

Sygn. akt I ACa 80/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jolanta Grzegorzczak (spraw.)
Sędziowie:	SSA Anna Miastkowska SSA Dorota Ochalska – Gola
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2013 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O.**

przeciwko **(...)Ośrodkowi (...)w Z.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 19 listopada 2012r. sygn. akt I C 532/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O. na rzecz (...)Ośrodka (...) w Z. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 80/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 19 listopada 2012r. w sprawie z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O., przeciwko (...)Ośrodkowi (...) w Z. o zapłatę 88.360,92 zł wraz z odsetkami, Sąd Okręgowy w Kaliszu oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (wyrok k. 185).

Sąd Okręgowy poczynił ustalenia, które podziela Sąd Apelacyjny i przyjmuje je za własne, a z których wynika, że na skutek przetargu nieograniczonego przeprowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 113/2010,poz. 759 ze zm.) na wykonanie zamówienia publicznego – roboty budowlane o nazwie „Remont budynku i instalacji elektrycznej wewnętrznej (...)Ośrodka (...) w Z.” w czerwcu 2010r., została wybrana najkorzystniejsza oferta złożona przez wykonawcę J. D. (1) (...)w K..

Strona pozwana prowadzi działalność w zakresie upowszechniania kultury i posiada osobowość prawną.

W dniu 28 czerwca 2010r. pozwany(...)Ośrodek (...)w Z. zawarł z Przedsiębiorstwem (...)w K. reprezentowanym przez J. D. (1) umowę oznaczoną nr (...), na podstawie której strona pozwana jako zamawiający zleciła, a J. D. (1) jako wykonawca zobowiązał się wykonać roboty budowlane dla zadania pod nazwą „Remont budynku i instalacji elektrycznej wewnętrznej (...)Ośrodka (...)w Z.”. Szczegółowy zakres rzeczowy inwestycji został ujęty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego (SIWZ), która została udostępniona w trakcie postępowania przetargowego. Sąd Okręgowy ustalił zakres robót budowlanych wewnątrz obiektu, które wykonawca miał wykonać w ramach przedmiotowej umowy a także robót zewnętrznych (k. 189).

Termin rozpoczęcia realizacji umowy miał nastąpić z chwilą przekazania placu budowy i sporządzenia na tę okoliczność protokołu, natomiast termin zakończenia realizacji strony ustaliły początkowo do dnia 15 listopada 2010r. Zamawiający dopuścił możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w razie konieczności prowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, lub w razie konieczności robót dodatkowych i niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy, których realizacja wiąże się z potrzebą zmiany terminu wykonania (§ 1 ust. 2 umowy).

Ostatecznie strony ustaliły termin zakończenia prac objętych umową do dnia 28 czerwca 2011r.

Zgodnie z umową wykonawca był zobowiązany realizować roboty w kolejności i terminach wynikających z umowy i harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji zadania (§ 5 ust. 15 umowy).

Strony umowy ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, ustalone na podstawie oferty wykonawcy w wysokości 590.322,16 zł brutto (483.870,62 zł netto + 106.451,54 zł podatku VAT w stawce 22%) niezmiennie przez cały okres realizacji umowy. Wypłata wynagrodzenia następować miała na podstawie faktur częściowych, które miały być wystawione po należytym wykonaniu ustalonego zakresu prac zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym do 90% wartości zadania. Po osiągnięciu 90% wartości zadania następną fakturą miała być faktura końcowa. Podstawę do wystawienia faktury za wykonane roboty miały stanowić protokoły odbioru częściowego oraz końcowego, sporządzone przez kierownika budowy w obecności zamawiającego, wykonawcy i inspektora nadzoru (§6 umowy).

W umowie strony ustaliły, że kwoty wskazane w § 6 ust.2 umowy zawierają wszelkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, jak również nie ujęte w dokumentacji a niezbędne do wykonania zadania, a w szczególności: roboty przygotowawcze, tymczasowe, zabezpieczające, porządkowe, zagospodarowanie i odtworzenie terenu, koszty utrzymania zaplecza budowy, wywozu i składowania gruzu, rozruchu, dokumentacji powykonawczej itp. (§ 6 ust.8 umowy).

