

**Sygn. akt I ACa 647/14**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Anna Cesarz</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Dorota Ochalska - Gola (spr.)</b> <b>SO del. Dariusz Limiera</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2014 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) z siedzibą w L.**

przeciwko **Gminie T.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim

z dnia 23 grudnia 2013 r. sygn. akt I C 867/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) z siedzibą w L. na rzecz Gminy T. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 647/14

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 23 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim I Wydział Cywilny oddalił powództwo J. G. prowadzącego działalność pod nazwą Firma (...) z siedzibą w L. przeciwko Gminie T. o zapłatę kwoty 97.969,24 zł z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 21.804,25 zł od dnia 27 lutego 2012 roku do dnia zapłaty;

- 76.164,99 zł. od dnia 4 czerwca 2012 roku do dnia zapłaty.

Sąd Okręgowy zasądził jednocześnie od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd I instancji oparł powyższe rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje i przyjmuje za własne:

W dniu 24 listopada 2011 r. została zawarta umowa pomiędzy pozwanym Gminą T., a powodem J. G., której przedmiotem było wykonanie instalacji kolektorów słonecznych dla (...) w Tuszynie na podstawie dokumentacji projektowej zatwierdzonej Decyzją nr (...) Starosty Powiatu (...) Wschodniego z dnia 13.09.2011r.

W § 2 pkt 1 umowy opisano zakres robót, wskazując, że przedmiotem prac jest: dostawa i montaż instalacji solarnej dla (...) i (...) w Tuszynie zasilanej baterią 72 kolektorów słonecznych próżniowych, zamontowanych na dachu budynku (...), na konstrukcji wsporczej z armaturą i orurowaniem; demontaż części chodnika będącego na trasie rurociągu i ponowne jego ułożenie po ułożeniu sieci cieplnej; wykonanie rurociągu sieci ciepłowniczej pomiędzy (...) a basenem - rury ciepłe preizolowane, ułożone w wykopie na podsypce piaskowej; montaż armatury w kotłowni (...); montaż armatury w podbaseniu pływalni (...); montaż automatyki wraz z regulacją; uruchomienie instalacji i próby ciśnieniowe.

Ponadto w § 2 pkt 3 umowy ustalono, że jej przedmiot będzie wykonany na warunkach określonych w umowie oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożonej w ofercie, kosztorysie ofertowym, które stanowią załącznik do umowy oraz dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, decyzjach o pozwoleniu na budowę. W § 3 pkt 1 kontraktu wykonawca oświadczył, że posiada konieczne doświadczenie i profesjonalne kwalifikacje niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, a w pkt 3 zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę, obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i przepisami prawa dotyczącymi wymagań technicznych, ze złożoną ofertą, i ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zasadami sztuki budowlanej.

W tym samym punkcie dotyczącym obowiązków wykonawcy zapisano (podpunkt 7), że w przypadku wystąpienia konieczności wykonania prac nie objętych kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją techniczną Wykonawcy nie wolno ich realizować bez zmiany umowy lub uzyskania dodatkowego zamówienia na podstawie odrębnej umowy. W kolejnym podpunkcie 8 wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia zobowiązał się do wykonania wszelkich robót przygotowawczych, towarzyszących, zabezpieczających koniecznych do wykonania zadania i wynikających z zakresu zamówienia. Ten sam zapis znalazł się również w § 2 pkt 2 ppkt 1.

Strony umowy postanowiły, że przedmiot umowy zostanie zrealizowany w okresie od 25 listopada 2011 r. (przekazanie placu budowy) do 24 grudnia 2011 r. (30 dni od daty podpisania umowy).

W § 9 umowy zawarte są zapisy dotyczące naliczania kar umownych za nieterminowe lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Ustalono między innymi, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całego przedmiotu umowy w wysokości 436.085,75 zł brutto, a wszelkie roboty dodatkowe, które nie mogły być przewidziane przy realizacji przedmiotowej inwestycji, miały być wykonane w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego.

Formularz ofertowy do przetargu nieograniczonego na powyższą inwestycję zawiera w swojej treści oświadczenia, że m.in.: „... bez żadnych zastrzeżeń akceptuję treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...) oraz oświadczam, że uzyskałem wszelkie informacje konieczne do przygotowania niniejszej oferty. Przeprowadziliśmy wizję lokalną w terenie i sprawdziliśmy warunki wykonania przedmiotu umowy.” W dalszej części formularza: „w cenie zostały uwzględnione wszystkie dodatkowe nakłady, które nie ustępują w nakładach załączonych do SIWZ, a są niezbędne do wykonania przedmiotu umowy.”

Projekt budowlany przewidywał, że system kolektorów słonecznych zostanie zamontowany na dachu budynku (...) na konstrukcji wsporczej na połaci dachu.

Ekspertyza techniczna, będąca częścią projektu budowlanego, stwierdziła, że montaż kolektorów na dachu domu kultury oraz zbiorników buforowych i pomp ciepła w pomieszczeniach podbasenia w budynku krytej pływalni nie będzie miał negatywnego wpływu na statykę i parametry wytrzymałościowe istniejących budynków oraz budynków sąsiednich.

Przedmiar robót, będący częścią projektu budowlanego, zawiera krótki opis sposobu jego opracowania oraz przyjętych rozwiązań projektowych mających wpływ na kalkulację, tabelę z przedmiarem zawierającą opis pozycji, ilość, krotność oraz jednostkę miary oraz zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu. Poszczególne pozycje przedmiaru podzielone są na 4 główne działy:

1. Montaż rurociągu pomiędzy basenem a domem kultury.
2. Montaż kolektorów słonecznych na dachu domu kultury.
3. Instalacja - dom kultury.
4. Instalacja - podbasenie.

Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót określa wymagania techniczne dotyczące wykonania i odbioru robót realizowanych przy modernizacji systemu przygotowania ciepłej wody użytkowej w oparciu o zastosowanie systemu solarnego i pomp ciepła do odzysku ciepła z wody spustowej. W pkt 1.3 tego dokumentu zapisano, że roboty których dotyczy specyfikacja obejmują wszystkie czynności umożliwiające i mające na celu wykonanie instalacji kolektorów słonecznych i pomp ciepła do odzysku ciepła z wody spustowej. Do robót montażowych należy między innymi montaż kolektorów słonecznych na dachu domu kultury. Punkt 2 Specyfikacji dotyczy wykonania robót i projektant w podpunkcie 2.1 zastrzegł, że wykonawca nie może wykorzystywać błędów lub opuszczeń w dokumentach umowy, a o ich wykryciu powinien natychmiast powiadomić inspektora nadzoru, który dokona odpowiednich zmian lub poprawek. Jeżeli w trakcie wykonania robót okaże się koniecznym uzupełnienie dokumentacji projektowej wykonawca sporządzi brakujące rysunki na własny koszt i przedłoży je inspektorowi nadzoru do zatwierdzenia.

