

Sygn. akt I ACa 1380/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący: SSA Dariusz Limiera**

**Sędziowie: SA Alicja Myszkowska**

**SO del. Ryszard Badio (spr.)**

**Protokolant: sekretarz sądowy Bartosz Kędziora**

**po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2018 r. w Łodzi na rozprawie**

**sprawy z powództwa K. B.**

**przeciwko Gminie U.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji obu stron**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi**

**z dnia 5 lipca 2017 r. sygn. akt II C 947/13**

**1. oddala obie apelację;**

**2. zasądza od Gminy U. na rzecz K. B. kwotę 4050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 1380/17

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z 5 lipca 2017 roku, wydanym w sprawie z powództwa K. B. przeciwko Gminie U. o zapłatę, Sąd Okręgowy w Łodzi:

1. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 373.718 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 5 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;
2. umorzył postępowanie w zakresie żądania zapłaty kwoty 60.892,54 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 stycznia 2013 r.;
3. oddalił powództwo w pozostałej części;
4. zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 390,34 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;
5. nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 23.019,24 zł tytułem kosztów sądowych;

6. nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi z roszczenia zasądzonego w punkcie 1 niniejszego wyroku od pozwanego na rzecz powoda kwotę 13.929,78 zł tytułem kosztów sądowych

Sąd pierwszej instancji dokonał następujących ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny w całości podziela i przyjmuje za własne:

W dniu 7 października 2009 r. pomiędzy zamawiającym - Gminą U. (inwestorem) a wykonawcą – S. O. prowadzącym Przedsiębiorstwo (...), została zawarta umowa o wykonanie robót budowlanych w zakresie zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Kompleksu (...)Rekreacyjnego (...) w U. /II etap/ realizowanego w ramach zintegrowanego projektu pn. (...). Przedmiotem tej umowy była budowa kompleksu muzealno-noclegowego o roboczej nazwie Zagroda (...) w U., planowana na działce nr (...) stanowiącej własność Gminy U.. W skład zespołu miało wejść 5 zabytkowych obiektów przeniesionych z terenu województwa (...), kopia stodoły z miejscowości B., współczesny budynek biurowo-gospodarczy, w którym miała znaleźć się kasa biletowa, punkt sprzedaży pamiątek, toalety ogólnodostępne, biuro, pokój śniadań dla obsługi skansenu, pralnia oraz węzeł ciepłny. Szczegółowy opis zamówienia zawarty był w dokumentacji technicznej, kosztorysach nakładczych, ofertowych oraz w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Wykonawca oświadczył, że przed podpisaniem umowy dokonał oględzin terenu, zapoznał się z warunkami robót i uwzględnił je w kalkulacji ceny ofertowej. Wycena oferty została dokonana w oparciu o przedmiar robót, wizję lokalną oraz dokumentację techniczną. (§ 1 umowy). W § 2 umowy przewidziano, iż przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawnymi i normami, a także na warunkach określonych w postanowieniach niniejszej umowy oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z załącznikami, harmonogramie rzeczowo-finansowym sporządzonym do umowy oraz ofercie wykonawcy, stanowiących integralne części niniejszej umowy. W § 6 umowy przewidziano, że różnice pomiędzy przyjętymi przez wykonawcę w ofercie przetargowej ilościami, cenami i przewidywanymi elementami a faktycznymi ilościami, cenami i koniecznymi do wykonania elementami stanowią ryzyko wykonawcy i obciążają go w całości. Za wykonanie całości przedmiotu umowy przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 4.946.115,42 zł brutto. Kwota ta obejmowała wszystkie koszty związane z realizacją zadania, niezbędne do jego wykonania. Wykonawca w § 10 umowy zobowiązał się do pisemnego informowania zamawiającego - za pośrednictwem inspektora nadzoru inwestorskiego – m. in. o konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych sporządzając protokół konieczności określający zakres robót oraz szacunkową ich wartość (wg kosztorysu ofertowego). W § 21 umowy strony przewidziały możliwość dokonania jej zmiany w następujących przypadkach: zmiany uwarunkowań prawnych i formalnych realizacji Kontraktu, spowodowanych działaniem osób trzecich, zmian poprawiających sprawność, użyteczność lub zwiększających wartość ukończonych robót dla zamawiającego oraz wprowadzenia rozwiązań zamiennych, które nie wykraczają poza zdefiniowany przedmiot zamówienia i nie są traktowane, jako zamówienie dodatkowe lub uzupełniające. Powyższa umowa została zawarta w wyniku złożenia przez S. O. oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na „Budowę kompleksu (...) Rekreacyjnego (...) w U. /II etap/ realizowanego w ramach Zintegrowanego Projektu pn.: (...). Umowa była trzykrotnie aneksowana. Cenę za wykonanie robót ustalono w wysokości 4.979.197,35 zł brutto. Termin zakończenia prac został na podstawie umowy i aneksu nr (...) ustalony na 31 marca 2012 r. W dniu 12 maja 2010 roku pomiędzy zleceniodawcą S. O. prowadzącym Przedsiębiorstwo (...) a zleceniobiorcą K. B. prowadzącym działalność pod firmą (...) Renowacja i Pielęgnacja (...) Historycznego K. B. została zawarta umowa o roboty budowlane. Jej przedmiotem było wykonanie pełnego zakresu prac przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa kompleksu muzealno-noclegowego Zagroda (...) w U.” Ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 4.550.600 zł brutto. Nadto w umowie przewidziano, iż wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy mogą być dokonywane wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez obie strony, pod rygorem nieważności. Firma (...) Renowacja i Pielęgnacja (...) Historycznego K. B. została wskazana pozwanej Gminie przez wykonawcę, na etapie składania oferty, jako podwykonawca przy realizacji powyższej inwestycji, przy czym jej udział w pracach został określony, jako - wykonanie prac budowlanych związanych z translokacją obiektów. S. O. ostatecznie zlecił powodowi wykonanie wszystkich prac wynikających z zawartej w dniu 7 października 2009 r. umowy, o czym pozwany został poinformowany ustnie. Firma (...) nie wykonywała żadnych prac. Kierownikiem budowy był zatrudniony przez powoda, F. K.. Przedstawicielami inwestora na budowie byli: inspektor nadzoru B. T. oraz projektant F. T.. Powód nie znał oferty złożonej przez S. O.. W toku prowadzenia robót powód wykonywał prace dodatkowe, nieobjęte