Natomiast w § 11 umowy strony ustaliły, że konieczność wykonania przez wykonawcę robót dodatkowych będzie podstawą do zawarcia dodatkowej umowy pod warunkiem zachowania przepisów obowiązujących w ustawie - Prawo zamówień publicznych. Konieczność wykonania robót dodatkowych powinna być odnotowana przez wykonawcę w dzienniku budowy. Wykonawca powinien sporządzić uzgodniony z inspektorem nadzoru odpowiedni protokół konieczności podlegający zatwierdzeniu przez zamawiającego przed przystąpieniem do wykonania robót. Wykonawca nie może żądać od zamawiającego wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe, które wykonał bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na ich wykonanie. Bez uprzedniej zgody zamawiającego mogą być wykonane tylko tego rodzaju roboty, których natychmiastowe wykonanie jest niezbędne ze względu na bezpieczeństwo osób lub mienia lub konieczność zapobieżenia awarii. Podstawą podjęcia takich robót jest sporządzony przez wykonawcę

protokół konieczności przedstawiony zamawiającemu po dokonaniu odpowiedniego wpisu do dziennika budowy. Zamawiający pokrywa wartość tych robót, jeżeli konieczność ich wykonania nie powstała z przyczyn, za które odpowiada wykonawca. Wykonawca obowiązany jest wykonać roboty dodatkowe przy zachowaniu tych samych norm, parametrów i standardów jak w przypadku podstawowych robót. Łączna wartość robót dodatkowych nie może przekroczyć wartości wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

W trakcie postępowania przetargowego precyzując istotne warunki przyszłej umowy, która miała być zawarta z wybranym w tym trybie wykonawcą, zamawiający zastrzegł w razie konieczności - dopuszczalność wykonania świadczenia zamiennego (roboty zamienne), którego wykonanie nie będzie wykraczało poza zakres określony w ofercie i nie zmieni wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający dopuścił również wprowadzenie zmiany materiałów i urządzeń przedstawionych w dokumentacji projektowej a tym samym w ofercie przetargowej, pod warunkiem, że zmiany będą korzystne dla zamawiającego i nie spowodują obniżenia parametrów tych materiałów i urządzeń (rozdział XXI pkt 4 SIWZ str. 22).

W § 23 umowy sprecyzowano w jakich sytuacjach zamawiający dopuścił dokonanie zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz w sytuacji rezygnacji z części robót na skutek projektu budowlanego (w sytuacji gdy nie zachodzi konieczność wykonania robót zamiennych), z jednoczesnym obniżeniem wynagrodzenia proporcjonalnie do zaniechanego zakresu robót.

J. D. (1) przystąpił do realizacji prac remontowych w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego, z tym, że część robót wykonywali podwykonawcy, zwłaszcza w zakresie instalacji sanitarnej i elektrycznej.

W trakcie realizacji inwestycji projekt był zmieniany przez zamawiającego, co wiązało się z koniecznością przeprowadzenia przez wykonawcę innych uzupełniających prac, o których strony nie wiedziały w chwili podpisywania umowy.

W dniu 25 lutego 2011r. J. D. (1) w obecności inspektora nadzoru S. B. i dyrektora strony pozwanej - J. G., sporządził protokół konieczności wykonania robót dodatkowych/zamiennych w zakresie robót rozbiórkowych, murarskich, tynkarskich, elektrycznych oraz dotyczących wykonania ścianek i zabudowy z płyt gipsowo-kartonowych, a także załadunku i wywozu gruzu. Ich wykonanie uzasadniono względami technologicznymi, wymogami przepisów przeciwpożarowych i bhp oraz sztuki budowlanej, a także właściwym funkcjonowaniem obiektu. Przykładowo wskazano konieczność powiększenia otworów drzwiowych i wykonania nowych nadproży. Łączną wartość robót oznaczono po korekcie na kwotę 100.225,73 zł, która stanowiła wartość przewidywanych robót, a nie robót faktycznie wykonanych. W protokole umieszczono zapis, że stanowi on podstawę wykonania wskazanych w nim robót oraz podstawę do sporządzenia aneksu do umowy nr (...) z dnia 28 czerwca 2010r. Protokół został podpisany przez J. D. (1), J. G. i S. B.. Podpisanie przez strony protokołu było wymogiem przystąpienia do ich wykonania. W dacie podpisywania protokołu konieczności żadna z przewidzianych w nim robót nie została jeszcze wykonana, a wykonawca nie przedstawił szczegółowego zakresu prac. Strona pozwana i J. D. (1) nie zawarły żadnej dodatkowej umowy, ani aneksu do umowy nr (...) dotyczącej prac wskazanych w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r. Roboty te J. D. (1) wykonał w miejsce prac, których nie wykonał w ramach łączącej strony umowy nr (...), tj. niewykonanego częściowo odbicia tynku oraz rozbicia posadzki w piwnicy, a także schodów na scenę. Na wykonanie prac zamiennych strony nie musiały zawierać kolejnej umowy. Rozliczenie prac zamiennych nastąpiło na warunkach określonych w umowie nr (...) po zatwierdzeniu robót przez inspektora nadzoru.