Na stronie 6 (...) w pkt 5.2 dotyczącym montażu kolektorów słonecznych projektant zapisał, że należy je montować na dachu budynku basenu na konstrukcji wsporczej według projektu konstrukcyjnego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na stronie tytułowej nosi datę 11.10.2011r. i powstała w celu przeprowadzenia przetargu nieograniczonego na „Wykonanie instalacji kolektorów słonecznych i pomp ciepła dla (...) w Tuszynie”. W § 3 pkt 2 wymieniono prace tymczasowe i towarzyszące, które należy wykonać w ramach zadania podlegającego procedurze przetargowej. Wymieniono między innymi: zamocowanie konstrukcji wsporczych i stelaży kolektorów, zabezpieczenie antykorozyjne elementów konstrukcji wsporczych narażonych na korozję, naprawę pokrycia dachowego i innych elementów dachu w miejscu objętym pracami montażowymi, a w przypadku uszkodzenia podczas prac montażowych.

W kolejnym punkcie tego samego paragrafu wymieniono czynności i roboty, które należy uwzględnić wraz z poniesieniem związanych z tym kosztów. Są to między innymi: wykonanie wszelkich niezbędnych robót przygotowawczych, towarzyszących i zabezpieczających koniecznych do wykonania zadania i wynikających z zakresu zamówienia; wykonawca zobowiązany jest zapewnić wykonanie i kierowanie robotami objętymi umową przez osoby posiadające stosowne kwalifikacje zawodowe i uprawnienia budowlane.

W pkt 6 tego samego paragrafu opisującego przedmiot umowy zamawiający zleca wykonawcy przeprowadzenie wizji lokalnej w miejscu realizacji zamówienia celem uzyskania wszystkich koniecznych informacji do przygotowania oferty.

Stwierdzono również, że za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji zamówienia odpowiedzialność ponosi wykonawca.

W § 12 SIWZ opisuje sposób obliczenia ceny oferty i w kolejnych punktach wskazuje między innymi:

„1. Podana w ofercie ryczałtowa cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Wykonawca obowiązany jest dokładnie sprawdzić w terenie warunki wykonania przedmiotu umowy.

3. Z uwagi na ryczałtowy sposób rozliczenia wykonawca powinien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę jego oferty.

4. Wykonawca uwzględni inne prace konieczne wg oferenta do prawidłowego wykonania zadania, bez których zamówienie nie będzie mogło być prawidłowo zrealizowane.

5. Cena ryczałtowa określona w ofercie musi zwierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z dokumentacji, SIWZ i przedmiaru oraz oddania obiektu do użytkowania, jak również nie ujęte w dokumentacji projektowej, a niezbędne do wykonania zadania, m.in.: (...) usunięcia ewentualnych kolizji.

9. Wykonawca powinien odwiedzić i sprawdzić miejsce robót oraz jego otoczenie w celu oceny, na własną odpowiedzialność, koszt i ryzyko, czynników koniecznych do przygotowania jego oferty i podpisania umowy na roboty. (...)”

Po przystąpieniu do realizacji umowy w dniu 5 grudnia 2011 r. dokonano wykopów pod rurociąg. Kolejno w dniu 9 grudnia 2011 r. wykonawca poinformował inwestora o braku rozwiązań projektowych dotyczących sposobu montażu konstrukcji pod kolektory słoneczne i wniósł o pilne podanie metody montażu konstrukcji na dachu (...). Wykonawca poinformował, że niedostarczenie tych rozwiązań skutkować będzie opóźnieniem zakończenia realizacji zadania.

W dniu 12 grudnia 2011 r. Biuro (...). P.H.U. (...) Sp. z o.o. przekazało zamawiającemu informację na temat sposobu montażu kolektorów słonecznych na dachu (...). Następnie w tym samym dniu wykonawca w nawiązaniu do odpowiedzi Biura (...) stwierdził, że nie dotyczy ona meritum sprawy i ponownie prosi zamawiającego o dostarczenie rozwiązania.

W dniu 15 grudnia 2011 r. zamawiający przekazał pocztą elektroniczną rozwiązanie mocowania kolektorów na dachu. Kolejno w dniu 18 grudnia 2011 r. wykonawca zwrócił się z pytaniem do zamawiającego, czy przesłane rozwiązanie należy zrealizować. Zwrócił uwagę, że jest to rysunek sporządzony przez dostawcę kolektorów a nie przez projektanta i informował o wydłużeniu terminu i wzroście kosztów realizacji przedsięwzięcia. W dniu 21 grudnia 2011 r. wykonawca poinformował zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych i wymienił zakres tych robót; a nadto ponownie poinformował o dodatkowych kosztach związanych z koniecznością wykonania specjalnej konstrukcji do montażu solarów.

W załączeniu Wykonawca przekazał protokół konieczności i kosztorys dodatkowy na kwotę 64.497,29 zł brutto. W dniu 27 grudnia 2011 r. przedstawiciele zamawiającego i wykonawcy na spotkaniu ustalili, które prace nie zostały do tej pory wykonane. Na spotkaniu w dniu 29 grudnia 2011 r. nadzór inwestorski stwierdził, że przekazany rysunek z mocowaniem konstrukcji solarów został wykonany przez projektanta i należy go zrealizować. Inwestor wymienił także prace instalacyjne, które nie zostały jeszcze wykonane do tej daty. Pismem z dnia 2 stycznia 2012 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że zaproponowana konstrukcja pod montaż kolektorów może stanowić zbyt duże obciążenie dla istniejącego dachu i prosi o dostarczenie ekspertyzy odnośnie obciążeń jakie może przenieść konstrukcja dachu. W tym samym dniu wykonawca zarzucił zamawiającemu niedopełnienie obowiązków wynikających z 4.1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz

programu funkcjonalno-użytkowego i związku z tym prosił o niezwłoczne przedstawienie aneksu terminowego oraz umowy na roboty dodatkowe. Wykonawca załączył kosztorys dodatkowy skorygowany na kwotę 61 922,76 PLN netto. Pismem z dnia 5 stycznia 2012 r. wykonawca poinformował zamawiającego o wątpliwościach inspektora nadzoru dotyczących nośności dachu (...) dodatkowo obciążonego konstrukcją stalową. Wykonawca zgłosił problem związany z pracami instalacyjnymi w pomieszczeniu kotłowni podbasenia oraz zgłosił zakończenie głównych robót instalacyjnych w podbaseniu. W tym samym dniu projektanci w odpowiedzi na pismo inspektora nadzoru potwierdzili drogą elektroniczną, że montaż kolektorów słonecznych wraz z konstrukcjami podpierającymi na dachu (...) nie będzie miał negatywnego wpływu na parametry wytrzymałościowe budynków. W dniu 7 stycznia 2012 r. nadzór inwestorski wezwał wykonawcę do natychmiastowego wydelegowania kierownika robót budowlanych do kierowania realizacją montażu konstrukcji stalowej pod kolektory słoneczne. Montaż konstrukcji stalowej pod solary rozpoczęto dopiero w dniu 12 stycznia 2012 r. W dniu 20 stycznia 2012 r. zamawiający przy udziale nadzoru inwestorskiego dokonał odbioru końcowego robót.

Powód w dniu 27 stycznia 2012 r. wystawił fakturę końcową nr (...) na kwotę 436.085,75 zł. Pozwana Gmina uregulowała w dniu 14 lutego 2012 r. należność główną, pomniejszając swoje zobowiązanie względem powoda o kwotę 21.804,25 zł z tytułu naliczonych kar umownych za nieterminową realizację zadania.

Powód pismem z dnia 21 lutego 2012 r. uznał wystawienie noty księgowej za bezpodstawne. Jednocześnie pismem z dnia 21 lutego 2012 r. wezwał pozwaną Gminę do zapłaty pozostałej kwoty z faktury VAT nr (...) oraz należności za wykonane roboty dodatkowe. Pozwana Gmina nie uznała roszczeń powoda.

Zamawiający nie popełnił błędów formalnych w przygotowaniu dokumentacji technicznej oraz opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami do przetargu. Postępowanie strony pozwanej dotyczące całego procesu przygotowawczego jak i realizacji inwestycji nie budzi zastrzeżeń co do: dokumentacji technicznej, projektów budowlanych wraz ze specyfikacją wykonania i odbioru robót; pozwoleń na budowę; ekspertyzy technicznej; zawartej umowy wraz z załącznikami, między innymi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót; nadzoru nad realizacją inwestycji; rozliczenia inwestycji.

Przyczyną zwłoki w wykonaniu robót było zawinione zachowanie wykonawcy, wynikające z: nienależytego zapoznania się z dokumentacją na etapie składania ofert, braku analizy zapisów w specyfikacji technicznej dotyczącej konstrukcji wsporczej pod kolektory; braku należytego zapoznania się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ogłoszoną i zamieszczoną na stronach internetowych (...) w dniu 14 października 2011 r.; braku dostatecznej analizy projektu techniczno-architektonicznego (ekspertyza techniczna) oraz słabej wiedzy technicznej osób kierujących budową w zakresie prac budowlano-konstrukcyjnych, braku szczegółowej analizy instrukcji montażu solarów.

Na niedotrzymanie terminu umowy miało wpływ opóźnienie w rozpoczęciu prac tj. okres 9 dni po przekazaniu placu budowy do momentu podjęcia pierwszych czynności. Na tempo prac wpływ miały warunki atmosferyczne - nie sprzyjające w prowadzeniu robót na zewnątrz, krótki dzień pracy i brak możliwości technicznych prowadzenia prac na zewnątrz - w nocy. Wydłużenie realizacji inwestycji spowodowane było również skupieniem się wykonawcy na sporach z inwestorem i nadzorem w sprawie konstrukcji pod solary i sposobu ich zamontowania, co można potraktować jako temat uboczny, nie podstawowy mający wpływ na terminową realizację inwestycji. W umówionym terminie nie zostały zakończone także inne prace instalacyjne, nie związane z montażem solarów na dachu (protokół z dnia 27 grudnia 2011 r.).

Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby potraktować prace - montaż konstrukcji solarów jako roboty i zamówienie dodatkowe, ponieważ prace te wykonawca powinien był przewidzieć. Jeżeli, zdaniem wykonawcy, były one określone mało precyzyjnie lub zostały pominięte w dokumentacji lub przedmiarze, oferent a później wykonawca przed podpisaniem umowy posiadał wystarczająco dużo czasu aby uściślić i sprecyzować ten zakres, poprzez dodatkowe pytania do zamawiającego.

Wartość prac będących przedmiotem sporu, wyliczona wariantowo, wyniosła: w wariantcie I - 50.244,18 zł przy przyjęciu stawki i narzutów jak w kosztorysie ofertowym; w wariantcie II - 55.768,27 zł z przyjęciem stawki 10 zł za roboczogodzinę i zmienionych narzutów; w wariantcie III - najbardziej prawdopodobnym - 38.610,33 zł. Kosztorys prac dodatkowych nie był sporządzony przez powoda prawidłowo.

Przyczyny zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy leżą po stronie wykonawcy. Wykonawca nadmiernie przeciągał wykonanie robót z powodu braku chęci do samodzielnego podjęcia działań zmierzających do rozwiązania problemu. Dokumentacja techniczna dotycząca montażu kolektorów była sporządzona prawidłowo. Kosztorys dodatkowy prac powoda został sporządzony nieprawidłowo, bowiem przyjął on ceny na wyższym poziomie niż obowiązujące na rynku.

Powód podpisał umowę na realizację zadania mając świadomość ryzyka jaką niesie za sobą realizacja zadania za cenę ryczałtową. Miał również świadomość, że pora roku nie jest sprzyjająca dla wielu prac koniecznych do zrealizowania całości zadania. Wymagało to dobrego przygotowania do realizacji szczególnie pod względem szybkości dostawy materiałów jak i samej organizacji pracy na budowie (coraz krótszy dzień i niskie temperatury średniodobowe). Biorąc pod uwagę okoliczność, że po podpisaniu umowy i przekazaniu placu budowy przez inwestora w dniu 25 listopada 2011 r., wykonawca przystąpił do robót 5 grudnia 2011 r., można stwierdzić, iż powód przystąpił do zadania z opóźnieniem. Dodatkowo od rozstrzygnięcia przetargu do rozpoczęcia prac minęły ponad 3 tygodnie. Powód już na etapie procedury przetargowej powinien posiadać rozeznanie co do potencjalnych dostawców materiałów oraz mieć wstępnie wynegocjowane warunki sprzedaży, tym bardziej w kontekście krótkiego terminu realizacji i okresu późnojesiennego.

