

Sygn. akt V AGa 69/20

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Hanna Rucińska

Sędziowie: SA Leszek Jantowski (spr.)

SO (del.) Elżbieta Milewska - Czaja

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Małgorzata Naróg

po rozpoznaniu w dniu 20 października 2020 r. w Gdańsku

na rozprawie

spraw

z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Gminie Miasta (...) – Miejskiemu Zarządowi Dróg w (...)

o zapłatę kwoty 7.333.536,26 zł

oraz z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Gminie Miasta (...) – Miejskiemu Zarządowi Dróg w (...)

o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł (poprzednio sygn. akt VI GC 9/16 Sądu Okręgowego wT.)

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 10 stycznia 2020 r., sygn. akt VI GC 207/15

I.w sprawie o zapłatę kwoty 7.333.536,26 zł:

1.zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie I.1. (pierwszym, podpunkt pierwszy) w ten sposób, że oddała powództwo;

b) w punkcie I.5. (pierwszym, podpunkt piąty) w ten sposób, że zasądzoną w nim kwotę 120.525,23 zł obniża do kwoty 107.722,11 zł (sto siedem tysięcy siedemset dwadzieścia dwa złote i 11/100);

2. oddała apelację w pozostałym zakresie;

3. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 25.835 zł (dwadzieścia pięć tysięcy osiemset trzydzieści pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kwotę 3.807 zł (trzy tysiące osiemset siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

II. w sprawie o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł:

1. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie II.1. (drugim, podpunkt pierwszy) w ten sposób, że oddala powództwo;

b) w punkcie II.5. (drugim, podpunkt piąty) w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.635 zł (dwa tysiące sześćset trzydzieści pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. oddala apelację w pozostałym zakresie;

3. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 58.864 zł (pięćdziesiąt osiem tysięcy osiemset sześćdziesiąt cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kwotę 8.100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

III. nakazuje zwrócić pozwanemu ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w T. kwotę 3.890 zł (trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt złotych) tytułem nadpłaconej opłaty sądowej od apelacji.

Elżbieta Milewska – Czaja Hanna Rucińska Leszek Jantowski

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt V AGa 69/20

## UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy Miasta (...) - Miejskiego Zarządu Dróg kwoty 7.333.536,26 zł wraz z odsetkami od następujących kwot: 5.082.649,46 zł od dnia 11 września 2015 r. do dnia zapłaty, 1.574.386,80 zł od dnia 10 września 2015 r. do dnia zapłaty i 676.500 zł od dnia 12 września 2015 r. do dnia zapłaty.

W dniu 2 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy w T. wydał w sprawie o sygn. akt VI GNc 341/15 nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, w którym uwzględnił żądanie w całości (k. 136).

Od powyższego nakazu zapłaty sprzeciw wniósł pozwany zaskarżając go w całości oraz wnosząc o oddalenie powództwa (k. 140-147).

W odpowiedzi na sprzeciw powód cofnął pozew w zakresie kwoty 1.574.386,80 zł i wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie oraz o zasądzenie kwoty 5.759.149,46 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 5.082.649,46 zł od dnia 11 września 2015r. do dnia zapłaty, 1.574.386,80 zł od dnia 10 września 2015r. do dnia 29 grudnia 2015r. i 676.500 zł od dnia 12 września 2015r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu (k. 164-166).

W uzasadnieniu wskazał, że pozwany w dniu 29 grudnia 2015 r. zapłacił kwotę 1.574.386,80 zł tytułem rozliczenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne wycenione na podstawie cen z kosztorysu ofertowego.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. domagał się także zasądzenia od pozwanej Gminy Miasta(...) - Miejskiego Zarządu Dróg kwoty 1.116.463,74 zł wraz z odsetkami od następujących kwot: 72.948,11 zł od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty, 1.043.515,63 zł od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty (k. 2-6 akt VI GNc 414/15; VI GC 9/16).

W dniu 15 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w T. wydał w sprawie sygn. akt VI GNc 414/15 nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, w którym uwzględnił w całości żądanie pozwu. (k. 135 akt VI GNc 414/15; VI GC 9/16).

Od powyższego nakazu zapłaty sprzeciw wniósł pozwany zaskarżając go w całości oraz wnosząc o oddalenie powództwa (k. 139-146 akt VI GNc 414/15; VI GC 9/16).

W odpowiedzi na sprzeciw powód cofnął pozew w zakresie kwoty 72.948,11 zł i wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie oraz o zasądzenie kwoty 1.043.515,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 72.948,11 zł od dnia 29 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty, 1.043.515,63 zł od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty (k. 162-164 akt VI GNc 414/15; VI GC 9/16).

W uzasadnieniu powód wskazał, że pozwany w dniu 29 grudnia 2015 r. zapłacił kwotę 72.948,11 zł tytułem rozliczenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne wycenione na podstawie cen z kosztorysu ofertowego.

W dniu 1 marca 2016 r. wydano zarządzenie o połączeniu sprawy prowadzonej pod sygnaturą VI GC 9/16 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia ze sprawą o sygn. akt VI GC 267/15 i wspólnego prowadzenia pod sygn. akt VI GC 267/15 (k. 186 akt VI GNc 414/15; VI GC 9/16).

Pismem z dnia 26 kwietnia 2016 r. powód cofnął pozew w zakresie kwoty 5.000.000 zł i wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie oraz o zasądzenie kwoty 1.802.665,09 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 1.574.386,80 zł od dnia 10 września 2015 r. do dnia 29 grudnia 2015 r., 5.000.000 zł od dnia 11 września 2015 r. do dnia 23 marca 2015 r., 82.649,46 od dnia 11 września 2015 r. do dnia zapłaty, 676.500 zł od dnia 12 września 2015 r. do dnia zapłaty, 72.948,11 zł od dnia 29 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty, 1.043.515,63 zł od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu wskazał, że pozwany dokonał częściowej zapłaty dochodzonej należności w łącznej kwocie 5.000.000 zł. Wpłacona kwota została zaliczona na poczet należności wynikającej z dochodzonej faktury nr (...) z dnia 11.08.2015 r. wystawionej na sumę 5.082.649,46 zł. Z przedmiotowej faktury pozostało do zapłaty 82.649,46 zł.

Pismem z dnia 2 listopada 2017 r. powód wskazał wartość aktualnego żądania i wyjaśnił sposób zaliczenia wpłat (k. 471 – 473).

Na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2016r. powód sprecyzował, że dochodzi kwoty 759.149,46 zł z odsetkami od kwoty 5.000.000 zł od dnia 11.09.2015 r. do dnia 23.03.2016 r. wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 82.649,46 zł od dnia 11.09.2015 r. do dnia zapłaty oraz 676.500,00 zł od dnia 12.09.2015 r. do dnia zapłaty. Powód wskazał nadto, że żąda jeszcze odsetek od kwoty 1.574.386,80 zł od dnia 10.09.2015 r. do 29.12.2015 r. Odnośnie do żądania pierwotnie dochodzonego w sprawie VI GC 9/16, powód podtrzymał stanowisko domagając się zasądzenia kwoty 1.043.515,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 72.948,11 zł od dnia 29 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty, 1.043.515,63 zł od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty (k. 217).

Wyrokiem z dnia 10 stycznia 2020 r. Sąd Okręgowy w T.:

I. w sprawie o zapłatę kwoty 7.333.536,26 zł

1. zasądził od pozwanego Gminy Miasta (...) - Miejskiego Zarządu Dróg w (...) na rzecz powoda (...) S.A. w W. kwotę 440 533,46 zł (czteryście czterdzieści tysięcy pięćset trzydzieści trzy złote czterdzieści sześć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetkami ustawowymi za opóźnienie od kwot:

- 357.884 zł (trzysta pięćdziesiąt siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt cztery złote) od dnia 12 września 2015 roku do dnia zapłaty,

- 82.649,46 zł (osiemdziesiąt dwa tysiące sześćset czterdzieści dziewięć złotych czterdzieści sześć groszy) od dnia 11 września 2015 roku do dnia zapłaty,

2.zasądził od pozwanego na rzecz powoda odsetki ustawowe, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetki ustawowe za opóźnienie od kwot:

- 1.574.386,80 zł (milion pięćset siedemdziesiąt cztery tysiące trzysta osiemdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) za okres od dnia 10 września 2015 roku do dnia 29 grudnia 2015 roku,

- 5.000.000 zł (pięć milionów złotych) za okres od dnia 11 września 2015 roku do dnia 23 marca 2016 roku,

3.umorzył postępowanie co do należności głównej w kwocie 6 574 386,80 zł (sześć milionów pięćset siedemdziesiąt cztery tysiące trzysta osiemdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy),

