodnił przesłanek zmniejszenia wynagrodzenia powoda;

- przyjęcie, że pozwany nie wykazał nie wykonania prac przez powoda;

3) art. 240 § 1 kpc w zw. z art. 241 kpc art. 236 kpc w zw. z art. 227 kpc i art. 286 kpc w zw. z art. 278 kpc w zw. z art. 233§1 kpc i art. 232 zd.2 kpc poprzez uznanie opinii biegłego za niejednoznaczną.

Mając powyższe na względzie wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości wraz ze stosownym rozstrzygnięciem o kosztach procesu zgodnie z przedłożonym spisem kosztów; a w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania. Wniósł także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego Skarbu Państwa kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa za postępowanie odwoławcze, według norm przepisanych prawem lub zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

### ***Apelacja nie jest zasadna.***

Na wstępie należy wskazać, że w sprawach o roszczenia związane z działalnością państwowych jednostek organizacyjnych powołanych na podstawie ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. 2011 r., Nr 12, poz. 59 ze zm.) stroną jest Skarb Państwa, reprezentowany przez właściwą jednostkę organizacyjną wchodzącą w skład Lasów Państwowych tj. Dyрекcję Generalną Lasów Państwowych, regionalne dyrekcje Lasów Państwowych i nadleśnictwa (art. 32 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach - Dz. U. Nr 101, poz. 444). Jednostki te są tzw. *stationes fisci*. W niniejszej sprawie roszczenie związane było z działalnością Nadleśnictwa K. w K., co wynikało ewidentnie z pozwu. Nadleśniczy tego Nadleśnictwa kieruje nim, jako podstawową jednostką organizacyjną Lasów Państwowych oraz reprezentuje Skarb Państwa w stosunkach cywilnoprawnych, w zakresie swojego działania (art. 35 ust. 1 pkt 1 i 2), w konsekwencji podejmuje czynności procesowe jako organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie (art. 67§ 2 kpc), co nie jest wystarczające do traktowania go jako *statio fisci*. Z tych też względów strona pozwana powinna być oznaczona jako Skarb Państwa – Nadleśnictwo K. w K., a nie Skarb Państwa – Nadleśniczy Nadleśnictwa K.. Nieprawidłowość w jej oznaczeniu, jaka zaistniała w wyroku Sądu Okręgowego, została zatem sprostowana w trybie art. 350 § 3 kpc.

Przechodząc do apelacji należy wskazać, że ustalając przedmiot umowy, jak i fakty dotyczące umówionego wynagrodzenia Sąd Okręgowy odwołał się przede wszystkim do zapisów umowy o wykonanie kapitalnego remontu i modernizacji budynku biurowego Nadleśnictwa zawartej w dniu 19.07.2007 r., w szczególności § 1, 3 i 4 umowy i aneksu nr (...), ale przeanalizował też inne dostępne mu dowody w postaci przedłożonych przez strony dokumentów i korespondencji stron, a także zeznania świadków i stron. Wskazał, że integralną częścią umowy strony ustanowiły Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ). Przytaczając wprost postanowienia umowy i wymagania sformułowane w SIWZ ustalił przedmiot umowy i okoliczności dotyczące umówionego wynagrodzenia. Poczynił też konkretne ustalenia dotyczące sposobu i zakresu dotychczasowego rozliczenia stron. W ustaleniach Sądu znalazły się również, poczynione w oparciu o udostępniony mu materiał dowodowy, ustalenia dotyczące podejmowanych w toku wykonywania umowy czynności zmierzających do zmiany sposobu wynagrodzenia oraz ustalenie, że ostatecznie strony nie porozumiały się i nie zmieniły w formie pisemnej postanowień § 3 umowy. Za okoliczność potwierdzoną protokołem końcowego odbioru robót z 01.12.2008 r. Sąd ten przyjął fakt wykonania przez powoda w całości przedmiotu umowy z dnia 19.07.2007 r.

Pozwana w istocie tych ustaleń nie kwestionuje, a jedynie wywodzi, że należało wyprowadzić odmienną ocenę prawną sprawy, opartą na przyjęciu za okoliczność faktyczną udowodnioną, że umówione wynagrodzenie miało charakter wynagrodzenia kosztorysowego, a nadto, że powód nie wykonał całości zadania.

