

Sygn. akt I ACa 245/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Bieńkowska (spr.) SSO del. Grażyna Wołosowicz
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2017 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w S.**

przeciwko (...) **w P.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 29 grudnia 2016 r. sygn. akt VII GC 123/15

I. **oddala obie apelacje;**

II. **zasądza od pozwanego (...) w P. na rzecz powoda (...) w S. kwotę (...),44 (dziewięć tysięcy sto dwadzieścia trzy 44/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.**

(...)

Sygn. akt I ACa 245/17

UZASADNIENIE

(...)w R. wnosilo o zasądzenie od (...)w P. kwoty 663.788,25 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 marca 2015 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

(...)w P. wnosilo o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 478.249,87 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 15 marca 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,

zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym za opóźnienie do dnia zapłaty (pkt. I); oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt. II); zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 25.217,15 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. III).

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Pozwany, jako zamawiający, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania: „Przebudowa i rozbudowa zaopatrzenia w ciepło wraz z sieciami cieplnymi i zastosowaniem odnawialnych źródeł energii w miejscowości P.” w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „siwz”), przedmiot zamówienia miał być wykonany zgodnie z wymogami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (zwanym dalej: „pfu”) oraz siwz. Zakres rzeczowy przedsięwzięcia podzielono na trzy zadania: 1. zaprojektowanie i wykonanie nowej kotłowni na biomasę, 2. zaprojektowanie i wykonanie nowej sieci preizolowanej do rozprowadzenia ciepła na cele grzewcze i cele c. w. u. (około 4.451,50 m) wraz z nowymi przyłączami c.o. do budynków w technologii rur preizolowanych, 3. montaż węzłów i przyłączy do ~ 106 obiektów: budynków wielorodzinnych, jednorodzinnych oraz obiektów publicznych w celu zasilania w c.o. i c.w.u. (ust. III pkt 3 siwz).

W związku z rozbieżnościami w dokumentach przetargowych (formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty oraz pfu) dotyczących łącznej długości sieci cieplnej oraz pytań oferentów w tym zakresie, zamawiający w odpowiedziach na pytania do przetargu podał: „zamawiający w związku z rozbieżnością dotyczącą długości ciepłowniczej w pfu oraz formularzach cenowych i harmonogramie informuje, że do wyceny należy przyjąć ilości zgodne z pfu pkt 6.3. Zgodnie z tym punktem do wyceny robót w zakresie przetargu należało uwzględnić wykonanie sieci cieplnej o średnicach rur od Dn 120 mm do Dn 32 mm o łącznej długości 4.451,50 m, w tym przyłącza do domków – ok. 100 szt. po 10 mb, czyli 1.000 mb.

W oparciu o powyżej określony zakres zadania (w tym zakładaną długość sieci) powód skalkulował cenę ofertową, a w dniu 17 kwietnia 2014 r. strony zawarły umowę nr (...) o roboty budowlane.

Zgodnie z § 3 ust. 1 tej umowy - wykonawca zobowiązał się zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z projektami budowlanymi i wykonawczymi (realizacyjnymi, opisem technicznym przedmiotu zamówienia oraz innymi wymaganiami zawartymi w siwz, ja też warunkami technicznymi wynikającymi z obowiązujących przepisów technicznych i prawa budowlanego oraz wymaganiami wynikającymi z obowiązujących Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, a w przypadku ich braku, według obowiązujących aprobat technicznych i specyfikacji technicznej). Strony za wykonane prace ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wyrażone kwotą 7.128.455,39 netto + podatek VAT w kwocie 1.591.544,74 zł, co dało kwotę brutto 8.720.000,13 zł (§ 9 ust. 1 i 2 umowy). W § 19 ustalono, że stronom nie przysługuje prawo do zmiany istotnych postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, z zastrzeżeniem okoliczności które zamawiający przewidział jako podstawa możliwości dokonania takiej zmiany w siwz oraz określił warunki tej zmiany.

Po zakończeniu postępowania przetargowego w dniu 7 lipca 2014 r., doszło do wycofania z realizacji części odcinków sieci preizolowanej wskazanych w pfu (załączniku do siwz), tj. sieci cieplnej do podłączenia budynków Spółdzielni Mieszkaniowej - odcinków w ul. (...) i ul. (...). Jednocześnie inwestor w toku realizacji umowy wskazywał do wykonania zamienne odcinki sieci preizolowanej do zakładanej w przetargu łącznej ilości 106 sztuk odbiorców ciepła (zeznania świadków A. P. i E. M. (1)).

W celu osiągnięcia zakładanych efektów oraz parametrów (106 węzłów cieplnych) poprowadzono sieć ciepłowniczą w sposób odmienny od pierwotnych założeń, co skutkowało zwiększeniem długości sieci ciepłowniczej, zmianą usytuowania węzłów cieplnych w stosunku do obiektów uwzględnionych w pfu oraz zmianą średnic sieci.

Powód poinformował pozwanego o konieczności dokonania wyżej wskazanych zmian, w tym również konsekwencji finansowych, na spotkaniu w dniu 29 lipca 2014 r. (zeznania świadka A. P.). Pozwany nie kwestionował konieczności

wprowadzenia zmian w projekcie pierwotnym zaproponowanych przez powoda i zaakceptował je (zeznania świadka E. M. (1)). Z uwagi na zmieniające się nieruchomości, które miały być podłączone do sieci ciepłowniczej oraz uwarunkowania terenu, strony wielokrotnie spotykały się na radach budowy oraz spotkaniach roboczych, podczas których podejmowano decyzje dotyczące zadania, w tym konsultowano i omawiano zmiany w pierwotnym projekcie (zeznania świadków: A. P., R. L., J. B., E. M. (1)) oraz zdawano do odbioru poszczególne etapy prac.

Strony prowadziły rozmowy w przedmiocie zawarcia dodatkowego zamówienia, jednak do podpisania umowy nie doszło.

Powód zrealizował zadanie zlecone mu w ramach umowy, jak również inne roboty wynikłe ze zmiany zakresu odbiorców ciepła w sposób należyty i w terminie, ponadto przedstawił pozwanemu szczegółowy kosztorys za roboty dodatkowe sieci ciepłowniczej.

Obliczona długość sieci preizolowanej, licząc wzdłuż wbudowanych rurociągów łącznie z odsadzkami kompensacyjnymi wynosiła 6.379 mb. A zatem łączna długość faktycznie wykonanej sieci zwiększyła się o 1.927,50 mb w porównaniu do orientacyjnej długości sieci podanej w pfu i siwz.

Z tytułu wykonania przedmiotu umowy w pierwotnym zakresie powód wystawił dwie faktury VAT na kwotę odpowiadającą wartości przedmiotu zamówienia określonego w umowie. Następnie wystawił trzecią fakturę o numerze (...) z dnia 11 lutego 2015 r. z tytułu realizacji pozostałych robót.

Pozwany uregulował wynagrodzenie należne z tytułu wykonania umowy, odmówił jednak wypłaty kwoty 663.788,25 zł z tytułu realizacji robót dodatkowych.

Pismem z dnia 17 lutego 2015 r. pozwany zwrócił powodowi ostatnią fakturę, wskazując, iż uznaje roszczenia powoda za niezasadne z uwagi na to, że cena ustalona między stronami w umowie jest ceną ryczałtową i jest stała a rzeczywisty rozmiar prac wykonanych nie wpływa na jej wysokość.

