

Sygn. akt I ACa 582/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Machnij (spr.)

Sędziowie: SA Michał Kopec

SA Mirosław Ożóg

Protokolant: stażysta Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2015 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w S.

przeciwko Skarbowi Państwa – Komendzie Wojewódzkiej Policji w (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 6 marca 2014 r. sygn. akt I C 838/10

1) oddała apelację,

2) zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

**Sygn. akt: I ACa 582/14**

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka Akcyjna w S. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Komendy Wojewódzkiej Policji w (...) kwoty 103.728,06 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 28 grudnia 2008 r. z tytułu wynagrodzenia za prace dodatkowe i zamienne, których wykonanie było konieczne przy realizacji zawartej między stronami umowy nr (...) z dnia 13 września 2007 r., której przedmiotem była „Budowa siedziby Komisariatu Policji (...) przy ul. (...)”.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa, twierdząc, że żądanie powoda nie znajduje żadnych podstaw ani w ramach odpowiedzialności kontraktowej, ani z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, ponieważ w wyniku dokonanych zmian w toku wykonywania umówionych prac powód uzyskał oszczędności w kwocie 187.726,71 zł z tytułu prac zaniechanych i niezrealizowanych. Pozwany wskazał, że przedmiotem umowy stron było wykonanie pełnego zakresu robót, wynikającego z projektów budowlano – wykonawczych dotyczących umówionego zadania inwestycyjnego, w

związku z czym umówione wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało wykonanie wszelkich robót, jakie były konieczne do zrealizowania przedmiotu umowy i miało charakter ostateczny, a powód, jako profesjonalista, powinien już w chwili zawierania umowy ocenić rozmiar i zakres robót, jakie trzeba będzie wykonać w celu zrealizowania umówionego zadania inwestycyjnego za ustalone wynagrodzenie, natomiast wszelkie wątpliwości w tym zakresie mógł zgłosić podczas procedury przetargowej. Ponadto pozwany zaprzeczył, aby powód wykonał jakiegokolwiek prace nieobjęte umową stron, a tym samym ustalonym w niej wynagrodzeniem ryczałtowym.

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 6 marca 2014 r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 91.496,32 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 6 stycznia 2009 r., oddalił powództwo w pozostałym zakresie, zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 9.393,48 zł tytułem zwrotu kosztów procesu i nakazał ściągnąć od powoda nieuiszczone koszty sądowe w kwocie 643,79 zł.

W pisemnym uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powód, jako wykonawca, zawarł w dniu 13 września 2007 r. z pozwanym Skarbem Państwa – Komendą Wojewódzką Policji w (...), jako zamawiającym, umowę nr (...). Przedmiotem tej umowy wykonanie zadania inwestycyjnego o nazwie „Budowa siedziby Komisariatu Policji (...) – (...) ul. (...)”. Przedmiot umowy obejmował wykonanie pełnego zakresu robót, wynikających z projektów budowlano – wykonawczych przekazanych przez zamawiającego.

Za wykonanie przedmiotu umowy powód miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 7.886.116,08 zł netto, ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego, stanowiącego załącznik nr A do umowy, a wraz z 22 % podatku VAT – 9.621.061,62 zł brutto. Cena umowna obejmowała pełen zakres robót objętych projektami budowlano – wykonawczym oraz wszelkie koszty poniesione w związku z prawidłową realizacją przedmiotu umowy i czynnościami odbiorowymi (np. oznakowanie, niezbędne pomiary, próby i ekspertyzy oraz inne).

Roboty dodatkowe i zamiennie nieobjęte zamówieniem, których wartość nie przekraczała 20 % zamówienia podstawowego, a których konieczność wystąpiła w toku realizacji przedmiotu umowy, miały zostać potwierdzone stosownymi protokołami konieczności spisanyymi z udziałem przedstawicieli stron umowy. Wykonawca był zobowiązany wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie z wolnej ręki po przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zamiennie miało zostać ustalone w oparciu o składniki cenotwórcze określone na podstawie kosztorysu ofertowego i wprowadzone stosownym aneksem do umowy. Bez uprzedniej zgody zamawiającego wykonane mogły być w ramach robót dodatkowych jedynie prace niezbędne ze względu na bezpieczeństwo i konieczność zapobieżenia awarii.

Sąd Okręgowy ustalił, że w toku wykonywania umówionych robót wystąpiła konieczność wykonania szeregu robót nieprzewidzianych w projekcie budowlano – wykonawczym. Przede wszystkim wykonano szereg robót zamiennych w miejsce przewidzianych projektem budowlano – wykonawczym. W celu ich wykonania wykonawca ponosił dodatkowe wydatki, ale też oszczędzał na niewykonaniu prac, w miejsce których wykonane zostały prace zamiennie. Ponadto wykonano roboty dodatkowe, tj. roboty w ogóle nieprzewidziane w pierwotnym projekcie budowlano – wykonawczym i których wykonanie nie było konsekwencją rezygnacji z robót przewidzianych w tym projekcie.

W dniu 19 lutego 2008 r. sporządzony został dokument zatytułowany „Protokół konieczności na wykonanie robót dodatkowych – zamiennych – różnic ilościowych w obiekcie lub elemencie kosztorysowym”, w którym stwierdzono konieczność wykonania bliżej opisanych przez Sąd Okręgowy robót, które nie zostały ujęte w dotychczasowej dokumentacji i nie były przewidziane przy sporządzeniu umowy. W uzasadnieniu konieczności wprowadzenia tych robót wpisano, że wynika ona ze zmian wprowadzonych przez projektanta w dokumentacji projektowo – wykonawczej. Zmiana technologii wykonania robót posadzkarskich w piwnicy zaakceptowana została przez projektanta jako rozwiązanie poprawne, dające oszczędności kosztów. Przybliżoną wartość robót określono na kwotę 21.570 zł brutto.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2008 r. powód przesłał pozwanemu protokół konieczności Nr (...) z dnia 20 sierpnia 2008 r. na budowlane roboty dodatkowe i zamiennie wynikłe w trakcie realizacji zadania na łączną kwotę 117.157,30 zł netto,

tj. 142.931,90 zł brutto wraz z kosztorysem szczegółowym obejmującym te prace, kserokopią księgi obmiarów robót i kserokopią wpisów w dzienniku budowy. Powód wniósł o zatwierdzenie załączonego protokołu konieczności, a także protokołu konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. i o wszczęcie stosownej procedury rozszerzającej zakres rzeczowo – finansowy umowy stron. Łączna wartość robót dodatkowych została określona na kwotę 164.501,90 zł brutto.

W dalszej części w/w pisma powód wskazał na konieczność wykonania następujących robót „niezbędnych do doprowadzenia obiektu do pełnej używalności technicznej”:

- 1) zbrojenie stropów filigran – nieprawidłowe założenie – 3.280,48 kg – 23.371,29 zł,
- 2) błąd projektowy klatki schodowej, rys. zamienny z 18.01.2008 – 5.200,44 zł,
- 3) rezygnacja z drzwi D11 w związku z nowym rys. klatki z dnia 18.01.2008 – 1.752 zł,
- 4) wykonanie naświetla nad drzwiami DK1 i ścianką W2 – 4.679,62 zł,
- 5) wykonanie wieńca w stropach filigran Ø12 2819,09 kg – 13.295,20 zł, Ø6 526,95 kg,
- 6) błąd projektowy belki nad I p. i II p. – nieprawidłowa długość – 9.178,02 zł,
- 7) błąd projektowy w rzucie stropu nad II p. pomiędzy rys. konstrukcyjnym a architekturą – 1.273,83 zł,
- 8) rozebranie ścianki działowej w piwnicy – 73,05 zł,
- 9) wykonanie zmian w oknach OW1 i OW2 z podajnikiem – 1.450 zł,
- 10) błąd projektowy w zestawieniu stolarki drzwiowej, drzwi D9 – 1.217,08 zł,
- 11) wykonanie naświetla nad drzwiami D9 i ścianką W3 – 732,70 zł,
- 12) dopłata do drzwi w serwerowni i kan. tajnej – 4.126,00 zł,
- 13) elewacja – dopłata do wysokości cokołu i wymiany elementów fasady – 2.168,70 zł,
- 14) zmiany w kolorystyce wewnętrznej – 7.143,84 zł.,
- 15) zabudowy (...) wentylacji, instalacji sanitarnych – 9.399,40 zł,
- 16) wzmocnienie żle zaprojektowanych krat okiennych – 2.211,78 zł,
- 17) brak kart okiennych w dok. szczegółowej – 10.726,33 zł,
- 18) wymiana drzwi D7 na (...) – parter 2 szt. – 17.661,90 zł,
- 19) dodatkowy maszt antenowy – 5.000 zł.