4.oddał powództwo w pozostałej części,

5.zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 120 525,23 zł (sto dwadzieścia tysięcy pięćset dwadzieścia pięć złotych dwadzieścia trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. w sprawie o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł

1 .zasądził od pozwanego Gminy Miasta(...) - Miejskiego Zarządu Dróg w (...) na rzecz powoda (...) S.A. w W. kwotę 1.014.250,31 zł (milion czternaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych trzydzieści jeden groszy) wraz z odsetkami ustawowymi, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetkami ustawowymi za opóźnienie za okres od dnia 26 października 2015 roku do dnia zapłaty,

2.zasądził od pozwanego na rzecz powoda odsetki ustawowe od kwoty 72.948,11 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące dziewięćset czterdzieści osiem złotych jedenaście groszy) za okres od dnia 26 października 2015 roku do dnia 29 grudnia 2015 roku,

3.umorzył postępowanie co do należności głównej w kwocie 72.948,11 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące dziewięćset czterdzieści osiem złotych jedenaście groszy),

4.oddał powództwo w pozostałej części,

5.zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 63.041 zł (sześćdziesiąt trzy tysiące czterdzieści jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

***Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie następujących ustaleń i rozważań:***

W dniu 21 maja 2014 r. strony na skutek przeprowadzonego postępowania przetargowego, podpisały umowę na wykonanie projektu pn.: „(...) w (...) na odcinku od trasy mostowej w osi ul. (...) do ul. (...)”.

Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 107.641.839,75 zł brutto. Stosownie do § 6 ust. 3 i 4 umowy strony ustaliły możliwe przypadki i sposób zmiany wynagrodzenia. Strony uzgodniły, iż wynagrodzenie mogło „ulec zmianie w następujących przypadkach:

1. wydania przez zamawiającego pisemnego polecenia wykonania rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych w dokumentacji projektowej, o których mowa w §3 ust. 4 pkt 1 niniejszej umowy, których wartość przekracza wartość rozwiązań podstawowych;

2. wydania przez zamawiającego pisemnego polecenia wykonania robót dodatkowych nieobjętych dokumentacją projektową, a niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, o których mowa w § 3 ust. 4 pkt 3 niniejszej umowy;

3. wydania przez zamawiającego pisemnego polecenia zaniechania wykonania części przedmiotu zamówienia określonego w §1 ust. 1 niniejszej umowy.

Strony ustaliły następujący sposób postępowania w przypadkach zmian wynagrodzenia:

1) w przypadku rozwiązań zamiennych, których:

a) wartość przekracza wartość rozwiązań podstawowych, wykonawca przedstawi zamawiającemu do akceptacji ich wartość, którą ustali na podstawie średnich cen jednostkowych SEKOCENBUD-u dla województwa (...) aktualnych w miesiącu, w którym kalkulacja jest sporządzana. Po akceptacji przez zamawiającego wyceny przedstawionej przez wykonawcę, wykonawca sporządzi protokół robót zamiennych, a zmiana wynagrodzenia z niego wynikająca potwierdzona zostanie aneksem do niniejszej umowy. Nadto:

- jeżeli cena jednostkowa przedłożona przez wykonawcę do akceptacji zamawiającemu będzie skalkulowana niezgodnie z postanowieniami ppkt a) powyżej lub nieuzasadniona, zamawiający wprowadzi korektę ceny opartą na własnych wyliczeniach;
- wykonawca zobowiązany jest dokonać wyliczeń cen, o których mowa w ppkt a) powyżej oraz sporządzić protokół robót zamiennych przed rozpoczęciem robót wynikających z tych zmian;
- w przypadku wykonania przez wykonawcę jakichkolwiek robót zamiennych bez akceptacji zamawiającego, wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec zamawiającego z tytułu wykonania tych robót;

b) wartość nie przekracza wartości rozwiązań podstawowych, wykonawca sporządzi i przedstawi zamawiającemu do akceptacji protokół robót zamiennych;

2) w przypadku robót dodatkowych, wykonawca przedstawi zamawiającemu do akceptacji ich wartość, którą ustali na podstawie średnich cen jednostkowych SEKOCENBUD-u dla województwa (...) aktualnych w miesiącu, w którym kalkulacja jest sporządzana. Po akceptacji przez zamawiającego wyceny przedstawionej przez wykonawcę, wykonawca sporządzi protokół konieczności, a zmiana wynagrodzenia z niego wynikająca potwierdzona zostanie aneksem do niniejszej umowy. Ponadto:

a) jeżeli cena jednostkowa przedłożona przez wykonawcę do akceptacji zamawiającemu będzie skalkulowana niezgodnie z postanowieniami pkt 2 powyżej lub nieuzasadniona, zamawiający wprowadzi korektę ceny opartą na własnych wyliczeniach;

b) w przypadku wykonania przez wykonawcę jakichkolwiek robót dodatkowych bez akceptacji zamawiającego, wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec zamawiającego z tytułu wykonania tych robót;

c) zamawiający dopuszcza wykonanie robót dodatkowych bez uprzedniej akceptacji jedynie w przypadku prac niezbędnych do wykonania ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią. W takim przypadku Inspektor Nadzoru upoważniony jest do udzielenia wykonawcy zlecenia na wykonanie takich robót wpisem w Dzienniku Budowy, z niezwłocznym powiadomieniem o tym fakcie zamawiającego. Zamawiający zapłaci za wykonane roboty po przedłożeniu dokumentów, o których mowa w pkt 2 powyżej, w przypadku jeżeli konieczność ich wykonania nie powstała z przyczyn, a które odpowiada wykonawca;

d) łączna wartość robót dodatkowych nie może przekroczyć 20% wartości zamówienia podstawowego;

3) w przypadku zaniechania wykonania części przedmiotu umowy, wykonawca sporządzi protokół robót zaniechanych, a zmiana wynagrodzenia z niego wynikająca zostanie potwierdzona aneksem do umowy.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 umowy zamawiający zastrzegł sobie prawo „polecić wykonawcy na piśmie, jeżeli jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz pod warunkiem zaistnienia obiektywnej konieczności wynikającej z aspektu ekonomicznego, organizacyjnego, czy też usprawnienia procesu realizacji robót itp.:

- 1) wykonanie rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych w dokumentacji projektowej i polegających na zmianie sposobu wykonania jakiegoś elementu, technologii lub zmianie cech elementu bez zmiany rodzaju i charakteru robót, a także zmiany celu, jaki ma być w efekcie ich wykonania osiągnięty,
- 2) pominięcie jakichkolwiek robót objętych dokumentacją projektową, o której to decyzji zamawiający poinformuje wykonawcę z 15-dniowym wyprzedzeniem przed planowanym terminem rozpoczęcia tej części robot, której dotyczy wyłączenie;
- 3) wykonanie robót dodatkowych nieobjętych dokumentacją projektową, a niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy;
- 4) dokonanie zmiany kolejności wykonania robót objętych dokumentacją projektową, a wykonawca jest zobowiązany do wykonania tychże poleceń. Zmiana ta nie wymaga aneksu do umowy”.

W toku prowadzonych robót na skutek działań zamawiającego polegających na wprowadzeniu dokumentacji zamiennych, między innymi ze względu na konieczność skorygowania przebiegów kanalizacji deszczowej i sanitarnej spowodowanej aktualizacją uzgodnień z (...), konieczność skorygowania wadliwego projektu kładki dla pieszych w rejonie ul. (...), konieczność dostosowania budowanej Trasy (...) do projektowanej Trasy (...) (w celu uniknięcia przez zamawiającego w przyszłości kosztownych przebudów elementów realizowanej Trasy (...)) w szczególności: przebudowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej, przebudowy estakady wraz z jej częściową rozbiórką, rozbiórki przejazdu rowerowego i wykonania go w innym miejscu) oraz wydania w tym zakresie stosownych poleceń, wykonawca systematycznie wykonywał prace i przekazywał do Nadzoru Inwestorskiego oraz zamawiającego w formie pisemnej wraz z niezbędnymi dokumentami wycenę robót dodatkowych i zamiennych. Weryfikacja wycen przekazanych przez nadzór była przeprowadzana w miarę przekazywania dokumentów przez Wykonawcę.