Spór w sprawie dotyczy zatem charakteru umówionego wynagrodzenia, a nadto oceny, czy wobec faktu wykonania niektórych prac inaczej, niż przewidywał pierwotnie projekt, niż wynikało to z przedmiaru prac Zamawiającego i kosztorysu ofertowego Wykonawcy, wobec zastosowania w niektórych wypadkach innych materiałów, czy wreszcie wobec zdarzających się niezgodności rzeczywistej ilości wykonanych prac z projektem i przedmiarem, w oparciu o które wykonano uproszczony kosztorys ofertowy uzasadnione było przyjęcie, że zakres rzeczowy prac nie uległ zmianie i nie miał znaczenia dla określenia należnego powodowi wynagrodzenia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, pozwana nie zakwestionowała skutecznie ani oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy i jego ustaleń faktycznych, ani oceny prawnej, a jej zarzuty naruszenia przepisów postępowania są chybione. Sąd Apelacyjny dokonując we własnym zakresie oceny materiału dowodowego nie znalazł przyczyn i podstaw uzasadniających poczynienie ustaleń odmiennych, niż poczynione przez Sąd pierwszej instancji i w konsekwencji uznał je za własne. Niezasadnie zarzuca skarżący brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, nie przeprowadzenie dowodu z kosztorysów zamiennych (który to zarzut wobec treści postanowienia dowodowego z k. 757 v. jest niezrozumiały). Niezrozumiały, tym bardziej że bliżej nierozwinięty w uzasadnieniu apelacji, jest jego zarzut, że Sąd Okręgowy naruszył przepisy postępowania wskazane w pkt 3 części dotyczącej zarzutu naruszenia prawa procesowego i to poprzez uznanie opinii biegłego za niejednoznaczną, gdy tymczasem lektura uzasadnienia

zaskarżonego wyroku wskazuje, że takiej oceny tego dowodu Sąd Okręgowy nie wyraził przyjmując natomiast, że jest ona mało przydatna do rozstrzygnięcia sprawy i nie mogła mieć istotnego wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Przy ocenie, jaki charakter miało wynagrodzenie ustalone przez strony za wykonanie kapitalnego remontu i modernizacji budynku biurowego Nadleśnictwa K. w K. nie można było natomiast pominąć, tak jak czyni to w apelacji pozwany, że charakter tego wynagrodzenia wynikał z dość jednoznacznego brzmienia § 3 umowy, odczytywanego łącznie z pkt XV SIWZ, które stanowiły integralną część umowy. Także dołączona do sprawy korespondencja stron, opinia radcy prawnego sporządzona na wniosek strony pozwanej w toku wykonywania umowy, zeznania świadków i stron, w istocie nie pozostawiają wątpliwości, że również strony od początku były przekonane o jego ryczałtowym charakterze. Inną kwestią jest natomiast to, że w trakcie wykonywania umowy strony podjęły przygotowania i czynności zmierzające do zmiany wynagrodzenia, które jak słusznie przyjął Sąd Okręgowy, ostatecznie nie zostały sfinalizowane i nie doprowadziły do skutecznej zmiany umowy.

Wobec zarzutów apelacji i twierdzeń pozwanego z uzasadnienia apelacji, można dodać do rozważań Sądu pierwszej instancji, że znaczenie przy ocenie charakteru umówionego w umowie z 19.07.2007 r. wynagrodzenia ma nie tylko brzmienie § 3 tej umowy, ale także pkt XV SIWZ. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych specyfikacja ta zawiera m.in. opis sposobu przygotowania oferty i opis sposobu obliczenia ceny (pkt 10 i 12) a z założenia swego jest podstawowym dokumentem określającym zasady udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i swoistą instrukcją dla oferentów - wykonawców. Wprowadzając w tymże pkt XV SIWZ wskazano, że cena podana w ofercie musi wynikać z opracowanego ofertowego kosztorysu szczegółowego załączonego do oferty, wszak zapis ten nie oznacza, że wskazano na zamiar określenia w umowie wynagrodzenia kosztorysowego, a jedynie na to, że na potencjalnych oferentów, przy opisie sposobu obliczenia i oferowania ceny nałożono powinność posłużenia się kosztorysem w celu merytorycznego uzasadnienia oferowanego wynagrodzenia ryczałtowego, co jest przydatne dla oceny zamawiającego, czy oferowana cena nie jest zaniżona ani zawyżona.