Zwłoka w rozpoczęciu prac była zbyt duża. Nie jest przekonujące tłumaczenie powoda, że w okresie pomiędzy przekazaniem placu budowy a rozpoczęciem prac trwał składanie zamówień i kompletowanie podstawowych materiałów i że było to niezbędne dla płynnej realizacji zadania, gdyż właśnie pomimo tego okresu przygotowawczego nastąpiło opóźnienie w realizacji zadania. Opóźnienie w realizacji całego zadania nastąpiło nie tylko w wyniku wstrzymania prac przy montażu kolektorów słonecznych, ale także przy wykonywaniu prac niezwiązanych z tym elementem. Zgłoszenie powyższego problemu 12 dni przed upływem terminu końcowego wskazuje, że prace te były co najmniej o ten czas opóźnione.

Dokumentacja projektowa przekazana Wykonawcy nie zawierała oddzielnego projektu konstrukcyjnego dla konstrukcji wsporczej. Zapis (...), iż kolektory należy montować na konstrukcji wsporczej według projektu konstrukcyjnego, nie oznacza, że taki projekt istnieje. Wykonawca był natomiast zobowiązany zapisami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót do ścisłej współpracy w tym zakresie z dostawcą solarów.

Ponadto w świetle zapisów umownych, w związku z brakiem możliwości bezpośredniego przymocowania wsporczej konstrukcji aluminiowej solarów do stropodachu budynku, wykonawca zobligowany był do zaproponowania sposobu i - w razie konieczności - opracowania dodatkowych rysunków, a następnie przedstawienie ich do akceptacji inspektorowi nadzoru. Wprost mówi o tym pkt 2.3 (...), a umowa w § 11 pkt 3 ustala dodatkowo, że wszelkie roboty dodatkowe, które nie mogły być przewidziane przy realizacji przedmiotowej inwestycji zostaną wykonane w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z powyższymi zapisami dokumentacji umownej nie można stwierdzić, że brak projektu konstrukcyjnego był niedopełnieniem obowiązków zamawiającego. Skoro w trakcie procedury przetargowej wykonawca mógł zgłaszać zamawiającemu zapytania dotyczące treści SIWZ (w tym zwrócić uwagę na braki w dokumentacji), to po rozstrzygnięciu przetargu i podpisaniu umowy wszelkie braki w dokumentacji stawały się już „problemem” wykonawcy zgodnie z pkt 2.1 i 2.3 (...). Stosownie do § 1 pkt 1 i § 2 pkt 3 umowy projekt jest częścią dokumentów umowy.

Pomimo tego, że powód oświadczył, że przeprowadził wizję lokalną w miejscu realizacji zamówienia, co zalecał zamawiający w SIWZ, to nie było to dla wykonawcy wiążące. Jednak brak odbycia takiej wizji lub niedokładne jej przeprowadzenie, w świetle zaistniałego sporu, mogło mieć nawet decydujące znaczenie.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w § 12 pkt 3 podkreśla, że z uwagi na ryczałtowy sposób rozliczenia wykonawca powinien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę jego oferty, a załączony przedmiar ma jedynie charakter informacyjny i nie stanowi podstawy do ustalenia ostatecznej ceny oferty. Zwyczajowo wszelkie dodatkowe koszty robót nie ujętych w przedmiarze ofertowym są doliczane do innych pozycji kosztorysu ofertowego, wykonanego w oparciu o przedmiar zamawiającego. Tym bardziej, że w przedmiarze, w pozycji dotyczącej montażu konstrukcji aluminiowej pod kolektory słoneczne za jednostkę przedmiarową przyjęto komplet. Oferent w tej pozycji powinien był ująć wszelkie nakłady związane z zamontowaniem konstrukcji na dachu. Wartość dodatkowych prac oszacowano na 24.011,96 zł netto.

Dokonując oceny dowodów Sąd Okręgowy podkreślił, że wydane w sprawie opinie biegłych sądowych z zakresu budownictwa pokrywają się ze sobą co do wniosków końcowych. W obu opiniach biegli wskazywali na przyczyny opóźnienia leżące wyłącznie po stronie wykonawcy. Przyjmowali również, że dokumentacja techniczna dotycząca montażu kolektorów sporządzona była prawidłowo. Obejmowała ona także instalację wspornikową pod zamontowanie kolektorów słonecznych, niezbędną do ich prawidłowego montażu. Biegli jednoznacznie określili, iż w tej sytuacji nie ma podstaw do traktowania robót jako dodatkowych, a wynagrodzenie, jako objęte ceną oferowaną, jest nienależne. Ponadto kosztorys dodatkowy prac powoda został sporządzony nieprawidłowo, bowiem przyjął on ceny na wyższym poziomie niż obowiązywały na rynku.

W oparciu o tak określoną podstawę faktyczną sporu Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne. Odwołał się do treści art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i przewidzianej w nim instytucji zapytania na etapie przetargu. Zapytania mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, projektu umowy itd. Sąd Okręgowy zaznaczył, iż warunkiem powstania obowiązku udzielenia wyjaśnień jest wpłynięcie wniosku w odpowiednim terminie. Zamawiający ma obowiązek udzielenia wyjaśnień niezwłocznie, a więc w najkrótszym możliwym terminie pozwalającym mu na przygotowanie i przekazanie wyjaśnień. Ustawa wyznacza jednocześnie minimalny termin, jaki musi być zachowany od udzielenia odpowiedzi do upływu terminu na składanie ofert.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający z własnej inicjatywy może dokonać modyfikacji, kiedy spostrzeże, że zapisy SIWZ nie odpowiadają w pełni jego zamierzeniom (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały), albo w wyniku zadanych pytań. Powołana ustawa zastrzega, że modyfikacja dopuszczalna jest w uzasadnionych przypadkach, a więc wyraźnie wskazuje na obowiązek zamawiającego przygotowywania SIWZ w sposób odpowiedni, z zachowaniem należytej staranności. W tym kontekście Sąd I instancji zwrócił uwagę na wnioski wypływające z opinii biegłych, zgodnie z którymi zamawiający nie popełnił błędów formalnych w przygotowaniu dokumentacji technicznej oraz opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami do przetargu. Postępowanie strony pozwanej dotyczące całego procesu przygotowawczego jak i realizacji inwestycji nie budzi w ocenie Sądu zastrzeżeń.