Za wykonanie prac wskazanych w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r. J. D. (1) w dniu 17 marca 2011r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 88,360,92 zł, jednocześnie załączył protokół zaawansowania robót i kosztorys tych prac. Strona pozwana odmówiła uznania tej faktury, powołując się na brak dodatkowej umowy dotyczącej wykonania robót dodatkowych, a także zakwestionowała wartość robót wskazaną w protokole przez wykonawcę.

W dniu 16 września 2011r. strony dokonały korekty wartości prac budowlanych wskazanych w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r., określając ich łączną wartość na kwotę 100.208,12 zł.

Mimo kolejnych wezwań do zapłaty strona pozwana odmawiała zapłaty wykonawcy należności wynikającej z protokołu konieczności z dnia 25 lutego 2011r.

J. D. (1) na mocy umowy przelewu wierzytelności z dnia 6 lutego 2012r. zbył wierzytelność przysługującą mu względem strony pozwanej w łącznej kwocie 123.277,64 zł, w tym kwotę 88.360,92 zł wynikającą z faktury nr (...), na rzecz powoda - (...) sp. z o.o. z siedzibą w O..

W piśmie z dnia 6 lutego 2012r. powodowa Spółka zawiadomiła stronę pozwaną o przelewie wierzytelności i wezwała do jej zapłaty.

Następnie Sąd Okręgowy szczegółowo i przekonująco ocenił materiał dowodowy (k. 191).

Sąd I instancji podkreślił, że postępowanie dowodowe wykazało, że były to prace, których konieczność wykonania zaistniała w trakcie realizacji inwestycji w związku ze zmianami projektu. Jednakże przy modyfikacji projektu mogło dojść do sytuacji, że część prac ujęta w pierwotnej wersji projektu nie została wykonana przez wykonawcę, a w miejsce tych niewykonanych prac należało wykonać inne prace wynikające z tej modyfikacji, które miały charakter prac zamiennych, uzupełniających. Nadto analizując zeznania świadków R. Ś. i M. W., Sąd Okręgowy stwierdził, że zeznania tych świadków prowadzą do wniosku, że prace ujęte w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r. były w istocie pracami zamiennymi – uzupełniającymi realizowany projekt inwestycyjny.

Wskazał także przyczyny, z powodu których oddalił wniosek dowodowy strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa (k. 191).

Uznał, że powództwo jest bezzasadne i w rozważaniach, w sposób bardzo obszerny i przekonujący Sąd Okręgowy przeanalizował treść umowy łączącej stronę pozwaną z J. D. (1) prowadzącym działalność gospodarczą oraz stosunek ustawy Prawo zamówień publicznych do postanowień kodeksu cywilnego i stwierdził, że zgodnie z art. 139 ust. 1 cytowanej ustawy (dalej określanej jako Prawo zamówień publicznych - pzp) do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Natomiast art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych stanowi, że umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Sąd Okręgowy wskazał, że skoro wymóg zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności dotyczył umowy o roboty budowlane zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wymóg ten dotyczył również umowy o roboty dodatkowe, co zostało stwierdzone w umowie z dnia 28 czerwca 2010r. oznaczonej nr (...).

Następnie Sąd ten doszedł do wniosku, że prace określone przez wykonawcę w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r. były w istocie pracami zamiennymi, uzupełniającymi wykonanie przedmiotowego zadania publicznego, którego projekt w trakcie realizacji był modyfikowany. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowych prac zostało rozliczone w ramach ustalonego w umowie nr (...) wynagrodzenia ryczałtowego.

