

Sygn. akt I ACa 630/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Borowska SSA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2017 r. w Białymstoku na rozprawie  
sprawy z powództwa wzajemnego (...) **w O. w upadłości likwidacyjnej**  
przeciwko pozwanemu wzajemnemu (...) **w O.**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego wzajemnego  
od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku  
z dnia 1 czerwca 2016 r. sygn. akt VII GC 356/15

### **I. zmienia zaskarżony wyrok:**

- a) **w punkcie 1 o tyle, że w miejsce kwoty 148.958,46 (sto czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt osiem 46/100) zł zasądza 65.147,28 (sześćdziesiąt pięć tysięcy sto czterdzieści siedem 28/100) zł i oddala powództwo wzajemne w pozostałej części;**
- b) **w punkcie 3 o tyle, że w miejsce kwoty 6775,63 zł zasądza 3049 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu;**

### **II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od powoda wzajemnego syndyka masy upadłości (...)w O. w upadłości likwidacyjnej na rzecz pozwanego wzajemnego (...) w O. kwotę (...) (pięć tysięcy jeden) zł tytułem zwrotu części kosztów procesu instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

(...) w O. wniosło o zasądzenie od (...) w O. (w trakcie procesu ogłoszono upadłość tej spółki z możliwością zawarcia układu, przekształconą następnie w upadłość likwidacyjną) kwoty 208.209,99 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, a ponadto kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) w O. wniosło o oddalenie powództwa, a nadto wytoczyło powództwo wzajemne, domagając się zasądzenia od powoda (pозwanego wzajemnego) kwoty 446.458,28 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 lutego 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu według norm przepisanych.

Powództwo wzajemne - po ogłoszeniu upadłości likwidacyjnej pozwanego głównego - poparł syndyk masy upadłości.

Pozwany wzajemny (powód główny) wniósł o oddalenie powództwa wzajemnego i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 1 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego syndyka masy upadłości (...) w O. w upadłości likwidacyjnej kwotę 148.958,46 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 lutego 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., zaś od dnia 1 stycznia do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie (pkt. 1); oddalił powództwo wzajemne w pozostałym zakresie (pkt. 2); zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 6.775,63 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. 3) i nakazał wypłacić powodowi wzajemnemu ze Skarbu Państwa kwotę 420,64 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki na wydatki (pkt. 4).

Sąd ten ustalił, że w dniu 30 kwietnia 2010 r. zawarta została umowa Nr (...) o wykonanie robót budowlanych pomiędzy (...) w O., jako zamawiającym a (...), jako wykonawcą. W wyniku dokonanej oferty w przetargu nieograniczonym, przeprowadzonym na podstawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, ogłoszonym w (...) wykonawca przyjął do wykonania zadanie inwestycyjne pn.: "P.. Konserwacja i rewitalizacja fortu ziemnego i pomnika - mauzoleum poległych w bitwie pod O. 26 maja 1831 roku. Roboty konserwatorsko - budowlane."

Zakres robót budowlanych objętych umową określały: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, oraz kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę - stanowiące załączniki do umowy (§ 1 ust. 2 umowy).

W § 3 umowy strony przewidziały termin realizacji do dnia 31 marca 2011 r., w tym budynku pomnik - mauzoleum w terminie do dnia 28 lutego 2011 r., przy czym za datę zakończenia przedmiotu umowy uznały datę spisania odbioru końcowego.

Za wykonanie przedmiotu umowy strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 6.147.593,74 zł brutto (§ 6 ust. 1 umowy). Zastrzegły też kary umowne naliczane od wynagrodzenia netto, m. in. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,02% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki (§ 10 ust. 1 pkt 1a umowy).

Aneksm Nr (...) (28 stycznia 2011 r.), strony podwyższyły m. in. ryczałtowe wynagrodzenie umowne do kwoty 8.181.020,26 zł, zaś aneksem Nr (...) (29 marca 2011 r.) zmieniły terminy realizacji robót, przyjmując ich zakończenie do dnia 31 maja 2011 r., w tym budynek pomnik - mauzoleum w terminie do dnia 30 kwietnia 2011 r.

Termin faktycznego wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z zapisem w dzienniku budowy, został określony na dzień 29 listopada 2011 r., zaś protokół wykonania robót strony podpisały w dniu 16 grudnia 2011 r.

Jak dalej ustalił Sąd, w związku z niewywiązaniem się z terminu wykonania robót przewidzianego umową, zamawiający wystawił w dniu 16 grudnia 2011 r. notę obciążeniową Nr (...) na kwotę 208.209,99 zł, powołując się na § 3 ust. 1 umowy, przedstawiając szczegółowy sposób wyliczenia kary. Wykonawca nie uznał zasadności tej noty i sam w dniu 18 stycznia 2012 r. wystawił notę obciążeniową Nr (...) na kwotę 446.458,26 zł z tytułu wykonania robót koniecznych uzupełniających i dodatkowych dotyczących umowy, przedstawiając protokoły konieczności i kosztorysy na roboty budowlane oraz elektryczne i teletechniczne.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 6 czerwca 2014 r. zmienione zostało postanowienie z dnia 30 sierpnia 2013 r. o ogłoszeniu upadłości dłużnika (powoda wzajemnego) z możliwością zawarcia układu na upadłość likwidacyjną.