Pozwany odpowiedział powodowi pismem z dnia 1 października 2008 r., do którego załączono sprawdzone obmiary robót i kosztorysy na roboty dodatkowe, zamienne i niezrealizowane. W Zbiórczym zestawieniu kosztów na roboty dodatkowe, zaniechane i niezrealizowane wskazano w pozycji 1. Kosztorys na roboty dodatkowe i zamienne kwotę 40.970,72 zł netto, w pozycji 2. Kosztorys uproszczony na roboty zaniechane i niezrealizowane na kwotę 153.874,35 zł netto, co daje różnicę – 112.903,63 zł netto, VAT 24.838,80 zł, co daje wartość robót brutto – 137.742,43 zł brutto.

Pismem z dnia 5 grudnia 2008 r. powód zwrócił się do pozwanego o podpisanie aneksu nr (...) z dnia 30 października 2008 r. oraz o zapłatę należności wynikającej z faktury nr (...) z dnia 5 grudnia 2008 r. na kwotę 103.728,06 zł brutto w terminie umownym, tj. 27.12.2008 r., wskazując, że w przeciwnym wypadku dochodzić będzie należności w oparciu o art. 405 k.c. Aneks nr (...) przewidywał zwiększenie na podstawie § 6 ust. 3 umowy stron wynagrodzenia umownego o

koszty robót dodatkowych i zamiennych wynikających z protokołów konieczności o kwotę netto 85.023 zł (103.728,06 zł brutto) według protokołu konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. oraz z dnia 29 października 2008 r. Aneks ten został podpisany tylko przez L. J. (prezesa zarządu powoda).

Jednocześnie powód przesłał pozwanemu protokoły konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. i z dnia 29 października 2008 r., stanowiące załączniki do aneksu nr (...). W protokole konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. powód dokonał korekty polegającej na wykreśleniu robót związanych z zamianą izolacji poziomej ław fundamentowych z dwóch warstw papy asfaltowej na lepiku na izolację pionową i poziomą ław pod ściany zewnętrzne z papy termozgrzewalnej jako objętych wynagrodzeniem ryczałtowym oraz na wykreśleniu zapisów dotyczących zmiany technologii wykonania robót posadzkarskich w piwnicy. W związku z tym skorygował również wartość robót objętych powyższym protokołem konieczności na kwotę 43.623 zł netto (53.220,06 zł brutto).

Z kolei w protokole konieczności, datowanym na dzień 29 października 2008 r., wskazano na konieczność wykonania następujących robót:

#### I. Roboty dodatkowe

1. Zbrojenie stropów filigran (nieprawidłowa ilość w SIWZ) rozliczenie rzeczywistej ilości 1.346,3 kg – 91,44 zł,

2. Wykonanie wieńców w stropach filigran:

- zbrojenie Ø6 461,4 kg 9.656,29 zł,

Ø12 1968,5 kg,

- deskowanie wieńców 71,82 m<sup>2</sup> 5.827,75 zł

3. Błąd projektowy belki nad I i II p. – nieprawidłowa długość 1.237,27 zł

4. Błąd projektowy w rzucie stropu nad II p. między rysunkiem konstrukcji a architektury 269,13 zł

5. Rozebranie ścianki działowej w piwnicy 73,05 zł

6. Błąd projektowy w zestawieniu stolarki drzwiowej, drzwi D9 1.217,08 zł

7. Zabudowy z płyt GK wentylacji, inst. sanitarnej 9.399,46 zł

8. Wzmacnianie źle zaprojektowanych krat okiennych 2.211,78 zł

Razem koszt robót dodatkowych netto w zaokrągleniu do pełnych zł 39.483 zł

#### II. Roboty zamienne

9. Wykonanie zmian w oknach OW1 i OW2 z podajnikiem kasowym 1.450 zł

10. Rezygnacja z drzwi D11 w związku z nowym rys. klatki z dnia 18.01.2008 r., dodatkowa kurtyna powietrzna 62,60 zł,

11. Wykonanie naświetla nad ścianką W2 i W3 5.549,60 zł

12. Dopłata do drzwi w serwerowni i kancelarii tajnej 4.126 zł

13. Elewacja – dopłata do drzwi nieprzeziernych 795,58 zł

14. Zmiany w kolorystyce wewnętrznej 2.213,49 zł

15. Zmiana odwodnienia dachu z A. M. na K. - 12.280,30 zł

Razem koszt robót zamiennych netto w zaokrągleniu do pełnych zł 1.917 zł

Ogółem koszt robót (I-II) netto w zaokrągleniu do pełnych zł 41.400 zł

Pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 103.728,06 zł z faktury (...) z dnia 5 grudnia 2008 r. z tytułu wykonanych robót zamiennych i dodatkowych, wskazując, że jest ona płatna w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma. Pismo to wpłynęło do pozwanego w dniu 29 grudnia 2008 r.

Z opinii biegłej B. K. (1) wynika, że wykonawca faktycznie wykonał następujące roboty zamienne – w miejsce robót przewidzianych w pierwotnym projekcie:

- 1) zmiana średnicy czterech słupów okrągłych z 30 cm na 35 cm (poz. PK.1.e; KB.Zam. 1-2; gdzie skróty oznaczają: PK.1.e – w piśmie powoda z dnia 27.10.2010 r. protokół konieczności pierwszy pkt e, KB.Zam.1-2 – Kosztorys Biegłej na Roboty Zamiennie, pkt 1-2; oznaczenia w dalszej części uzasadnienia według tego samego systemu),
- 2) likwidacja kolizji belek B-1.1. i B-1.4 dla kondygnacji piwnicy z pochylnią dla niepełnosprawnych – w ich miejsce wykonanie belki B-1.5 jako elementu jednoprzęsłowego o zmienionej konstrukcji (poz. PK.1.f; KB.Z..3-4),
- 3) rozwiązanie zamienne w zakresie schodów dla klatki schodowej nr 1 – wykonano zmianę schodów z poziomu piwnic do poziomu parteru w klatce schodowej (poz. PK.1.g; KB.Z..5-8),
- 4) rozebranie ścianki działowej w piwnicy i wymurowanie ponownie prostopadle do osi B (poz. PK.2.e; KB.Z..9),
- 5) wykonanie okna stałego o symbolu OW1 z otwieranym skrzydłem lewym i blatem poniżej okna w miejsce okna OW1 wykonanego z PCV w kolorze białym z zastosowaniem szkła przezroczystego bez blatu dla części zewnętrznej i wewnętrznej; natomiast w miejsce okna OW2 bez szyby antywłamaniowej, blatu oraz podajnika kasowego wykonanie okna OW2 z szybą antywłamaniową pełną i blatem oraz podajnikiem kasowym w blacie (poz. PK.2.i; KB.Z..10-12),
- 6) wykonanie prac związanych z rezygnacją z drzwi D11 (poz. PK.2.j; KB.Z..13-15),
- 7) wstawienie ścianki stalowej szklonej W2 i aluminiowej W3 szklonej (szkło bezpieczne) z naświetlami, w związku z czym nie wykonano ścian o powierzchni 2,91 m<sup>2</sup> oraz 1,78 m<sup>2</sup>, zrezygnowano z drzwi szklonych DK1 (poz. PK.2.k; KB.Z..16-20),
- 8) zastosowanie w pomieszczeniu serwerowni i kancelarii tajnej, w miejsce drzwi drewnianych w okleinie bukowej z klamką na zamek patentowy, drzwi antywłamaniowych z dwoma zamkami o skomplikowanym zamknięciu oraz zamkiem ze zwołą elektromagnetyczną oraz klamką wewnątrz (poz. PK.2.l; KB.Z..21-22),
- 9) zastosowanie drzwi fasadowych nieprzeziernych w miejsce przeziernych (poz. PK.2.ł; KB.Z..23),
- 10) dokonanie zmiany okładzin podłogowych – wykładzina PCV została zmieniona na gres i wykładzinę dywanową oraz elektrostatyczną (...) (poz. PK.2.m; KB.Z..24-30),
- 11) zmiana odwodnienia liniowego dachu z A. (...) na wykonanie koryta (poz. PK.2.n; KB.Z..31-37).