w/w umową. Wykonanie tych prac zlecał inwestor za pośrednictwem inspektora nadzoru oraz autora projektu. Burmistrz Miasta U. J. K. (1) często bywał na budowie. Powód rozmawiał z nim na temat prac dodatkowych. Większość tych prac wynikała z inicjatywy Burmistrza i wiązała się ze zmianą koncepcji zagospodarowania terenu. O konieczności wykonania prac dodatkowych powoda informowali także przedstawiciele inwestora - inspektor nadzoru B. T. i projektant F. T.. Nie odbywały się żadne spotkania ani narady budowy, gdzie zapadałyby decyzje o sposobie i zakresie wykonywanych robót. Prace ujęte umową zawartą między inwestorem a wykonawcą w dniu 7 października 2009 r. zostały wykonane. Konieczność wykonania robót dodatkowych wynikała z dokonywanych przez inwestora zmian planów, m.in. przekwalifikowania obiektów na inny sposób użytkowania. Inspektor nadzoru B. T. oraz projektant F. T. uczestniczyli na bieżąco w realizacji zadania. Powód prace dodatkowe wykonywał w 2011 r. i do połowy 2012 roku. Powód często rozmawiał z burmistrzem na temat wykonywania dodatkowych prac. Od początku 2012 r. zwracał się do niego z prośbą o dokonanie rozliczenia za dodatkowe prace. W lutym 2012 r. odbyło się spotkanie w Urzędzie Gminy w U., uczestniczył w nim m.in. burmistrz, powód, S. O. oraz A. P.. Powód miał sporządzić obmiary ilościowe wykonanych prac i podać wartość prac dodatkowych. Ustalono, że na kolejnym spotkaniu zostanie uzgodniona ostateczna kwota wynagrodzenia za prace dodatkowe, jednak między stronami doszło do dużych rozbieżności, co do wysokości należności. W trakcie spotkania w połowie 2012 r., z udziałem kierownika budowy F. K., Burmistrz odmówił zapłaty. Nie została zawarta pisemna umowa dotycząca prac dodatkowych i uzupełniających. Jednakże S. O. miał świadomość, iż jeżeli inwestor w osobie burmistrza lub jego przedstawiciel w osobie inspektora nadzoru zlecał wykonanie prac, to należało je wykonać. Proces uzgodnienia zakresu robót dodatkowych trwał jeszcze po ich wykonaniu. Zostały sporządzone wykazy prac uzupełniających (dotyczących obiektów: dworu, ogrodzeń, chałupy, wiatraków, budynku administracyjnego, zagospodarowania terenu, budynku gospodarczego stajni), podpisane przez inspektora nadzoru B. T.. Kierownik budowy F. K. sporządził kosztorysy prac dodatkowych. Zostały one zatwierdzone przez inspektora nadzoru B. T.. Kwoty w kosztorysach nie zawierały podatku VAT. Nadto został sporządzony kosztorys uzupełniający dotyczący zagospodarowania terenu, został on jednak zatwierdzony jedynie przez S. O.. Protokoły prac dodatkowych zostały sporządzone na 2-3 miesiące przed końcem budowy. Zostały dostarczone inwestorowi przy dokonywaniu odbioru końcowego. Wykazy prac uzupełniających oraz kosztorysy zostały przez powoda dostarczone