W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, że między stronami umowy nr (...) nie doszło do zawarcia dodatkowej umowy o wykonanie robót dodatkowych a wykonane przez wykonawców i podwykonawców roboty budowlane wskazane w protokole konieczności z dnia 25 lutego 2011r. i doprecyzowane w protokole zaawansowania robót z dnia 17 marca 2011r. stanowiły roboty zamienne zrealizowane w ramach dotychczasowej umowy. Tym samym Sąd nie znalazł również podstaw do uwzględnienia roszczenia strony powoda w oparciu o art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

Z powyższych względów Sąd I instancji uznał powództwo w całości za bezzasadne, w związku z czym oddalił je, jednocześnie uzasadnił orzeczenie o kosztach procesu.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości apelacją strona powodowa, zarzucając:

1. nierozpoznanie przez Sąd I instancji istoty sprawy;

2.naruszenie przez Sąd I instancji przepisów procedury w szczególności 328 § 1 pkt. 2 k.p.c. - poprzez niewskazanie, które fakty Sąd uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł, i przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej;

3.naruszenie przez Sąd I instancji przepisów procedury, a w szczególności art. 233 k.p.c. przez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i oparcie rozstrzygnięcia na dowodach nieprzydatnych postępowaniu i na nieudowodnionych twierdzeniach pozwanego a odmowie przyznania wiary pozostałym przeprowadzonym w postępowaniu dowodom, w sytuacji gdy całość materiału dowodowego i okoliczności sprawy wskazują, że przyjęcie tych twierdzeń i dowodów za podstawę orzeczenia nie znajduje uzasadnienia;

4.błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik sprawy, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że protokół konieczności wykonania robót dodatkowych/zamiennych z dnia 28 czerwca 2010 roku dotyczył wyłącznie robót zamiennych, a nie dodatkowych;

5.naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 65 k.c. – poprzez błędną wykładnię zawartej między cedentem, a pozwanym umowy nr (...) z dnia 28 czerwca 2010 roku.

W konkluzji, strona skarżąca wniosła o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości,
2. zwrot kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego i apelacyjnego według norm przepisanych,

Jako wniosek alternatywny zgłosiła żądanie uchylenia skarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Następnie w uzasadnieniu apelacji strona skarżąca bardzo szeroko rozwinęła zarzuty apelacyjne (apelacja k. 207-211).

Strona pozwana wniosła odpowiedź na apelację, żądając jej oddalenia i zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego (odpowiedź na apelację k. 218-220).

Swoje stanowiska pełnomocnicy stron podtrzymali na rozprawie apelacyjnej (protokół i zapis rozprawy apelacyjnej – k. 237-238)

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja jest bezzasadna z następujących przyczyn.

Całkowicie chybiony jest zarzut obrazy art. 328 §1 pkt 2 k.p.c. podniesiony w apelacji (wskazać należy, że takiej numeracji nie ma w powołanym przepisie art. 328 k.p.c. i stronie skarżącej chodziło chyba o art. 328 §2 k.p.c.), albowiem uzasadnienie skarżonego wyroku w pełni odpowiada wymogom sprecyzowanym w tym przepisie. Sąd Okręgowy czyniąc ustalenia w sposób bardzo czytelny i dokładny powołał dowody, w oparciu o które każde z tych ustaleń poczynił. Następnie dokonał oceny dowodów (k. 191). Tak więc zarzut ten jest całkowicie nietrafny. Na marginesie dodać należy, że jak wynika z utrwalonego orzecznictwa - zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być usprawiedliwiony tylko w tych wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Natomiast w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z tego typu sytuacją.

Nietrafny jest również zarzut strony apelującej, jakoby Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. Istotą sporu jest bowiem czy prace wykonane przez wykonawcę robót bądź podwykonawców miały charakter robót zamiennych czy też – dodatkowych, a jeżeli były tymi drugimi, to czy doszło między stronami umowy nr (...) do zawarcia umowy o roboty

dodatkowe. Tymi właśnie zagadnieniami Sąd Okręgowy się zajął, czyniąc ustalenia i przedstawiając rozważania, czemu dał wyraz w uzasadnieniu skarżonego wyroku, zatem nietrafny jest zarzut nierozpoznania przez ten Sąd istoty sprawy.