Łączna wartość robót zamiennych w stosunku do wartości robót, w miejsce których zostały one wykonane – przy uwzględnieniu oszczędności poczynionych w związku z niewykonaniem robót, w miejsce których wykonano roboty zamienne – wyniosła 2.912,27 zł brutto.

Powód wykonał ponadto następujące roboty dodatkowe niezwiązane z rezygnacją z prac przewidzianych w pierwotnym projekcie:

1. dodatkowe zbrojenie słupa So\_1 – wypuszczone z fundamentów pod ściany żelbetowe piwnic pręty startowe ze stali A- (...) w ilości 1,84 t (poz. PK.1.a; KB.D..1),
2. wykonanie zbrojenia ścian żelbetowych piwnic o powierzchni 170 m<sup>2</sup> w postaci siatki (...) w dwóch warstwach w łącznej ilości 1,7 t stali zbrojeniowej (poz. PK.1.b; KB.D..2),
3. wykonanie dodatkowego zbrojenia w ilości około 27 kg, wyprowadzając pręty ze stopy fundamentowej SF3 dla słupa So3, a nie dla słupa S-1.10 (poz. PK.1.c; KB.D..3),
4. wykonanie zbrojenia uzupełniającego dla ścian żelbetowych piwnic ze stali A- (...) i A-0 w ilości odpowiednio 3.096 kg oraz 441 kg (poz. PK.1.d-KB.D..4),
5. wykonanie dodatkowego zbrojenia stropów filigran w ilości 1.346,30 kg (poz. PK.2.a; KB.D..5),
6. wykonanie wieńców na stropach filigran, w tym dodatkowego zbrojenia o średnicy 6 mm w ilości 461,40 kg oraz o średnicy 12 mm w ilości 1.968,50 kg, a także deskowania wieńców w ilości 71,82 m<sup>2</sup> (poz. PK.2.b; KB.D..6-7),
7. wbudowanie dodatkowej ilości stali dla I piętra w związku z koniecznością wykonania dłuższej belki (poz. PK.2.c; KB.D..8-10),
8. wykonanie dodatkowej belki żelbetowej, szalowanie tradycyjne z desek i betonowanie belek w związku z błędem projektowym rzutu stropu nad II piętrem obiektu (poz. PK.2.d; KB.D..11-12),
9. wykonanie robót i montaż dodatkowych drzwi D9 (poz. PK.2.f; KB.D..13-14),
10. wykonanie zabudowy z płyt GK wentylacji oraz instalacji sanitarnych (poz. PK.2.g; KB.D..15-16),
11. Wykonanie prac związanych ze wzmocnieniem krat okiennych (poz. PK.2.h; KB. D..17-23).

Łączna wartość robót dodatkowych wyniosła 88.584,05 zł brutto.

Sąd Okręgowy ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie zgodnych oświadczeń stron, pozwalających na ustalenie okoliczności niespornych oraz na podstawie dowodów osobowych, dowodów z dokumentów oraz dowodu z opinii biegłej. Niesporny był fakt zawarcia między stronami umowy o roboty budowlane i jej treść. Sporna była natomiast zgodność niektórych dokumentów z rzeczywistym stanem rzeczy. Dotyczyło to przede wszystkim protokołów konieczności. W tym zakresie Sąd Okręgowy oparł się na dowodach osobowych i dowodach z dokumentacji powykonawczej, które ocenił przy pomocy opinii biegłej z zakresu budownictwa i kosztorysowania.

Sąd pierwszej instancji uznał za wiarygodne dowody osobowe (zeznania świadków E. R. (1), J. E., J. J., J. G., R. P., L. P. i J. K. oraz zeznania przesłuchanego za powoda L. J. – prezesa zarządu powoda), wskazując, że są one spójne ze sobą i z dowodami z dokumentów, a także z wnioskami biegłej. Dowody te pozwoliły na ustalenie, że powód rzeczywiście wykonał prac objęte protokołami konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. i z dnia 29 października 2008 r.

Sąd Okręgowy uznał za wiarygodną także opinię biegłej z zakresu budownictwa B. K. (1). Biegła potwierdziła fakt wykonania przez powoda robót objętych protokołami konieczności z dnia 19 lutego 2008 r. i z dnia 29 października 2008 r., opisując w opinii poszczególne prace i przesłanki, na których oparła się, uznając je za wykonane. Wyjaśniła ona również, że konieczność dokonania podczas realizacji inwestycji zmian w stosunku do pierwotnej dokumentacji projektowej wynikała przede wszystkim z licznych błędów w tej dokumentacji, wymagających wprowadzenia rozwiązań zamiennych oraz że konieczność wykonania tych robót nie wynikała z projektów budowlano – wykonawczych znanych powodowi w chwili podpisywania umowy między stronami. Biegła dokonała kwalifikacji poszczególnych robót na dodatkowe i zamienne, wyjaśniając przekonująco podstawy dokonanego podziału, a także wyliczyła wartość wykonanych przez powoda robót zamiennych (uwzględniając wartość robót niewykonanych) oraz robót dodatkowych. Podczas przesłuchania na rozprawie podzieliła ona część zarzutów pozwanego, które dotyczyły

ścianki wiatrołapu, ścianki stalowej szklonej oraz drzwi stalowych szkło-nych DK1 i po weryfikacji dokumentacji zmodyfikowała swoją opinię w tym zakresie, wskazując, w jaki sposób uwzględnienie zarzutu powinno przekładać się na obliczenia w opinii (stąd różnica w wartości robót zamiennych ustalona przez Sąd Okręgowy w porównaniu do wartości wskazanej w opinii pisemnej). Biegła odniosła się również do pozostałych zarzutów pozwanego i w należyty sposób wyjaśniła swoje stanowisko wyrażone w opinii pisemnej i opinii uzupełniającej, w których wskazała, że wykonanie wszystkich robót zamiennych i dodatkowych nie było związane z rezygnacją z jakichkolwiek robót z pierwotnego projektu budowlanego oraz że roboty zaniechane nie mają związku z wykonaniem robót dodatkowych lub zamiennych wskazanych w protokołach konieczności.

Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że strony zawarły umowy o roboty budowlane w trybie zamówienia publicznego, a powód domagał się na podstawie § 6 ust. 3 tej umowy wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane zamienne i dodatkowe, wskazując, że pozwany odmówił zawarcia wymaganego umową aneksu i zapłaty należnego za te roboty wynagrodzenia.

Z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm., dalej powoływanej w skrócie „p.z.p.”) wynika, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 139 ust. 2 p.z.p. zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Niezależnie od tego udzielenie zamówienia na wykonanie robót zamiennych i dodatkowych przy realizacji zadania inwestycyjnego, objętego umową stron, stanowiło zmianę przedmiotu umowy, która dla swojej ważności również musiałaby zostać dokonana w formie pisemnej (§ 12 ust. 3 umowy w zw. z art. 77 § 1 k.c.).