W tym stanie rzeczy powód wystąpił do Sądu z żądaniem opisanym na wstępie. Sąd Okręgowy w Białymstoku w dniu 8 kwietnia 2015 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, który po wniesieniu przez pozwanego sprzeciwu stracił moc.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Sąd jako bezsporne wskazał, że powód został wybrany jako wykonawca prac w drodze przetargu nieograniczonego oraz że strony zawarły umowę o roboty budowlane i określiły należne wykonawcy wynagrodzenie jako ryczałtowe, a ponadto po podpisaniu umowy - na skutek rezygnacji niektórych z deklarowanych odbiorców ciepła - doszło do faktycznej zmiany zakresu prac określonych w umowie. Bezsporne było również to, że powód wykonał należycie i w odpowiednim terminie umowę oraz prace wskazane w pozwie. Spór ogniskował się natomiast wokół ustalenia czy prace wykonane przez powoda na skutek zmian w projekcie (spowodowanych odstąpieniem jednego z głównych odbiorców ciepła – Spółdzielni Mieszkaniowej w P.) miały charakter prac dodatkowych czy też mieściły się w zakresie umowy zawartej przez strony a w konsekwencji, czy za wykonane prace powodowi przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Zdaniem Sądu wyniki postępowania dowodowego wskazują, że zakres prac ustalony w umowie, a szczegółowo określony w siwz oraz pfu, w zakresie przebiegu sieci preizolowanej oraz umiejscowienia węzłów ciepła, różni się od rzeczywiście wykonanych prac. Przyczyna powyższej różnicy w przebiegu sieci preizolowanej (a w konsekwencji jej długości) była konsekwencją wprowadzenia zmian w pierwotnym projekcie inwestycji. Strony podpisując w dniu 17 kwietnia 2014 r. umowę o roboty budowlane dostosowały zakres prac do siwz i pfu oraz zakresu i umiejscowienia odbiorców ciepła deklarujących w tamtym czasie chęć podłączenia się do sieci ciepłowniczej. Sąd zaznaczył, że powód sporządzając ofertę oraz podpisując umowę wyrażał zgodę na otrzymanie wynagrodzenia ryczałtowego za ściśle określony zakres prac wskazany w pfu, tj. wykonanie sieci preizolowanych o długości 4.451,50 mb.

Konieczność zmiany przebiegu linii ciepłowniczych, a w konsekwencji zmiana długości sieci, zaistniała dopiero po rezygnacji głównego odbiorcy ciepła tj. Spółdzielni Mieszkaniowej w P.. Wówczas to pozwany podjął starania o pozyskanie nowych odbiorców ciepła (zeznania świadków: A. P., R. L., J. B. i E. M. (1)) i wspólnie z powodem opracował inny przebieg sieci uwzględniający nowych odbiorców. Z dokumentów zgromadzonych w sprawie w postaci protokołów z porad, pisma powoda z dnia 12 sierpnia 2014 r. oraz korespondencji z inżynierem kontraktu wynikało, że pozwany zdawał sobie sprawę ze zwiększenia zakresu prac w stosunku do pierwotnego zakresu umowy oraz konieczności wykonania przez powoda prac w szerszym zakresie. Ponadto w ocenie Sądu rozważał możliwość udzielenia tzw. zamówienia dodatkowego zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. b ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na spełnienie wszystkich przewidzianych tam przesłanek, tj.: zamówienie miało być udzielone dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, zakres zamówienia objęty dodatkową umową nie był objęty zamówieniem podstawowym, konieczność wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem dodatkowym stała się konieczna dopiero na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, wykonanie robót budowlanych objętych zamówieniem dodatkowym było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, wartość robót budowlanych objętych zamówieniem dodatkowym nie przekraczała 50% wartości realizowanego zamówienia i wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Z całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie wynikało, że powód miał uzasadnione podstawy przypuszczać, że zostanie z nim zawarta dodatkowa umowa uwzględniająca zmiany wywołane zmianą odbiorców ciepła, jednocześnie wykonywanie przez niego prac dodatkowych było uzasadnione koniecznością wykonania ważnej umowy, jak również zachowaniem pozwanego, który w żaden sposób nie oponował zwiększeniu zakresu prac. Sąd zauważył, że świadek A. P. (prezes zarządu powodowej spółki) wskazywał, iż powód otrzymywał zapewnienia od pozwanego, że prace wynikłe ze zmiany odbiorców będą traktowane jako roboty dodatkowe oraz gmina podpisze dodatkową umowę z odrębnym wynagrodzeniem. W ocenie Sądu na zamiar realizacji składanych obietnic wskazywało zachowanie pozwanego, które uległo zmianie dopiero po wyborach samorządowych, kiedy to odmówiono zapłaty. A. P. wskazywał, że pozwany w trakcie trwania inwestycji nigdy nie kwestionował jej zwiększonego zakresu, który był wykonywany na jego polecenie, ponadto zatwierdzał dokumentację projektową. Nie bez znaczenia była także okoliczność, że pozwany nigdy nie kwestionował przekładanych mu kosztorysów, które uwzględniały wszystkie kształtki, wydłużki czy trójniki tzw. długość ramion kompensacyjnych. Sąd wskazał dalej, że świadek R. L. zeznał, iż powód skonstruował ofertę w oparciu o przedstawione w pfu założenia, w tym konkretnych odbiorców i ich położenie, natomiast zmiana odbiorców przyczyniła się nie tylko do wydłużenia pierwotnej długości sieci, ale również spowodowała konieczność zmiany projektu w zakresie średnicy stosowanych w budowie elementów. Zwrócił także uwagę na bieżące informowanie inwestora o dokonywanych zmianach i ich akceptację oraz świadomość zwiększających się kosztów wykonania zadania. Również zeznania świadka J. B. wskazują na akceptację przez inwestora dokonywanych zmian oraz jego świadomość odnośnie zmiany przedmiotu umowy poprzez wydłużenie długości sieci. Świadek E. M. (1) potwierdził, że ilość sieci wykonanej przez powoda była dłuższa niż wynikająca z siwz i dodał, że po weryfikacji kosztorysu dodatkowych robót pod kątem ceny ofertowej za metr doszedł do wniosku, że przedstawiona cena jest ceną rynkową i jest zbliżona do ceny ofertowej. Natomiast świadek W. Z. (współautor wykonania audytu energetycznego dotyczącego źródła ciepła oraz pfu) zaznaczył istnienie konieczności zmiany średnicy zastosowanych rur w porównaniu z pierwotnym projektem.

Sąd zeznania wyżej wymienionych świadków uznał za wiarygodne oraz uczynił je podstawą ustaleń faktycznych, jako że były jasne, spójne, logiczne, wzajemnie koherentne oraz zgodne z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie w postaci dokumentów m.in.: protokołów przebiegu porad, korespondencji inżyniera kontraktu z pozwanym, protokołem końcowego odbioru robót, kosztorysem robót dodatkowych.

Zdaniem Sądu zeznania świadka K. P. nic nie wniosły do sprawy, gdyż nie wskazał on zakresu prac wykonanych przez powoda oraz czy ilość tych prac odbiegała od ilości przewidzianej w siwz i pfu.