do Urzędu Gminy U. we wrześniu bądź październiku 2012 roku. Powód nie wykonywał żadnych prac wbrew woli inwestora. Powód pozostawił pozwanemu materiały o wartości 6.000 zł. Zostały one ujęte w sporządzonym przez kierownika budowy F. K., zatwierdzonym przez przedstawiciela pozwanego – B. T. „Zestawieniu materiałów zmagazynowanych na poddaszu budynku administracyjnego”. Nadto w ramach prac dodatkowych i uzupełniających powód wykonał prace ziemne, polegające na dowiezieniu i rozplantowaniu ziemi i piasku na terenie. Powód zawarł z J. J. umowę ustną. Jej przedmiotem było wykonanie przez J. J. robót ziemnych, montowania instalacji, plantowania ziemi. Nadto, na zamówienie powoda na teren budowy był dostarczany piasek, do wyrównania terenu. Pozwany zapłacił S. O. należność wynikającą z umowy zawartej w dniu 12 maja 2010 roku. W dniu 21 grudnia 2012 r. S. O. wystawił zamawiającemu fakturę Nr (...) na kwotę 402.438,78 zł brutto (na fakturze wskazano, iż obejmuje ona należności za roboty budowlane zgodnie ze zweryfikowanymi kosztorysami) oraz fakturę Nr (...) na kwotę 197.395,20 zł brutto (za dodatkowe roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu terenu, zgodnie z zatwierdzonym przez S. O. kosztorysem), z terminem zapłaty określonym na 14 dni. S. O. odmówił powodowi zapłaty za prace dodatkowe, wskazując, iż prace te powód wykonywał na polecenie burmistrza, wobec czego powinien rozliczyć się ze stroną pozwaną. W dniu 21 grudnia 2012 r. S. O. (zbywca) zawarł z K. B. (nabywcą) umowę „przelewu i potrącenia wierzytelności”, w której wskazano, iż nabywcy przysługuje wierzytelność wobec zbywcy o zapłatę wynagrodzenia w łącznej wysokości brutto 599.833,98 zł za wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających dotyczących realizacji zadania pn. „Budowa Kompleksu (...)Rekreacyjnego – (...) w U. (II etap)”, zamówionych przez Gminę U., zbywca zaś oświadczył, że przysługuje mu wierzytelność w łącznej wysokości brutto 599.833,98 zł wobec Gminy U. o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe i uzupełniające zamówione i potwierdzone przez Gminę U., dotyczące realizacji wskazanego zadania, na które zostały wystawione faktury nr (...). Na mocy tej umowy zbywca przeniósł na nabywcę wierzytelności wynikające z w/w faktur, na łączną kwotę 599.833,98 zł, wraz ze wszystkimi należnościami ubocznymi, prawami i roszczeniami, jakie z tej wierzytelności wynikają, za cenę 599.833,98 zł. Nadto strony zgodnie oświadczyły, że potrącają wzajemnie i całkowicie swoje wierzytelności tj. wierzytelność nabywcy wobec zbywcy o zapłatę nabywcy wynagrodzenia w wysokości 599.833,98 zł brutto z tytułu wykonania robót dodatkowych i uzupełniających z wierzytelnością zbywcy wobec nabywcy o zapłatę ceny w wysokości 599.833,98