Przy ocenie charakteru umówionego wynagrodzenia bez znaczenia pozostaje podnoszony w apelacji fakt, że strony w umowie nie powołały się na zapisy art. 629 kc czy 632 kc. Wynagrodzenie zostało wystarczająco jednoznacznie określone w § 3 umowy, w którym strony postanowiły, że ustalają wynagrodzenie wynikające z kosztorysu ofertowego za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 w wysokości 1.548.138,75 zł brutto (pkt 1), a nadto, że wynagrodzenie to obejmuje kompleksową realizację zadania inwestycji i jest niezmienne (pkt 2), uwzględniono w nim wszystkie koszty prac niezbędnych do prawidłowego wykonania zadania określonego w § 1(pkt 3). Natomiast w § 4 strony ustaliły, sposób zapłaty wynagrodzenia. Przy przyjęciu modelu wynagrodzenia kosztorysowego za konieczne należałoby uznać – czego zabrakło – wprowadzenie już do SIWZ, a następnie do umowy odpowiednich zapisów odpowiadających temu określeniu. Szczególnie, taki sposób wynagrodzenia powinien wynikać z określenia warunków i sposobu rozliczenia wykonania umowy zarówno całościowo, jak i poszczególnych etapów – przez odwołanie się do faktycznie wykonanych robót potwierdzonych obmiarem i uzgodnionych cen jednostkowych. Tymczasem w (...) wskazano jedynie, że cena oferty powinna obejmować wszystkie zobowiązania, wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, może być tylko jedna i niezmienna przez okres ważności oferty, wynikać z opracowanego kosztorysu szczegółowego dołączonego do oferty (pkt XV). Wskazano także, że za zaniżenie ceny odpowiedzialność ponosi Wykonawca, który nie będzie mógł żądać dodatkowej zapłaty. Zatem tak sformułowania zawarte w (...), jak i w § 3 umowy należy uznać za istotne i charakterystyczne dla ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego. W § 3 umowy wskazano wynagrodzenie określone z góry, stałe, niezmienne, należne za cały przedmiot zamówienia. Nie przewidziano możliwości jego zwiększenia, ani zmniejszenia w przypadku zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy albo jego poszczególnych elementów, użycia droższych bądź tańszych materiałów, dostrzeżenia błędów, pomyłek i rozbieżności pomiędzy przedmiarem, a dokumentacją projektową. Zabrakło charakterystycznych dla wynagrodzenia kosztorysowego wskazań, że ostateczne określenie wynagrodzenia nastąpi w oparciu o rzeczywiście poniesione nakłady i wskazane podstawy do ustalenia wynagrodzenia, że uwzględnieniu będą podlegać roboty stwierdzone dokonany obmiarem, brak było postanowień na wypadek zmiany sposobu wykonywania robót prowadzącej do różnic ilościowych robót, także postanowień dotyczących prowadzenia książki obmiarów i sporządzenia kosztorysu powykonawczego.

Znamiennym jest, że zapłata wynagrodzenia, którą ustalono na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej (§ 4) miała odbywać się nie w oparciu o obmiar prac i kosztorys powykonawczy, ale zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego harmonogramem wykonanych elementów budynku i w oparciu o protokół odbioru zakończonego elementu.

Jest okolicznością niesporną, że strony prowadziły rozmowy odnośnie zmiany sposobu wynagrodzenia na wynagrodzenie kosztorysowe, w związku z czym powód zaczął prowadzić książkę obmiarów, przedstawiał też pozwanemu kosztorysy zamienne i różnicowe, które ten poddawał własnej korekcie. Ostatecznie jednak nie sporządziły aneksu do umowy zmieniającego postanowienia § 3, a powód pismem z 21.08.2008 r. (k. 103 - 104) odmówił zgody na propozycję pozwanego z 12.08.2009 r. (k. 102) podpisania aneksu do umowy obejmującego zmianę wynagrodzenia na kosztorysowe, przedstawiając swoje propozycje. Natomiast aneksem nr (...) strony zmieniły treść § 4 umowy, uchylając jego dotychczasowe brzmienie i wprowadzając jedynie nowe zasady wypłaty wynagrodzenia z dniem 28.08.2008 r., nie zmieniając jego istoty.