Sąd podzielił stanowisko powoda, który podnosił, że wycofanie się tak istotnego odbiorcy jak Spółdzielnia Mieszkaniowa, stanowiło dla pozwanego poważny problem, który niósł ze sobą groźbę utraty przyznanego mu w ramach środków z Unii Europejskiej dofinansowania na realizację inwestycji. Brak odbiorcy oznaczał bowiem

zachwianie bilansu ciepła określonego we wniosku o uzyskanie stosownej pomocy finansowej. Brak dodatkowych odbiorców w miejsce Spółdzielni Mieszkaniowej w P. oznaczał też, iż zakres inwestycji wskazany we wniosku różniłby się od faktycznie zrealizowanego zakresu (byłby węższy). To z kolei stanowiłoby o niezrealizowaniu przedmiotu inwestycji określonego we wniosku o przyznanie pomocy (zeznania świadka J. B.).

W pfu została podana długość sieci preizolowanych 4.451,50 mb czym oferenci mieli się kierować sporządzając ofertę. Sąd zaznaczył, że biegła sądowa z zakresu sieci cieplnych - G. K. wskazała, że z przeprowadzonych przez nią pomiarów długości planowanych sieci na podstawie mapy inwentaryzacyjnej geodezyjnej powykonawczej oraz według listy odbiorców wskazanej w pfu wynikało, iż zakres przetargu był w rzeczywistości większy niż podany przez pozwanego i wynosił łącznie 5.472 mb sieci cieplnej i jest o 1.020,5 mb większy, niż długość sumaryczna sieci wskazana w pfu. Powyższa różnica długości sieci wynosiła 1.020,5 mb i wynikała m.in. z nieuwzględnienia przez pozwanego oraz błędnego wyliczenia przez niego w pfu i podania w siwz zaniżonej długości poprzez nie uwzględnienie sześciu odcinków o łącznej długości sieci cieplnej około 806 mb. Biegła wskazała też, że po rezygnacji z przyłączenia do sieci cieplnej przez Spółdzielnię Mieszkaniową w P., pozwany wskazał do wykonania zamienne odcinki sieci preizolowanej do zakładanej w przetargu ilości 106 sztuk odbiorców ciepła. Rezygnacja Spółdzielni Mieszkaniowej w P. nie miała generalnie wpływu na przebieg trasy magistrali i sieci rozgałęznej projektowanej sieci cieplnej. Natomiast w miejsce zaniechanych przyłączy do budynków, wykazanych w piśmie powoda do pozwanego z dnia 12 sierpnia 2014 r. wykonano zamienne podłączenia do wskazanych przez pozwanego budynków. Biegła po szczegółowej analizie map inwentaryzacji powykonawczej geodezyjnej stwierdziła, że w rzeczywistości sieć cieplna wykonana przez powoda na rzecz pozwanego jest dłuższa, niż przewidywana w dokumentacji do przetargu długość sieci cieplnej zgodnie z pfu.

Powód faktycznie wykonał na rzecz pozwanego sieć preizolowaną o długości 6.379 mb z tym, że jest to faktyczna długość wbudowanych rur, kształtek i armatury, w tym również długość wykonanych kompensacji przewodów preizolowanych. Natomiast łączna długość wykonanej sieci cieplnej bez uwzględnienia długości ramion kompensacyjnych wynosi 5.798 mb. Biegła podkreśliła, że powód szacując koszt wykonania 1 mb sieci cieplnej powinien zauważyć, iż długość sieci podana w pfu jest długością „w linii prostej”, bez uwzględnienia kompensacji, a w związku z tym należało przewidzieć cenę ujmującą również zwiększenie kosztów związanych z wykonaniem kompensacji. W opinii biegłej łączną długość wykonanej przez powoda sieci cieplnej „w linii prostej” należy przyjmować do porównań z długością wskazaną w pfu, bez uwzględnienia ramion kompensacyjnych. W ustnej opinii podała, że w pfu jest mowa o sieci cieplnej. Każdy inżynier zaś wie, jak ta sieć wygląda i w związku z tym powinien sobie założyć, że długość sieci będzie zwiększona o 10%-15% ze względu na te kompensacje. Jeżeli pfu nie wskazuje wprost, że należy założyć 10% na kompensacje, to jest to sztuka budowlana i wytyczne projektowania sieci cieplnych, że kompensacje muszą być stosowane i trzeba je założyć. Zdaniem biegłej wykonawca, czyli powód mając pfu powinien założyć, że projektant nie uwzględnił kompensacji, chociażby ze względu na to, że w pfu jest schemat pokazujący sieć cieplną, gdzie wykonujący pfu założył trasy sieci cieplnych, a schemat ten nie przewiduje kompensacji, nie są one tam narysowane. Biegła wyliczyła, że jeden mb sieci cieplnej wykonanej przez powoda kosztował 355,18 zł brutto i wartość wykonanych przez niego na rzecz pozwanego robót dodatkowych w porównaniu do orientacyjnej długości sieci podanej w pfu i siwz wynosi $355,18 \text{ zł}/\text{mb} \times 1.346,50 \text{ mb} = 478.249,87 \text{ zł}$ brutto (łączna długość sieci cieplnej „w linii prostej” wykonana przez powoda – 5.798 mb orientacyjna długość sieci podana przez pozwanego w pfu i siwz – 4.451,50 mb = 1.346,50 mb). Sąd podzielił w całości opinie biegłej (zarówno pisemną podstawową, jak też uzupełniającą i ustną). Uznał bowiem, że były one jasne, spójne i logiczne. Zaznaczył, że biegła sporządziła je w oparciu o posiadaną specjalistyczną wiedzę i wieloletnie doświadczenie zawodowe.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd doszedł do przekonania, iż zakres prac objętych pozwem nie mieścił się w granicach umowy o roboty budowlane z dnia 17 kwietnia 2014 r. Powód faktycznie wykonał większą długość sieci niż pierwotnie planowana, zastosował inne średnice rur a także zużył większą ilość kształtek, wydłużników oraz trójników, aby doprowadzić sieć do odbiorców. Tym samym Sąd nie podzielił argumentacji pozwanego, że wszystkie prace wykonane przez powoda objęte były wynagrodzeniem ryczałtowym i tym samym - nie przysługiwało mu roszczenie o zapłatę za roboty dodatkowe.

Sąd podkreślił, że strony związane były umową o roboty budowlane zawartą w wyniku postępowania przetargowego przeprowadzonego w trybie zamówienia publicznego. Umowa z dnia 17 kwietnia 2014 r. przewidywała ryczałtowe wynagrodzenie powoda jako wykonawcy robót budowlanych. Wobec tego Sąd wskazał na treść art. 632 § 1 k.c. i stwierdził, że ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy prace te są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże – zdaniem Sądu – nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego. Według Sądu wynagrodzenie ryczałtowe może zostać podwyższone na podstawie art. 632 § 2 k.c., jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca strata. Jednakże przepis ten dotyczy wyłącznie podwyższenia ryczałtu w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową. Nie może natomiast znaleźć zastosowania w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. W tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym, który miałby być zmodyfikowany przez sąd na podstawie art. 632 § 2 k.c. poprzez podwyższenie ryczałtu.