zł brutto za przeniesioną na nabywcę wierzytelność wobec Gminy U., wynikającą z w/w faktur, wraz ze wszelkimi należnościami ubocznymi, prawami i roszczeniami, jakie z tej wierzytelności wynikają. Pozwany został powiadomiony o zawarciu powyższej umowy pismem datowanym na 21 grudnia 2012 roku. W piśmie wskazano, że należności wynikające z w/w faktur powinny być zapłacone K. B.. Pismem datowanym na dzień 3 stycznia 2013 r. Urząd Miasta w U. poinformował, iż nie uznaje roszczenia, wskazując, iż tego typu roszczenia nie mogą być przedmiotem przelewu i nie przysługują wykonawcy, gdyż Gmina U. nie posiada już żadnych zobowiązań wobec wykonawcy. Odesłał wskazane faktury. Następnie pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwot objętych fakturami. W odpowiedzi z dnia 4 lutego 2013 r. Burmistrz U. nie uznał roszczenia, wskazując, iż takie roszczenia nie mogą być przedmiotem przelewu i nie przysługują wykonawcy, gdyż Gmina U. nie posiada wobec niego żadnych zobowiązań. W projekcie przewidziano budowę ogrodzenia poszczególnych obiektów, ostatecznie w trakcie realizacji prac, inwestor doszedł do wniosku, iż ze względów estetycznych należy wykonać ogrodzenie całego terenu. W zatwierdzonym przez inspektora nadzoru B. T. dodatkowym kosztorysie (powykonawczym) wraz z obmiarem („przedmiar”) ogólna ilość wykonanego przez powoda ogrodzenia, została określona łącznie na 837,60 mb (294,00 + 129,30 + 210,00 + 81,80 oraz 122,50 – długość ogrodzenia dla koni). Projekt pierwotnie przewidywał podniesienie terenu. Teren wokół budynków był podwyższony warstwami dowożonego piasku i żwiru, co zostało odnotowane w dziennikach budowy. W okresie realizacji robót zewnętrznych i zagospodarowania terenu strony odstąpiły od bieżącego sporządzania szczegółowych obmiarów prowadzonych robót ziemnych, związanych z dowożeniem gruntu i kruszywa wbudowanego wokół budynków i całego przyległego terenu przedmiotowej inwestycji. Nie sporządzono również szczegółowej inwentaryzacji techniczno - geodezyjnej wraz z zestawieniem grubości warstw dowożonego gruntu (kruszywa) z podziałem na poszczególne miejsca i powierzchnie wokół wybudowanych obiektów wchodzących w skład zadania inwestycyjnego. Teren inwestycji został podwyższony od około 0,20 m do około 0,80 m. Różnice wysokości nie są jednakowe dla całej inwestycji. Wykonawca robót otrzymał od inwestora opracowany przez inwestora przedmiar, a więc ilość robót przewidzianych do wykonania. Wykonawca zmuszony był ściśle do uznania przedmiaru inwestora. W przedmiarze inwestor nie uwzględnił prac zleconych powodowi dodatkowo (uzupełniająco), a zatem nieobjętych umową z dnia 7 października 2009 r. W okresie realizacji robót objętych przedmiotem umów, wystąpiła konieczność wykonania prac dodatkowych. Powód wykonał prace dodatkowe, nieujęte postanowieniami umowy z dnia 7 października 2009 r., w zakresie następujących obiektów: dworu (roboty ogólnobudowlane, instalacje sanitarne, wodne elektryczne), o wartości 47.893,55 zł; wiatraków (prace budowlane, instalacje elektryczne) o wartości 29.324,67 zł; stodoły (instalacje elektryczne) o wartości - 28,37 zł; chałupy (instalacje wodno-kanalizacyjna, prace dotyczące montażu wodomierzy, instalacja zewnętrzna – wodna i kanalizacyjna, roboty ogólnobudowlane, instalacja elektryczna) o wartości 10.684,39 zł; budynku administracyjnego (roboty ogólnobudowlane, instalacje CO na strychu, instalacje wodne, instalacje elektryczne) o wartości 52.850,44 zł; budynku stajni (instalacje sanitarne zewnętrzne, roboty ogólnobudowlane, instalacje elektryczne) o wartości 58.376 zł. Nadto powód wykonał prace związane z systemem nawadniania wodnego, o wartości 7.202,23 zł; postawił ogrodzenie dla wybiegu koni - wartość prac – 16.466,51 zł; wykonał ogrodzenie, wartość prac wyniosła 29.931,34 zł; wykonał prace związane z zagospodarowaniem terenu (dowóz piasku, mechaniczne profilowanie, zagęszczenie, rozścielenie kruszywa) o wartości 120.960,45 zł. Wartość powyższych prac dodatkowych wyniosła łącznie – 373.718 zł netto. Kosztorys ofertowy przewidywał podniesienie terenu o ok. 35 cm. Teren w obrębie inwestycji został podniesiony o około od 20 do 80 cm, co średnio stanowi 50 cm. Zatem szacunkowa dodatkowa warstwa dowożonego piasku wykorzystanego do podwyższenia terenu była zbliżona do 15 cm (50-35). Powód ostatecznie wykonał ogrodzenie ze sztachet zamiast z wikliny. Jednakże strony nie zmieniły ceny ogrodzenia. Wykonawca robót wyceniając prace dodatkowe przyjął cenę ogrodzenia przewidzianą w kosztorysie ofertowym. Cena wykonania przez powoda ogrodzenia została uznana przez inspektora nadzoru, w oparciu o sporządzony przez powoda kosztorys, wobec czego podlegała uwzględnieniu w tej wysokości. W dniu 29 lutego 2012 r. kierownik budowy i architekt - autor projektu złożyli oświadczenie o wykonaniu obiektów zgodnie z projektem i warunkami pozwolenia na budowę. Prace dodatkowe zostały wykonane w sposób prawidłowy.