W § 6 ust. 3 umowy strony ustaliły, że roboty dodatkowe i zamienne nieobjęte zamówieniem, których wartość nie przekraczała 20 % zamówienia podstawowego, a których konieczność wystąpi w toku realizacji przedmiotu umowy, miały zostać potwierdzone stosownymi protokołami konieczności spisanyymi z udziałem przedstawicieli stron umowy; roboty te wykonawca miał wykonać na dodatkowe zamówienie z wolnej ręki, po przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o zamówienie publiczne. Skoro zatem strony nie zawarły w formie pisemnej aneksu do ich umowy, uznać należy, że nie doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane na prace dodatkowe i zamienne. W konsekwencji żądanie powoda nie mogło zostać uwzględnione na podstawie umowy zawartej między stronami.

Jako ewentualną podstawę swojego żądania powód wskazał przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, twierdząc, że jeśli nie doszło do zawarcia ważnej umowy, to zgodnie z poglądami judykatury dopuszczalne jest żądanie zapłaty za wykonane roboty na powyższej podstawie, bowiem pozwany bezspornie korzysta z efektów jego pracy. Sąd Okręgowy podzielił to stanowisko, dodając, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, ponieważ te pierwsze nie regulują cywilnoprawnych skutków zawarcia umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. 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 następstwie udzielenia zamówienia publicznego, która z uwagi na niezachowanie 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 strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy, jest bezpodstawnie wzbogacona. Także wówczas, gdy nie została zawarta jakakolwiek umowa dodatkowa, chociażby nieważna, uzyskana przez stronę korzyść majątkowa podlega zwrotowi na podstawie art. 405 k.c.

W tym zakresie Sąd Okręgowy wskazał, że strony w ogóle nie złożyły w formie pisemnej oświadczeń woli o zawarciu aneksu do umowy z dnia 13 września 2007 r., a więc nie doszło do zawarcia umowy na wykonanie prac dodatkowych i

zamiennych. Tym samym nie została zawarta jakakolwiek umowa dodatkowa, która podlegałaby ocenie pod kątem jej ważności na gruncie przepisów k.c. oraz p.z.p. W związku z tym nie można mówić o świadczeniu zrealizowanym przez powoda w wykonaniu nieważnej umowy jako o świadczeniu nienależnym w rozumieniu art. 410 k.c. Wobec tego nie mają zastosowania przepisy regulujące szczególną postać bezpodstawnego wzbogacenia, tj. nienależne świadczenie (art. 410 k.c.). W konsekwencji zastosowania nie miał również art. 411 k.c. Nie ma więc znaczenia podnoszony przez pozwanego zarzut, że powód wiedział, iż nie był zobowiązany do świadczenia, co zgodnie z art. 411 pkt 1 k.c. wyłączałoby możliwość żądania zwrotu świadczenia.

Brak umowy na roboty zamienne i dodatkowe, o których mowa w § 6 ust. 3 umowy, uzasadnia zatem rozważenie możliwości uwzględnienia żądania powoda opartego na drugiej przywołanej przez niego podstawie, tj. z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego inwestora (art. 405 i n. k.c.).

Podstawową przesłanką uwzględnienia takiego roszczenia jest ustalenie, że pozwany rzeczywiście bezpodstawnie wzbogacił się kosztem powoda. W tej sprawie oznaczało to ustalenie, czy powód rzeczywiście wykonał roboty dodatkowe i zamienne, a pozwany z nich korzysta. Pozwany kwestionował wykonanie prac zamiennych i dodatkowych, za które powód domagał się zapłaty w tym postępowaniu. W świetle całokształtu zebranego materiału dowodowego Sąd Okręgowy uznał jednak, że nie ma wątpliwości, że powód rzeczywiście wykonał te roboty dodatkowe i zamienne, za które domaga się zapłaty, a jednocześnie – w związku z wykonaniem robót zamiennych – nie wykonał części prac pierwotnie przewidzianych w projekcie i o wartość tych robót zmniejszył swoje żądanie z tytułu wykonania robót zamiennych. Za takim ustaleniem przemawia treść wpisów w dzienniku budowy, zeznania świadków, w tym również osób zatrudnionych przez zamawiającego, zwłaszcza E. R. pełniącej funkcję inspektora nadzoru, która podpisała się pod pierwszym protokołem konieczności oraz J. K.. Przemawia za nim również dowód z opinii biegłej B. K., która przeanalizowała szczegółową dokumentację projektową i powykonawczą oraz dokonała oględzin budynku i stwierdziła, że nie ma podstaw, by twierdzić, że którekolwiek z prac wskazywanych przez powoda nie zostały wykonane. Wprawdzie z uwagi na zakrycie znacznej części prac naoczne stwierdzenie ich wykonania jest obecnie niemożliwe, niemniej jednak spójność między dokumentacją a dowodami osobowymi przemawia za ustaleniem stanu faktycznego zgodnie z twierdzeniami powoda.

Nielogiczne byłoby podejrzewanie powoda, co zdaje się sugerować pozwany, kwestionujący fakt wykonania robót i ich zlecenia powodowi przez osoby działające w jego imieniu, że powód z własnej inicjatywy wykonywał roboty nieprzewidziane projektem i ponosił koszty związane z wykonaniem robót zamiennych i dodatkowych, ryzykując odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Całokształt ujawnionych okoliczności sprawy przemawia za uznaniem, że powód działał w dobrej wierze, licząc na zawarcie umowy na roboty zamienne i dodatkowe, w celu jak najlepszego wykonania zadania inwestycyjnego, nie wstrzymywał robót w oczekiwaniu na podpisanie umowy na roboty zamienne i dodatkowe, reagował na zmiany projektowe i wskazywał na konieczność ich wprowadzenia. Wykonane przez niego roboty budowlane zostały przez pozwanego odebrane, nie zarzucono przy tym powodowi, żeby wykonał je niezgodnie z pierwotną umową. Należy zatem przyjąć, że zmiany wprowadzone w toku realizacji inwestycji były dokonywane za zgodą pozwanego i zgodnie z jego interesem, a pozwany korzysta z wybudowanego budynku, w tym z robót zamiennych i dodatkowych wykonanych przez powoda, które nie były przewidziane pierwotną umową. Roszczenie wywodzone z bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego kosztem powoda zasługuje zatem co do zasady na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska pozwanego, że sporne roboty były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym w umowie stron. Zgodnie z art. 632 § 1 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przedmiotem uzgodnionego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego są roboty objęte umową (zamówieniem), a tym samym przepis art. 632 § 1 k.c. nie może mieć zastosowania do robót budowlanych nieobjętych zakresem umowy (zamówienia). W tej części stron nie łączy bowiem stosunek umowny wraz z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym.



Z art. 31 ust. 1 p.z.p. i art. 649 k.c. wynika, że przedmiot umowy stron opisany był za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Do dokumentacji projektowej odwołuje się również § 1 ust. 2 i § 6 ust. 1 umowy stron. Wynika z tego, że w przypadku robót nieobjętych zamówieniem, którego zakres jest wyznaczony przez dokumentację projektową, nie można twierdzić, że były one objęte ustalonym w umowie wynagrodzeniem ryczałtowym. Potwierdza to treść § 6 ust. 3 umowy stron, który odnosi się do robót dodatkowych i zamiennych nieobjętych zamówieniem i wyłącza te prace z uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego, czyniąc z nich przedmiot dodatkowego zamówienia z wolnej ręki. Nie miałoby to racji, gdyby zgodnie z wolą stron za wykonanie robót zamiennych i dodatkowych miało przysługiwać powodowi wynagrodzenie przewidziane w § 6 ust. 1 umowy stron, że miało ono charakter ryczałtowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że podstawą ustalenia prac zamiennych i dodatkowych było to, czy zostały one przewidziane w projekcie budowlano – wykonawczym i czy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne mógł i powinien przewidzieć konieczność ich wykonania. Z przeprowadzonych w sprawie dowodów, w tym z opinii biegłej wynikało, że konieczność wykonania robót objętych żądaniem powoda nie wynikała z projektów budowlano – wykonawczych przekazanych przez pozwanego i związana była w znacznej mierze z późniejszymi zmianami projektowymi, w tym wynikającymi z wadliwości dokumentacji projektowej, co do której powód nie miał obowiązku jej szczegółowego sprawdzania w celu wykrycia jej wad. Trudno uznać, by powód, zawierając umowę, mógł spodziewać się (przewidzieć) konieczności wykonania prac objętych żądaniem pozwu, zwłaszcza że pozwany w odpowiedzi na dodatkowe zapytania, dotyczące przedmiotu umowy kierowane w toku postępowania przetargowego, potwierdził sposób wykonania prac przewidziany w projekcie, tymczasem wprowadzone później odstępstwa były znaczne.