Postępowanie w sprawie z powództwa głównego zostało umorzone postanowieniem z dnia 11 czerwca 2015 r.

Z dniem 29 grudnia 2015 r. powództwo wzajemne w sprawie poparł syndyk masy upadłości(...) w O. w trybie art. 174 § 3 k.p.c., w związku z czym Sąd Okręgowy podjął postępowanie w sprawie z powództwa wzajemnego z jego udziałem w dniu 30 grudnia 2015 r.

W oparciu o wyżej ustalony stan faktyczny sprawy, Sąd I instancji w pierwszej kolejności zaznaczył, że wobec prawomocnego umorzenia postępowania w sprawie z powództwa głównego, rozpoznaniu podlegało jedynie powództwo wzajemne.

W tym kontekście jako bezsporne wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c.), a przy tego typu umowie możliwe jest ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego (co miało miejsce w niniejszej sprawie - § 6 ust. 1 umowy). Zaznaczył, że w oparciu o art. 632 § 2 k.c. (stosowany do umowy o roboty budowlane w drodze analogii) istnieje możliwość jego podwyższenia. W ocenie Sądu I instancji, powództwo wzajemne dochodzone w niniejszym postępowaniu nie było jednak żądaniem opartym o art. 632 § 2 k.c., bowiem powód wzajemny (reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika) żądania takiego nie sformułował, nie powoływał się też na okoliczności stanowiące przesłanki podwyższenia ryczałtu, o których mowa w w/w przepisie (sytuacja nadzwyczajna, grożąca wykonawcy rażąca strata). Tym samym Sąd Okręgowy wykluczył możliwość podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o art. 632 § 2 k.c. Dodatkowo zaznaczył, że także okoliczności sprawy nie pozwalały na formułowanie żądania na tej podstawie, bowiem łącząca strony umowa nie mogła być podstawą do dochodzenia przez powoda wzajemnego stosownego wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania umownego (ustalone wynagrodzenie ryczałtowe z brakiem możliwości podwyższenia). Powołany art. 632 § 2 k.c., dotyczący podwyższenia ryczałtu, nie mógł bowiem znaleźć zastosowania do robót budowlanych, które nie były objęte zakresem umowy. W tej części stron nie łączył stosunek umowny.

Sąd Okręgowy zauważył dalej, że powód wzajemny jako podstawę dochodzenia swoich roszczeń wskazał przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Ustalenia wymagało zatem, czy i jakie prace on wykonał, które mogłyby zostać zakwalifikowane jako roboty dodatkowe i uzupełniające, nie objęte przedmiotem umowy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie pozwany wzajemny jest wzbogacony z tytułu ich wykonania, a tym samym, czy jest zobowiązany do zapłaty za nie.

Sąd zaznaczył, że na powyższe okoliczności przeprowadzone zostało postępowanie dowodowe. W tym zakresie przytoczył zeznania świadka J. B., pełniącego funkcję kierownika budowy od 2010 r. Świadek ten zeznał, że obiekt był w takim stanie, że projekt rozbiórki był bardzo ogólnikowy. Nie był to dokument, który pokazywał, w jakim stanie jest obiekt. Świadek sporządzał w związku z tym protokoły konieczności. Zostały w nich ujęte prace wykonane, lecz nie zawarte pierwotnie w dokumentacji projektowej. Zostały one spisane już po wykonaniu prac. Nie było zastrzeżeń co do zakresu tych prac. Było ich ponad 20. Według świadka dyrektor (...) powiedziała, że nie będzie ich honorować. Do wszystkich protokołów zostały sporządzone kosztorysy (znacznik czasowy z rozprawy z dnia 10 stycznia 2014 r. od 00:19:16 do 01:02:31). Następny świadek - D. P. zeznała, że koordynowała całość w sensie prowadzenia dokumentacji budowy. Wskazała na dokonywane zmiany konstrukcyjne, ponieważ inwentaryzacja nie była dokonana w takiej formie, w jakiej przejęty został budynek. Na roboty dodatkowe sporządzone zostały odpowiednie kosztorysy, prace te zostały odebrane przez inspektora nadzoru. Także protokoły konieczności były zatwierdzane przez nadzór. Na naradach koordynacyjnych były omawiane roboty dodatkowe. Protokoły nie były przekazywane bezpośrednio inwestorowi, ponieważ pani dyrektor mówiła, że ich nie podpisze (znacznik czasowy z rozprawy z dnia 10 stycznia 2014 r. od 01:42:32 do 02:04:25). Także W. B., jako reprezentant upadłego, wskazał, że prace dodatkowe wzięły się z nieścisłości i braków w dokumentacji projektowej. Co dwa tygodnie na budowie były narady i w notatkach z narad są zapisy, które świadczą o robotach dodatkowych. Wszystko zostało ujęte w protokołach konieczności,

które zaakceptował inspektor nadzoru wraz z kierownikiem budowy, przy czym niektóre roboty zostały później uszczegółowione (znacznik czasowy z rozprawy z dnia 18 maja 2016 r. od 00:04:29 do 00:21:32).