Podniesiony w apelacji zarzut obrazy art. 233 k.p.c. także nie jest zasadny, gdyż kwestionując dokonaną przez Sąd I instancji ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i poczynione na jej podstawie ustalenia faktyczne, strona apelująca nie wykazała sprzeczności tych ustaleń z rzeczywistym stanem rzeczy ustalonym przez Sąd Okręgowy, jak również z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Sąd Okręgowy rozpoznając tę sprawę dokonał wyjątkowo dokładnych ustaleń i bardzo wnikliwej, przekonującej oceny zgromadzonego w tym postępowaniu materiału dowodowego, którą podziela także Sąd Apelacyjny. Strona apelująca, zarzucając naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. nie wykazała wadliwości logicznego wyводу przedstawionego przez Sąd I instancji w uzasadnieniu skarżonego wyroku, nie wykazała by ocena dowodów przedstawiona przez Sąd I instancji była wadliwa i w istocie nie sprecyzowała na czym zarzucana wadliwość miałaby polegać. Zarówno w zarzutach, jak i uzasadnieniu apelacji (k. 207-211) zawarte są stwierdzenia, które z przyczyn wskazanych nie mogą skutecznie podważyć oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd I instancji.

Bowiem należy podkreślić, że dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu strony skarżącej nie odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest przede wszystkim wskazanie przyczyn dyskwalifikujących oceny Sądu w tym zakresie. W szczególności strona skarżąca powinna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (wyrok SA w Warszawie z 20.12.2006r., VI ACa 567/06, LEX nr 558390). Skuteczne postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może bowiem polegać na zaprezentowaniu stanu faktycznego ustalonego przez stronę skarżącą, na podstawie własnej oceny dowodów. Skarżący może tylko wskazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i że uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (wyrok SN z 18.06.2004r., II CK 369/03, LEX nr 174131). Zaś uwzględnienie przez Sąd w ocenie materiału dowodowego powszechnych i obiektywnych zasad doświadczenia życiowego nie usprawiedliwia zarzutu przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów na tej tylko podstawie, że indywidualne i subiektywne doświadczenia strony są od tych zasad odmienne (wyrok SN z 5.08.1999r., II UKN 76/99, OSNP 2000/19/732), bądź wnioski dokonanej oceny są niekorzystne – z punktu widzenia interesów – konkretnej strony.

W konsekwencji w ocenie Sądu Apelacyjnego, strona apelująca nie zdołała wykazać, że Sąd I instancji, dokonując oceny dowodów naruszył zasady wymienione w art. 233 k.p.c.

Przechodząc do kolejnych zarzutów podniesionych w apelacji a odnoszących się do rzekomo wadliwej oceny dokonanej przez Sąd I instancji wobec przyjęcia, że protokół konieczności wykonania robót dodatkowych/zamiennych z dnia 28 czerwca 2010 roku dotyczył wyłącznie robót zamiennych, a nie dodatkowych i że strony umowy z dnia 28 czerwca 2010r. nr (...) nie zawarły na piśmie odrębnej umowy co do warunków przeprowadzenia robót a także zarzut naruszenia art. 65 k.c. – przez rzekomo błędną wykładnię umowy nr (...) z dnia 28 czerwca 2010 roku, zawartej między cedentem, a pozwanym Sąd Apelacyjny pragnie zauważyć, że także i te zarzuty nie są zasadne. Na marginesie dodać należy, że zarówno w treści zarzutu apelacyjnego (pkt. 4 – k. 208), jak również w treści uzasadnienia apelacji (k. 208), strona apelująca powołuje się na nieistniejący dowód - protokół konieczności z dnia 28 czerwca 2010r., podczas gdy w tej dacie została zawarta umowa nr (...), natomiast protokół konieczności nosi datę 25 lutego 2011r. (k. 40-41).