W sytuacji, w której zamawiający wprowadza zmiany do projektu z uwagi na jego wady, przepis art. 632 § 1 k.c. in fine nie ma więc zastosowania. Zmiana przedmiotu zamówienia powoduje, że nie można mówić o wykonaniu zamówionego dzieła lub robót budowlanych, za które należne jest tylko uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe, ponieważ w następstwie zmiany przedmiotu zamówienia wykonawca nie wykonuje już tego dzieła, za które strony uzgodniły wynagrodzenie, ale inne dzieło niż objęte pierwotnym zamówieniem. Z art. 632 § 1 k.c. wynika, że ryzyko należytej wyceny dzieła obciąża wykonawcę, ale granice tego ryzyka, zakładając brak błędów przy projektowaniu, wyznacza niepewność co do takich okoliczności jak: ceny materiałów budowlanych, robocizny, kursy walut. Wykonawcę, który zgodził się na wynagrodzenie ryczałtowe, nie może natomiast obciążać ryzyko tego, że będzie obowiązany wykonywać za uzgodnioną kwotę inne roboty niż pierwotnie zamówione. Potwierdzała to zresztą wyraźnie treść § 6 ust. 3 umowy stron.

Skoro zatem wykonane przez powoda roboty dodatkowe i zamienne nie były objęte uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym oraz nie została zawarta jakakolwiek umowa dodatkowa, chociażby nieważna, a pozwany korzysta z efektów wykonanych przez powoda prac, może on domagać się zwrotu uzyskanej przez pozwanego korzyści majątkowej na podstawie art. 405 k.c. Wbrew zarzutowi pozwanego, obiektywnie niemożliwe jest przy tym odebranie tej korzyści w naturze, ponieważ polega ona na korzystaniu przez pozwanego z wykonanych robót budowlanych i materiałów stanowiących część konstrukcji budynku, więc realizacja roszczenia z art. 405 k.c. może nastąpić wyłącznie przez zwrot równowartości korzyści w pieniądzu.

Wartość korzyści majątkowej uzyskanej przez pozwanego odpowiada zaoszczędzonej przez niego kwocie, którą musiałby on wydać na wykonanie robót zamiennych i dodatkowych, udzielając powodowi, zgodnie z § 6 ust. 3 umowy, dodatkowego zamówienia z wolnej ręki. Chodzi więc o równowartość tych robót wykonanych przez powoda. Powinna ona zostać ustalona według czynników cenotwórczych wskazanych w umowie stron, ponieważ w razie udzielenia zamówienia z wolnej ręki na roboty dodatkowe i zamienne treść § 6 ust. 3 umowy odsyłała do składników cenotwórczych wymienionych w § 6 ust. 2 umowy.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu pozwanego, że przy ustalaniu rozmiaru bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego należy wziąć pod uwagę oszczędności powoda wynikające z zaniechania niektórych prac nie tylko w części, w której rezygnacja była konsekwencją wykonania robót zamiennych w miejsce pierwotnie przewidzianych (zostały one uwzględnione przez biegłą przy wycenie robót zamiennych), ale również w części niezwiązanej z wykonaniem

robót zamiennych. Pozwany wycenił je na kwotę 187.726,71 zł. Biegła potwierdziła w opinii, że zaniechanie tych robót nie miało związku z wykonaniem robót dodatkowych i zamiennych. Skoro zaś roboty zaniechane i niezrealizowane stanowiły przedmiot pierwotnego projektu budowlanego, a więc były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, to uwzględnienie ich wartości przy określeniu zakresu bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego godziłoby w istotę wynagrodzenia ryczałtowego, które – jak wynika z art. 632 k.c. – nie podlega obniżeniu z takich przyczyn. Rezygnacja z niektórych robót przewidzianych w projekcie była bowiem wynikiem decyzji zamawiającego i nie ma podstaw do stosowania w tym zakresie art. 405 k.c., ponieważ stosunki między stronami były w tej części regulowane umową i przepisami k.c. o zobowiązaniach umownych (o wynagrodzeniu ryczałtowym). Tymczasem wykonanie robót zamiennych i dodatkowych przez powoda nie było przedmiotem zawartej umowy, nie wynikało też z projektu, nie było zatem objęte zamówieniem. Ich wykonanie nie wynikało więc z umowy stron, wobec czego żądanie zwrotu korzyści z tytułu ich wykonania jest uzasadnione.

Na podstawie opinii biegłej i jej ustnych wyjaśnień na rozprawie Sąd pierwszej instancji ustalił, że wartość prac dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda – przy uwzględnieniu oszczędności, które poczynił on w związku z pracami zamiennymi – wynosi 91.496,32 zł, w związku z czym uzasadnione jest zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda tej kwoty na podstawie art. 405 k.c.

Orzekając o odsetkach za opóźnienie Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 103.728,06 zł, wskazując, że jest ona płatna w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma. Pismo to zostało doręczone w dniu 29 grudnia 2008 r., więc wyznaczony i uzasadniony w okolicznościach sprawy termin na spełnienie świadczenia upłynął w dniu 5 stycznia 2009 r. Wobec tego roszczenie powoda o zapłatę odsetek ustawowych od dochodzonej kwoty na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. zasługiwało na uwzględnienie za okres od dnia 6 stycznia 2009 r.

W konsekwencji Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 405 k.c. i art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 91.496,32 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 stycznia 2009 r., a w pozostałym zakresie powództwo oddalił. Ponadto Sąd ten orzekł o kosztach procesu na mocy art. 100 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo między stronami odpowiednio do wyniku sporu, przyjmując, że powód ostatecznie wygrał sprawę w 88 %.

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacją przez pozwanego w części uwzględniającej powództwo i obciążającej go kosztami procesu na rzecz powoda. Pozwany zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i pominięcie dowodu z dokumentu w postaci kosztorysu uproszczonego z dnia 1 października 2008 r. na roboty zaniechane i niezrealizowane oraz zeznań świadka E. R. i opinii biegłej B. K. w zakresie, w jakim dowody te wskazują na zaniechanie (niezrealizowanie) przez powoda robót przy wykonywaniu umówionych prac i wartości poczynionych przez niego z tego tytułu oszczędności, a także przez błędną ocenę wiarygodności i mocy dowodowej opinii biegłej B. K., prowadzącą do przyjęcia, że konieczność wykonania zmian przy wykonywaniu umówionej inwestycji w stosunku do pierwotnej dokumentacji wynikała przede wszystkim z licznych błędów w tej dokumentacji,

2) naruszenie prawa materialnego:

a) art. 632 § 1 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że wykonanie spornych robót przez powoda nie było objęte wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym w § 6 ust. 1 umowy stron,

b) art. 410 § 2 k.c. w zw. z art. 411 pkt 1 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonanie na rzecz inwestora robót dodatkowych i zamiennych nieprzewidzianych w umowie i poza nią w sytuacji, w której nie istniała umowa zobowiązująca do ich wykonania, nie stanowi nienależytego świadczenia, którego zwrot uzależniony jest od pozostawania w błędzie co do braku obowiązku świadczenia,

c) art. 405 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i określenie wartości roszczenia powoda bez uwzględnienia oszczędności, jakie poczynił on przy wykonaniu umówionego zadania inwestycyjnego.

Na tych podstawach pozwany domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje.