Powyższe zeznania – zdaniem Sądu - jasno wskazują na konieczność wykonywania robót nie przewidzianych umową. Konieczność wykonania odmiennego od umówionego zakresu prac wynikała także z protokołu uzgodnień z dnia 29 marca 2011 r. w sprawie przedłużenia terminu realizacji umowy. Według Sądu, prace te zostały wykonane, co potwierdził inspektor nadzoru przez ich odbiór. Inspektor nadzoru, będący przedstawicielem inwestora na terenie inwestycji w rozumieniu prawa budowlanego, zaakceptował protokoły konieczności sporządzone przez wykonawcę, w których wyszczególniony został zakres wykonanych prac poza przedmiotem umowy. W tych okolicznościach, zdaniem Sądu Okręgowego, trudno zrozumieć stanowisko pozwanego wzajemnego, który od początku kwestionował zasadność roszczeń powoda wzajemnego. Osobną kwestią pozostawała zaś wartość prac i weryfikacja rzeczywistej konieczności wykonania odpowiedniego zakresu w stosunku do umowy, projektu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sąd zaznaczył, że to powód wzajemny sporządzał przedmiotowe protokoły konieczności i, jak wskazywały daty, nie bezpośrednio po wykonaniu robót, lecz później. Zdaniem Sądu, konieczna zatem stała się ich weryfikacja przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa, o co wnosił powód wzajemny.

Biegły sądowy z zakresu budownictwa i kosztorysowania T. K. ustalił, że istniała konieczność wykonania robót dodatkowych, opisanych w w/w protokołach konieczności, przy czym znacząco zweryfikował zakres tych prac, wstecznie zliczając wartość robót dodatkowych i zamiennych na kwotę 121.104,44 zł netto, szczegółowo uzasadniając weryfikację każdej pozycji.

Sąd I instancji mając na względzie art. 233 § 1 k.p.c. i kierując się poziomem wiedzy biegłego, podstawami teoretycznymi wydanej przez niego opinii, sposobem motywowania i stopniem stanowczości wyrażonych w niej wniosków, opinię tę uznał za wiarygodny dowód w sprawie, przesądzający o ustaleniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Zaznaczył też, że biegły jedynie w kwestii oceny dokumentacji projektowej instalacji elektrycznej wskazał na brak wymaganej wiedzy w tym zakresie, wskazując jednakowoż, że po analizie architektonicznej dokumentacji projektowej można wskazać, że np. ostateczny dobór urządzeń był możliwy przez pozwanego na etapie wykonywania rysunków warsztatowych. Ponadto zgodnie z s.i.w.z. „podane w dokumentacji projektowej nazwy znaków towarowych i producentów należało traktować jako przykładowe. Wykonawca przyjął do wyceny urządzenia i wyposażenie oraz materiały podobne lub równoważne o nie niższych cechach technicznych i jakościowych jak określono w załączonych projektach.”. Uwaga ta przekonała Sąd I instancji o braku wykonania przez powoda wzajemnego prac dodatkowych z branży elektrycznej, ponad zakres przewidzianej umowy, co skutkowało oddaleniem wniosku pozwanego wzajemnego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z tej dziedziny. Sąd oddalił też wniosek o powołanie kolejnego biegłego z zakresu budownictwa jako zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy i zmierzający jedynie do wydłużenia postępowania. Zdaniem Sądu, wniosek ten był też spóźniony, biegły na rozprawie podtrzymał jedynie stanowisko zawarte w opinii pisemnej, nie odstępując od niej (znacznik czasowy z rozprawy z dnia 23 marca 2016 r. od 00:06:27 do 00:41:53). Z tych samych względów oddalony został ponowiony wniosek o powołanie innego biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania na rozprawie w dniu 18 maja 2016 r.

Zdaniem Sądu I instancji, zeznania świadków: W. R., T. S. oraz T. R. niewiele wniosły do sprawy. Zaznaczył, że osoby te były projektantami inwestycji i trudno oczekiwać, by w swoich zeznaniach dyskredytowały własną pracę.

W ocenie Sądu również zeznania stron niewiele więcej wniosły do sprawy, zwłaszcza syndyka masy upadłości. Zaznaczył, że dyrektor pozwanego (...) M. S. wskazała, że firmy składające oferty mogły występować z zapytaniem, jeżeli miały uwagi do dokumentacji, a takie zapytania nie wpłynęły. Według Sądu Okręgowego, nie miało to większego znaczenia, ponieważ konieczność wykonania prac, na które wskazał biegły pojawiła się w związku z brakami dokumentacji projektowej, które ujawniły się w trakcie realizacji zadania, czy też w związku z pracami odkrywcowymi, które ujawniły konieczność wykonania robót. Co więcej inspektor nadzoru, a więc przedstawiciel pozwanego wzajemnego na inwestycji, zaakceptował zakres tych prac, podpisując protokoły konieczności.