Strony miały trudności ze zgodnym ustaleniem wartości prac. Początkowo strony wymieniały się w tym przedmiocie pismami, a następnie postanowiły o spotkaniu przedstawicieli. W dniach 2-5,6 czerwca 2015 r. odbyły się 3 spotkania negocjacyjne przy udziale pracowników MZD w (...) odpowiedzialnych za inwestycję, niezależnych ekspertów i przedstawicieli wykonawcy. Strony podpisały protokół z tabelą zawierającą szczegóły porozumienia. Tabela ta zawiera zakres wykonanych przez wykonawcę (powoda) robót oraz ustaloną przez strony ich wartość. Zgodnie z zapisem protokołu ostateczna wynegocjowana wartość robót dodatkowych i zamiennych zaakceptowana przez obie strony wynosiła 8.450.000 zł. Na spotkaniu obecny był wiceprezydent T., który podpisał protokół.

Powód wykonał roboty dodatkowe w zakresie i jakości żądanej przez pozwanego, co pozwany potwierdził protokołami odbioru.

W związku z wykonaniem i odbiorem robót, powód wystawiła faktur FV (...) z dnia 10.08.2015r. na kwotę 1.574.386,80 zł, FV (...) z dnia 11.08.2015r. na kwotę 5.082.649,46 zł, FV (...) z dnia 12.08.2015r. na kwotę 676.500,00 zł, FV (...) z dnia 25 września 2015 roku na kwotę 72 948,11 zł i FV (...) z dnia 25 września 2015 roku na kwotę 1 043 515,63 zł.

Wezwaniem z dnia 14 września 2015r. (doręczonym w dniu 15 września 2015r.) powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 7 333 536,26 zł wynikającej z niezapłaconych należności, w terminie do dnia 7 dni. pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Wezwaniem z dnia 2 listopada 2015 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1 116 436,74 zł w terminie 7 dni.

Pozwany w dniu 29 grudnia 2015 r. zapłacił kwotę 1.574.386,80 zł i 72.948,11 zł, a w dniu 23 marca 2015 roku kwotę 5.000.000 zł jako rozliczenie prac dodatkowych. Pozwany zapłacił wynagrodzenie w wysokości jaka jego zdaniem była należna. W tytułach zapłaty pozwany wskazał rozliczenie z firmą (...), bez odniesienia do konkretnych prac.

Strony nie zawarły umowy dotyczącej wykonania prac dodatkowych i zamiennych.

Sąd Okręgowy ustalił, że w wyniku prac dodatkowych wykonanych przez powoda pozwany (ponad kwotę zapłaconą) został wzbogacony o kwotę 440.533,46 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 267/15) oraz 1.014.250,31 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 9/16).

Przechodząc do rozważań Sąd pierwszej instancji wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił w oparciu o okoliczności bezsporne, dowody z dokumentów, które nie budziły wątpliwości, a także w oparciu o zeznania świadków: P. K., D. B., W. R., M. K. M. Z., R. A., W. P., A. P., G. J., M. K. (1) a nadto na podstawie opinii biegłego sądowego z dziedziny budownictwa oraz uzupełniających wyjaśnień biegłego R. P.

Sąd uwzględnił zeznania świadków w bezspornym zakresie i znajdującym potwierdzenie we wnioskach opinii biegłego – tj. w części dotyczącej wykonania przez powoda prac zamiennych i dodatkowych w ogólności oraz w części dotyczącej prowadzenia negocjacji.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że na podstawie zeznań świadków ustalono, iż roboty dodatkowe i zamienne zostały przez powoda wykonane i odebrane, a strony przeprowadziły kilkudniowe spotkania (z udziałem niezależnych ekspertów) celem wypracowania zgodnego stanowiska co do wynagrodzenia za te roboty. Spotkania te pozwoliły na bardzo szczegółową analizę kosztorysów prac dodatkowych i zamiennych. Powód uważał, że uzgodniona w wyniku porozumienia kwota jest ostateczna i pozwany zobowiązał się ją zapłacić, a tym samym uznał roszczenie. Natomiast pozwany (reprezentowany w czasie spotkań przez zastępcę Prezydenta(...)) Z. F., który podpisał porozumienie) uważał, że jeszcze w dalszych negocjacjach biznesowych uda się to wynagrodzenie obniżyć, a wypracowane porozumienie jest podstawą do tych negocjacji.

Sąd Okręgowy odwołał się do zeznań świadka S. K. – dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg (k. 250 v – 251), który stwierdził, że szczegółowy zakres robót dodatkowych i zamiennych został przez inwestora zaakceptowany i wykonany przez wykonawcę. Niezależni eksperci dokonali wyceny prac i wspólnie z przedstawicielami obu stron po kilkudniowych spotkaniach została ustalona kwota z protokołu z czerwca 2015 roku tj. 8 450 000 zł. Pozwany miał jednak świadomość, że jest jeszcze potrzebna zgoda Skarbnika i Prezydenta Miasta.

Skarbnik Miasta M. K. (1) zeznała, że jeszcze przed spotkaniem stron i zawarciem porozumienia, inżynier kontraktu przyjrzał się wycenie prac dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda i na podstawie cennika Sekocenbud ustalił ich wartość na kwotę 9 300 000 zł. Do grupy mającej za zadanie ustalenie wartości prac (spotkania 2-5 czerwca 2015r) zostały powołane osoby wskazane przez zastępcę prezydenta i właśnie skarbnika. Skarbnik stwierdziła, że nie akceptowała ustalonego wynagrodzenia z protokołu z dnia 6 czerwca 2015 roku, jednak nie wie, czy to jest dużo czy mało za takie prace. Miasto nie miało pieniędzy na ten cel w ustalonej kwocie.

Dalej Sąd Okręgowy wyjaśnił, że dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wartości robót dodatkowych i zamiennych wykonanych w związku z realizacją przez powoda zadania pn. „(...)w (...) zgodnie z umową nr (...) z dnia 21 maja 2014 roku” i wyznaczył jako biegłego R. P.. (k. 303).

Sąd pierwszej instancji uznał, że wydana w sprawie opinia była stanowcza, wyczerpująca, nie zawierała sprzeczności, ponadto biegły odpowiedział na wszystkie pytania Sądu i stron. Zarzuty stron do opinii były na bieżąco przez biegłego wyjaśniane; biegły R. P. każdorazowo odnosił się do zgłaszanych przez strony zastrzeżeń. W rezultacie Sąd uznał te zarzuty za chybione. Biegły szczegółowo przeanalizował dokumenty zgromadzone w sprawie (w tym 6 kosztorysów szczegółowych) oraz zeznania świadków i w sposób zrozumiały przedstawił metodę wyliczenia wartości prac. Biegły wycenił poszczególne pozycje prac i odniósł je do protokołów odbioru oraz załączonych kosztorysów (k.321-362). Następnie na rozprawie w dniu 12 października 2017 roku wyjaśnił wszystkie zastrzeżenia do opinii i wyjaśnił wnioski opinii (k. 463- 464).

W ocenie Sądu Okręgowego wartość części prac, już w toku procesu, została przyznana przez powoda i zapłacona. Dotyczyło to zabezpieczenia przepływu kanalizacji deszczowej DN 1200 i jej poszczególnych elementów, co wynika z pisma pozwanego z dnia 29 grudnia 2015 roku i wpłaty z dnia 29 grudnia 2015 roku na kwotę 1 647 334,91zł (k.175).

Z uwagi na fakt, że wartość części prac została przez pozwanego w pismach procesowych wprost przyznana i zapłacona, a część wpłat została dokonana bez wskazania prac, których zapłata dotyczy, zdaniem Sądu istotnym dokumentem było dokonane przez powoda szczegółowe zestawienie prac w ujęciu dotyczącym rozliczeń stron tj. wpłat dokonanych po wytoczeniu powództwa i opinii biegłego (zestawienie k. 478 – 487). Sąd Okręgowy uznał, że pozwany nie odniósł się merytorycznie do tego zestawienia i nie zakwestionował sposobu zaliczenia wpłat stwierdzając jedynie, że dokonując wpłat w toku procesu zaspokoił wszystkie uzasadnione roszczenia powoda.

W ocenie Sądu pierwszej instancji opinia biegłego wskazuje, że zasadne jest żądanie powoda w zakresie kwoty 440.533,46 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 267/15). Są to należności wynikające z dwóch faktur, a mianowicie kwota 357.894,00 zł z faktury VAT o numerze (...) i kwota 82.649,46 zł z faktury VAT o numerze (...) (częściowo zapłacona). Wyższa z wymienionych kwot dotyczy prac związanych z zamulaniem kanałów pianobetonem, natomiast niższa kwota stanowi wynagrodzenie należne powodowi za dokonaną przebudowę wodociągów w ogródkach działkowych (opinia biegłego k.737 i 738 oraz zestawienie szczegółowe prac i wpłat k. 478 – 487).