Powód nie ustosunkował się do apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny oparł się zgodnie z art. 382 k.p.c. na całości materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji i po dokonaniu jego analizy doszedł do wniosku, że może aprobować i przyjąć za własne ustalenia faktyczne dokonane przez ten Sąd. Ustalenia te są bowiem zgodne z treścią powyższego materiału, a jego ocena odpowiada wymogom przewidzianym w art. 233 k.p.c. Podkreślić można, że Sąd Apelacyjny doszedł do zbieżnych ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji wniosków co do wiarygodności i mocy dowodowej zebranego w sprawie materiału dowodowego, wobec czego uczynił dokonane w sprawie ustalenia faktyczne za podstawę oceny zasadności apelacji.

Nietrafny jest zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c., w ramach którego apelujący wskazywał przede wszystkim na dokonanie przez Sąd pierwszej instancji błędnej oceny wiarygodności i mocy dowodowej opinii biegłej sądowej B. K. (1). Pozwany niezasadnie zarzuca tej biegłej brak kwalifikacji do dokonania oceny, czy dokumentacja projektowa, stanowiąca podstawę zawarcia umowy przez strony, a następnie wykonywania robót przez powoda, była prawidłowa, a tym samym niemożliwość wypowiedzania się przez tą biegłą w kwestii, czy konieczność dokonania zmian w zakresie wykonania robót wynikała z błędów w tej dokumentacji.

Zauważyć należy, że zarzut taki pozwany podnosił już w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji, a w konsekwencji był on zarówno przedmiotem wyjaśnień samej biegłej, jak i oceny w/w Sądu. Wskazać trzeba, że biegła sądowa przyznała wprawdzie, że nie ma ona uprawnień projektowych, ale jednocześnie wyjaśniła, że nie dokonywała oceny prawidłowości samej dokumentacji, lecz dokonywała wyłącznie oceny wykonanych prac pod kątem korelacji między koniecznością ich wykonania a treścią dokumentacji projektowej (por. k. 508 – strona 4 opinii nr (...): „dokumentacja ta została poddana ocenie nie pod względem poprawności zastosowanych rozwiązań i przyjętych ilości obmiarowych, jednakże pod kątem jej wykorzystania i przydatności dla celów realizacji zadania przez wykonawcę”). Taka analiza mieściła się w granicach wiedzy specjalnej i kwalifikacji zawodowych posiadanych przez biegłą B. K. (1). Dotyczyło to bowiem zgodności wykonanych robót budowlanych z dokumentacją projektową, a nie prawidłowości tej dokumentacji. Nie ulega zaś żadnym wątpliwościom, że biegła z zakresu budownictwa mogła w zakresie swojej specjalności ocenić, na jakiej podstawie zostały wykonane sporne roboty budowlane, tzn. czy wynikały one z pierwotnej dokumentacji, czy też pojawiły się dopiero później w wyniku braków w dokumentacji projektowej lub w następstwie jej zmian już w toku realizacji konkretnej inwestycji.

W związku z tym dla oceny opinii biegłej B. K. decydujące znaczenie miało to, że opinia ta jest wyczerpująca i przekonująca, ponieważ biegła wszechstronnie rozważyła wszystkie istotne okoliczności oraz jednoznacznie i logicznie uzasadniła swoje wnioski. Wobec tego jej opinia słusznie została zaakceptowana przez Sąd Okręgowy, a Sąd Apelacyjny także nie znajduje żadnych podstaw, aby odmiennie ocenić twierdzenia biegłej lub odmówić jej wiarygodności, co musiałoby nastąpić w zasadzie jedynie z tego powodu, że – zdaniem skarżącego – sporządzenie takiej opinii rzekomo nie mieściło się w zakresie kompetencji biegłej i posiadanych przez nią wiadomości specjalnych.

Ze stwierdzeniem braku podstaw do uwzględnienia zarzutu niewłaściwej oceny opinii biegłej sądowej B. K. wiąże się niezasadność zarzutu naruszenia art. 632 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonanie spornych robót nie było objęte wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym w § 6 ust. 1 łączącej strony umowy. Dla zastosowania tego przepisu decydujące znaczenie ma bowiem ustalenie, czy zakres wykonanych robót był zgodny z

zakresem przedmiotu umowy stron, za który zostało ustalone określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe. Z kolei zakres przedmiotu umowy nie może być determinowany przez odwołanie się wyłącznie do tego, jaki miał być końcowy efekt umówionych robót budowlanych, w tym wypadku obiekt w postaci budynku przeznaczony na komisariat policji.

Z tego punktu widzenia pełnomocnik strony powodowej trafnie argumentował na rozprawie apelacyjnej, że nie można akceptować stanowiska, że skoro zgodnie z umową stron miał zostać wykonany określony obiekt, to efekt końcowy w postaci tego obiektu przesądza o tym, że wszystkie prace wykonane przez wykonawcę (w tym wypadku – powoda), również te wskazane przez niego jako częściowo niemieszczące się w przedmiocie umowy, były objęte tą umową dlatego, że ogólnie stwierdzono w niej, że umowa w ramach ryczałtu obejmuje wszystkie niezbędne do osiągnięcia umówionego celu prace (por. § 1 pkt 2 umowy: „Na przedmiot umowy określony w pkt. 1 składa się pełen zakres robót wynikający z projektów budowlano – wykonawczych przekazanych przez Zamawiającego”, a także § 6 ust. 1 in fine umowy: „Cena umowna obejmuje pełen zakres robót objętych projektami budowlano – wykonawczymi oraz wszelkie koszty poniesione w związku z prawidłową realizacją przedmiotu umowy i czynnościami odbiorowymi”). Aprobowanie takiego stanowiska prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której inwestor w ramach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego mógłby wprowadzać – na koszt wykonawcy – nawet bardzo znaczące zmiany do zakresu prac objętych umową (np. co rodzaju zastosowanych materiałów lub standardu wykonania robót), twierdząc, że mieszczą się one w ryczałcie, ponieważ zmierzają do osiągnięcia ogólnie określonego celu umowy (w niniejszej sprawie – wybudowania komisariatu Policji).

Należy zauważyć, że ogólne sformułowanie o obowiązku wykonania – w ramach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego – wszystkich niezbędnych pracach, nie daje odpowiedzi na pytanie, jakie konkretnie prace zostały objęte umową. Przyjąć trzeba, że zakres umówionych robót budowlanych musi uwzględniać wszystkie okoliczności, jakie obie strony biorą pod uwagę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przy zawieraniu jakiegokolwiek innej umowy, kalkulując z jednej strony wysokość żądanego przez wykonawcę wynagrodzenia, z drugiej strony – wysokość wynagrodzenia, jaką inwestor jest w stanie zapłacić za efekt, który chce osiągnąć w ramach realizacji tejże umowy.

Z tych przyczyn przy ocenie zakresu umówionych robót budowlanych, jakie miały zostać wykonane za uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe, nie można abstrahować od dokumentacji projektowej, dokumentacji kontraktowej lub treści zapytań kierowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które obszernie analizował Sąd pierwszej instancji w ślad za opinią biegłej B. K. i twierdzeniami stron. W związku z tym istotne znaczenie miało to, że biegła kategorycznie stwierdziła, że nie można przyjąć, że wszystkie roboty dokonane przez powoda mieściły się w ramach umowy i dały się przewidzieć w chwili jej zawierania. Z jej opinii jednoznacznie wynika, że „konieczność dokonania podczas realizacji inwestycji zmian w stosunku do pierwotnej dokumentacji projektowej wynikała przede wszystkim z licznych błędów w dokumentacji projektowej, wymagających wprowadzenia rozwiązań zamiennych. Występowanie rozbieżności pomiędzy rysunkami wchodzącymi w skład dokumentacji a przedmiotem robót pozwala na stwierdzenie, że konieczność wykonania robót wyszczególnionych w piśmie powoda nie wynikała z projektów budowlano – wykonawczych znanych w chwili podpisywania umowy z dnia 13 września 2007 r.” (zob. k. 434 – str. 29 opinii).