To wykonawca wykazał się brakiem należytego zapoznania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), która precyzowała zakres robót, obejmujący także wykonanie instalacji wspornikowej pod montaż kolektorów słonecznych. Dlatego też, odnosząc się do podstawy roszczenia o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia, Sąd I instancji odwołał się do regulacji dotyczących możliwości żądania przez stronę stosunku zobowiązaniowego określonego ukształtowania tego stosunku przez sąd. Do przepisów stanowiących podstawę wydania przez sąd orzeczeń wpływających na istnienie lub kształt stosunku zobowiązaniowego niewątpliwie należy przepis art. 357<sup>1</sup> k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego, powołany art. 632 § 2 k.c., choć dotyczy umowy o dzieło, to może mieć także zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.

Przepis ten dopuszcza zmianę umowy przez sąd przez podwyższenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, gdy na skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła za umówionym wynagrodzeniem, groziłoby wykonawcy rażąco strata.

Wynagrodzenie ryczałtowe jest jedną z dopuszczalnych przez prawo form umownego określenia wynagrodzenia za wykonane dzieła. Decydując się na przyjęcie tej formy, strony muszą liczyć się z jej bezwzględnym i sztywnym charakterem. Odwołując się do poglądów orzecznictwa, Sąd Okręgowy zaznaczył, że w wypadku przyjęcia przepisów art. 629 k.c. i art. 632 § 2 k.c. jako podstawy prawnej modyfikacji, art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zastosowanie do wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego tylko w takim zakresie, w jakim w odniesieniu do art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie zatem dopuszczalna, o ile jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c.

W szerszym wywodzie Sąd rozpoznający sprawę w I instancji pochylił się nad charakterystyką wynagrodzenia ryczałtowego. Uwypuklił różnice zachodzące między nim, a wynagrodzeniem kosztorysowym. Powołując się m.in. na treść wyroków SN z dnia 15 listopada 2006 r. (V CSK 251/06, LEX nr 278677) oraz z dnia 18 września 1998 roku (III CKN 621/97, OSP 1999 nr 1 poz. 9) wyjaśnił pojęcie „rażącej straty” z art. 632 § 2 k.c. Wskazał również, że dowód jej wystąpienia ciąży na stronie powodowej. Sąd Okręgowy definiował ponadto pojęcie „robót dodatkowych”, zaznaczając, że nie jest ono tożsame z pojęciem „zamówień dodatkowych”. Zasadnicza różnica polega na tym, że „roboty dodatkowe” to prace, które mieszczą się w przedmiocie zamówienia podstawowego, natomiast „zamówienia dodatkowe” wykraczają poza przedmiot zamówienia podstawowego.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy Sąd I instancji wskazał, że w umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całego przedmiotu umowy, a wszelkie roboty dodatkowe, które nie mogły być przewidziane przy realizacji przedmiotowej inwestycji, wykonane miały być w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Dokumentacja projektowa przekazana wykonawcy nie zawierała oddzielnego projektu konstrukcyjnego dla konstrukcji wsporczej. Zapis (...), iż kolektory należy montować na konstrukcji wsporczej według projektu konstrukcyjnego nie oznacza, że taki projekt istnieje. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był zgodnie z zapisami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót do ścisłej współpracy z dostawcą solarów, a w razie konieczności - do opracowania dodatkowych rysunków, a następnie przedstawienie ich do akceptacji inspektorowi nadzoru. Wprost mówi o tym pkt 2.3 (...), a umowa w § 11 pkt 3 ustala dodatkowo, że wszelkie roboty dodatkowe, które nie mogły być przewidziane przy realizacji przedmiotowej inwestycji zostaną wykonane w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Przedmiot umowy został jasno określony w § 2 umowy jako „dostawa i montaż instalacji solarnej dla krytej pływalni”. Wykonanie konstrukcji stalowej to prace towarzyszące montażowi instalacji, na co wskazali biegli w sprawie.

Sąd Okręgowy ostatecznie przyjął, iż żądanie pozwu nie znajduje oparcia w art. 632 § 2 k.c. Nie nastąpiła bowiem przewidziana w tym przepisie zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a wykonanie umowy o roboty budowlane na dotychczasowych warunkach nie stanowiło dla powoda rażąco strata. Konkludując, Sąd I instancji uznał, że wykonanie wsporników objęte było wynagrodzeniem ryczałtowym.

Mając powyższe na uwadze Sąd I instancji oddalił powództwo w zakresie roszczenia o wynagrodzenie za roboty dodatkowe.

Odnosząc się do zarzutów bezpodstawnego naliczenia kary umownej, Sąd Okręgowy za bezsporną uznał okoliczność, iż strony zastrzegły w umowie ewentualność kary umownej, a wykonawca nie wykonał w terminie świadczenia. Zaznaczył również, iż w braku odmiennej woli stron, wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia o świadczenie z tytułu kary umownej. Dodatkowo wierzyciel nie musi udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.



Na gruncie niniejszej sprawy Sąd I instancji uznał, że to wykonawca ponosi wyłączną winę za zwłokę w wykonaniu umowy. Powód nie wykazał, aby niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Roszczenie o zapłatę kary umownej jest zatem bezpodstawne. W konsekwencji Sąd Okręgowy oddalił powództwo w również w tym zakresie, uznając jednocześnie, iż brak jest przesłanek uzasadniających miarkowanie wysokości naliczonej kary.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowiła zasada odpowiedzialności za wynik postępowania i art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód, zaskarżając go w całości. Kwestionowanemu orzeczeniu zarzucono:

1. rażące naruszenie prawa materialnego, przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie:

- art. 18 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz z art. 31 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego błędną wykładnię, polegające na bezpodstawnym przerzuceniu odpowiedzialności pozwanego za sporządzenie i przekazanie jednoznacznej i wyczerpującej dokumentacji projektowej na powoda, skutkujące błędnym przyjęciem, iż powód był zobligowany do zaproponowania sposobu i - w razie konieczności - opracowania dodatkowych rysunków;

- art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie, pomimo że roszczenie powoda względem pozwanej obejmowało równowartość robót przez niego rzeczywiście wykonanych i których strona pozwana nie kwestionowała;

2. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na wynik postępowania, a polegający na niesłusznym przyjęciu, iż wykonanie i zamontowanie dodatkowej konstrukcji stalowej zaprojektowanej w trakcie realizacji zadania objęte było podstawowym zakresem przedmiotu umowy;

3. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 316 § 1 k.p.c. poprzez zbyt dowolną, a nie wszechstronną ocenę dowodów przekraczającą zasadę swobody oceny zgromadzonego materiału dowodowego, a polegającą na przyjęciu, iż powód ponosi wyłączną winę za zwłokę w wykonaniu umowy, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego pozwala na konstatację, iż to wskutek przedłużającego się postępowania związanego z uzupełnianiem dokumentacji projektowej powód nie mógł prowadzić budowy, o czym świadczą chociażby wpisy w dzienniku budowy inspektorów nadzoru.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie żadanego w pozwie roszczenia w całości, a także o zasądzenie od pozwanej Gminy na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego wg norm przepisanych, ewentualnie – o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o oddalenie środka odwoławczego oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

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

Apelacja strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Ocenę argumentów wywiedzionego przez powoda środka odwoławczego rozpocząć należy od rozpoznania zarzutu naruszenia przepisów prawa procesowego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, należy go rozpoznać łącznie z zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych. Motywy obu podnoszonych zarzutów uderzają bowiem w konkluzje sporządzonych na potrzeby postępowania opinii biegłych sądowych. W tym zakresie Sąd Apelacyjny nie dostrzegł uchybień przy ocenie dowodów i konstruowaniu podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

Zasada swobodnej oceny dowodów, określona przepisem art. 233 § 1 k.p.c., wyraża się w dokonaniu oceny według własnego przekonania sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania

i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków. Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza natomiast uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Aby zatem zarzut odnoszący się do naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów mógł zostać uwzględniony, nie wystarczy przedstawienie alternatywnego stanu faktycznego; należy podważyć prawidłowość dokonanej przez sąd oceny dowodów, wykazując, że jest ona wadliwa lub błędna. Skuteczne postawienie zarzutu dowolnej oceny dowodów wymaga zatem wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów (vide wyrok SN z 6.11.1998r., II CKN 4/98, LexPolonica nr 1934200; wyrok SA w Poznaniu z 5.02.2014r., I ACa 1217/2013, LexPolonica nr 8237810 oraz wyrok SA w Poznaniu z 19.12.2013r., I ACa 1039/2013, LexPolonica nr 8237800).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, przy konstruowaniu zarzutu naruszenia zasad swobodnej oceny dowodów strona powodowa nie sprostала powyższym wymaganiom, a podnoszone przez nią argumenty nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Na pełną akceptację zasługuje ocena dowodu z opinii biegłych, przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy słusznie nadał sporządzonym opiniom walor wiarygodności. Specyfika dowodu z opinii biegłego wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie ma wiadomości specjalnych. Opinia biegłego podlega zatem ocenie przy uwzględnieniu szczególnych dla tego dowodu kryteriów, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (tak SN w wyroku z dnia 14 listopada 2013 r. w sprawie IV CSK 135/13, LEX nr 1405234 oraz w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. w sprawie II CSK 229/08, LEX nr 527196).

Wnioski wypływające z opinii biegłego sądowego mogą być skutecznie zakwestionowane wyłącznie inną opinią odwołującą się do wiadomości specjalnych jej autora, wydaną w trybie art. 278 k.p.c. Nie wystarczają w tym zakresie argumenty powoda, nawet jeśli dysponuje on z racji prowadzonej działalności gospodarczej, wiedzą w przedmiotowym zakresie. Podkreślić trzeba, że sporządzone w toku postępowania opinie były spójne i jednolite. Wpływały z nich tożsame wnioski. Żadna z kwestionowanych obecnie w apelacji okoliczności faktycznych nie została poddana przez biegłych w wątpliwość. Wbrew twierdzeniom powoda, zebrany w sprawie materiał dowodowy w jednoznaczny sposób wykazuje, że przedmiotem zamówienia i zawartej w wyniku jego udzielania umowy było wykonanie i zamontowanie dodatkowej konstrukcji wsporczej pod kolektory oraz że nieterminowe zakończenie robót wynika z przyczyn leżących po stronie skarżącego. Apelujący w treści środka odwoławczego nie zaoferował żadnego dowodu podważającego powyższe ustalenia, nie wskazał na czym polegały ewentualne uchybienia zasadom logiki lub doświadczenia życiowego przy swobodnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a przytaczane argumenty stanowią wyłącznie polemikę z opiniami biegłych oraz z wnioskami, jakie Sąd I instancji wywiódł z wykładni postanowień umowy łączącej strony.

Lektura uzasadnienia zarzutu naruszenia dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c. wskazuje przy tym, że skarżący koncentruje się raczej na podważeniu oceny zachowania strony pozwanej w postępowaniu przetargowym, odwołując się aktów normatywnych regulujących wymogi dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zupełnie pomijając bezsporną okoliczność, że ostatecznie zawarł umowę o określonej treści, a jej postanowienia obligowały go do wykonania wszelkich robót przygotowawczych, towarzyszących, zabezpieczających koniecznych do wykonania zadania i wynikających z zakresu zamówienia. Ponadto zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót, stanowiącą integralną część umowy na zasadzie odesłania z § 2 ust. 3, powód w zakresie montażu zobligowany był do ścisłej współpracy z dostawcą solarów, a w razie konieczności - do opracowania dodatkowych rysunków, a następnie przedstawienia ich do akceptacji inspektorowi nadzoru. Wydając opinie w rozpatrywanej sprawie, biegli sędziowie z zakresu budownictwa trafnie odwołali się do tych warunków

umowy stron, czego skarżący zdaje się nie dostrzegać i nie akceptować, podejmując aktualnie próbę podważenia samego postępowania przetargowego, co w świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907) jest z góry skazane na niepowodzenie. Ustawodawca przewidział bowiem w ustawie szczególne środki ochrony dla uczestnika przetargu i wykonawcy, za pomocą których może on kwestionować niezgodne z prawem czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ( art. 180 i nast. powołanej ustawy).

Z uzasadnienia omawianego zarzutu wynika ponadto, że uchybienia normie art. 233 § 1 k.p.c. skarżący upatruje w niewłaściwej ocenie przesłanek uzasadniających miarkowanie rażąco wygórowanej kary umownej. W jego przekonaniu, wobec podniesienia tego rodzaju zarzutu przez powoda, to na pozwanym spoczywał ciężar wykazania szkody majątkowej w wyniku opóźnienia w zakończeniu prac, tymczasem strona pozwana nie przedstawiła na powyższą okoliczność żadnego dowodu. Argumentacja ta jest jednak całkowicie chybiona. Pomijając nawet tę okoliczność, iż w świetle ugruntowanego w judykaturze poglądu, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa procesowego ( tak SN w uchwale 7 sędziów z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55), a apelujący nie powoływał się na naruszenie normy art. 6 k.p.c., nie sposób pominąć, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (tak SN w uchwale 7 sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69). W rezultacie rozmiar poniesionej przez wierzyciela szkody może być jedynie jednym z kryteriów miarkowania kary umownej, przy czym obowiązek wykazania tej przesłanki spoczywa niewątpliwie na dłużniku, który z tego rodzaju okoliczności wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne ( vide wyrok SN z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie V CSK 375/12, Lex nr 1360347; podobnie w wyroku z dnia 15 września 1999 r. w sprawie III CKN 337/98, Lex nr 527125). W rozpatrywanej sprawie ciężar dowodu w zakresie braku szkody strony pozwanej na skutek nieterminowego wykonania umowy spoczywał na powodzie, który okoliczności tej nie wykazał.