Jeżeli chodzi o drugą z połączonych spraw (co do prac objętych sprawą VI GC 9/16) Sąd Okręgowy ustalił, że wartość tych prac wynosi 1.014.250,31 zł. Wskazana kwota wynika z wystawionej przez powoda faktury VAT o numerze (...) i dotyczy wykonanego przez powoda na rzecz pozwanego przepustu pieszko-rowerowego (opinia biegłego k. 360, 463 – 464 zestawienie prac k. k. 478 – 487 – częściowo zapłacone).

W konsekwencji Sąd pierwszej instancji uznał, że skoro powód wykonał prace dodatkowe i zamienne objęte porozumieniem, a strony nie zawarły umowy dotyczącej tych prac (mimo przewidzianej w umowie procedury) podstawą należnego wynagrodzenia wykonawcy są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zdaniem Sądu Okręgowego, za ugruntowany należy uznać pogląd, że podstawą rozstrzygnięcia sporów związanych z inwestycjami gminnymi i uwzględnienia żądań wykonawcy wyłonionego przez gminę w drodze przetargu, w przypadku wykonania robót nieobjętych umową stron, zastosowanie mają właśnie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Pozwany jest stroną, która skorzystała z efektów prac powoda bez podstawy prawnej dlatego jest bezpodstawnie wzbogacony (art. 405 k.c.).

Powództwo zostało oddalone w zakresie przekraczającym ustaloną przez biegłego wartość prac jako nieudowodnione – art 6 k.c.

Sąd Okręgowy rozstrzygnął o odsetkach na podstawie art. 481 k.c., w zw. z art. 455 k.c. zgodnie z terminami ustalonymi w treści wezwań do zapłaty.

Sąd uznał częściowe cofnięcie pozwu za dopuszczalne i na podstawie art. 355 k.p.c. umorzył postępowanie w części objętej cofnięciem.

O kosztach procesu należnych pozwanemu od powoda orzeczono na mocy art. 100 k.p.c. Z uwagi na fakt, że część należności została przez pozwanego zapłacona po wytoczeniu powództwa, pozwanego należało uznać za przegrywającego sprawę w części zapłaconej. W obu przypadkach powód przegrał procentowo w wartości mniejszej niż 5% i z tego powodu Sąd zastosował zasadę, zgodnie z którą jeżeli przeciwnik uległ tylko co do nieznacznej części Sąd może włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów.

Na koszty postępowania w sprawie VI GC 267/15 złożyły się: opłata od pozwu 100.000,00 zł, łączne koszty opinii biegłego 13 291,23 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 7.200,00 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa 34 zł.

W sprawie o sygn. akt VI GC 9/16 koszty postępowania obejmowały natomiast opłatę od pozwu 55.824,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 7.200,00 zł i opłatę skarbową od pełnomocnictwa 17 zł.

Określając kwotę wynagrodzenia pełnomocnika powoda w obu sprawach Sąd uwzględnił datę wniesienia powództwa oraz obowiązujące wówczas przepisy, tj. § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę



prawnego ustanowionego z urzędu z dnia 28 września 2002 r. (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349; t. j. z dnia 25 lutego 2013 r., Dz. U. z 2013 r., poz. 490).

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniósł pozwany, zaskarżając je w części, w zakresie:

1. w sprawie o zapłatę 7.333.536,26 zł:

a) punktu I.1 wyroku, zasądającego kwotę 440.533,46 zł wraz z odsetkami ustawowymi, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetkami ustawowymi za opóźnienie od kwot:

- 357.884,00 zł od dnia 12 września 2015 roku do dnia zapłaty;

- 82.649,46 zł od dnia 11 września 2015 roku do dnia zapłaty;

b) punktu I.2 wyroku, zasądającego odsetki ustawowe, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetki ustawowe za opóźnienie od kwot:

- 1.574.386,80 zł za okres od dnia 10 września 2015 roku do dnia 29 grudnia 2015 roku;

- 5.000.000,00 zł za okres od dnia 11 września 2015 roku do dnia 23 marca 2016 roku;

c) punktu I.5 wyroku, zasądającego kwotę 120.525,23 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

2. w sprawie o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł (poprzednia sygnatura VI GC 9/16):

a) punktu 1.1 wyroku, zasądającego kwotę 1.014.250,31 zł wraz z odsetkami ustawowymi, a od dnia 1 stycznia 2016 roku odsetkami ustawowymi za opóźnienie za okres od dnia 26 października 2015 roku do dnia zapłaty;

b) punktu II.2 wyroku, zasądającego odsetki ustawowe od kwoty 72.948,11 zł za okres od dnia 26 października 2015 roku do dnia 29 grudnia 2015 roku;

c) punktu II.5 wyroku, zasądającego kwotę 63.041,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Pozwany jednocześnie oświadczył, że zakresem zaskarżenia w przedmiotowej sprawie nie jest objęte poczynione przez Sąd I instancji ustalenie, iż strony nie zawarły umowy dotyczącej prac dodatkowych i zamiennych, a w konsekwencji brak jest podstaw dla uwzględnienia powództwa z tytułu odpowiedzialności kontraktowej Pozwanego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) art. 327<sup>1</sup> § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku - Kodeks postępowania cywilnego (dalej: „k.p.c.”) przez brak odniesienia się przez Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do wszystkich dowodów w sprawie, w tym w szczególności zeznań świadków powołanych zarówno przez powoda, jak i Pozwanego, oraz zeznań stron w zakresie dotyczącym:

- sposobu wyliczenia przez Powoda wartości dochodzonego wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych w oparciu o wskaźniki z cennika Sekocenbud,

- dysproporcji pomiędzy cenami rynkowymi, w tym cenami oferowanymi realnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego a cenami określonymi w cenniku Sekocenbud,

- oferowania przez powoda w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty podstawowe cen znacznie poniżej wartości wynikających z cennika Sekocenbud, co umożliwiło powodowi uzyskanie zamówienia na roboty w tym zakresie,

oraz poprzez brak wyjaśnienia w uzasadnieniu podstawy prawnej wydanego rozstrzygnięcia z przytoczeniem zastosowanych przepisów prawa, polegający na braku wskazania:

- przyczyn dla których Sąd uznał, że roszczenie Powoda podlega zasądzeniu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a w konsekwencji, że w sprawie ziściły się i zostały wykazane przez powoda wszystkie przesłanki odpowiedzialności pozwanego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia;

- przyczyn, dla których Sąd uznał, że za wartość bezpodstawnego wzbogacenia Pozwanego należy uznać wartości wskazane w opinii biegłego;

- przyczyn, dla których Sąd uznał, że dla wartości obliczenia rzekomego wzbogacenia Pozwanego należy przyjmować stawki wykonania robót budowlanych wedle cennika Sekocenbud - przyjętego przez Strony umownie, mimo iż Sąd jednoznacznie stwierdził, że dla rozliczeń Stron w analizowanym przypadku nie mają zastosowania kontraktowe reguły, a zatem i cennik Sekocenbud;

b) art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c. § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez uwzględnienie powództwa w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, mimo iż powód dochodził w postępowaniu roszczenia z tytułu wynagrodzenia umownego za roboty dodatkowe i zamienne, zaś podstawa faktyczna roszczenia o wynagrodzenie jest w sprawie zdecydowanie odmienna, niż dla roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, wskutek czego Sąd orzekł ponad żądanie, czego konsekwencją było również pozbawienie pozwanego prawa do obrony swych praw w postępowaniu;

c) art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 4 lipca 2019 roku o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (dalej: „ustawa zmieniająca”) poprzez dopuszczenie przez Sąd wnioskowanych przez powoda:

- postanowieniem z dnia 4 stycznia 2018 roku - dowodu z uzupełniającej opinii biegłego celem wskazania wartości robót niewyliczonych przez biegłego w opinii podstawowej wymienionych w zestawieniu na karcie 500 akt sprawy;

- postanowieniem z dnia 7 maja 2018 roku - dowodu z dokumentów złożonych przez Powoda wraz z pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r., na podstawie których biegły wydał następnie opinię uzupełniającą i zaniechanie pominięcia tych dowodów jako spóźnione, mimo iż powód nie wykazał, ażeby nie zgłosił tych dowodów na wcześniejszym etapie postępowania bez swojej winy, uwzględnienie tych dowodów nie powodowało zwłoki w rozpoznaniu sprawy, bądź by wystąpiły inne wyjątkowe okoliczności;

d) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasad wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego i sprzecznych z zasadami logiki wnioskowania, wyrażające się w szczególności przyjęciem, że wartością bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego kosztem Powoda są kwoty wskazane w kosztorysach sporządzonych przez Powoda (i konsekwentnie kwestionowane przez Pozwanego) w oparciu o cennik Sekocenbud i wartości zweryfikowane przez biegłego w wydanych opiniach, a w konsekwencji Pozwany został wzbogacony (ponad kwotę zapłaconą) o kwotę 440.533,46 zł oraz 1.014.250,31 zł przy jednoczesnym pominięciu okoliczności, iż:

- powód przygotował kosztorysy w sprawie w szczególności w oparciu o cenniki Sekocenbudu;

- powód w warunkach rynkowych nie uzyskałby wynagrodzenia w wartościach określonych w cenniku Sekocenbud;

- powód w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty podstawowe oferował ceny znacznie poniżej cen określonych w cenniku Sekocenbud;

- w przedstawionych kosztorysach i opiniach biegłego wskazane zostały wartości z uwzględnieniem m.in. zysku powoda, który nie stanowi elementu składającego na wartość wzbogacenia;

- opinie biegłego w sprawie nie były sporządzane na okoliczność ustalenia wartości wzbogacenia Pozwanego kosztem Powoda, a na okoliczność „wartości robót dodatkowych i zamiennych wykonanych w związku z realizacją przez powoda zadania pn. (...) w (...) zgodnie z umową nr (...) z dnia 21 maja 2014 roku”,

podczas gdy przeprowadzenie oceny materiału dowodowego zgodnie z regułami logicznego wnioskowania i uwzględnienie przedmiotowych okoliczności przez Sąd winno było prowadzić do wniosku, że:

- wartości wskazane przez powoda w złożonych w postępowaniu kosztorysach oraz wartości wynikające z opinii biegłego nie odpowiadają pojęciu „wzbogacenia” w rozumieniu przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a w konsekwencji powód nie wykazał zaistnienia w sprawie podstaw odpowiedzialności Pozwanego w oparciu o bezpodstawne wzbogacenie,

- należności uiszczone przez Pozwanego na rzecz Powoda wyczerpywały kwoty należne Powodowi w związku z wykonaniem spornych prac;

- powód nie zaproponował i tym samym nie wykazał żadnym dowodem wartości wzbogacenia ponad kwoty uregulowane przez pozwanego.

2.naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (dalej: „k.c.”) w zw. z art. 6 k.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie i zasądzenie roszczenia dochodzonego przez powoda w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, mimo iż powód nie wykazał (pomimo spoczywającego na nim w tym zakresie ciężaru dowodu) wystąpienia w sprawie przesłanek odpowiedzialności pozwanego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia co do zasady i co do wysokości, w tym w szczególności nie wykazał, że zasądzona zaskarżonym wyrokiem kwota stanowiła wartość wzbogacenia pozwanego kosztem Powoda, a także kwestii kluczowej, tj. że wzbogacenie nastąpiło w warunkach podlegających obowiązkowemu zwrotowi (np. poprzez zastrzeżenie zwrotu świadczenia).

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1.zmianę wyroku w zakresie objętym zaskarżeniem i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem I instancji

2.zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych;

ewentualnie, w przypadku uznania, że zachodzą przesłanki do uchylecia wyroku, w tym w szczególności zachodzi podstawa do stwierdzenia nieważności postępowania przed Sądem I instancji, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Na podstawie art.380 k.p.c. w zw. z art.162 k.p.c. skarżący wniósł o rozpoznanie postanowień Sądu pierwszej instancji z dnia 4 stycznia 2018 r. oraz z dnia 7 maja 2018 r., nie podlegających zaskarżeniu w drodze zażalenia, a mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:**

Apelacja była w znacznej części uzasadniona.

Na wstępie należy podkreślić, że w obecnie obowiązującym w polskiej procedurze cywilnej systemie apelacji pełnej postępowanie drugoinstancyjne nie ma wyłącznie charakteru kontrolnego, lecz jest kontynuacją merytorycznego rozpoznania sprawy. Wydając wyrok reformacyjny Sąd drugiej instancji ma obowiązek dokonania własnych ustaleń

faktycznych, oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz ustalenia podstawy prawnej wyroku. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., II CNP 72/12, LEX nr 1360205, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. I CSK 477/14, LEX nr 1765986).

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zasadniczo podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy odnośnie do zawarcia umowy pomiędzy stronami, jej treści, zakresu robót objętych umową i zakresu wykonanych prac, nie podziela natomiast ustalenia, że w wyniku prac dodatkowych wykonanych przez powoda pozwany (ponad kwotę zapłaconą) został wzbogacony o kwotę 440.533,46 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 267/15) oraz 1.014.250,31 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 9/16).

### ***Odmienne i uzupełniająco Sąd Apelacyjny ustalił co następuje:***

W związku z wykonaniem i odbiorem robót, powód wystawił faktury FV (...) z dnia 10 sierpnia 2015 r. na kwotę 1.574.386,80 zł, FV (...) z dnia 11 sierpnia 2015 r. na kwotę 5.082.649,46 zł, FV (...) z dnia 12 sierpnia 2015 r. na kwotę 676.500,00 zł, FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 72 948,11 zł i FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 1 043 515,63 zł. (okoliczności bezsporne)

Faktury FV (...) z dnia 10 sierpnia 2015 r. na kwotę 1.574.386,80 zł oraz FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 72 948,11 zł, obejmowały wynagrodzenie za prace dodatkowe i zamienne związane z „(...) w (...) na odcinku od trasy mostowej w osi ul. (...) do ul. (...)”, przy czym wskazano, że wynagrodzenie zostało obliczone na podstawie cen z kosztorysu ofertowego.

(dowód: faktura k.127, k.130 akt VI GC 9/16)

Faktura FV (...) z dnia 11 sierpnia 2015 r. na kwotę 5.082.649,46 zł obejmowała wynagrodzenie za prace dodatkowe i zamienne związane z „(...) w (...) na odcinku od trasy mostowej w osi ul. (...) do ul. (...)”, przy czym wskazano, że wynagrodzenie zostało obliczone na podstawie „cen SEKOCENBUD oraz po negocjacjach z Zamawiającym”.

(dowód: faktura k.128)

Faktura FV (...) z dnia 12 sierpnia 2015 r. na kwotę 676.500,00 zł obejmowała wynagrodzenie za prace dodatkowe i zamienne związane z „(...)w (...) na odcinku od trasy mostowej w osi ul. (...) do ul. (...)” (zamulenie kanałów pianobetonem), przy czym wskazano, że wynagrodzenie zostało obliczone na podstawie „cen SEKOCENBUD oraz po negocjacjach z Zamawiającym”.

(dowód: faktura k.129)

Faktura FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 1 043 515,63 zł obejmowała wynagrodzenie za prace dodatkowe i zamienne związane z „(...) w (...) na odcinku od trasy mostowej w osi ul. (...) do ul. (...)”, przy czym wskazano, że wynagrodzenie zostało obliczone na podstawie „cen SEKOCENBUD oraz po negocjacjach z Zamawiającym”.

(dowód: faktura k.131)

Suma należności objętych przedmiotowymi fakturami wynosiła 8.450.000 zł.

Pozwany w dniu 29 grudnia 2015 r. zapłacił kwotę 1.574.386,80 zł i 72.948,11 zł. Kwota 1.574.386,80 zł została zapłacona jako rozliczenie wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne wycenione na podstawie cen z kosztorysu ofertowego, to jest za:

a) bypass kanalizacji sanitarnej – odcinek A rury Ø 1000 m dług. 75 mm pompowanie,

- b) zabezpieczenie przepływu kanalizacji deszczowej DN 1200 montaż dodatkowego zabezpieczenia przy przejściu pod torowiskiem kolejowym w rurze osłonowej dł. 12 m, przesunięcie zestawu zabezpieczającego i umieszczenie pod podporą,
- c) wykonanie robót dodatkowych polegających na ułożeniu dodatkowych korytek ściekowych wzdłuż ścieżki rowerowej i wykonaniu dodatkowych robót drogowych związanych ze zmianą lokalizacji przepustu pieszo – rowerowego,
- d) wykonanie robót dodatkowych polegających na usunięciu kolidujących drzew,
- e) ciepłociąg z rur  $\varnothing$  600 m w miejsce projektowanego pierwotnie  $\varnothing$  500 m,
- f) dodatkowy odcinek kompensacji na odcinku E,
- g) burzenie obiektów kubaturowych na działkach,
- h) wykonanie robót dodatkowych polegających na budowie dwóch dodatkowych zjazdów,
- i) wykonanie robót dodatkowych polegających na zwiększonej ilości robót ziemnych na odcinku w km 0+850 do 1+800.

Kwota 72.948,11 zł została zapłacona jako rozliczenie wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamiennie wycenione na podstawie cen z kosztorysu ofertowego, to jest za:

- a) bypass kanalizacji sanitarnej - odcinek B rury  $\varnothing$  8000 m dług. 35 mm pompowanie,
- b) wykonanie robót dodatkowych polegających na ułożeniu dodatkowych korytek ściekowych wzdłuż ścieżki rowerowej i wykonaniu dodatkowych robót drogowych związanych ze zmianą lokalizacji przepustu pieszo – drogowego.