Powyższe dało Sądowi Okręgowemu podstawę do jednoznacznej konstatacji, że powód wzajemny wykonał roboty, które biegły określił jako roboty zamiennie i dodatkowe, nie przewidziane umową pisemną, na które nigdy nie została podpisana stosowna umowa czy aneks. Stało się to podstawą do odmowy zapłaty wobec treści § 6 umowy. Sąd miał jednak na uwadze, że do wykonania robót dodatkowych i uzupełniających przez powoda wzajemnego doszło. Poza sporem pozostawała też okoliczność, że nigdy strony sporu nie zawarły umowy pisemnej na te prace. W ocenie Sądu zawarta została w tym zakresie umowa per facta concludentia, co jednak nie czyniło zadość formie przewidzianej dla zmiany umowy, za ostateczną akceptacją pozwanego (podpisanie protokołów konieczności przez inspektora nadzoru).

W świetle powyższego, Sąd I instancji powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma jednak przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W ocenie Sądu, zubożenie powoda wzajemnego w niniejszej sprawie polegało na nieuzyskaniu przez niego stosownego wynagrodzenia za wykonane prace. Powód, wykonując je, poniósł odpowiednie koszty, których zakres przedstawił stronie pozwanej, a które zweryfikował biegły. Zdaniem Sądu, wystąpił więc przypadek świadczenia nienależnego, o którym mowa w art. 410 k.c. wobec ustalonego już wcześniej faktu, że czynność zobowiązująca do świadczenia była nieważna (niezachowanie formy pisemnej). W związku z tym brak też ograniczenia wynikającego z art. 411 pkt. 1 k.c., nawet przy wiedzy o braku zobowiązania.

Sąd I instancji podkreślił, że protokół końcowy i zawarte w nim stwierdzenie, że dokumentacja przekazana przez wykonawcę jest kompletna oraz, że całkowita wartość wykonanych i odebranych robót wynosi 6.181.020,26 zł brutto zgodnie z umową/kosztorysem ofertowym – w żaden sposób nie wpływa na prawo powoda wzajemnego do dochodzenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe, co sugerował pozwany. W protokole końcowym mowa jest bowiem tylko o zakresie i wartości robót objętych umową, a nie robót dodatkowych czy uzupełniających.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji orzekł jak w sentencji wyroku i zaznaczył, że ustalona przez biegłego wartość wynagrodzenia za roboty dodatkowe podlegała podwyższeniu o podatek VAT, jako że biegły wyraził ją w kwocie netto (121.104,44 zł x 1,23 = 148.958,46).

O odsetkach rozstrzygnął na podstawie art. 481 k.c., mając na uwadze fakt, że pozwany wzajemny otrzymał w dniu 19 stycznia 2012 r. notę obciążeniową z 14- dniowym terminem płatności.

O kosztach procesu postanowił na zasadzie art. 100 k.p.c., przy uznaniu że powód wzajemny wygrał sprawę w 33,36%. O kosztach pełnomocników stron orzekł w oparciu o § 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz § 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany wzajemny, zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

- 1) naruszenie art. 651 k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy z przedstawionego stanu faktycznego wynika powinność wykonawcy, polegająca na niezwłocznym zawiadomieniu inwestora o zajściu okoliczności, mogących przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót;
- 2) naruszenie art. 38 w zw. a art. 33 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że inspektor nadzoru jest uprawniony do zaciągania zobowiązań w imieniu inwestora - (...) - podczas gdy uprawnionym do zaciągania zobowiązań jest wyłącznie dyrektor na podstawie § 9 Statutu (...) w O.;

3) naruszenie art. 25 pkt 1 Prawa budowlanego poprzez niezasadne przyjęcie, że inspektor nadzoru jest uprawniony do zaciągania zobowiązań w imieniu inwestora - podczas gdy ustawową rolą inspektora nadzoru jest merytoryczna ocena robót budowlanych;

4) naruszenie art. 67 ust. 1 pkt. 5, 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie i zamienne używanie pojęć: roboty „dodatkowe”, „zamienne” oraz „uzupełniające” - co doprowadziło do nierozstrzygnięcia istoty sprawy, gdyż sformułowaniom mającym swoje definicje ustawowe nie można nadawać znaczenia z języka potocznego, nie branżowego - co miało miejsce w niniejszej sprawie;

5) naruszenie art. 77 § 1 k.c. poprzez bezpodstawne nadanie protokołom konieczności waloru zobowiązującego, podczas gdy podstawą do wykonywania przez pozwanego innych robót, niż przewidziane umową zasadniczą, mogła być tylko pisemna umowa stron, a protokół konieczności sporządza się w związku z wystąpieniem konieczności podjęcia zamiennych robót budowlanych, w celu zestawienia robót zamiennych - jeszcze przed rozpoczęciem ich realizacji - a w niniejszej sprawie protokół powstał już po ich wykonaniu;

6) naruszenie art. 410 k.c. poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że w sprawie niniejszej zachodzi przypadek świadczenia nienależnego, podczas gdy wykonane przez powoda świadczenie mieściło się w zawartej między stronami umowie i nie wykraczało poza jej zakres;

7) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny materiału dowodowego poprzez brak jego wszechstronnego rozważenia i bezzasadną odmowę wiarygodności zeznań świadków: W. R., T. S. oraz T. R. wskazując, że są projektantami inwestycji, w związku z czym nie będą dyskredytować własnej pracy, podczas gdy w taki sam sposób Sąd nie ocenił choćby świadka J. B. - pełniącego funkcję kierownika budowy, mającego (przy analogicznym toku rozumowania) interes prawny w uzyskaniu pozytywnego rozstrzygnięcia przez powoda wzajemnego;

8) naruszenie art. 386 § 4 k.p.c. przez nierozpoznanie istoty sprawy polegające na zaniechaniu ustalenia wynikającego z materiału dowodowego stanu faktycznego, stanowiącego podstawę żądania przez pozwanego zapłaty w zakresie kwalifikacji charakteru robót, wykonanych przez pozwanego i dowolne posługiwanie się pojęciami: roboty „dodatkowe”, „zamienne” oraz „uzupełniające” mającymi swe definicje ustawowe;

9) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na bezpodstawnym nadaniu protokołom konieczności waloru zobowiązującego, podczas gdy zgodnie z postanowieniem umowy o wykonanie robót budowlanych, protokół taki sporządza się w związku z wystąpieniem konieczności podjęcia zamiennych robót budowlanych, a celem protokołu jest przede wszystkim zestawienie robót zamiennych przed rozpoczęciem ich realizacji.

W konsekwencji powyższego, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa wzajemnego, a ewentualnie - uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także zasądzenie od powoda wzajemnego na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie.**

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji, jako że znajdują one oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Nie aprobuje natomiast wniosków wyprowadzonych z tego materiału co do zakresu „robót dodatkowych” wykonanych przez powoda wzajemnego w ramach realizacji określonego zamówienia publicznego. Jak słusznie bowiem podniosła strona skarżąca, na gruncie języka prawniczego pojęcia roboty „dodatkowe”, „zamienne” oraz „uzupełniające” nie są tożsame, a co za tym idzie – nie należy ich stosować dowolnie. Tymczasem powołany w sprawie biegły z zakresu budownictwa i kosztorysowania – którego opinie legły u podstaw zaskarżonego rozstrzygnięcia – posługiwał się tego typu terminologią właśnie w kategoriach pozaprawnych. Operując zwrotami „roboty zamienne” i „dodatkowe” czynił to bardziej na użytek własny (zaczerpując „nazewnictwo” od samych stron umowy), niż jako „wskazówka” dla Sądu co do prawnego charakteru tych robót. W rezultacie należało

dokładnie zweryfikować, które prace (wskazane przez biegłego jako podlegające rozliczeniu) wchodziły w zakres rzeczowy umowy, a które poza ten zakres wykaczały. Było to o tyle istotne, że strony w umowie z dnia 30 kwietnia 2010 r. przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe (§ 6 ust. 1 umowy), które – jak wielokrotnie podnosił pozwany wzajemny – co do zasady obejmuje wszystkie przewidziane w umowie roboty. W razie ustalenia, że pewne roboty (konieczne do prawidłowej realizacji całego zamówienia) zostały wprawdzie wykonane ale pozostawały poza zakresem rzeczowym umowy (tj. umowa ich nie przewidywała i strony nie zawarły umowy dodatkowej regulującej tę kwestię), wykonawca może dochodzić swego roszczenia o zapłatę na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06).

Nie sposób przy tym zgodzić się ze stroną skarżącą, że brak wnikliwej analizy robót wskazanych przez biegłego jako podlegających rozliczeniu jest równoznaczny z nierozpoznanie przez Sąd I instancji istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.). W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że nierozpoznanie istoty sprawy zachodzi wówczas, gdy sąd w ogóle nie orzeknie merytorycznie o żądaniach stron, zaniecha zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominie merytoryczne zarzuty pozwanego. Jako przykłady nierozpoznania istoty sprawy najczęściej wskazuje się: oddalenie powództwa z uwagi na błędne uznanie zarzutu przedawnienia roszczenia, prekluzję lub brak legitymacji procesowej strony (por. w szczególności wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97 oraz z dnia 14 maja 2002 r., V CKN 357/00). Oceny czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania wyjaśniającego (por. M.P. Wójcik, Komentarz do art. 386 k.p.c., LEX). Zauważyć też trzeba, że strona skarżąca skonstruowała zarzut naruszenia art. 386 § 4 k.p.c. odwołując się do „zaniechania ustalenia wynikającego z materiału dowodowego stanu faktycznego”, a w orzecznictwie wskazuje się, że niewyjaśnienie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest równoznaczne z nierozpoznanie istoty sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1999 r., II UKN 589/98). Podsumowując stwierdzić zatem trzeba, że w sprawie niniejszej Sąd Okręgowy rozpoznał merytorycznie żądanie pozwu wzajemnego w oparciu o właściwe przepisy prawa materialnego, a wadliwość rozstrzygnięcia polega jedynie na błędnej kwalifikacji części robót jako dodatkowych.