W tak ustalonym stanie faktycznym sąd pierwszej instancji uznał, że między pozwaną Gminą a wykonawcą – S. O. doszło do zawarcia pisemnej umowy o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa kompleksu muzealno-noclegowego o roboczej nazwie „ Zagroda (...) w U.”, a następnie również ustnej umowy o wykonanie

prac dodatkowych, których potrzeba przeprowadzenia pojawiła się w trakcie realizacji inwestycji. S. O. jako wykonawca zawarł umowę o roboty budowlane z powodem jako podwykonawcą. S. B. zgłosił pozwanemu powoda jako podwykonawcę, pozwany nie zgłosił zaś sprzeciwu ani zastrzeżeń. W ocenie sądu pierwszej instancji pozwany odpowiada więc solidarnie, na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powoda jako podwykonawcę. Sąd Okręgowy uznał, że S. O. dokonał skutecznego w rozumieniu art. 509 § 1 k.c. przelewu wierzytelności w łącznej wysokości 599.833,98 zł brutto, przysługującej mu wobec pozwanego z tytułu zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Sąd pierwszej instancji uwzględnił więc powództwo do kwoty 373.718 zł netto, stanowiącej wartość wykonanych przez powoda prac dodatkowych, oddalając powództwo w pozostałej części, oraz umarzając postępowanie co do kwoty 60.892,54 zł z odsetkami wobec skutecznego cofnięcia powództwa w tym zakresie. O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu, zaś o kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wywiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok sądu pierwszej instancji w części oddalającej powództwo co do kwoty 91.955,14 zł, to jest ponad zasadzoną kwotę 373.718 zł, oraz w części dotyczącej kosztów procesu. Podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 5 ust. 1 ustawy o podatku o towarów i usług („podatek VAT”), przez nieuwzględnienie w kwocie zasądzzonego roszczenia podatku od towarów i usług od zasądzonej kwoty;
2. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., polegającego na braku wyjaśnienia w uzasadnieniu wyroku przyczyn nieuwzględnienia powództwa w zakresie kwot dochodzonych z tytułu podatku VAT,
3. sprzeczności między ustaleniami sądu, a treścią wyroku, polegającą na nieuwzględnieniu kwoty 6.000 zł, jako należnej powodowi, stanowiącej wartość materiałów pozostawionych pozwanemu przez powoda - pomimo ustaleń sądu, że materiały o tej wartości zostały pozostawione pozwanemu,
4. rozliczenia kosztów postępowania wbrew zasadzie słuszności z art. 102 k.p.c., polegającego na obciążeniu powoda częścią kosztów postępowania pomimo „obiektywnego wygrania sprawy”.

W konkluzji powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty z odsetkami ustawowymi od 5 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, a także o obciążenie pozwanego kosztami postępowania - w tym kosztami postępowania apelacyjnego - w całości.

Pozwany zaskarżył wyrok sądu pierwszej instancji w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 227 k.p.c. z uwagi na odmowę przeprowadzenia dowodu na okoliczności dotyczące zakresu, ilości i wartości robót zamiennych i zaniechanych, wynikających z umowy o roboty budowlane, przy wadliwej ocenie, iż nie są one istotne dla rozstrzygnięcia sprawy;
2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie prawidłowego postępowania dowodowego, i nierozważeniu w sposób bezstronny i wszechstronny materiału dowodowego w sprawie oraz naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów na skutek błędnej i dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego i wadliwe ustalenie, polegające na tym, że:
  - a) fakt nieuwjęcia robót budowlanych w przedmiarze robót tzw. ślepy kosztorys sporządzonym przez Pozwanego Inwestora dla celów złożenia oferty oraz fakt złożenia oferty zgodnie z przedmiarem definitywnie przesądza o tym, że roboty takie nie mogą zostać uznane za objęte umową o roboty budowlane z dnia 7.10. 2009 roku w ramach wynagrodzenia ryczałtowego,
  - b) skutecznie została zawarta umowa bez zachowania formy pisemnej z wykonawcą S. O. w przedmiocie wykonania prac dodatkowych , pomimo naruszenia szeregu zapisów umowy o roboty budowlane z dnia 7.10. 2009 roku,

oraz Prawa Zamówień Publicznych oraz nie wskazania podstawy prawnej wynikającej z ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku przepisami Kodeksu Cywilnego rzekomo zawartej bez zachowania formy pisemnej umowy z wykonawcą S. O. w przedmiocie wykonania prac dodatkowych, jak również pominięto ocenę faktów (i tego nie uzasadniono) w postaci zapisu SIWZ w rozdziale. XV - „Opis sposobu obliczenia ceny” - ust. 2. I 3 oraz w rozdziale V. „Zamówienia uzupełniające”, § 6, § 21 ust. 2 umowy o roboty budowlane z dnia 7.10. 2009 roku., procedury zgłaszania zmian umowy , z której to jednoznacznie wynika, iż prawo żądania zmiany umowy należy zgłosić w terminie 30 dni od daty darzenia uzasadniającego wniosek po rygorem utraty tego prawa i braku uzasadnienia tego faktu,

c) protokoły prac dodatkowych zostały sporządzone na 2-3 miesiące przed końcem budowy oraz zostały dostarczone inwestorowi przy dokonywaniu odbioru końcowego, zamiast prawidłowego ustalenia, że wykazy prac dodatkowych czy też kosztorysy zostały dostarczone do pozwanego zamawiającego po terminie zakończenia prac , który został ustalony na dzień 31 marca 2012 roku,

d) dokonania przez sąd I instancji podziału wykonanych prac budowlanych rzekomo nieobjętych umową z dnia 7.10.2009 roku., na roboty dodatkowe i prace uzupełniające pomimo braku w materiale dowodowym jakichkolwiek dowodów o takim podziale świadczącym, w tym również braku wypowiedzi przez biegłych z uzasadnieniem przyjęcia takiego podziału oraz niewyjaśnienia przyczyn i podstaw prawnych przyjętego podziału oraz błędnym uznaniu, iż jedynym inicjatorem wykonania prac dodatkowych był inwestor, co oznacza zwolnienie wykonawcy z obowiązku informowania, o którym mowa w § 10 umowy,