(dowód: pismo pozwanego z dnia 29 grudnia 2015 r., k.175-176)

W dniu 23 marca 2015 roku pozwany zapłacił powodowi kwotę 5.000.000 zł jako rozliczenie – zdaniem pozwanego – wszystkich pozostałych prac dodatkowych.

(okoliczność bezsporna, kopia przelewu, k. 246)

Wartość robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda i objętych 6 kosztorysami szczegółowymi przedłożonymi przez powoda, dotyczących przepustu pieszo – rowerowego przy ul. (...), kładki dla pieszych przy ulicy (...), kapy chodnikowej szerokiej estakady trasy (...), robót dodatkowych na sieci gazowej, montażu przewodów jezdnych, montażu przewodów wyrównawczych wynosi:

- a) koszt związany z budową przepustu pieszo- rowerowego 1.889.298,27 zł brutto;
- b) koszt związany z budową kładki dla pieszych przy ulicy (...) 701.508,03 zł brutto;
- c) koszt związany z budową kapy chodnikowej (szerokiej) estakady trasy (...) 366.718,35 zł brutto;
- d) koszt robót dodatkowych przy przebudowie sieci gazowej ( na odcinku C w ul. (...) oraz D w ul. (...)) wynosi 16.597,95 zł brutto;
- e) koszt demontażu oświetlenia zewnętrznego i montażu przewodów jezdnych miedzianych związanych z przebudową torowiska tramwajowego przy ul. (...) wynosi 141.784,55 zł brutto;
- f) koszt montażu przyrządów wyrównawczych w torowisku związanych z przebudową torowiska tramwajowego przy ul. (...) wynosi 46.333,51 zł brutto.

(dowód: opinia biegłego sądowego R. P. k.321-410, w szczególności strona 40-41 opinii k.358-361; opinia uzupełniająca k.448)

Wartość robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda i objętych 12 kosztorysami szczegółowymi przedłożonymi przez powoda, dotyczących :

- a) pozostałych robót dodatkowych przy realizacji bypassu kanalizacji sanitarnej przy ul. (...) – odc. B;
- b) ułożenia korytek ściekowych wzdłuż ścieżki rowerowej;
- c) przebudowy wodociągów (ogródki działkowe), przebudowy linii NN (ogródki działkowe), przeniesienie rozdzielni (ogródki działkowe) – łącznie 10 kosztorysów wynosi:
  - a) koszt związany z wykonaniem pozostałych robót dodatkowych dotyczących budowy bypassu kanalizacji sanitarnej przy ul. (...)– odc. B wyniósł 71.614,63 zł brutto;
  - b) koszt związany z ułożeniem korytek ściekowych wzdłuż ścieżki rowerowej 14.811,44 zł brutto;
  - c) koszt związany z przebudową wodociągów (ogródki działkowe) 162.485, 76 zł brutto;
  - d) roboty dodatkowe związane z zamulaniem pianobetonem 357.884 zł brutto.

(dowód: opinia uzupełniająca biegłego sądowego R. P., k.731-739, w szczególności strona 8-11 opinii, k.736-739)

Powyższych uzupełniających ustaleń Sąd Apelacyjny dokonał na podstawie dokumentów prywatnych w postaci faktur, których autentyczność nie była przez strony kwestionowana a nadto część okoliczności była bezsporna między stronami.

Sąd podzielił także opinię biegłego sądowego R. P.. Biorąc bowiem pod uwagę zakres wiedzy specjalistycznej biegłego, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, logikę wyводу i przejrzystość wyjaśnienia zagadnienia wymagającego wiadomości specjalnych Sąd Apelacyjny uznał opinię biegłego za rzetelną i w pełni przydatną dla oceny kwestii wymagających wiadomości specjalnych przy rozstrzygnięciu zasadniczego przedmiotu niniejszego procesu.

Przechodząc do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności należało odnieść się do najdalej idących zarzutów naruszenia art. 327<sup>1</sup> § 1 k.p.c. oraz art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c. § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c.

Zgodnie z art. 327<sup>1</sup> k.p.c.:

§ 1. Uzasadnienie wyroku powinno zawierać:

- 1) wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, obejmującej ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej;
- 2) wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

§ 2. Uzasadnienie wyroku sporządza się w sposób zwięzły.

Skarżący upatrywał uchybienia cytowanemu przepisowi przede wszystkim w braku odniesienia się przez Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do wszystkich dowodów w sprawie w zakresie dotyczącym:

- sposobu wyliczenia przez powoda wartości dochodzonego wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych w oparciu o wskaźniki z cennika Sekocenbudu oraz przyczyn dla których Sąd uznał, że roszczenie

podlega zasądzeniu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i przyczyn, dla których uznał, że za wartość bezpodstawnego wzbogacenia należy uznać wartości wskazane w opinii biegłego;

- przyczyn, dla których Sąd uznał, że dla wartości obliczenia rzekomego wzbogacenia należy przyjmować stawki wykonania robót budowlanych wedle cennika Sekocenbud, mimo iż Sąd jednoznacznie stwierdził, że dla rozliczeń stron nie mają zastosowania kontraktowe reguły, a zatem i cennik Sekocenbud.

Na wstępie należy podkreślić, że w orzecznictwie za utrwalony należy uznać pogląd, który Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie w pełni podziela, wedle którego zarzut naruszenia przepisu regulującego zasady sporządzania uzasadnienia (dawny art. 328 § 2 k.p.c.) - może być skutecznie podniesiony tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku zostanie zredagowane w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, jakie ustalenia co do faktów i ocena prawna zadecydowały o wyniku postępowania w sprawie.

Innymi słowy, zarzut naruszenia przepisu art. 327<sup>1</sup> k.p.c. odnoszący się do elementów, jakie winno zawierać uzasadnienie orzeczenia mógłby być uwzględniony tylko wtedy, gdyby sporządzone uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie pozwalałoby na merytoryczną ocenę rozstrzygnięcia.

Tak zdaniem Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie nie było. Sąd Okręgowy wskazał, jakie poczynił w sprawie ustalenia faktyczne, na jakich w tym zakresie dowodach się oparł, oraz wyjaśnił podstawę prawną wyroku z przytoczeniem przepisu prawa. W szczególności wskazał, że w jego ocenie z opinii biegłego wynika, że „zasadne jest żądanie powoda w zakresie kwoty 440.533,46 zł (co do prac objętych sprawą VI GC 267/15), co obejmuje należności wynikające z dwóch faktur, a mianowicie kwota 357.894,00 zł z faktury VAT o numerze (...) i kwota 82.649,46 zł z faktury VAT o numerze (...) (częściowo zapłacona). Wyjaśnił także, że wyższa z wymienionych kwot dotyczy prac związanych z zamulaniem kanałów pianobetonem, natomiast niższa kwota stanowi wynagrodzenie należne powodowi za dokonaną przebudowę wodociągów w ogródkach działkowych (strona 16 uzasadnienia, k.847v).

Sąd Okręgowy wyjaśnił również, że jeżeli chodzi o drugą z połączonych spraw (VI GC 9/16) wartość tych prac wynosi 1.014.250,31 zł, zaś wskazana kwota wynika z wystawionej przez powoda faktury VAT o numerze (...) i dotyczy wykonanego przez powoda na rzecz pozwanego przepustu pieszo-rowerowego (strona 16 uzasadnienia, k.847v).

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił także, że jego zdaniem skoro powód wykonał prace dodatkowe i zamienne objęte porozumieniem, a strony nie zawarły umowy dotyczącej tych prac podstawą należnego wynagrodzenia wykonawcy są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Odwołał się przy tym do orzecznictwa podkreślając, że za ugruntowany należy uznać pogląd, iż podstawą rozstrzygnięcia sporów związanych z inwestycjami gminnymi i uwzględnienia żądań wykonawcy wyłonionego przez gminę w drodze przetargu, w przypadku wykonania robót nieobjętych umową stron, zastosowanie mają właśnie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd Okręgowy odwołał się w tym zakresie do art. 405 k.c. (strona 17 uzasadnienia, k.848).

Jakkolwiek Sąd Okręgowy wprost nie odniósł się do kwestionowanej przez pozwanego metodologii wyliczenia przez biegłego kwoty wzbogacenia w oparciu o cenniki Sekocenbud, to jednak nie było to uchybienie, które mogłoby dyskwalifikować uzasadnienie zaskarżonego wyroku na tyle, że nie było możliwości weryfikacji toku rozumowania Sądu pierwszej instancji, który doprowadził go do wniosku o częściowej zasadności roszczenia.