Możliwość uzyskania przez wykonawcę robót budowlanych wyższego wynagrodzenia różni się zatem w zależności od tego, czy chodzi o wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy czy o wynagrodzenie za prace wykraczające poza ten przedmiot. W przypadku wynagrodzenia mającego stanowić ekwiwalent niepieniężnego świadczenia wykonawcy spełnionego zgodnie z treścią umowy, podwyższenie ryczałtu będzie możliwe poprzez zawarcie stosownego aneksu do umowy zwiększającego wysokość wynagrodzenia, czyli w drodze porozumienia stron, o ile przepisy odrębne nie stoją temu na przeszkodzie albo w drodze orzeczenia sądu w przypadku zmiany stosunków przewidzianej w art. 632 § 2 k.c. Natomiast w przypadku wynagrodzenia za wykonanie robót nieprzewidzianych w umowie lub stanowiących rozszerzenie bądź uzupełnienie umówionego przedmiotu świadczenia wykonawcy, zwiększenie wysokości jego wynagrodzenia nastąpi albo w wyniku zawarcia odrębnej umowy zwiększającej zakres zamówienia albo będzie stanowić równowartość bezpodstawnego wzbogacenia zaistniałego po stronie zamawiającego.

Sąd podkreślił dalej, że łącząca strony umowa z dnia 17 kwietnia 2014 r., została zawarta w trybie zamówienia publicznego. Wskazał na treść art. 67 ust. 1 pkt 5 i art. 139 ust. 2 prawa zamówień publicznych i stwierdził, że strony bezspornie w trakcie realizacji inwestycji w P. nie zawarły na piśmie umowy o roboty dodatkowe zwiększającej zakres świadczenia powoda, tj. zakres robót budowlanych, czy też umowy zmieniającej przedmiot zamówienia, pomimo iż zgodnie z § 19 umowy oraz rozdziałem XX pkt 8 siwz taka możliwość została wyraźnie przewidziana – w związku z zaistnieniem okoliczności, których wystąpienia strony nie przewidziały w chwili zawarcia umowy.

Zdaniem Sądu podstawy dochodzonego roszczenia nie mógł stanowić art. 632 § 2 k.c. przede wszystkim dlatego, że – poza kwestią spełnienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie – nie zawarto aneksu do łączącej strony umowy. Były natomiast podstawy do uwzględnienia powództwa – wobec wykazania przez powoda, że pozwany uzyskał korzyść majątkową jego kosztem – na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.). Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 02.02.2011 r., II CSK 414/10, z dnia 01.12.2010 r., I CSK 64/10, z dnia 07.11.2007 r., I CSK 344/07, wyrok SA w Warszawie z dnia 03.09.2010 r., I ACa 276/10; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, Lex nr 738545, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, LEX nr 238947) z dnia 21.02.2013 r., IV CSK 354/12, z dnia 05.12.2006 r., II CSK 327/06, z dnia 29.04.2005 r., V CK 537/04). Sąd wskazał dalej, że szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia jest nienależne świadczenie (art. 410 § 1 k.c.), przy którym to nie ma potrzeby ustalania czy doszło do wzbogacenia odbiorcy bądź czy majątek świadczącego uległ zmniejszeniu, gdyż przesłanki te wynikają z samego pojęcia świadczenia nienależnego. Sam fakt spełnienia nienależnego świadczenia uzasadnia – zdaniem Sądu – roszczenie kondykcyjne.

Odnosząc te uwagi do realiów rozpoznawanej sprawy Sąd zauważył, że wartość korzyści majątkowej uzyskanej przez pozwanego kosztem powoda odpowiadała zaoszczędzonej przez niego kwocie, którą musiałby wydać na wykonanie robót objętych niniejszym pozwem udzielając powodowi zlecenia dodatkowego, zgodnie z § 19 umowy i rozdziałem XX pkt 8 siwz. W konsekwencji, w ślad za biegłą (której opinii nikt nie kwestionował w tym zakresie) przyjął, że cena 1 mb sieci ciepłej wykonanej przez powoda wynosi 355,18 zł brutto. Skoro zatem powód wykonał dodatkowo 1.346,50 mb sieci ciepłej w „linii prostej” bez ramion kompensacyjnych to jego żądanie było zasadne w wysokości 478.249,87 zł i taką też kwotę Sąd zasądził na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. W pozostałym zakresie powództwo oddalił jako niezasadne, bowiem postępowanie dowodowe wykazało, że powód jako profesjonalista, powinien zgłaszając się do przetargu przewidzieć cenę ujmującą również zwiększenie kosztów związanych z wykonaniem kompensacji, a tego nie uczynił, co wywołało po jego stronie ujemne konsekwencje finansowe.

O odsetkach Sąd orzekł na mocy art. 455 k.c. w zw. z art. 481 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu, przyjmując, że data wymagalności roszczenia wynika z faktury nr (...) z dnia 11 lutego 2015 r. Ponieważ termin zapłaty został określony na 30 dni od daty otrzymania faktury, a faktura wpłynęła do pozwanego w dniu 12 lutego 2015 r., termin jej zapłaty upłynął z dniem 14 marca 2015 r. Odsetki więc należały się za okres od dnia 15 marca 2015 r.

O kosztach postępowania Sąd rozstrzygnął na podstawie art. 100 zd 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015.1804 r.), dokonując ich stosunkowego rozdzielenia w zależności od stopnia wygrania/przegrania sprawy przez każdą ze stron (powód poniósł ogółem koszty w kwocie 40.447 zł, a pozwany w kwocie 14.119,98 zł; uwzględniając wysokość dochodzonych roszczeń i roszczeń zasądzonych niniejszym wyrokiem Sąd wyliczył, że powód wygrał sprawę w 72,05 % (29.163,78 zł) i tym samym przegrał ją w 27,95 %).

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części, tj. w pkt II i III, zarzucając mu:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych poprzez niezasadne uznanie, iż długość wykonanej sieci ciepłej winna być liczona w „linii prostej” bez ramion kompensacyjnych, co oznacza, że długość zrealizowanej przez powoda sieci ciepłej wyniosła 5.798 mb, a w konsekwencji niniejszego, że dodatkowo zrealizowana część sieci ciepłej wyniosła 1.346,50 mb, nie zaś 1.927,50 mb;
- 2) naruszenie art. 410 w zw. z art. 405 k.c. poprzez uznanie, że stan faktyczny ustalony w sprawie nie daje podstaw do stwierdzenia, iż po stronie pozwanego doszło do wzrostu majątku (kosztem jednoczesnego pogorszenia sytuacji majątkowej powoda) na kwotę 663.788,25 zł, lecz na kwotę 478.249,87 zł, w sytuacji, gdy po stronie pozwanego doszło do bezpodstawnego wzbogacenia kosztem powoda w wysokości 663.788,25 zł;
- 3) naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że siwz i pfu sporządzone przez pozwanego na potrzeby zadania inwestycyjnego, w zakresie określenia długości sieci i jej przebiegu nie uwzględniały kompensacji, a tym samym rodziły to po stronie powoda (wykonawcy) obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej dodatkowych długości sieci obejmujących tzw. kompensację przewodów;
- 4) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego ich rozważenia, w szczególności poprzez przyjęcie, że długość wykonanej przez powoda sieci ciepłej winna być liczona w „linii prostej” bez ramion kompensacyjnych, co oznacza, że długość zrealizowanej przez powoda sieci ciepłej wyniosła 5.798 mb, a w konsekwencji niniejszego dodatkowo zrealizowana przez powoda część sieci ciepłej wyniosła 1.346,50 mb, nie zaś 1.927,50 mb, a także, że po stronie pozwanego doszło do wzbogacenia się kosztem powoda w zakresie kwoty

478.249,87 zł, nie zaś kwoty 663.788,25 zł, co było wynikiem błędnego przyjęcia przez Sąd I instancji za prawidłową opinii sporządzonej przez biegłą sądową;

5) naruszenie art. 217 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego zmierzającego do ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności, tj. ustalenia długości dodatkowo zrealizowanego przez powoda odcinka sieci ciepłej i jednocześnie faktycznej kwoty wzbogacenia się pozwanego kosztem powoda, a mianowicie dowodu z dodatkowej opinii pisemnej sporządzonej przez biegłego sądowego z zakresu sieci ciepłych, która udzielałaby odpowiedzi w zakresie wątpliwości i zastrzeżeń jakie wzbudzała istniejąca opinia sporządzona na potrzeby niniejszej sprawy.