e) wykonanie prac dodatkowych zostało (rzekomo) potwierdzone przez inspektora nadzoru B. T. poprzez złożenie podpisu na sporządzonych wykazach prac uzupełniających (dotyczących obiektów: dworu, ogrodzeń, chałupy, wiatraków, budynku administracyjnego, zagospodarowania terenu, budynku gospodarczego oraz rzekomym zatwierdzeniu kosztorysów prac dodatkowych przez inspektora nadzoru B. T., a zarazem nieustaleniu daty dokonania potwierdzenia wykonanie tych prac dodatkowych i daty zatwierdzenia kosztorysów prac dodatkowych,

f) ustaleniu, że podstawą roszczenia jest art 647<sup>1</sup>§ 5 k.c. w związku z art. 6471 § 1 i 2 k.c. w związku z przelewem wierzytelności zgodnie z art. 509 § 1 k.c. co oznacza powstanie sprzeczności wobec tak poczynionych ustaleń przez sąd I instancji polegających na tym, że:

-podstawą odpowiedzialności Pozwanego jako odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawca za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę jest przepis art 647<sup>1</sup>§ 5 k.c. w związku z art. 647<sup>1</sup> § 1 i 2 k.c., co pozostaje w sprzeczności z przedstawionym przez sąd I instancji twierdzeniem o skuteczności przelewu wierzytelności zgodnie z art. 509 § 1 k.c., wobec czego posiada ona legitymację czynną do dochodzenia roszczeń z tytułu przelanej wierzytelności,

- oraz pozostaje w sprzeczności z ustaleniami poczynionych przez Sąd I instancji polegających na przyjęciu, że prace dodatkowe były innymi pracami niż przewidywała umowa z dnia 7.10. 2009 roku , a więc nie stanowiły prac dodatkowych wynikających z pierwotnej umowy o roboty budowlane z dnia 7.10. 2009 roku, co w konsekwencji oznaczałoby, że nie mogło dojść do skutecznego przelewu wierzytelności, gdyż przedmiotem przelewu jest roszczenie dotyczące wynagrodzenia w związku z wykonaniem umowy z 7.10.2009 roku,

g) błędnym uznaniu opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. K. (2) za w pełni przydatną jako dowód, która to rzekomo została sporządzona zgodnie z wymaganiami fachowości i niezbędną wiedzą specjalną, a przytoczona na ich uzasadnienie argumentacja jest w pełni przekonująca, a zgłaszane przez strony wątpliwości i zastrzeżenia do wniosków opinii zostały wyczerpująco wyjaśnione w opiniach uzupełniających;

3. art. 7 ust. 3 , art. 144 ust. 1, art. 140 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień publicznych w związku z art. 509 § 1 k.c. poprzez ich błędną wykładnię przejawiającą się w przyjęciu, iż w ustalonym stanie faktycznym dopuszczalna jest zmiana wykonawcy, z którym zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przelewu wierzytelności;

4. art 647<sup>1</sup> § 5 k.c. w związku z art. 647<sup>1</sup> § 1 i 2 k.c. oraz art. 651 k.c. i art. 655 k.c. w związku z przelewem wierzytelności zgodnie z art. 509 § 1 k.c. poprzez błędne zastosowanie, że podstawą odpowiedzialności pozwanego jest odpowiedzialność solidarna inwestora i wykonawca za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę;

5. art. 509 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż powód posiada legitymację czynną do występowania w procesie z uwagi na skutecznie dokonaną czynność przelewu wierzytelności zgodnie z umową z dnia 21 grudnia 2012 r. o „przelewie i potrąceniu wierzytelności”;

6. art. 647 k.c., art. 649 k.c. poprzez ich niezastosowanie oraz art. 648 § 2 k.c., w związku z § 1 i 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż projekt budowlany nie jest integralną częścią umowy o roboty budowlane oraz nie jest podstawowym dokumentem, na podstawie którego realizowany jest proces budowlany, natomiast przedmiar robót, nie ma charakter dokumentu pomocniczego, określającego jedynie przewidywany zakres prac, lecz ma znaczenie decydujące dla określenia zakresu robót;

7. naruszenie art. 139 ust. 2 PZP w związku z art. 77 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie musi zostać zachowana forma pisemna czynności prawnej, zastrzeżona pod rygorem nieważności.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz oddalenie powództwa w całości i umorzenie postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Nadto wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania procesowego, z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

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

Apelacje nie są zasadne. Rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji jest prawidłowe, pomimo częściowo błędnej argumentacji przytoczonej w jego uzasadnieniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do dalej idącej apelacji strony pozwanej, nie jest w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadniony zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zarzucenie naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwej jego oceny w świetle zasad określonych w art. 233 § 1 k.p.c. Skarżący winien wykazać, że oceniając określone dowody sąd pierwszej instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego - jeżeli bowiem z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena ta nie narusza reguły swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby na podstawie tego materiału dowodowego dawały się wysunąć wnioski odmienne (por. np wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/2000)