Wywodząc w ramach zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., że niedotrzymanie przewidzianego w umowie terminu zakończenia robót nastąpiło wyłącznie na skutek rzekomych braków w dokumentacji projektowej, skarżący zdaje się całkowicie ignorować okoliczności dotyczące daty rozpoczęcia prac, czy też wykonywania po terminie wynikającym z umowy prac instalacyjnych całkowicie niezwiązanych z montażem konstrukcji wsporczej pod solary. Warto zwrócić uwagę, że powód w żaden sposób okolicznościom tym nie zaprzeczył, podejmując jedynie nieudolną próbą usprawiedliwienia opóźnienia w rozpoczęciu robót. Ponownie wypada wskazać, że obie przeprowadzone w sprawie opinie biegłych sądowych z zakresu budownictwa były zgodne w swej konkluzji co do tego, że przyczyny niedotrzymania terminu realizacji inwestycji leżały wyłącznie po stronie wykonawcy i wynikały z niedostatecznej znajomości zawartej umowy, niewłaściwego przygotowania do realizacji robót oraz braku właściwego nadzoru wykonawczego.

Prawidłowo oceniony materiał dowodowy stał się podstawą poprawnych ustaleń faktycznych Sądu I instancji. Wskazując na błędy w ustaleniach faktycznych, apelujący zdaje się wadliwie pojmować istotę tego rodzaju zarzutu. Wywodzi bowiem, że Sąd Okręgowy na skutek naruszenia przepisów prawa materialnego dokonał błędnych ustaleń, iż wykonanie dodatkowej konstrukcji wsporczej wchodzi w zakres przedmiotu umowy i tym samym nie przysługuje powodowi zapłata za jej wykonanie. Tego rodzaju argumentacja dowodzi jedynie, że skarżący nie rozumie procesu stosowania prawa, w którym etap ustalenia okoliczności faktycznych zawsze poprzedza etap subsumcji owych faktów pod normę prawa materialnego. Nie można zatem dokonać błędnych ustaleń na skutek wadliwej wykładni przepisów prawa materialnego. Pozostałe wywody skarżącego powołane w ramach omawianego zarzutu nie odnoszą się do ewentualnej wadliwie skonstruowanej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a stanowią polemikę z przyjętą interpretacją postanowień umowy wiążącej strony. Nie dostarczają przy tym jurydycznej argumentacji, która mogłaby podważyć wykładnię oświadczeń woli zawartych w umowie, przyjętą przez Sąd Okręgowy. Wskazać należy, że powód swoje rozważania opiera na całkowicie błędnym założeniu, iż przedmiotem przetargu pozostaje projekt budowlany i wyłącznie do tego dokumentu należy odnosić wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie. Tego rodzaju stanowisko pomija całkowicie zarówno istotę zamówienia publicznego, jak i treść § 2 umowy z dnia 24 listopada 2011

r. , który jednoznacznie definiuje przedmiot kontraktu i dokumenty określające warunki jego wykonania. Projekt budowlany jest jedynie jednym z dokumentów, które analizowane łącznie pozwalają na właściwe określenie zdania inwestycyjnego powierzonego wykonawcy. Nie budzi także wątpliwości, że ustalenie, czy prace, które powód określa mianem „dodatkowych” istotnie miały taki charakter, wymagało odwołania do wiadomości specjalnych. I w tej materii obie przeprowadzone w sprawie opinie biegłych sądowych z zakresu budownictwa były zgodne. Zdaniem biegłych, sporne prace mieściły się w przedmiocie umowy, a co więcej można było je wykonać bez dodatkowego projektu ( vide opinia biegłego sądowego Z. T. k 312 akt, opinia biegłego L. D. k 357 – 358).

W podsumowaniu dotychczasowych rozważań należy przyjąć, że podstawa faktyczna rozstrzygnięcia została zakreślona w sposób prawidłowy.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego niezasadne okazały się również zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione w apelacji.

W pierwszej kolejności skarżący powołał się na zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 18 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.). Już na wstępie podkreślić należy, iż rozumowanie powoda w tym zakresie obarczone jest błędem. Przywołane przez apelującego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszą się do obowiązków leżących po stronie zamawiającego, a związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, właściwym określeniem przedmiotu zamówienia oraz sporządzeniem dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Stawiany przez powoda zarzut tyczył się zatem przepisów mających zastosowanie wyłącznie na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, a nie na etapie jej wykonania.

Sąd Apelacyjny nie kwestionuje, że na inwestorze ciąży szereg obowiązków w zakresie przygotowania niezbędnej dokumentacji, koniecznej dla prawidłowej realizacji inwestycji. Nietrafnie jednak powód podnosi, że pozwany nie sprostą tym wymogom. Z prawidłowo wyprowadzonych ustaleń Sądu I instancji wynika, że proces przygotowania zamówienia wykonany został przez stronę pozwaną poprawnie. Z treści zamówienia, a następnie z ustalonego przedmiotu umowy jednoznacznie wynikało, że wykonanie instalacji wspornikowej pod montaż kolektorów objęte było realizowanym zamówieniem publicznym i stanowiło nieodłączny element owego zadania inwestycyjnego.