Przede wszystkim należy przypomnieć, że prace objęte umową nr (...) były określone umową zawartą w trybie zamówień publicznych, zatem do jej oceny oraz roszczeń z niej wynikających mają zastosowanie przepisy cytowanej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (dalej pzp). Ustawa ta jest aktem prawnym określającym zasady, tryby udzielania zamówień publicznych, środki odwoławcze, sposób kontroli udzielania zamówień oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Na system zamówień publicznych składają się nie tylko regulacje ustawowe, lecz także przepisy kilkunastu rozporządzeń, wydanych na mocy delegacji ustawowej oraz przepisy bezpośrednio obowiązującego w polskim systemie prawnym unijnego rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień

(CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002 z późn. zm.). Ustawa ta stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie w niej do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego do czynności wykonywanych przez zamawiającego i wykonawców postępowania o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawie zamówienia publicznego, gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. W tym zakresie ustawa ta stanowi *lex specialis* w stosunku do ogólnych norm kodeksu cywilnego.

Artykuł 139 ust. 1 pzp potwierdza cywilistyczny charakter instytucji zamówień publicznych. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się bowiem przepisy kodeksu cywilnego, chyba że, jak była o tym mowa wyżej - przepisy ustawy stanowią inaczej, przy czym wyłączenie przepisów k.c. uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie pzp. Należy pamiętać, że w odniesieniu do wielu instytucji o zakorzenionej tradycji cywilistycznej adaptacja ogólnych reguł z k.c. na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku prawnego powoływanego do życia w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zawsze bowiem reguły kodeksowe będą przystawać do sytuacji wyznaczonych rygorystycznym formalnym prawa zamówień publicznych. Obrót dokonywany na podstawie wskazanej regulacji, mimo zasadniczo cywilnoprawnego charakteru, wykazuje specyficzne cechy skutkujące koniecznością uwzględnienia również prawa publicznego i założeń systemowych, które stały się dla niej *ratio legis*.

Jak podkreśla się w orzecznictwie - przepisy o umowach w sprawach zamówień publicznych w istocie stanowią ograniczenie swobody umów (swobody kontraktowej) wyrażonej w art. 353¹ k.c. Ograniczenie swobody ukształtowania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza narzucenia stronom takiej umowy normatywnie określonej treści stosunku zobowiązaniowego. Odnosi się ono do swoistego „usztynienia” treści umowy, znajdującego wyraz w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie a także - kształtowania okresu trwania umowy.

Ograniczenie swobody wyboru formy ma w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych wymiar powszechny. Każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, chociażby nie przewidywała tego przepisy regulujące dany typ umowy, musi pod rygorem nieważności zostać zawarta z zachowaniem formy pisemnej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego sporu, należy podkreślić, że nie ulega wątpliwości, że strony umowy nr (...) nie zawarły w formie pisemnej umowy o wykonanie robót dodatkowych w obiekcie należącym do strony pozwanej (tak też zeznał wykonawca świadek J. D. – k. 166-170-), jak również nie sporządziły w tym zakresie aneksu do przedmiotowej umowy, mimo, że sporządziły do niej aż cztery aneksy dotyczące innych kwestii, z czego jeden dotyczył zmiany na stanowisku inspektora nadzoru, a trzy pozostałe – przesunięcia terminu zakończenia prac (aneksy – k. 89-92). Strony tej umowy miały więc świadomość, że wprowadzanie ewentualnych zmian do pierwotnej umowy konieczne jest z zachowaniem formy pisemnej. Mimo to w tak istotnej kwestii, jak twierdzi strona powodowa – co do rozszerzenia zakresu robót o prace dodatkowe, nie sporządziły pisemnego aneksu, czy też wręcz dodatkowej umowy.