Słuszne z kolei jest stanowisko pozwanego wzajemnego co do statusu prawnego inspektora nadzoru inwestorskiego w procesie budowlanym. Sąd I instancji wykazał się tutaj pewną niekonsekwencją, orzekając bowiem na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (a zatem stosunki bezumowne), jednocześnie przyjął, że strony zawarły umowę per facta concludentia na roboty dodatkowe (oczywiście dostrzegając, że dla tego typu umowy niezbędna jest forma pisemna). Taki wniosek wyprowadził z faktu podpisywania przez inspektora nadzoru inwestorskiego protokołów konieczności, co – według Sądu Okręgowego – świadczyć miało o zaakceptowaniu przez inwestora (pośrednio poprzez swego przedstawiciela) zakresu dodatkowo wykonanych prac. Zaprezentowana w tej materii argumentacja jest błędna, bowiem jak słusznie podniosła strona skarżąca – inspektor nadzoru z reguły nie jest uprawniony do składania w imieniu inwestora oświadczeń woli. W orzecznictwie wskazuje się, że przyznanie inspektorowi takich kompetencji wymaga stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania inwestora wobec wykonawcy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2003 r., III CK 57/02; z dnia 6 lutego 2015 r., II CSK 327/14 oraz z dnia 21 października 2016 r., IV CSK 834/15), co w tej sprawie nie miało miejsca. Oznacza to, że inspektor nadzoru w sprawie niniejszej nie mógł skutecznie akceptować robót objętych protokołami konieczności, a dokonane przez niego zapisy mają jedynie walor oświadczeń wiedzy. Stwierdzają one bowiem określone fakty, tj. że pewne roboty zostały wykonane (co zresztą nie było sporne między stronami). Jakkolwiek zatem stanowisko Sądu I instancji okazało się w tej mierze błędne, to jednocześnie podkreślenia wymaga, że okoliczność ta nie miała wpływu na rozstrzygnięcie, gdyż podstawą tego rozstrzygnięcia były stosunki bezumowne. To właśnie brak umowy na roboty dodatkowe skutkowało rozpoznaniem roszczeń powoda wzajemnego w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (brak podstawy prawnej przysporzenia majątkowego). Stąd też podniesione w apelacji zarzuty naruszenia: art. 38 k.c. w zw. z art. 33 k.c.; art. 77 § 1 k.c.; art. 25 pkt 1 Prawa budowlanego oraz bezpodstawnego nadania protokołom konieczności waloru zobowiązującego – jakkolwiek słuszne co do zasady – są w istocie bezprzedmiotowe.

Bezzasadny jest z kolei zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. ponieważ – wbrew zapatrywaniom skarżącego – Sąd I instancji nie uznał zeznań świadków W. R., T. S. oraz T. R. za niewiarygodne ale za niewiele wnoszące do sprawy, co akurat jest trafną oceną. Co więcej jednak, okoliczności na które zeznawali w/w świadkowie (prawidłowość dokumentacji) były objęte teżą dowodową opinii biegłego z zakresu budownictwa, których to opinii strona skarżąca nie kwestionowała w ramach formalnych zarzutów. Skoro zatem biegły (a zatem podmiot fachowy i niezależny w procesie) zweryfikował całą dostarczoną przez inwestora dokumentację i udzielił istotnych w sprawie odpowiedzi, to na obecnym etapie postępowania zbędnym było odwoływanie się do zeznań świadków, które bądź co bądź miały drugorzędne znaczenie.

Przechodząc do sedna sprawy, przede wszystkim zauważyć trzeba, że zgodnie z § 1 ust. 2 umowy – zakres robót budowlanych objętych umową określały: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, oraz kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę – stanowiące załączniki do umowy. Zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 maja 2000 r. (I CKN 728/98) przepis ten wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińcie) obowiązków wykonawcy. Do obowiązków tych należą bowiem wszelkie roboty budowlane potrzebne do realizacji obiektu budowlanego określonego w projekcie stanowiącym załącznik do umowy (art. 647 k.c.). Innymi słowy, zakres rzeczowy danej umowy o roboty budowlane wyznacza konkretny projekt, przy czym chodzi tutaj o projekt budowlany, takim bowiem pojęciem posługuje się Prawo budowlane (milcząc np. na temat „projektu wykonawczego”), a nadto nie ulega wątpliwości, że jest to najważniejszy dokumentem w procesie budowlanym. To na jego podstawie inwestor uzyskuje pozwolenie na budowę i to on stanowi punkt wyjścia dla dalszej (bardziej szczegółowej) dokumentacji. W razie zatem wątpliwości co jest objęte umową a co nie, należy przyjąć, że wykonawca zobowiązał się do wykonania prac objętych projektem budowlanym. Roboty wykraczające poza ten zakres stanowią zaś tzw. roboty dodatkowe. Jak trafnie zauważa się w orzecznictwie żaden z aktów prawnych nie zawiera legalnej definicji tego terminu. Jest to pojęcie języka prawniczego, na gruncie którego roboty dodatkowe to świadczenia wykonywane poza istniejącym zobowiązaniem dotyczącym robót budowlanych, którego zakres – w myśl art. 649 k.c. – określa projekt (por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 lutego 2016 r., I ACa 894/15 i z dnia 22 października 2015 r., I ACa 472/15).