Mając to na względzie, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie w całości roszczeń zgłoszonych w pozwie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych; ewentualnie – uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

1) naruszenie art. 632 § 1 i 2 k.c. oraz § 9 łączącej strony umowy przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia, że:

a) powodowi za wykonane roboty budowlane objęte umową przysługuje dodatkowe, ponadryczałtowe świadczenie pieniężne w kwocie 478.249,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami, podczas gdy nie miała miejsca skuteczna zmiana tej umowy m.in. w zakresie zmiany wynagrodzenia, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na stwierdzenie, iż wynikający z umowy oraz dokumentów poprzedzających jej zawarcie zakres robót i sposób ich kosztorysowania, przygotowania i wykonania uzasadniał tezę, że miała miejsce zmiana stosunków, której powód nie mógł przewidzieć oraz, że wykonując roboty budowlane objęte w/w umową, poniósł rażącą stratę, szczególnie zważywszy na fakt, iż art. 632 § 2 k.c. ma zastosowanie jedynie wyjątkowo, w skrajnych i oczywistych przypadkach, których zaistnienie nie zostało przez powoda w stopniu dostatecznym udowodnione;

b) zaistniałe po stronie powoda wydatki przekraczające o 478.249,00 zł umówione zryczałtowane wynagrodzenie winny być uznane za stratę „rażącą”, podczas gdy z wykładni paragrafu 2 w/w przepisu k.c. jednoznacznie wynika, iż winien być on stosowany jedynie wyjątkowo, w skrajnych przypadkach, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie wobec faktu, że powód był zarówno organizatorem i wykonawcą robót, jak też autorem odnoszącego się do nich kosztorysu i projektu, zaś niewielka zmiana usytuowania instalacji wskutek rezygnacji z przyłączenia się do niej przez Spółdzielnię Mieszkaniową (...) spowodowała jej wydłużenia;

c) powód nie mógł przewidzieć rzeczywistego zakresu i kosztów robót budowy objętych umową, podczas gdy jako profesjonalista w oparciu o założenia wynikające z procedury przetargowej, w tym także dotyczących usytuowania planowanej sieci ciepłej na obszarze gminnym, to on sam decydował o sposobie ich zaprojektowania, wykonania oraz o związanych z tymi pracami nakładami, czyli o oczekiwanym przez niego zryczałtowanym wynagrodzeniu;

2) naruszenie art. 353¹ k.c. przez jego niezastosowanie i przerzucenie ryzyka kontraktowego na pozwanego poprzez obciążenie go zasądzoną kwotą pod przykrywką rzekomego bezpodstawnego wzbogacenia podczas gdy, strony wyraźnie przewidziały w umowie (i co w swoich ustaleniach poczynił również Sąd Okręgowy), że wynagrodzenie było wynagrodzeniem ryczałtowym a strony w umownie wyłączyły możliwość jego waloryzacji i co za tym idzie – powód jako profesjonalista mógł na etapie składania oferty dokonać odpowiedniej kalkulacji lub innego zabezpieczenia swoich interesów przed negatywnymi skutkami ekonomicznymi;

3) naruszenie art. 355 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, iż powód nie mógł odpowiednio zabezpieczyć się przed ryzykiem wzrostu kosztów wykonania przedsięwzięcia, bagatelizując przy tym całkowicie ocenę należytej staranności w podejmowanych lub niepodejmowanych przez niego czynnościach mających na celu zminimalizowanie ryzyka kontraktowego i nie uwzględniając, że ocena w/w czynności winna być dokonywana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności;

4) naruszenie art. 405 k.c. przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia, że poniesienie przez powoda w związku z realizacją umowy wydatki przekraczające wysokość umówionego zryczałowanego wynagrodzenia o kwotę 478.249,00 zł odpowiada bezpodstawnemu wzbogaceniu pozwanego o taką sumę, podczas gdy zakres wykonanych robót polegających na wybudowaniu linii ciepłej o stwierdzonej przez biegłą długości 6.379,00 m.b. wynikał z jego obowiązków umownych, a podstawą prawną do wynagrodzenia za ich wykonanie (w tym także odcinek o długości 1.346, 50 m.b.) była wyłącznie umowa stron, co oznacza, że wszystkie kwestie z nimi związane, w tym dotyczące wynagrodzenia winny być rozpatrywane w oparciu o zawarte w niej regulacje oraz przepisy kodeksu cywilnego dotyczące robót budowlanych i ustawy prawo zamówień publicznych oraz, że w wyniku jej wykonania majątek pozwanego nie uległ zwiększeniu kosztem powoda, a tym samym, że brak jest podstaw do przyjęcia w tej sprawie regulacji wynikającej z tego przepisu;

5) naruszenie art. 139 ust 2 prawa zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek faktycznego uznania, że zmiana umówionego przez strony wynagrodzenia może nastąpić bez zachowania wymaganej pod rygorem nieważności formy zmiany w/w umowy;

6) z ostrożności procesowej: sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego na skutek błędnego przyjęcia, że:

a) powód realizując umowę o roboty budowlane wykonał dodatkowe roboty w postaci wybudowania odcinka o długości 1.346, 50 m.b. wymienionej w niej sieci ciepłej o wartości 478.249,00 zł oraz, że z tego tytułu przysługuje mu dodatkowe pozaumowne wynagrodzenie, podczas gdy podstawą prawną wykonania tej instalacji o stwierdzonej przez biegłą długości 6.379,00 m.b. była wyłącznie umowa stron, której przedmiotem m.in. było wykonanie takiej linii przez powoda za ustalonym w niej zryczałowanym wynagrodzeniem na wskazanym w dokumentach przetargowych obszarze, co oznacza, że wybudowanie m.in. części tej instalacji o długości 1.346,50 m.b. nie może być traktowane jako wykonanie robót dodatkowych, za które miałyby powodowi przysługiwać odrębnie dochodzone świadczenie z tytułu rzekomego bezpodstawnego wzbogacenia;

b) strony zawierając powyższą umowę sprecyzowały ostateczną długość instalacji, podczas gdy umowa nie zawierając bezpośrednich regulacji w tej mierze odsyła w § 1 do załączników w postaci pfu i siwz, które m.in. określają precyzyjne usytuowanie magistrali bez jednoznacznych wyliczeń odnośnie jej finalnej długości, którą powód na podstawie zawartego w pfu planu jej przebiegu, winien był – jako profesjonalista – ustalić;

c) pozwany ponosi skutki braku należytej staranności powoda w zakresie określania i zweryfikowania przez niego przedmiotu umowy w postaci obowiązku zapłaty dodatkowego wynagrodzenia podczas, gdy zważywszy na charakter umownego zryczałowanego wynagrodzenia, skutki niedoszacowania wykonanych robót ponosi powód;

d) ustalenie, że różnica między rzeczywistą ustaloną przez biegłą ostateczną długością instalacji (6.379 m.b.), a jej długością wstępnie określoną w siwz wynosi 1.346,50 m.b., podczas, gdy według pkt 7 siwz została ona wstępnie ustalona na 5.500 m.b., która to wartość winna być powiększona o tzw. kompensację ustaloną według biegłej na 80€t m.b., co stanowiąc łącznie 6.306 m.b. odpowiada długości instalacji stwierdzonej w inwentaryzacji powykonawczej;

e) uznanie, że pozwany wyraził zgodę na zmianę wysokości wynagrodzenia powoda, podczas gdy do takiej zmiany wobec braku zmiany łączącej strony umowy nie doszło;

7) naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez:

a) błędną ocenę dowodów w postaci dokumentacji przetargowej, w tym pfu i siwz oraz łączącej strony umowy wskutek uznania, że powód wybudował opisaną w pozwie sieć ciepłą dłuższą o 1.346,50 m.b. od zaplanowanej, co należy traktować jako roboty dodatkowe, o których wartość pozwany jakoby bezpodstawnie wzbogacił się, podczas gdy w umowie i załącznikach do niej określono tylko przybliżoną długość tej linii, zaś finalna jej długość winna była

zostać wyliczona przez powoda na podstawie danych w nich zawartych dotyczących usytuowania planowanej sieci z uwzględnieniem tzw. kompensacji;

b) sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego przewartościowanie mocy dowodowej opinii biegłej sądowej i wyciągnięcie z niej błędnych wniosków, że powód w odniesieniu do umowy wykonał dodatkowo – nieprzewidziane na etapie projektowania – 1.346,50 m.b. instalacji i poniósł nieprzewidziane wcześniej koszty związane z jej budową, podczas gdy z treści opinii jasno wynika, że także decyzja Spółdzielni o rezygnacji z przyłączenia się do sieci nie miała wpływu na jej długość oraz, że opracowany przez powoda projekt zawierał błędne wyliczenia dotyczące rzeczywistej długości sieci i jej parametrów, m.in. w zakresie przyłączy;

c) błędne ustalenie na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego w postaci przedłożonych faktur, iż wykonanie kontraktu spowodowało poniesienie przez powoda rażącej straty, podczas gdy takie dokumenty oraz jego twierdzenia nie pozwalają na konkluzję, że skalkulowanie przez niego kosztów na etapie składania oferty i zawierania umowy dokonane zostało w sposób profesjonalny;

d) błędne uznanie za bezsporny i za udowodniony fakt zmiany stosunków w związku z realizacją umowy w postaci większych niż opiewał pierwotny kosztorys poniesionych przez powoda kosztów na jej wykonanie, których jakoby nie można było przewidzieć, mimo, iż na podstawie materiału zgromadzonego w sprawie nie można wysnuć takiego wniosku zaś pozwany kwestionował wystąpienie takiej sytuacji;

e) błędną ocenę zeznań świadków zawnioskowanych przez powoda oraz świadka E. M. (1), iż pozwany jakoby akceptował zmianę warunków umowy w trakcie jej realizacji i godził się na podwyższenie wynagrodzenia, podczas gdy taka zmiana mogłaby nastąpić tylko w następstwie sporządzonego do niej w formie pisemnej - pod rygorem nieważności - aneksu lub wskutek nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której stanowi art. 632 § 2 k.c., co jednak nie miało miejsca, a zeznania tych osób w tym zakresie były sprzeczne z realiami sprawy, a na ich treść wpłynął także fakt, że świadkowie byli stronniczy wobec powoda z uwagi na ich osobiste relacje z jego przedstawicielami, a nadto na taki sposób zeznawania w/w świadka wpłynęła również okoliczność, że jest on ojcem M. M. - jednego z istotnych podwykonawców powoda który w dniu 18 sierpnia 2014 r. zawarł z nim umowę o roboty budowane nr 2/kotłownia/2014;

8) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyczerpujących ustaleń faktycznych na jakiej podstawie Sąd doszedł do przekonania, iż skutki niedoszacowania przez powoda jego wynagrodzenia oraz błędnego opracowania zakresu i sposobu wykonania robót, w tym rzeczywistej długości projektowanej linii, na etapie składania oferty oraz podpisywania umowy, winny obciążać pozwanego jako rzekomo bezpodstawnie wzbogaconego, poprzez zasądzenie od niego w/w kwoty, mimo ustalonego w kontrakcie zryczałtowanego wynagrodzenia wykonawcy przedsięwzięcia i bezspornego faktu, iż wykonanie sieci na całej jej rzeczywistej długości było konsekwencją stosunku obligacyjnego łączącego strony, a nie bezumownego działania powoda.

W oparciu o tak skonstruowane zarzuty pozwany wnosił o zmianę wyroku i oddalenie powództwa, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z zasądzeniem od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wnioskował także o przeprowadzenie dowodu z dołączonej do apelacji umowy o roboty budowane nr 2/kotłownia/2014 zawartej w dniu 18 sierpnia 2014 r. na okoliczność, że zeznania świadka E. M. (2) wskazujące na rzekomą aprobatę przez pozwanego zmiany sposobu realizacji łączącej strony umowy nie mogły być bezstronne i wiarygodne (zważywszy na określone powiązania rodzinne).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Żadna z apelacji na uwzględnienie nie zasługiwała.

I. Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji strony pozwanej, jako dalej idącej, wstępnie wskazać trzeba, że Sąd Apelacyjny pominął zgłoszony w niej dowód na podstawie art. 217 § 3 k.p.c., jako powołany jedynie dla zwłoki.

Przedmiotem dowodu są fakty (art. 227 k.p.c.). Nie jest zaś faktem, a oceną, brak „bezstronności” czy też „wiarygodności” zeznań świadka, dla stwierdzenia czego skarżący wnioskował dowód z dokumentu umowy o roboty budowlane pomiędzy powodem a synem świadka E. M. (2).

Dalej wskazać trzeba, że Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, mające należyte oparcie w dowodach ocenionych bez naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest w sposób oczywisty chybiony. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia tego przepisu wymaga bowiem wykazania, że sąd uchybił regułom logicznego myślenia i zasadom doświadczenia życiowego przy ocenie wiarygodności i mocy konkretnych dowodów. Nie może polegać na przedstawieniu przez stronę skarżącą stanu faktycznego, ustalonego przez nią na podstawie własnego przekonania, oraz własnych wniosków i ocen., a do tego sprowadzają się podniesione w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. twierdzenia i przytoczona w ich uzasadnieniu argumentacja .

Na nieporozumieniu polegają też zarzuty podniesione w ramach zarzutu sprzeczności ustaleń Sądu z zebrany materiałem dowodowym. Sąd bowiem nie ustalił – jak twierdzi skarżący – że strony zawierając umowę sprecyzowały ostateczną długość instalacji, ani też, że pozwany wyraził zgodę na zmianę wysokości wynagrodzenia.