Apelacja tak wymaganych zarzutów nie przedstawia i nie wykazuje, aby ocena dowodów (uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne) była dotknięta powyższymi uchybieniami. Pozwany zarzucał, że sąd pierwszej instancji nieprawidłowo ocenił dowód z opinii biegłego inż. J. K. (2); zważyć jednak należało, że strony opinii tej, po jej uzupełnieniu przez biegłego, skutecznie przed sądem pierwszej instancji nie zakwestionowały; nadto sam pozwany na rozprawie w dniu 31 maja 2017 roku wskazał, że nie ma pytań do biegłego i jest gotów przyjąć wynikającą z wyliczeń tego biegłego kwotę. W pozostałym zakresie, stawiając w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. pozwany nie wskazywał, które dowody - jego zdaniem - zostały ocenione wadliwie i z jakich przyczyn taka ocena jest niewłaściwa w świetle zasad określonych w tym przepisie. Skarżący wyraził natomiast generalną dezaprobatę dla wniosków, które sąd pierwszej instancji wyprowadził z ustalonego stanu faktycznego, jak również dla sformułowań zawartych

w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. W ten sposób określony zarzut nie przystaje w żaden sposób do treści art. 233 § 1 k.p.c., gdyż przepis ten reguluje jedynie sposób oceny wiarygodności i mocy dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie kwestię oceny prawnej ustalonego w sprawie stanu faktycznego czy konstrukcji uzasadnienia.

Ma natomiast rację pozwany zarzucając naruszenie przez sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego poprzez błędne przyjęcie, że podstawą odpowiedzialności pozwanego jest odpowiedzialność solidarna inwestora. Należało bowiem zważyć, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.). Przepis art. 139 tej ustawy wskazuje, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawa wymaga zaś, by umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Między stronami nie doszło do zawarcia ważnej umowy o wykonanie prac dodatkowych i uzupełniających dotyczących realizacji zadania pn. „Budowa Kompleksu (...)Rekreacyjnego – (...) w U., jako że wszelkie ustalenia, dotyczące wykonywania tychże prac, czynione były między stronami ustnie. Niedochowanie formy pisemnej skutkowało w myśl art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych nieważnością umowy stron. Umowa rozszerzająca zakres robót nie została też zawarta w sposób ważny między pozwanym, a S. O..

Wykonane przez powoda prace dodatkowe i uzupełniające nie były przy tym objęte zakresem umowy zawartej między pozwanym a wykonawcą S. O. w dniu 7 października 2009 roku. Należy bowiem wskazać, że umowa ta przy określeniu przedmiotu zamówienia odwoływała się w jej § 1 ust. 3 do dokumentacji, która nie uwzględniała przeprowadzenia prac wykonywanych jako dodatkowe i uzupełniające, zaś potrzeba wykonania tych prac wyniknęła dopiero później. Skuteczna zmiana tej umowy wymagała zaś również formy pisemnej, i nie została w takiej formie dokonana. Wobec powyższego S. O. nie przysługiwała względem pozwanego wierzytelność o zapłatę za wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających nieobjętych umową z 7 października 2009 roku, a co za tym idzie - przelew tej wierzytelności na powoda nie był możliwy. W tych okolicznościach nie można zatem mówić o odpowiedzialności pozwanego za zapłatę powodowi wynagrodzenia z tytułu wykonania robót dodatkowych i uzupełniających na podstawie przepisu art. 647<sup>1</sup> § 3 k.p.c.

Podniesione przez pozwanego zarzuty naruszenia prawa materialnego, pomimo ich trafności, nie mogły odnieść zamierzonego skutku. Rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji odpowiada bowiem prawu, skoro pozwany niewątpliwie skorzystał z prac dodatkowych i uzupełniających wykonanych przez powoda.

Wskazać należy, że ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przepis art. 139 ust. 1 tej ustawy potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona (zob. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 27 stycznia 2016 roku, I ACA 1599/15).

Tak więc w odniesieniu do umów o roboty budowlane, zawartych z naruszeniem art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub w przypadku braku nawet takiej nieważnej umowy do wzajemnych rozliczeń stron zastosowanie znajdzie art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Takie świadczenie wykonawcy należy bowiem kwalifikować jako świadczenie nienależne. Biorąc zaś pod uwagę odesłanie do przepisu art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowanie znajdą przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia. Stąd Sąd Apelacyjny, po dokonaniu odmiennej kwalifikacji prawnej ustalonego w sprawie stanu faktycznego, uznał ostatecznie, że roszczenie powoda ma oparcie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Z ustalonego stanu faktycznego wynikało, że



wartość prac dodatkowych i uzupełniających, wykonanych przez powoda wynosi 373.718 zł netto. Wobec nieważności umowy między stronami, prace te stanowiły świadczenie nienależne w rozumieniu art. 410 § 2 k.c., a pozwany winien zwrócić powodowi ich wartość w oparciu o przepisy art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