W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny nie dopatrył się wadliwości w przyjęciu przez Sąd Okręgowy, iż umówione wynagrodzenie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, a strony nie doszły do porozumienia w zakresie zmiany tego wynagrodzenia na kosztorysowe. Za nieuzasadniony uznał w konsekwencji zarzut apelacji naruszenia prawa materialnego zawarty w pkt 1. Dodać trzeba, że gdyby nawet strony doszły do porozumienia w zakresie zmiany zasad wynagrodzenia określonych w § 3 umowy, to z uwagi na przepis art. 139 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z regułą wynikającą z przepisu art. 77 § 1 kc dla ważności i skuteczności tego porozumienia konieczne byłoby jego sfinalizowanie w formie pisemnej.

Sąd Okręgowy nie naruszył też art. 6 kc w zarzucany przez apelującego sposób. Jak wynika z § 1 umowy jej przedmiotem było wykonanie kapitalnego remontu i modernizacji budynku biurowego Nadleśnictwa K. w K. zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiarem robót. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie było podstaw do poczynienia ustaleń i ocen odmiennych od poczynionych przez ten Sąd, a zgodnych z twierdzeniami skarżącego. Zebrany materiał w sposób wystarczający usprawiedliwiał przyjęcie, że przedmiot umowy z 19.07.2007 r. został wykonany w całości. Ustalenie to znajduje oparcie przede wszystkim w treści protokołu końcowego odbioru robót z 01.12.2008 r. (k. 94), ale pośrednio także w zeznaniach świadków i stron. Z materiału dowodowego nie wynika aby zadanie zostało zrealizowane w mniejszym, niż wynikało to z umowy zakresie rzeczowym. Od zakresu rzeczowego zadania, należy natomiast odróżnić jego zakres ilościowy, który istotnie – co nie było sporne – uległ zmianie z uwagi na to, że wykonano roboty zamienne tj. roboty wykonane inaczej, niż to opisano w projekcie i przedmiarze robót przygotowanym przez Zamawiającego, według odmiennych technologii lub przy użyciu innych materiałów itp. Zakres rzeczowy zadania nie uległ zmianie (zmniejszeniu) także przez to, że na etapie przygotowywania projektu, przedmiaru Zamawiającego i SIWZ wystąpiły nieścisłości w zakresie dotyczącym pokrycia dachu, które wystąpiły w opracowaniu zamówienia Zamawiającego i nie zostały wyeliminowane przed złożeniem oferty Wykonawcy i zawarciem umowy (opisane w piśmie procesowym powoda – k. 475, także pismo – k. 428 i 429, zeznania P. S. – k.594 v. i nast., D. Z. – k. 595 v. i nast., zeznania stron – k. 755 v. – 757). Niektóre prace wykonano więc inaczej, niż były opisane w projekcie, przedmiarze Zamawiającego, czy kosztorysie ofertowym Wykonawcy, przy użyciu innych materiałów i rozwiązań, co jednak samo w sobie nie uzasadniało zmiany, w szczególności obniżenia umówionego wynagrodzenia, czy rozliczenia robót zamiast ryczałtem, jak umówiono się w umowie z 19.07.2007 r., kosztorysem powykonawczym.

Z powyższych przyczyn apelację pozwanego, jako niezasadną, na mocy art. 385 kpc oddalono, a na mocy art. 98 § 1 kpc zasądzono od pozwanego, jako od strony przegrywającej proces w instancji odwoławczej, na rzecz powoda zwrot kosztów procesu w tej instancji, a mianowicie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ustalonych w oparciu o przepisy § 6 pkt 6 w zw. z § 2 ust. 2 i § 13 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.... (Dz. U. 2002 Nr 163, poz. 1348 ze zm.).