W sprawie niniejszej główny problem polegał na tym, że spośród prac wskazanych przez biegłego jako podlegające rozliczeniu (zamienne i dodatkowe) były prace, które nie wynikały z projektu budowlanego i takie, które wprawdzie wynikały z projektu ale nie zostały na dalszym etapie uwzględnione w dokumentach wykonawczych (zestawieniach, przedmiarach robót). Zachodziły zatem wyraźne rozbieżności w dostarczonej przez inwestora dokumentacji i to ta okoliczność wpłynęła na cały proces budowlany, konieczność wykonania szeregu innych prac stwierdzonych protokołami konieczności, a także na problemy finansowe powoda wzajemnego, który nie doszacował swojej oferty, bazując na zestawieniach i przedmiarach. W doktrynie wskazuje się, że w tego typu sytuacji, tj. gdy pomiędzy projektem budowlanym a przedmiarem robót (czy inną dokumentacją wykonawczą) występuje rozbieżność (ilość robót przewidzianych w projekcie różni się od ilości robót wynikających z przedmiaru) przyjmuje się, że wykonawca w ramach prac podstawowych zobowiązany jest do wykonania w ramach złożonej oferty pełnego zakresu robót wynikających z projektu budowlanego. Znajduje to oparcie m.in. w art. 22 Prawa budowlanego, który zobowiązuje kierownika budowy do "(...) zorganizowania i kierowania budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę (...)", a nie z przedmiarem robót dostarczonym w ramach dokumentacji przez zamawiającego. Przyjęcie takiego stanowiska, tj. że wykonawca jest zobowiązany wykonać roboty budowlane zgodnie z projektem budowlanym, a nie np. z projektem wykonawczym czy innymi dokumentami o takim charakterze (stanowiącymi jedynie rozwinięcie i uzupełnienie projektu budowlanego), uzasadnione jest także przyjętymi w kodeksie cywilnym rozwiązaniami dotyczącymi odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady (por. J. A. Strzępka, Komentarz do art. 658 k.c., Legalis 2016).

Tym samym w interesie wykonawcy leży sprawdzenie zgodności otrzymanego od inwestora przedmiaru z rozwiązaniami przyjętymi w projekcie budowlanym. Jeżeli wykonawca tego zaniecha przyjmuje się, że nie ma on zastrzeżeń do dokumentów opisujących przedmiot zamówienia. W konsekwencji, jeżeli roboty budowlane były



przewidziane w projekcie stanowiącym podstawę do określenia przedmiotu zamówienia, uznaje się je za objęte tym przedmiotem zamówienia, bez względu na to czy były ujęte w przedmiarze czy też nie. Innymi słowy, roboty pominięte w przedmiarze a wynikające z projektu budowlanego, muszą być realizowane w ramach zamówienia podstawowego i nie są robotami dodatkowymi, za które w ramach dodatkowego zamówienia przysługiwałoby odrębne wynagrodzenie (por. M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz „Roboty dodatkowe, uzupełniające oraz zamiennie” Komentarz praktyczny, LEX).

W tym kontekście częściowo słuszne są uwagi skarżącego, że powód wzajemny w razie wątpliwości co do przedmiotu i zakresu zamówienia mógł zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie na podstawie art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych czy też art. 651 k.c., czego jednak nie uczynił. Stało się tak zapewne dlatego (i nie jest to odosobniony przypadek w tego typu sprawach), że wykonawca – działający pod presją czasu, charakterystyczną dla zamówień z udziałem środków unijnych – dokonał powierzchownej a nie szczegółowej kontroli dokumentacji, opierając swą ofertę na przedmiarach czy zestawieniach i nie sprawdzając dokładnie ich kompatybilności z projektem budowlanym. Co prawda orzecznictwo stoi tutaj na stanowisku, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego mu projektu a wystarczająca jest jedynie pobieżna analiza (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/1998 i z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13), to jednak nie ulega wątpliwości, że rzetelna kontrola dokumentacji leży przede wszystkim w interesie wykonawcy. To jego bowiem obciąża ryzyko szerszego zakresu prac (nie branego wstępnie pod uwagę przy opracowywaniu oferty) wynikającego z projektu, a nie ujętego w dokumentacji wykonawczej.