Powód w apelacji zarzucał sprzeczność między ustaleniami sądu pierwszej instancji a treścią wyroku, polegającą na nieuwzględnieniu kwoty 6.000 zł jako należnej powodowi, stanowiącej wartość materiałów pozostawionych pozwanemu przez powoda. Wydana w sprawie opinia biegłego z zakresu budownictwa, kosztorysowania i rozliczania inwestycji wydaje się jednak kompleksowa i uwzględnia również te elementy o których mowa w apelacji. Tym samym zarzut ten odnieść należy jedynie do wadliwego uzasadnienia zaskarżonego wyroku, które to uchybienie nie miało ostatecznie wpływu na treść rozstrzygnięcia. Sąd Apelacyjny zwrócił też uwagę, że Sąd Okręgowy pozyskał dwie opinie na okoliczność wartości robót dodatkowych. Pierwsza opinia, sporządzona przez biegłego J. K. (3) wskazuje na wartość spornych robót na poziomie, 369.898,48 zł netto (k. 625). Wartość wyników podanych przez obu biegłych jest więc bardzo podobna, chociaż różni się o ok. 4 tysiące. Zbieżność wyników wskazuje z jednej strony na trafność rozstrzygnięcia, ale z drugiej strony dowodzi, trudności na jakie napotkali obaj biegli w zakresie oszacowania ilości ziemi nawiezionej przez powoda celem podwyższenia gruntu. W tym zakresie obie opinie opierają się na szacunkach. Szacunkowa w dużej części wartość wzbogacenia pozwanego pozwala zaś przyjąć, że w zasądzonej ostatecznie na rzecz powoda kwocie mieści się również należność z tytułu pozostawionych pozwanemu materiałów budowlanych.

Nie mógł też odnieść zamierzonego skutku zarzut powoda odnoszący się do wadliwego zastosowania art. 5 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług i niedostatecznego w tym zakresie uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Za podstawę roszczenia powoda przyjęto bowiem przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Należność powoda nie wynika więc z umów między przedsiębiorcami i wystawionych faktur VAT. Odwołać się należy w tym zakresie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 roku, zgodnie z którym naliczenie podatku VAT w oparciu o nieważną czynność prawną powoduje, że w stosunkach cywilnoprawnych stron danej czynności ma on charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r., I ACa 1599/15). Gdyby pozwana zapłaciła wynagrodzenie wraz z podatkiem VAT w sytuacji, w której podatek ten został naliczony nienależnie, to nie miałyby możliwości odliczenia tego podatku, a powód nie miałby obowiązku jego odprowadzenia do urzędu skarbowego. W tym zakresie doszłoby więc do wzbogacenia powoda.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do podważenia rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego co do kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego. Ocena czy przy orzekaniu o kosztach należy zastosować zasadę ogólną czy odstąpić od niej, stosując art. 102 k.p.c. zależy od uznania, że zachodzą szczególne okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu. Orzecznictwo sądowe, wyrażające się m.in. w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2012 r. (V CZ 6/12, LEX nr 1232632) wskazuje na to, że nieuzasadniona jest nadmierna ingerencja w rozstrzygnięcia, co do zasadności bądź braku zasadności zastosowania art. 102 k.p.c. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym ocena sądu czy zachodzi wypadek szczególnie uzasadniony ma charakter dyskrejonalny oparty na swobodnym uznaniu, kształtowanym własnym przekonaniem oraz oceną okoliczności rozpoznawanej sprawy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 10.10.2012 r. sygn. akt IV CZ 69/12). Sąd Okręgowy nie zastosował przepisu art. 102 k.p.c., nie znajdując w sprawie szczególnych okoliczności które uzasadniałyby odstąpienie od obciążania powoda kosztami postępowania. Ocena ta nie budzi zastrzeżeń, skarżący również w apelacji nie wskazywał, by takie szczególne okoliczności zachodziły w sprawie. Podkreślić w tym miejscu jedynie należy, że wbrew twierdzeniom apelującego powód nie został obciążony obowiązkiem zwrotu kosztów procesu na rzecz Skarbu Państwa w kwocie 23.013,24 zł pomimo „obiektywnego wygrania sprawy” – sąd pierwszej instancji obciążył go bowiem z tego tytułu jedynie częścią kosztów w wysokości 13.929,78 zł, proporcjonalnej do części w jakiej przegrał on proces.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił obie apelacje.

O kosztach postępowania drugoinstancyjnego orzeczono w oparciu o przepisy art. 98 k.p.c. oraz § 2 pkt 6 i 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm). Każda ze stron wygrała w postępowaniu apelacyjnym wszczętym przez przeciwnika, inna była jednak w każdym przypadku wartość przedmiotu zaskarżenia. Z postępowania apelacyjnego

wszczętego przez pozwanego powodowi należała się kwota 8.100 zł – jako zwrot kosztów zastępstwa procesowego. Z postępowania apelacyjnego wszczętego przez powoda pozwanemu należała się zaś za zastępstwo prawne kwota 4.050 zł. W efekcie skompensowania wzajemnych roszczeń w tym zakresie po stronie powoda pozostało niezaspokojone roszczenie o zapłatę kwoty 4.050 zł, które zostało rozliczone w punkcie 2 wyroku Sądu Apelacyjnego.