Odrębną kwestią jest natomiast prawidłowość poczynionych ustaleń oraz zastosowanych norm prawa materialnego dla oceny zgłoszonego roszczenia. Niemniej jednak Sąd Apelacyjny – jako instancja merytoryczna – miał możliwość w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy poczynić własne ustalenia i dokonać ich subsumcji.

Sąd Apelacyjny nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c. § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. mającego polegać na uwzględnienie powództwa w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, mimo iż powód dochodził roszczenia z tytułu wynagrodzenia umownego za roboty dodatkowe i zamienne, wskutek czego Sąd orzekł ponad żądanie, czego konsekwencją było również pozbawienie pozwanego prawa do obrony swych praw.

Niewątpliwie, przed wprowadzeniem do obrotu prawnej normy z art. 156<sup>2</sup> k.p.c., w judykaturze ukształtował się dominujący pogląd, że „rozstrzygnięcie o roszczeniu na innej podstawie prawnej niż wskazywana przez stronę, bez poinformowania o takiej możliwości przed zamknięciem rozprawy, dla umożliwienia stronom wypowiedzenia się, skutkuje nieważnością postępowania z powodu pozbawienia strony możliwości obrony jej praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.); takie działanie sądu naruszałoby bowiem istotę wyrażonego w art.45 ust.1 Konstytucji RP konstytucyjnego prawa do sądu” (zob. np. wyroki

Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r. III CSK 136/11, LEX nr 1131125, z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 368/14, LEX nr 1657598).

Dostrzegł to ustawodawca wprowadzając do procedury cywilnej (ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2019 r. poz. 1469) od dnia 7 listopada 2019 r. art.156<sup>2</sup> k.p.c., zgodnie z którym „jeżeli w toku posiedzenia okaże się, że o żądaniu lub wniosku strony można rozstrzygnąć na innej podstawie prawnej, niż przez nią wskazana, uprzedza się o tym strony obecne na posiedzeniu”.

Z protokołu ostatniej rozprawy przed Sądem Okręgowym w dniu 17 grudnia 2019 r. wynika jednoznacznie, że Sąd pierwszej instancji uprzedził strony, że „roszczenie będzie podlegało - oprócz podstaw umownych – rozpoznaniu na podstawie bezpodstawnego wzbogacenia” (k.825v). W rezultacie w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd pierwszej instancji uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z wyżej cytowanego art.156<sup>2</sup> k.p.c.

Co do zasady trafnie skarżący zarzucił, że zasądzenie sumy pieniężnej, która wprawdzie mieści się w granicach kwotowych powództwa, lecz z uwzględnieniem innej podstawy faktycznej niż określona w pozwie powoda, stanowi orzeczenie ponad żądanie (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 kwietnia 2017 r., I CSK 270/16, LEX nr 2288106), jednakże z drugiej strony trafnie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na utrwalone stanowisko judykatury, zgodnie z którym w sytuacji, gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy uniemożliwia zasądzenie równowartości faktycznie wykonanych 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 (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, LEX nr 1293945, z dnia 11 maja 2017 r.

II CSK 541/16, LEX nr 2329450, uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 23 sierpnia 2018 r., II CSK 172/18, LEX nr 2288106).

***W niniejszej sprawie bezsporne było, że strony nie zawarły w formie pisemnej aneksu do umowy obejmującego roboty dodatkowe i zamienne, przy czym z samej umowy wynikało, że zmiana wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne wymaga potwierdzenia aneksem do umowy (§6 ust. 4 pkt 1 i 2 umowy k.25v -26). Zgodnie zaś z art.139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.jedn. Dz.U z 2019 r. poz. 1843), „do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art.139 ust.2).***

Skoro umowa obejmująca wykonanie robót zamiennych i dodatkowych nie została zawarta w formie pisemnej, to była nieważna (art.58 k.c.), jako sprzeczna z bezwzględnie obowiązującą normą art.139 ust.2 prawa zamówień publicznych.

***W tej sytuacji, jak już wcześniej wskazano, brak jest podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż strona, która skorzystała z efektów prac***



**wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona (zob. uzasadnienie wyroków Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, LEX nr 1293945, z dnia 11 maja 2017 r.**

**II CSK 541/16, LEX nr 2329450).**

Co do zasady zatem roszczenie powoda należałoby uznać za uzasadnione, jednakże wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji powód nie udowodnił wysokości roszczenia w zakresie przekraczającym spełnione przez pozwanego świadczenie w toku procesu.

W tym kontekście należało ocenić pozostałe zarzuty apelacji.

**Za w istocie obojętny dla rozstrzygnięcia sprawy należało uznać zarzut naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 4 lipca 2019 roku o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw mający polegać na dopuszczeniu przez Sąd pierwszej instancji dowodów z uzupełniającej opinii biegłego celem wskazania wartości robót niewyliczonych przez biegłego w opinii podstawowej oraz dowodu z dokumentów złożonych przez Powoda wraz z pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r., na podstawie których biegły wydał następnie opinię uzupełniającą i zaniechanie pominięcia tych dowodów jako spóźnione.**

Z poczynionych przez Sąd Apelacyjny ustaleń, nawet z uwzględnieniem zakwestionowanych dowodów, nie wynika bowiem, aby w oparciu o opinię biegłego sądowego R. P. – zarówno główną, jak i uzupełniającą – możliwe było przyjęcie wniosku o wysokości bezpodstawnego wzbogacenia przewyższającego kwotę już zapłaconą przez stronę pozwaną. Okoliczność ta zostanie wyjaśniona w związku z zarzutami naruszenia prawa materialnego.

**Z kolei zarzut naruszenia art.233 § 1 k.p.c. należało uznać za trafny w części, w której zarzucano dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że pozwany został wzbogacony (ponad kwotę zapłaconą) o kwotę 440.533,46 zł oraz 1.014.250,31 zł, jakkolwiek z innych względów, aniżeli wskazane przez skarżącego.**

**W ocenie Sądu Apelacyjnego nie stanowiło uchybienia Sądu pierwszej instancji to, że odwoływał się do opinii biegłego sądowego dokonującego weryfikacji kosztorysów przedłożonych przez powoda w oparciu o cenniki Sekocenbudu. Przyjęcie przy obliczaniu bezpodstawnego wzbogacenia tych cenników było uzasadnione zważywszy, że stanowiły one obiektywne kryterium obliczenia wynagrodzenia według stawek wolnorynkowych - zaoszczędzonego przez stronę pozwaną - , które należałoby zapłacić, gdyby świadczenie spełnione zgodnie z umową. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie podziela argumentacji skarżącego – z odwołaniem się do stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2017 r., V CSK 327/16 (LEX nr 2288118), że nabyta przez bezpodstawnie wzbogaconego "korzyść majątkowa" nie może obejmować elementu zysku tworzącego zawsze jeden z zasadniczych składników wynagrodzenia należnego wykonawcy robót budowlanych.**

**Zgodnie z art. 405 k.c., kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości.**

**Z kolei zgodnie z art.410 § 1 k.c. przepisy artykułów poprzedzających stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego. Świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli**

**czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia (§ 2).**

**W niniejszej sprawie po stronie powoda zaktualizowała się *condictio sine causa*, która powstaje w związku z wykonaniem świadczenia z zobowiązania mającego swoje źródło w nieważnej czynności prawnej (zob. W. Dubis (w:) Kodeks cywilny. Komentarz do art.405, Legalis 2019). Zgodzić należało się ze stanowiskiem pozwanego wyrażonym w odpowiedzi na apelację, że w sytuacji, gdy zwrot bezpodstawnego świadczenia nie jest możliwy w naturze (art. 405 k.c. *in fine*) - a z przyczyn oczywistych powód nie mógł skutecznie domagać się zwrotu robót dodatkowych i zamiennych – to aktualizuje się roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia będącego równowartością zaoszczędzonego wydatku, którego rozmiar winna określać cena rynkowa usługi, a zatem także z uwzględnieniem kalkulowanego zysku. Korzystanie z pracy innej osoby prowadzi bowiem przede wszystkim do wzbogacenia polegającego na zaoszczędzeniu wydatku, jaki wzbogacony poniósłby, gdyby nie uzyskane przysporzenie (zob. R.Trzaskowski, (w:) J. Gudowski (red.), Kodeks Cywilny, Komentarz do art.405 i tam powołana literatura, LEX 2018, także P. Księżak (w:) K. Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz do art.405 k.c., Legalis 2020, także uzas. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r., V CSK 157/11, LEX nr 1254741).**

Istotą uzyskanego przez stronę pozwaną nienależnego świadczenia było zatem to, że nie zapłaciła za wykonane przez powoda roboty dodatkowe i zamienne. Argumentacja strony pozwanej, że wycena tych robót byłaby niższa co najmniej o 30% aniżeli cenniki Sekocenbud nie jest przekonywująca, zważywszy przy tym, że same strony odwoływały się do tego cennika w § 6 umowy; wbrew przy tym stanowisku pozwanego, wykładnia tego postanowienia umowy nie pozwala na przyjęcie wniosku, iż wycena tych robót miała być dokonywana na podstawie innych cenników. Zapis, że „jeżeli cena jednostkowa przedłożona przez Wykonawcę do akceptacji przez Zamawiającego będzie skalkulowana niezgodnie z postanowieniami ppkt a) powyżej lub nieuzasadniona, Zamawiający wprowadzi korektę ceny opartą na własnych wyliczeniach” nie oznacza bowiem zdaniem Sądu Apelacyjnego, iż strony przy wycenie robót zamiennych i dodatkowych mogły abstrahować od cenników Sekocenbud; korekta mogła dotyczyć np. sytuacji, gdy zostały zastosowane ceny jednostkowe niezgodne z tym cennikiem lub za prace, które nie zostały np. wykonane.