Co do twierdzenia strony powodowej, że protokół konieczności z dnia 25 lutego 2011r. stanowi w istocie pisemną umowę w tym zakresie, w ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do takiego przyjęcia. Przede wszystkim protokół ten nie zawiera w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określenia czy w jego treści chodzi o roboty dodatkowe, czy tylko o prace zamiennie, bowiem w jego treści występują równorzędnie obydwa te dwa określenia. Wątpliwości tych, wbrew stanowisku pełnomocnika strony powodowej, nie rozwiewa także bardzo nieprecyzyjna i niejasna treść notatki służbowej z dnia 16 września 2011r. (k.50). Skoro główny wykonawca robót, będący jednocześnie stroną umowy nr (...) – świadek J. D., jak wynika z treści jego zeznań (przyznał, że strony niezawarty pisemnej umowy w co do tej kwestii), nie traktował tego protokołu konieczności jako *de facto* pisemnej umowy w zakresie ustalenia robót dodatkowych, za czym dodatkowo przemawia także treść jego pisma datowanego 17 maja 2011r. (k. 86), kierowanego do strony pozwanej, w treści którego wnosił o przygotowanie umowy o roboty dodatkowe, przeto miał świadomość, że umowa taka nie została zawarta i nie stanowi jej protokół konieczności sporządzony przez strony umowy (...) trzy miesiące wcześniej, tj. 25 lutego 2011r. Ponadto w samym protokole konieczności znajduje się zdanie „Niniejszy protokół stanowi podstawę wykonania ww. robót i sporządzenia aneksu do umowy (...)”, co w ocenie Sądu

Apelacyjny stanowi dodatkowy dowód na fakt, że strony tego protokołu konieczności nie traktowały go jako umowy, ani też jako aneksu do umowy już istniejącej i co więcej – miały świadomość, że koniecznym jest co najmniej pisemny aneks do umowy (...) w tym zakresie. Trafnie także wskazał Sąd Okręgowy, po analizie przepisów art. 647 i 648 §1 k.c. oraz art. 139 ust. 2 pzp, że skoro wymóg zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności dotyczył umowy o roboty budowlane zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wymóg ten dotyczył również umowy o roboty dodatkowe, co zostało stwierdzone w umowie z dnia 28 czerwca 2010r. nr (...). Tak więc nawet, gdyby przyjąć wbrew ustaleniom Sądu I instancji, z korzyścią dla strony powodowej, że prace za wykonanie których zapłaty żąda obecnie strona powodowa, miały charakter prac dodatkowych (z czym jednak nie zgadza się także Sąd Apelacyjny – o czym mowa poniżej), to wobec braku pisemnej umowy w tym zakresie – umowa taka byłaby nieważna wobec niezachowania jej pisemnej formy.

Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu I instancji, że strona powodowa nie udowodniła, że protokół konieczności z dnia 25 lutego 2011r. dotyczył robót, które miały charakter robót dodatkowych. W apelacji strona skarżąca zdaje się nie dostrzegać, na której ze stron, zgodnie z zasadą z art. 6 k.c. spoczywa ciężar skutecznego przeprowadzenia dowodu w tym zakresie. Skoro to strona powodowa dochodzi zapłaty, jak twierdzi - za wykonane na rzecz strony pozwanej roboty dodatkowe, a strona pozwana zaprzecza, że roboty te miały taki właśnie charakter, wywodząc, że w rzeczywistości były to roboty zamienne i okoliczność tę potwierdziła w swych zeznaniach przesłuchana w charakterze strony - dyrektor pozwanego Ośrodka – J. G.(k. 178 i nast.), wymieniając roboty, które mimo, że zostały początkowo ujęte w harmonogramie a następnie nie było potrzeby ich wykonania i dlatego jak twierdziła - w ich miejsce zostały wykonane prace zamienne, za które strona pozwana dochodzi obecnie zapłaty w tej sprawie a nadto strona pozwana wносиła nawet o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na tę okoliczność, który to wniosek dowodowy został oddalony przez Sąd I instancji - to na stronie powodowej ciążył obowiązek udowodnienia, że prace, za wykonanie których dochodzi w tym procesie zapłaty miały charakter prac dodatkowych, jednak takiego dowodu strona powodowa nie przeprowadziła (art. 6 k.c.). Nadto należy także pamiętać, że strona pozwana od początku negowała zakres prac wymienionych w protokole konieczności, w porównaniu z zakresem prac faktycznie wykonanych przez J. D. (k. 83 i 85), a zastrzeżeń nie zgłaszała jedynie do jakości wykonanych prac, która to okoliczność także dodatkowo przemawia przeciwko twierdzeniom strony powodowej, że istnieją podstawy do przyjęcia, że protokół konieczności w istocie stanowi umowę o wykonanie prac, mających charakter prac dodatkowych. W tym miejscu Sąd Apelacyjny stwierdza, że w całości podziela wnioski, które wysnuł Sąd Okręgowy z analizy zapisów umowy nr (...), a zwłaszcza jej § 11 (uzasadnienie wyroku SO k. 192 odwr. – 193).