W związku z taką konstatacją biegłej, której prawidłowości pozwany skutecznie nie podważył, nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że konieczność wykonania robót, niewskazanych wprost w umowie, mieściła się w ramach ryzyka kontraktowego, a powód – jako profesjonalista – powinien był skalkulować inne prace, niewynikające bezpośrednio z projektu, ale niezbędne do wykonania obiektu w postaci komisariatu policji. Stanowisko skarżącego nie zasługuje na aprobatę, ponieważ przy tak daleko idącym zakresie dopuszczalnego ryzyka wykonawcy przy zawieraniu umowy o roboty budowlane, w skrajnych wypadkach możliwe byłoby wystąpienie zbyt znacznej dysproporcji między tym, co strony uwzględniały w chwili zawierania umowy o roboty budowlane, a tym, co ostatecznie osiągnęły w wyniku wykonania przedmiotu umowy. Jakkolwiek proces budowlany jest procesem dynamicznym, a zakres robót może się zmieniać w zależności od potrzeb, to jednak nie można podzielić poglądu,

że ryzyko, które wpisane jest w wykonywanie prac za wynagrodzeniem ryczałtowym, pozbawia strony możliwości zgłaszania zarzutów w odniesieniu do zmiany zakresu planowanych prac.

W tym zakresie Sąd pierwszej instancji trafnie wskazał, że niedopuszczalność żądania zmiany wysokości wynagrodzenia ryczałtowego dotyczy jedynie czynników wpływających na skalkulowanie jego wysokości, takich jak wysokość cen materiałów, cen robocizny, niezbędnego nakładu pracy lub ilości materiałów, ale idzie tak daleko, aby obejmowała także konieczność wykonania prac, które w ogóle nie były brane pod uwagę przy zawieraniu umowy. W tym kontekście wskazać można ponadto na pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w wyroku z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98 (LEX nr 40421), zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 k.c.). Oznacza to bowiem z jednej strony, że treść projektu, nota bene dostarczonego w tym wypadku przez zamawiającego, ma istotne znaczenie dla ustalenia zakresu prac, jakie miały być wykonane w zamian za umówione wynagrodzenie ryczałtowe, a z drugiej strony, że powód nie miał obowiązku specjalistycznego sprawdzenia tego projektu, a tym bardziej – nie może ponosić ryzyka konieczności wykonania prac, które wynikły z wadliwości tego projektu.

Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów apelującego miało zatem trafne ustalenie przez Sąd pierwszej instancji, że roboty wykonane przez powoda, a wprost niewymienione w łączącej strony umowie, miały charakter robót dodatkowych, które były niezbędne do prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy stron, ale powód, nawet będąc profesjonalistą, w chwili zawierania umowy, kiedy zostało ustalone wynagrodzenie ryczałtowe, nie był w stanie przewidzieć na podstawie dostarczonej przez pozwanego dokumentacji projektowej. Podkreślić można – na co zresztą słusznie zwrócił uwagę już Sąd pierwszej instancji – że same strony przewidziały w chwili zawierania umowy, że możliwe będzie powstanie konieczności rozszerzenia przedmiotu umowy o roboty wcześniej nieprzewidziane, i to za dodatkowym wynagrodzeniem. Powód zasadnie argumentował więc, że pomimo tego, iż strony określiły w umowie, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie niezbędne do osiągnięcia umówionego celu prace, to jednocześnie przewidziały możliwość, że – na zasadach określonych w § 6 umowy – konieczne będzie wykonanie prac dodatkowych. Już sama treść umowy stron przeczy zatem twierdzeniu pozwanego, jakoby wszelkie prace, które powód miał podejmować przy realizacji konkretnej inwestycji, mieściły się w zakresie prac „niezbędnych”, i tym samym były objęte przedmiotem umowy.

W konsekwencji odmiennego wniosku nie może uzasadniać wybiórcze i oderwane od pozostałych postanowień umowy powoływanie się przez pozwanego na te postanowienia umowy stron, w których przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe i w których ogólnie określono przedmiot umowy. Nie oznacza to bowiem, że nie mogły wystąpić roboty dodatkowe nieobjęte umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym. Przy ocenie zakresu tych robót oraz przy ich kwalifikacji na roboty zamiennie i dodatkowe należy oprzeć się na opinii biegłej B. K., ponieważ z jednej strony sądy orzekające w sprawie w obu instancjach nie posiadały wiadomości specjalnych pozwalających na samodzielne dokonanie takich ustaleń, a z drugiej strony opinia tej biegłej – jak wyżej wyjaśniono – była wiarygodna oraz rzetelnie i wyczerpująco wskazywała, jakie roboty miały charakter dodatkowy lub zamienny i w konsekwencji nie mieściły się w umówionym wynagrodzeniu ryczałtowym.

Wobec tego na aprobatę zasługiwało stanowisko Sądu Okręgowego, że roboty wskazane przez powoda miały charakter prac dodatkowych lub zamiennych, za które należy się odrębne wynagrodzenie. Bezpodstawny okazał się więc zarzut naruszenia art. 632 § 1 k.c. przez uznanie, że wykonanie powyższych prac nie było objęte ustalonym w umowie stron wynagrodzeniem ryczałtowym. Wziąć trzeba bowiem pod uwagę, że w sprawie nie chodziło o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie tego zakresu robót, które od początku były objęte umową stron, lecz o zapłatę wynagrodzenia za takie roboty, które w świetle zebranego materiału dowodowego niewątpliwie nie mieściły się w tym zakresie.

Podkreślić przy tym można, że podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia miały roboty dodatkowe, których wartość stanowiła niemal 90 % żądania (88.584 zł), zaś wartość robót zamiennych (niecałe 3.000 zł) przy wartości przedmiotu niniejszej sprawy oraz ogólnej wartości całej umowy (prawie 10.000.000 zł) nie budzi wątpliwości. Zauważyć jednocześnie należy, że strona powodowa już w ramach wyceny wartości robót zamiennych uwzględniła – jak to

określa pozwany – „oszczędności” uzyskane w związku z wykonaniem, w ramach umowy, robót w inny sposób niż pierwotnie wynikał z dokumentacji projektowej lub z wykorzystaniem innych materiałów niż przewidziano w tej dokumentacji. Na rozprawie w dniu 12 marca 2013 r. prezes zarządu powoda wyjaśnił bowiem, że na k. 57 akt sprawy widnieje „Zbiorcze zestawienie kosztów w zł”, w którym potrącono wartość robót zamiennych, wskazując, że uwzględniona przez powoda różnica dotyczy uwzględnienia rezygnacji z części robót objętych wynagrodzeniem ryczałtowym w zakresie zmiany systemu odwodniania dachu i że te roboty dodatkowe zostały pomniejszone o tę wartość (zob. k. 388v).

Skoro zatem na aprobatę zasługują ustalenia Sądu pierwszej instancji, że powód rzeczywiście wykonał na rzecz pozwanego roboty dodatkowe i zamienne – o wartości wskazanej w opinii biegłej sądowej – oraz że między stronami nie doszło – zgodnie z § 6 ust. 3 umowy – do zawarcia aneksu obejmującego te roboty, pozostaje do oceny po pierwsze okoliczność, czy pozwany zasadnie zarzuca, że powód nie mógł domagać się zapłaty za te roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a po wtóre czy ewentualnemu przyznaniu powodowi odrębnego wynagrodzenia za te roboty powinno towarzyszyć uznanie, że przy ustalaniu należnego mu wynagrodzenia należy odliczyć to, co „zaoszczędził” on w związku z niewykonaniem części prac, objętych umową.

Jeśli chodzi o pierwszą z przedstawionych powyżej kwestii, to na wstępie należy w pełni zaakceptować utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego, wyrażony również przez Sąd Okręgowy, pogląd, iż w sytuacji, gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. sygn. akt II CSK 344/07, LEX nr 324499; z dnia 2 lutego 2011 r. sygn. akt II CSK 414/10, LEX nr 738545 oraz z dnia 21 lutego 2013 r. sygn. akt IV CSK 354/12, LEX nr 1311808, w którym wskazano, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu).