Podzielić należy rozważania Sądu I instancji dotyczące obowiązków, jakie w związku z procedurą zamówienia publicznego spoczywają na wykonawcy. Do jego zadań należało także wnikliwe zapoznanie się z dokumentacją przetargową. Ustawodawca w przepisie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidział szczególny tryb wyjaśniania wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten określa m.in. terminy na zgłaszanie zapytań. Wniosek o wyjaśnienie powinien być zgłoszony przed upływem terminu składania ofert. Zastrzeżenia podnosić należy zatem jeszcze przed zawarciem umowy. Skutkiem zapytań jest niejednokrotnie modyfikacja treści specyfikacji. W orzecznictwie przyjmuje się zarazem, iż przepis art. 38 powołanej ustawy, w powiązaniu z treścią art. 354 § 2 k.c., ustanawia nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c. (por. wyrok SN z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, Biuletyn Sądu Najwyższego 2014/9). Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że sytuacja taka miała miejsce w rozpatrywanej sprawie. Skoro powód, jak sam twierdzi, miał zastrzeżenia co do treści SIWZ i dostarczonej dokumentacji projektowej , powinien je zgłosić jeszcze przed zawarciem umowy. Obowiązkiem jego było dopytanie o szczegółowe warunki zamówienia. Warto zwrócić uwagę, że wielokrotnie akcentowany przez apelującego rzekomy błąd w projekcie budowlanym, według jego własnych twierdzeń sprowadzał się do braku projektu konstrukcyjnego instalacji wsporczej pod kolektory słoneczne. Jeśliby nawet przyjąć za powodem jego argumentację, to tego rodzaju „błąd” wykonawca powinien wykryć i zasygnalizować na etapie składania ofert. Podobnie powinien postąpić, jeśli za niedopuszczalne uważał obarczenie go obowiązkiem opracowania dodatkowych rysunków. Powód z własnego zaniedbania nie może wywodzić skutków dla siebie korzystnych. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wykonawca nie może pomijać procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a następnie w

procesie cywilnym pośrednio kwestionować niezaskarżone czynności zamawiającego (tak SA w Łodzi w wyroku z dnia 13 maja 2011 r. w sprawie I ACa 250/11, OSAŁ 2011/2/14).

Dodatkowo wypada zauważyć, że zarzut nieważności pkt 2.3 (...), czy też nieważności umowy z dnia 24 listopada 2011 r. w tej części jest niezasadny także z przyczyn natury formalnej. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych precyzyjnie określa możliwości wzruszenia zarówno dokumentów przetargowych, jak i samej umowy. Rozstrzygnięcie o zgodności bądź niezgodności z prawem (...) zostało zastrzeżone do właściwości Krajowej Izby Odwoławczej, o czym była już wyżej mowa. Z kolei wzruszenie już zawartej umowy odbywa się w trybie art. 145 i nast. Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca przewidział w tym zakresie swoistą procedurę unieważnienia umowy między innymi z uwagi na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 powołanej ustawy). Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych występuje zatem wyłącznie nieważność względna umowy. W rezultacie umowa obarczona wadami opisanymi m.in. w art. 146 ust. 6 ustawy jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia w trybie przewidzianym w ustawie. Nie można zatem przesłankowo, w toku innego postępowania sądowego, ustalać nieważności umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego z powołaniem na uchybienia, które uzasadniałyby wdrożenie postępowania na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przechodząc do ostatniego zarzutu naruszenia prawa materialnego wypada zaznaczyć, że jak trafnie wskazuje skarżący, Sąd Okręgowy nie odniósł się wprost do sygnalizowanej już w pozwie podstawy prawnej żądania, wywodzonej z art. 405 k.c. Wynika to jednak wyłącznie z przyjętego przez Sąd I instancji stanowiska, że prace, za które powód domaga się wynagrodzenia, stanowiły element zamówienia i umowy. Co prawda zgodzić należy się z powołanymi przez apelującego poglądami judykatury, według których wykonanie robót nieprzewidzianych w umowie uzasadnia roszczenie wykonawcy oparte o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, jednakże w realiach sporu analiza załączonych do akt dokumentów nie daje podstaw dla wyprowadzenia wniosku, iż świadczenie powoda nie znajduje swej podstawy w stosunku obligacyjnym stron. Opinie biegłych jednoznacznie potwierdziły, iż przyjęte przez powoda zamówienie obejmowało również realizację prac polegających na wykonaniu i zamontowaniu konstrukcji stalowej. Prace te uwzględnione zostały zatem również w ustalonym między stronami wynagrodzeniu ryczałtowym.

W swoich wywodach apelujący pomija także jednoznaczny treść § 11 pkt 3 zawartej między stronami umowy, z którego wynika, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje również ewentualne prace dodatkowe konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Strona powodowa nie wystąpiła nigdy o wyjaśnienie, sprecyzowanie czy zmianę tego zapisu. Jako profesjonalny uczestnik obrotu powód powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji podpisania umowy w takim brzmieniu. Interpretacja zaprezentowana przez powoda pozostaje w wyraźnej opozycji do tekstu pisemnej umowy. Tymczasem, jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, jeśli umowa została zawarta na piśmie, wykładnia nie może pomijać jej zwerbalizowanej treści ani prowadzić do wyników z nią sprzecznych (tak SN w wyroku z 9 lutego 2012 r., III CSK 179/11, Lex nr 1165079; w wyroku z 23 stycznia 2008 r., V CSK 365/07, Lex nr 627265). Ponadto potrzeba poszukiwania innych, poza gramatycznymi, sposobów wykładni przewidzianych w art. 65 § 2 k.c., aktualizuje się jedynie wtedy, gdy postanowienia umowy są niedostatecznie jasno sformułowane (vide wyrok SN z 13 maja 1997 r., III CKN 41/97; wyrok SN z 6 lutego 2014 r., I PK 179/13, Lex nr 1444595).

W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Okręgowy skupił swoją uwagę na ocenie przesłanek art. 632 § 2 k.c. i finalnie słusznie odmówił zastosowania omawianego przepisu. Zaznaczyć jedynie wypada, że w realiach sporu możliwość zastosowania omawianego przepisu powinna zostać wyłączona a priori, bez szczegółowej analizy jego przesłanek. W judykaturze wskazuje się bowiem, że istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie dokładnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy (wyrok SN z 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, Izba Cywilna Biuletyn Sądu Najwyższego 2014/10).

Odnosząc się do żądania miarkowania kary umownej, stwierdzić należy w ślad za Sądem I instancji, iż powód nie wykazał okoliczności mogących przemawiać za zasadnością zastosowania art. 484 § 2 k.c. Apelujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy, że nieterminowe zakończenie robót nastąpiło wyłącznie z przyczyn, za które nie

ponosi odpowiedzialności. Nie udowodnił również braku szkody po stronie pozwanego w związku ze spóźnionym ukończeniem zadania. Wreszcie, naliczona kara umowna w zestawieniu z należnym powodowi wynagrodzeniem nie nosi cech rażąco wygórowanej.

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

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o przepis art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. uznając powoda za stronę przegrywającą. Na poniesione przez pozwanego koszty postępowania apelacyjnego złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 2.700 zł, ustalone na podstawie § 2 ust. 2, § 6 pkt 6 oraz § 13 ust. 1 pkt 2 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 (Dz.U.2013.461 ze zm.).