Na marginesie powyższych rozważań dodać należy, jakie znaczenie dla dochodzonych roszczeń miało wystawienie przez cedenta faktury VAT, obejmującej należność za rzekome prace dodatkowe. Ocenic należy, że stanowiła ona dokument rozliczeniowy, nie kreowała zaś sama przez się zobowiązania. Jest to bowiem dokument stwierdzający dokonanie objętej nim transakcji gospodarczej, umożliwiający podjęcie czynności mających na celu sprawdzenie, czy świadczenie jest zasadne tak co do zasady, jak i wysokości. Faktura nie spełnia ze swej istoty funkcji dokumentu umowy. Treść faktury i zamieszczone w niej adnotacje nie mogły nakładać na drugą stronę stosunku umownego innych obowiązków aniżeli uzgodnione, precyzować ich, bądź zmieniać ustalone przez strony elementy w odniesieniu do spełnienia świadczenia w uzgodnionej wysokości. Podkreślić należy, że zobowiązanie do świadczenia wynika z umowy wiążącej strony, stanowiącej podstawę więzi obligacyjnej, nie zaś z faktury. Z uwagi na funkcje jakie spełnia i spełniać ma faktura nie można jej treści nadawać cechy oświadczenia woli. Przyjęcie faktury przez drugą stronę może być potraktowane jako oświadczenie dłużnika podjęcia czynności sprawdzających zasadność świadczenia oraz wykonanie czynności księgowo-finansowych przygotowujących to spełnienie. Samo podjęcie tych czynności w trybie wewnętrznego urzędowania właściwych służb dłużnika, z których nie wynika zamiar wywołania przez nie skutków prawnych w postaci akceptacji należności, nie może być zakwalifikowane jako oświadczenie wyrażające taką wolę wierzyciela. Jednostronne umieszczenie na fakturze określonej treści i wydanie takiej faktury drugiej stronie, przy biernej postawie tej strony co do treści faktury, nie oznacza automatycznie akceptacji dorozumianych działań w kierunku zmiany, uzupełnienia ustaleń nawiązanego uprzednio stosunku prawnego. Ponadto dodać należy, że operacja dotycząca faktury, jej przyjęcie, zaksięgowanie daje jedynie podstawę do domniemania co do potwierdzenia zaistnienia dotyczącego faktury zdarzenia gospodarczego, w sytuacji, gdy pozwala na to materiał dowodowy sprawy, a

ten w przedmiotowej sprawie nie dawał ku temu podstaw, co więcej - wręcz wskazywał na odmienny niż zafakturowany przebieg zdarzeń co do wysokości wynagrodzenia. Dlatego też wystawienie faktury przez wykonawcę robót nie jest i nie może być utożsamiane z umową, jak i z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Nie jest także zasadny zarzut strony powodowej, jakoby Sąd I instancji naruszył art. 405 i nast. k.c. Nie ulega bowiem wątpliwości, że roszczenie, którego strona powodowa dochodzi w przedmiotowej sprawie, sama określiła jako roszczenie o zapłatę z tytułu nabycia wierzytelności na podstawie umowy przelewu, która zawarła z J. D. – wykonawcą robót wynikających z umowy (...). Przedmiotem przelewu jest wierzytelność (co także jest niekwestionowane i niesporne w przedmiotowej sprawie) dotycząca należności za prace wykonane na rzecz strony pozwanej przez J. D., prowadzącego działalność gospodarczą.

Przedmiotem przelewu była zatem wierzytelność wynikająca z umowy a nie z innych zdarzeń. Skoro przyczyną tego przelewu była umowa a nie inne zdarzenia, jak np. zdarzenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, to zarzut strony powodowej podniesiony w apelacji o naruszeniu tego przepisu wobec jego niezastosowania przez Sąd Okręgowy, przy ocenie zasadności roszczenia dochodzonego w tej sprawie przez stronę powodową nie jest trafny i nie mógł być uwzględniony przez Sąd Apelacyjny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.

i art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 2 ust. 1 i 2, § 6 pkt 6 oraz § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej (...) (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.), dlatego zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 2.700 złotych, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.