Następnie wskazać należy, że Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do stwierdzenia, że w sprawie doszło do naruszenia art. 410 k.c. w zw. z art. 411 k.c. Należy zauważyć, że całokształt okoliczności sprawy, rozważanych obiektywnie i wszechstronnie, nie pozwala uznać, że strona powodowa wykonywała dodatkowe roboty z przekonaniem i przeświadczeniem, że nie będzie domagała się za nie wynagrodzenia. Godzi się przy tym zauważyć, że brzmienie art. 411 k.c. nieco odbiega od przytoczonego w apelacji, w której twierdzi się, iż zwrot nienależytego świadczenia „uzależniony jest od pozostawania w błędzie co do braku zobowiązania do świadczenia”. Tymczasem, stosownie do rzeczywistej treści art. 411 pkt 1 k.c., nie można żądać zwrotu świadczenia, jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej. O ile w stanie faktycznym sprawy nie ma podstaw do rozważania kwestii spełnienia świadczenia w celu uniknięcia przymusu czy w wykonaniu nieważnej czynności prawnej, o tyle zagadnienie spełnienia przez powoda świadczenia z zastrzeżeniem zwrotu nie przedstawia się tak jednoznacznie, jak twierdzi apelujący pozwany.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż powód nigdy nie stał na stanowisku, że nie będzie domagał się zwrotu kosztów wykonanych robót dodatkowych i zamiennych ani nie dawał wyrazu takiemu stanowisku. Podkreślić należy, że między stronami prowadzone były rozmowy na temat konieczności wykonania robót dodatkowych, a inspektor nadzoru, działający na rzecz powoda, pomijając nawet kwestię, czy miał on prawo reprezentować powoda jako jego pełnomocnik w rozumieniu prawa cywilnego, był powiadamiany o tym, że zachodzi potrzeba wykonania dodatkowych robót, z czym wiąże się różnica kosztowa. W związku z tym nie można zasadnie twierdzić, że strona powodowa świadczyła dodatkowe prace nieodpłatnie, a dopiero potem zmieniła swoje stanowisko i zaczęła żądać za nie wynagrodzenia. Od początku było bowiem wiadome, że jeśli zostanie wykonany większy zakres prac, to wykonawca będzie domagał się dodatkowej zapłaty (co też konsekwentnie czynił, por. pisma z dnia 21 sierpnia 2008 r. – k. 17, z dnia 25 listopada 2008 r. – k. 51 i z dnia 5 grudnia 2008 r. – k. 52). W konsekwencji nie można akceptować stanowiska strony pozwanego, że – przy przyjęciu, że w sprawie miało miejsce świadczenie nienależne – powód na mocy art. 411 pkt 1 k.c. utracił prawo do żądania jego zwrotu.

Przechodząc następnie do kwestii „oszczędności strony powodowej”, uzyskanych przy wykonywaniu przedmiotu umowy, decydujące znaczenie należy nadać ustaleniu, że podnoszona przez pozwanego okoliczność, że wykonanie części umówionych robót zostało zaniechane (niezrealizowane) nie potwierdziła się. Z opinii biegłej sądowej wynika bowiem, że powód wykonał wszystkie przewidziane umową roboty. Hipotetycznie można byłoby wprawdzie rozważyć, czy powód wykonał te prace za kwotę skalkulowaną przy sporządzaniu umowy i przy określaniu wielkości należnego mu ryczałtu, ale wziąć trzeba pod uwagę, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Wobec tego nie można prowadzić analiz w takim kierunku. Podobnie jak w przypadku niedopuszczalności żądania przez wykonawcę podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego w razie zmiany kosztów wykonania umówionych prac, tak samo zamawiający nie może domagać się obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego tylko z tej przyczyny, że wykonanie umówionych prac okazało się tańsze, np. z powodu użycia tańszych materiałów lub surowców, a właśnie taka sytuacja miała miejsce w tej sprawie, ponieważ pozwany powoływał się na tańsze płytki, glazurę i prace malarskie. Okoliczności te nie mają w sprawie istotnego znaczenia. W przypadku ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego zmiana materiałów lub metod wykonania prac na tańsze nie daje podstawy do żądania jego obniżenia. W szczególności nie może być traktowana jako podstawa twierdzenia, że wykonawca poczynił oszczędności.

Skoro ewentualne zmniejszenie kosztów wykonania umówionych prac nie uzasadnia obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego przysługującego wykonawcy, to nie można mówić, że uzyskał on od zamawiającego korzyść bez podstawy prawnej. Wyplacone mu wynagrodzenie ryczałtowe miało przecież swoją podstawę prawną w umowie stron. Podkreślić przy tym należy, że powód niewątpliwie nie uzyskał wyższego wynagrodzenia niż było ustalone w umowie. Dodać można, że – umawiając się na wynagrodzenie ryczałtowe – obie strony przyjęły na siebie ryzyko, że wykonanie umówionych prac może okazać się droższe lub tańsze i że w takiej sytuacji żadna z nich nie będzie mogła domagać się zmiany umówionego wynagrodzenia.

Aby nie popaść w wewnętrzną sprzeczność, podkreślić należy, że chodzi tu o różnice kosztów wykonania tych robót, które mieściły się w zakresie umówionego przedmiotu umowy. Nie wyłącza to więc żądania zapłaty odrębnego wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych, właśnie z tej przyczyny nie mieszczą się one w tym zakresie umowy, za które przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe. Wobec tego zwrócić trzeba uwagę na to, że powód nie domagał się podwyższenia wynagrodzenia za roboty objęte umową – do czego zgodnie z powyższymi rozważaniami nie miałby prawa – lecz za wykonanie robót tą umową nieobjętych. Nie można zatem dokonać postulowanej przez apelującego kompensacji, porównując zubożenie powoda z uzyskanymi przez niego oszczędnościami, formalnie wskazywanymi przez pozwanego. O ile bowiem korzyści uzyskane przez pozwanego kosztem powoda nie znajdowały podstawy prawnej, ponieważ nie mieściły się w umowie stron (w uzgodnionym wynagrodzeniu ryczałtowym), o tyle oszczędności powoda, nawet jeśli rzeczywiście doszło do ich powstania, nie zostały uzyskane bez podstawy prawnej, ponieważ nie uzasadniały obniżenia przysługującego mu wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro zatem w umowie stron umówiono się na wynagrodzenie ryczałtowe, to ewentualne zmniejszenie wydatków wykonawcy nie stanowi jego bezpodstawnego wzbogacenia kosztem inwestora.

W konsekwencji przyjąć należy, że niezasadne okazały się również zarzuty naruszenia 405 k.c. oraz nieuwzględnienia zeznań świadka E. R. i sporządzonego przez nią kosztorysu. Nie było bowiem żadnych podstaw do dokonywania takiego porównania oszczędności (korzyści) i wydatków, który mogłoby doprowadzić do wniosku, że korzyści uzyskane przez powoda (przy wykonywaniu robót objętych wynagrodzeniem ryczałtowym) były większe niż żądane przez niego wynagrodzenie za roboty dodatkowe. Już tylko dodatkowo wskazać można, że niezasadne było domaganie się uwzględnienia kosztorysu uproszczonego sporządzonego przez świadka E. R. na roboty zaniechane i niezrealizowane, ponieważ jego moc dowodowa była równa jedynie z twierdzeniami samej strony, która się na niego powoływała. W związku z tym nie mógłby on stanowić wystarczającej podstawy do ustalenia wartości rzekomych „oszczędności” powoda, lecz wymagałby weryfikacji za pomocą opinii biegłego, a takiego wniosku strona pozwana nawet nie składała.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako pozbawioną usprawiedliwionych podstaw. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 108 § 1 k.p.c. oraz art.

98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. s tosownie do wyniku postępowania w tej instancji. Na koszty te składa się wynagrodzenie pełnomocnika powoda, którego wysokość została ustalona na podstawie § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 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 (t. jedn. Dz. U. 2013 r., poz. 490).