Z uwagi na powyższe przyjąć należy, że te prace, które zostały ujęte w projekcie budowlanym ale nie zostały uwzględnione w zestawieniach i przedmiarach nie stanowiły robót dodatkowych, a co za tym idzie – zostały już rozliczone w ramach otrzymanego przez powoda wzajemnego wynagrodzenia ryczałtowego. Z kolei roboty, które zostały wskazane przez biegłego na rozprawie apelacyjnej w dniu 24 marca 2017 r. jako roboty wykonane przez powoda wzajemnego ale nie objęte projektem budowlanym podlegały dodatkowemu rozliczeniu. Biegły zaliczył tutaj roboty wymienione w pozycjach 1 (31.643,19 zł netto), 2 (7.877,09 zł netto), 4 (8.035,72 zł netto) i 11 (5.409,27 zł netto) swojej opinii (Tabela nr 1 w opinii z dnia 11 kwietnia 2014 r.). Co do pozostałych pozycji wymienionych jako 5, 14, 17 i 18 biegły stwierdził, że wprawdzie robót tych zabrakło w dokumentacji szczegółowej (zestawienia stolarki i ślusarki oraz przedmiary) ale były przewidziane w projekcie. Stąd też należne powodowi wzajemnemu wynagrodzenie za roboty dodatkowe winno stanowić kwotę 52.965,27 zł (suma pozycji 1, 2, 4 i 11), co razem z należnym podatkiem VAT daje kwotę zasądzoną wyrokiem, tj. 65.147,28 zł brutto (52.965,27 x 23%).

W konsekwencji powyższego bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 410 k.c. bowiem wbrew twierdzeniom skarżącego część wykonanych przez powoda wzajemnego świadczeń nie mieściła się w zawartej między stronami umowie, co oznacza, że w takim zakresie pozwany wzajemny osiągnął korzyść bez podstawy prawnej (art. 405 k.c.). Sąd Apelacyjny nie podziela przy tym wywodów skarżącego odnośnie obejścia art. 632 § 1 k.c. poprzez zasądzenie dodatkowego wynagrodzenia ponad wynagrodzenie ryczałtowe, jako że aktualne pozostają w tym względzie argumenty Sądu I instancji, których ponowne przytaczanie byłoby zbędnym powtórzeniem.

Nadmienić też wypada, że strona wzajemnie pozwana odwołała się w uzasadnieniu apelacji (choć powinna była sformułować stosowny zarzut w petitum pisma) do zasad słuszności i współzycia społecznego, wskazując na trudności w zaspokojeniu swych roszczeń względem powoda wzajemnego z tytułu kar umownych, z uwagi na niekorzystną zmianę jego stanu prawnego (upadłość likwidacyjna). Sąd Apelacyjny nie podziela tych zapatrywań, gdyż po pierwsze strona skarżąca mogła skorzystać z prawa potrącenia swej wierzytelności z wierzytelnością przeciwnika procesowego, czego nie uczyniła, mimo że była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Po drugie zaś, okoliczności sprawy wskazują, że powód wzajemny starał się rzetelnie wykonać swoje obowiązki umowne. Dostrzegł to także biegły stwierdzając na rozprawie apelacyjnej w dniu 24 marca 2017 r., że „wykonawca nie oszczędzał w wydatkach”. Główną przyczyną takiego finału umowy stron była w zasadzie nieprawidłowo sporządzona dokumentacja przez projektantów, którzy nie dostosowali dokumentacji wykonawczej do założeń i wymagań projektu budowlanego. W efekcie, dopiero w trakcie realizacji robót (choć jak wcześniej wspomniano w interesie wykonawcy leżało dokładne zapoznanie się z projektem jeszcze na etapie składania oferty) wyszedł szereg nieprawidłowości, które należało na bieżąco poprawiać,

by móc przejść do dalszych etapów robót. Pomimo faktycznego zaangażowania powoda wzajemnego w realizację tego zamówienia i poniesienia dodatkowych nakładów finansowych, umowa ostatecznie okazała się dla niego niekorzystna (nie doszacowanie oferty i nieprzewidziane prace). To, iż powód wzajemny znajduje się obecnie w stanie upadłości likwidacyjnej nie jest przecież wymierzone w pozwanego wzajemnego, ale stanowi swoisty „dramat” tego pierwszego. Poza tym powód wzajemny występując ze swoimi roszczeniami względem (...) nie był jeszcze w stanie upadłości i dążył zapewne do odzyskania choćby części „zainwestowanych” środków, by móc dalej funkcjonować. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w tych okolicznościach nie sposób zatem twierdzić, by powód wzajemny wytaczając powództwo wzajemne z tytułu robót dodatkowych nadużył swego prawa, naruszając tym samym zasady współzycia społecznego (art. 5 k.c.). Zasygnalizowania też wymaga, że Sąd Najwyższy nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji przewidzianej w art. 5 k.c., aby w ten sposób nie doprowadzać do podważania pewności obrotu prawnego. Zasadą bowiem jest, że ten kto korzysta ze swego prawa, postępuje zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współzycia społecznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., II CSK 236/16).

W wyżej wskazanym zakresie apelacja pozwanego wzajemnego została uwzględniona (art. 386 § 1 k.p.c.), co skutkowało także zmianą rozstrzygnięcia pierwszo-instancyjnego odnośnie kosztów procesu. Przyjmując, że powód wzajemny wygrał sprawę jedynie w 15% należne mu koszty procesu stanowią kwotę 3.049 zł (art. 100 k.p.c. i powołane przez Sąd I instancji przepisy wykonawcze).

W pozostałym zakresie apelacja jako niezasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c. oraz w oparciu o § 2 pkt. 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, przyjmując, że powód wzajemny na tym etapie postępowania wygrał sprawę w 43%.

(...)