Gdy chodzi o przedmiot umowy Sąd odwołał się do literalnego brzmienia postanowień umowy zawartych w paragrafach 1 i 3 , w których w ogóle nie ma mowy o długości instalacji. Sąd ustalił natomiast - i ustalenia te znajdują oparcie w dowodach z dokumentów - że zgodnie z SIWZ, do którego odwoływała się umowa, zakres rzeczowy przedsięwzięcia, został podzielony na trzy zadania: 1) zaprojektowanie i wybudowanie nowej kotłowni na biomasę, 2) zaprojektowanie i wybudowanie nowej sieci preizolowanej do rozprowadzania ciepła na cele grzewcze i cele c.w.u. (o długości około (...),50 m) wraz z nowymi przyłączami c.o. do budynków, 3) montaż węzłów i przyłączy do ~106 obiektów – budynków wielorodzinnych, jednorodzinnych oraz obiektów publicznych w celu zasilania w c.o. i c.w.u. Ustalił też Sąd, że istniała rozbieżność w dokumentach przetargowych dotycząca długości sieci, oraz że w związku z tą rozbieżnością zamawiający w odpowiedzi na pytania do przetargu udzielił odpowiedzi, że do wyceny należy przyjąć ilości zgodne programem funkcjonalno-użytkowym, w którym długość sieci określono na „4451,50 metrów w tym przyłącza do domków – ok. 100 sztuk po 10 mb, czyli 1000 m.b.”.

Gdy chodzi zaś o drugą kwestię, a mianowicie „zgodę” pozwanego na zmianę wysokości wynagrodzenia, to z ustaleń Sądu wynika jedynie, że pozwany nie kwestionował konieczności wprowadzenia zmian w projekcie pierwotnym, zaproponowanych przez powoda i je zaakceptował, oraz że strony prowadziły rozmowy w przedmiocie udzielenia dodatkowego zamówienia, jednak do podpisania umowy ostatecznie nie doszło.

Gdy chodzi zaś o pozostałe zarzuty podniesione w ramach zarzutu sprzeczności ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, to – jak się wydaje - nie chodzi skarżącemu o ustalone przez Sąd fakty, a raczej o ich ocenę prawną.

Fakty dotyczące rozbieżności wskazań odnośnie długości sieci w dokumentach przetargowych i długości sieci rzeczywiście wykonanej przez powoda są w sprawie poza sporem. Bezspornym jest też, że w postępowaniu przetargowym wykorzystana została procedura przewidziana w art. 38 ust. 1 prawa zamówień publicznych, w ramach której zamawiający udzielił wyjaśnienia w związku z rozbieżnością dotyczącą długości sieci ciepłowniczej w programie funkcjonalno-użytkowym oraz w formularzach cenowych i harmonogramie, informując, że do wyceny należy przyjąć ilości (długości i parametry sieci cieplnej) zgodne z punktem 6.3 programu funkcjonalno-użytkowego, w którym wskazano 4451,50 mb jako całkowitą długość sieci cieplnej tj. wraz z przyłączami w ilości 100 szt. po 10 mb

Jest także niewątpliwym fakt, że po zawarciu przez strony umowy Spółdzielnia Mieszkaniowa w P. zrezygnowała z przyłączenia do sieci oraz że w jej miejsce zamawiający wskazał innych odbiorców. Skarżący nie zakwestionował

także skutecznie ustaleń Sądu odnośnie tego, że w związku z powyższym przeprowadzono sieć w sposób odmienny od pierwotnych założeń, co skutkowało zwiększeniem długości sieci, zmianą usytuowania węzłów cieplnych w stosunku do obiektów uwzględnionych w (...) oraz zmianą średnic sieci.

Ustalenia Sądu pierwszej instancji wymagają jednak uściślenia - z opinii biegłej jasno bowiem wynika, że pomiary długości planowanej sieci preizolowanej zgodnie z jej przebiegiem według listy odbiorców wskazanych w programie funkcjonalno-użytkowym wynosi 4472 mb sieci preizolowanej oraz 1000 mb przyłączy, czyli łącznie 5472 mb. Biegła stwierdziła też, że łączna długość sieci wskazana w Programie funkcjonalno-użytkowym tj. 4451,5 mb jest zaniżona, co najprawdopodobniej wynika z nieuwzględnienia 6 odcinków sieci o łącznej długości 806 mb. Z opinii tej wynika ponadto, że rezygnacja Spółdzielni Mieszkaniowej z podłączenia do sieci cieplnej nie miała generalnie wpływu na przebieg trasy magistrali i sieci rozgałęzionej projektowanej sieci preizolowanej. Jednakże łączna długość wykonanej sieci zwiększyła się w porównaniu do długości projektowanej sieci cieplnej obliczonej wg. listy odbiorców wskazanej w pfu o 326 m.b. Natomiast długość faktycznie wykonanej sieci (bez ramion kompensacyjnych) jest dłuższa o 1346,5 mb od długości sieci podanej pfu.

Ustalenia biegłej w powyższym zakresie nie były kwestionowane przez strony. Co więcej znajdują one potwierdzenie w treści pisma powoda z dnia 12 sierpnia 2014 roku, adresowanego do pozwanego (k..58). W piśmie tym powód informuje, że po dokonaniu inwentaryzacji w terenie węzłów cieplnych ustalił, że długość sieci cieplnej wynosi 6357 mb (w tym przyłącza o długości 1866 mb), czyli więcej niż wskazano w pfu, wskazując jednocześnie, że „Dodatkowo sytuację w zakresie łącznej długości sieci zmieniło stanowisko Spółdzielni Mieszkaniowej w P., która pismem z dnia 7.07.2014 r poinformowała zamawiającego o podjęciu decyzji o nieprzyłączeniu do sieci...”.

Powyższe okoliczności są o tyle istotne, że wskazują na to, że „wydłużenie sieci” w porównaniu do jej długości wskazanej w pfu wynikała częściowo (o 326 mb) z rezygnacji Spółdzielni Mieszkaniowej z przyłączenia do sieci i wykonania - w miejsce przyłączy do budynków Spółdzielni – zamiennie podłączenia do innych wskazanych przez pozwanego budynków innych przyłączy, a częściowo z zaniżenia długości sieci w pfu. Te dwie odrębne przyczyny „wydłużenia sieci” wymagają – zdaniem Sądu Apelacyjnego - odrębnej oceny.

Gdy chodzi o drugą z wymienionych wyżej kwestii, to istota problemu polega na rozstrzygnięciu, czy jeżeli zachodziła wątpliwość dotycząca przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym rozmiary świadczenia wykonawcy, który wystąpił o wyjaśnienie i uzyskał odpowiedź nie odpowiadającą prawdziwemu stanowi rzeczy, a następnie wziął udział w przetargu, zawarł umowę o treści odpowiadającej SIWZ, wykonał prace wykraczające poza wskazany w odpowiedzi rozmiar świadczenia może żądać zapłaty ponad uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe i jeśli tak – jaka jest podstawa prawna takiego roszczenia.

Sąd Najwyższy rozpoznając sprawę o analogicznym stanie faktycznym wyraził pogląd, że w takiej sytuacji wykonawca może żądać zapłaty ponad uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe. Wskazał, że za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 roku, II CSK 197/15, LEX nr 2019505).

Sąd Apelacyjny pogląd ten podziela. Za Sądem Najwyższym należy wskazać, że w przypadku umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych ograniczeń doznaje zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacji. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 p.z.p. do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem tej instytucji, jak wskazuje się w piśmiennictwie, jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że wszystkie odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ poprzez uszczegółowienie, przy czym zmiana ta nie zawsze musi mieć charakter formalny (por. wyrok z dnia 31 marca 2014 r., KIO 503/14).

Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią ich integralną część i na równi z pozostałymi postanowieniami bezwzględnie wiążą wszystkich wykonawców, (por. wyrok z dnia 7 marca 2012 r., KIO 388/12, wyrok z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11). Udzielone wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę (por. wyrok z dnia 14 marca 2011 r., KIO 387/11). Ustawa nie przewiduje procedury uzupełniania wyjaśnień ani odwołania od ich treści. Ich celem jest uzyskanie przez wykonawców wiedzy niezbędnej dla podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty (por. wyrok z dnia 17 lipca 2013 r., (...)). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że nie zwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, Nr 3, poz. 46).

Zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 prawa zamówień publicznych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Zakres informacji podanych w programie funkcjonalno-użytkowym musi umożliwić zamawiającemu obliczenie planowanych kosztów robót budowlanych i planowanych kosztów prac projektowych, natomiast wykonawcy sporządzenie oferty, w tym w szczególności obliczenie jej ceny

Zgodnie z art. 140 ust. 1 i 3 p.z.p. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlega unieważnieniu.

Odnosząc powyższe do realiów rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że uzyskane w trybie art. 38 ust. 1 prawa zamówień publicznych wyjaśnienia, w których sprecyzowano długość i parametry sieci do wykonania stały się podstawą do obliczenia planowanych kosztów robót budowlanych i planowanych kosztów prac projektowych, a w konsekwencji zdeterminowało treść oferty złożonej przez wykonawcę. Zgodnie z art. 82 ust. 3 prawa zamówień publicznych treść oferty musi bowiem odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powód nie uwzględniając wyjaśnień przy obliczeniu ceny naraziłby się na zarzut, że jego oferta jest niezgodna z warunkami określonymi w SIWZ i negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty przez zamawiającego. W tej sytuacji należy przyjąć, że wyjaśnienia, uzyskane od zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, precyzujące długość sieci i jej parametry zakreślały także w sposób wiążący przedmiot zamówienia, który ostatecznie został określony nie tylko poprzez opis przebiegu sieci, ale i poprzez określenie długości tej sieci. Do tak sprecyzowanego świadczenia odnosiła się bowiem oferta powoda dotycząca wysokości wynagrodzenia.

Za błędne zatem należy uznać stanowisko skarżącego, że przedmiot umowy został określony w załącznikach do niej poprzez precyzyjne oznaczenie usytuowania sieci bez jednoznacznych wyliczeń odnośnie jej finalnej długości, którą powód na podstawie zawartego w programie funkcjonalno-użytkowym planu jej przebiegu, jako profesjonalista winien był ustalić. Takie stanowisko nie uwzględnia bowiem prawnego znaczenia wyjaśnień zamawiającego udzielonych w trybie art. 38 prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji, stanowisko Sądu, że powód wykonał prace wykraczające poza określony w umowie zakres odpowiada prawu, także w odniesieniu do tej części sieci, której długość została wadliwie określona na etapie postępowania przetargowego. Sąd Apelacyjny akceptuje też stanowisko Sądu pierwszej instancji odnośnie podstawy prawnej dochodzonego roszczenia.

Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków wykonania robót wykraczających przedmiotowo poza zakres ważnej umowy. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury brak podstaw do kwestionowania możliwości zastosowania wobec osoby, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy lub w jej braku, przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z

27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, Nr 9, poz. 173 oraz nie publikowane z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06, z dnia 21 marca 2007 r., I CSK 458/06, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12). Przypomnieć nadto należy, że zgodnie z art. 414 k.c. przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie uchybiają przepisom o obowiązku naprawienia szkody. W uzasadnieniu jednego z tych orzeczeń wskazano wprost, że formuła omawianej instytucji jest tak szeroka, że pozwala ją rozumieć jako ogólną zasadę, że nikt nie powinien się bogacić bezpodstawnie kosztem drugiego, a niezdolność czy niemożność dochowania zasad przewidzianych w ustawie o zamówieniach publicznych, bądź niedoskonałość ustanowionych zasad nie może prowadzić do akceptacji przesunięć majątkowych, czy też uzyskania korzyści pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego lub moralnego.

Podsumowując Sąd pierwszej instancji nie naruszył wskazanych w apelacji przepisów prawa materialnego,

Na marginesie tylko zauważyć trzeba, że nieporozumieniem jest zarzut naruszenia art. 632 k.c., skoro z uzasadnienia Sadu pierwszej instancji wyraźnie wynika, że przepisu tego Sąd nie stosował, stwierdzając, że nie może on stanowić podstawy dochodzonego roszczenia wobec niedopełnienia przesłanej w nim przewidzianych.

II. Nieuzasadniona także okazała się apelacja powoda.

W pierwszej kolejności wskazać trzeba, że nietrafny jest podniesiony w niej zarzut naruszenia art. 217 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c.

Z uwagi na specyfikę dowodu z opinii biegłego, potrzeba powołania innego biegłego lub dalsze uzupełnienie przedstawionej opinii powinny wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczasowej opinii. O dopuszczeniu tego dowodu nie może zatem decydować wyłącznie wniosek strony, lecz zawarte w tym wniosku konkretne uwagi i argumenty podważające miarodajność dotychczasowej opinii. W przeciwnym wypadku, wniosek taki musi być uznany za zmierzający wyłącznie do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu, co winno skutkować jego pominięciem.

Sąd pierwszej instancji uznał opinię biegłej w kwestionowanym przez powoda zakresie za w pełni przekonującą, rzetelną i fachową, i taka ocena legła u podstaw jego decyzji o oddaleniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego (k.400 odwrót.).

Oceny Sądu pierwszej instancji w odniesieniu do tej opinii skarżący nie podważył. Do podważenia tej oceny niewystarczające jest bowiem zaprezentowanie odmiennego stanowiska odnośnie tego jak ma być ustalona długość faktycznie wykonanej przez powoda sieci, tj. w linii prostej bez tzw. ramion kompensacyjnych, jak przyjęła biegła, czy też łącznie z ramionami kompensacyjnym, jak twierdzi powód, bez jednoczesnego wykazania - z uwzględnieniem specyfiki dowodu z opinii biegłego - że opinia biegłej w omawianym zakresie jest niewiarygodna. Argumentacji odpowiadającej zaś takim wymogom apelacja powoda nie zawiera. Należy dodać, że także w ocenie Sądu Apelacyjnego za w pełni przekonujące należy uznać stanowisko biegłej, że skoro długość sieci podana w pfu jest długością „w linii prostej” bez uwzględnienia kompensacji, to do porównania z długością sieci wskazanej w pfu (miarodajnej dla określenia zakresu przedmiotu umowy) sieci faktycznie wykonanej przez powoda należy również uwzględnić sieć wykonaną „w linii prostej” bez kompensacji.

W konsekwencji nietrafności powyższych zarzutów odnoszących się do opinii biegłej, za chybione uznać też trzeba zarzut błędu w ustaleniach faktycznych oraz zarzut naruszenia art. 410 w zw. z art. 405 k.c.. W ustalonym stanie faktycznym brak było bowiem podstaw do przyjęcia, że pracami wykraczającymi poza zakres zamówienia były także wykonanie ramion kompensacyjnych, a zatem także brak było podstaw do przyjęcia, że wykonanie prac w tym zakresie prowadziło do zubożenia powoda.

Z przedstawionych względów Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje, jako nie uzasadnione. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c, Stosując zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów, Sąd Apelacyjny przyjął, że powód wygrał w 72 %.

(...)