**Z zeznań świadków P. K., D. B., W. R., W. P., A. P. (pracowników powoda k.217-224; 00:14:53-03:18:09) wynika także jednoznacznie, że kosztorysy prac dodatkowych i zamiennych były sporządzane w oparciu o ceny ofertowe albo – jeżeli ich nie było – ceny Sekocenbud zgodnie z umową.**

Nie oznaczało to jednak – co już wcześniej wskazano -, że roszczenie powoda było uzasadnione w części ponad już zapłaconą przez pozwanego kwotę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego uchybienie Sądu pierwszej instancji przy ustalaniu stanu faktycznego - a w konsekwencji przy zastosowaniu norm prawa materialnego - polegało bowiem na tym, że Sąd wadliwie skorelował wyliczone przez biegłego wartości z przedłożonymi przez powoda fakturami i zestawieniem obejmującym rozliczenie dokonanych wpłat (k.478- 487).

Otóż Sąd Okręgowy pominął, że suma należności objętych wszystkimi fakturami wynosił 8.450.00 zł, czyli tyle, ile zostało ujęte w protokole z negocjacji mających miejsce w dniach 2 – 5 czerwca 2015 r. (k.109 akt VI GC 9/16). Słusznie zaś zarzuciła strona pozwana, że dokumentu tego nie można traktować jako uznania długu. Stanowisko pozwanego w sposób dorozumiany zaakceptował Sąd Okręgowy, skoro zasądził należność na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, nie odwołując się do przedmiotowego dokumentu jako źródła zobowiązania.

**Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że oświadczenie to bezspornie podpisał S. K., ówczesny dyrektor (...). Z jego zeznań (k.250 v, 00:05:21 – 01:05:03) wynika, że „był umocowany przez inwestora do ustalenia zakresu robót dodatkowych i zamiennych oraz ustalenia kosztów tych**

**robót” (k.250v, 00:11:02- 00:11:55), jednak „wymagało to akceptacji przez prezydenta miasta, zmian w budżecie, bo nie było takiej kwoty w budżecie” (k.250 v, 00:13:42- 00:14:42).**

Koreluje to z pełnomocnictwem udzielonym S. K. (k.147- 148), które jednoznacznie „nie obejmowało upoważnienia do zaciągania zobowiązań finansowych skutkujących koniecznością poniesienia wydatków nie przewidzianych w budżecie gminy lub wieloletniej prognozie finansowej. Wyłączenie do nie dotyczyło umów w zakresie spraw bieżących związanych z zapewnieniem ciągłości działania MZD jako jednostki budżetowej”. Nie powinno budzić wątpliwości, że zaciągnięcie zobowiązania na kwotę 8.450.000 zł nie należało do ostatniej z wymienionych kategorii spraw.

Zgodnie przy tym z art. 46 ust.1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. jedn. Dz.U. z 2020 r. poz.713) „oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt (prezydent miasta) albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej (ust.3).

W tej sytuacji okoliczność, że na spotkaniu w czerwcu 2015 r. był wiceprezydent Z. F. (vide: zeznania świadka S. K. k.253, 01:16:19 – 01:17:12, zeznania świadka Z. F. k.295, 02:09:36 – 02:51:27) nie miała znaczenia dla oceny skutków prawnych podpisanego dokumentu, jako nie mogącego stanowić samoistnego źródła zobowiązania pozwanego.

Skoro przedmiotowego protokołu (k.109) nie można uznać za samodzielne źródło zobowiązania, to wszelkie roboty dodatkowe i zamienne, które bezspornie zostały wykonane przez powoda należałoby rozliczyć według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art.405 k.c. i następne).

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego, to jest art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. w zw. z art. 6 k.c., Sąd Apelacyjny podzielił ten zarzut w części, w której skarżący kwestionował zasądzenie dochodzonego roszczenia, pomimo iż powód nie wykazał wystąpienia w sprawie przesłanek odpowiedzialności pozwanego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia co do wysokości. Nie był natomiast trafny zarzut, że roszczenie nie zasługiwało na uwzględnienie z uwagi na brak wykazania zasady odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, na co już wcześniej zwracano uwagę.

Przeniesienie oceny prawnej roszczenia na płaszczyznę bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c. i następne) oznaczało, że to na powodzie spoczywał ciężar dowodu wykazania, w jakiej wysokości wydatki zaoszczędziła strona pozwana uzyskując przysporzenie w postaci wykonanych przez powoda prac dodatkowych i zamiennych. Należało przy tym abstrahować od kwoty 8.450.000 zł i wystawionych na jej podstawie faktur, gdyż objęta protokołem z wyników negocjacji kwota 8.450.000 zł (k.109 akt VI GC 9/16) nie mogła być relewantna dla oceny wysokości uzyskanego przez pozwanego wzbogacenia a to z przyczyn wskazanych powyżej. Wprawdzie strona pozwana w dniu 29 grudnia 2015 r. zapłaciła kwotę 1.574.386,80 zł i 72.948,11 zł, które korelowały z fakturami FV (...) z dnia 10 sierpnia 2015 r. na kwotę 1.574.386,80 zł oraz FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 72 948,11 zł, jednakże z treści tych faktur wynika, że wynagrodzenie nimi objęte zostało obliczone na podstawie niekwestionowanych przez pozwanego cen z kosztorysu ofertowego (vide: faktura k.127, k.130 akt VI GC 9/16).

Innymi słowy, powód powinien wykazać, jakie kwoty obliczone według cen rynkowych wydałby pozwany za wykonanie przedmiotowych robót dodatkowych i zamiennych a w konsekwencji – jaka jest wysokość zaoszczędzonego z tego tytułu wydatku.

Według powoda, łączna wartość prac dodatkowych i zamiennych wynosiła 8.450.000 zł. Odejmując od tego rozliczone faktury FV (...) z dnia 10 sierpnia 2015 r. na kwotę 1.574.386,80 zł oraz FV (...) z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 72 948,11 zł uzyskuje się różnicę 6.802.665,09 zł, którą wedle twierdzeń pozwu pozwany winien był jeszcze zapłacić (1.574.386, 80 zł + 72.948,11 zł = 1.647.334,91 zł; 8.450.000 - 1.647.334,91 zł = 6.802.665,09 zł).

Z poczynionych ustaleń - także uzupełniających - dokonanych na podstawie opinii biegłego sądowego R. P. (k.321-k.410) wynika, że wartość robót dodatkowych i zamiennych objętych 6 kosztorysami szczegółowymi przedłożonymi przez powoda wynosi:

- a) koszt związany z budową przepustu pieszo- rowerowego 1.889.298,27 zł brutto;
- b) koszt związany z budową kładki dla pieszych przy ulicy (...) 701.508,03 zł brutto;
- c) koszt związany z budową kapy chodnikowej (szerokiej) estakady trasy (...) 366.718,35 zł brutto;
- d) koszt robót dodatkowych przy przebudowie sieci gazowej ( na odcinku C w ul. (...) oraz D w ul. (...)) wynosi 16.597,95 zł brutto;
- e) koszt demontażu oświetlenia zewnętrznego i montażu przewodów jezdnych miedzianych związanych z przebudową torowiska tramwajowego przy ul. (...) wynosi 141.784,55 zł brutto;
- f) koszt montażu przyrządów wyrównawczych w torowisku związanych z przebudową torowiska tramwajowego przy ul. (...) wynosi 46.333,51 zł brutto.

Suma tych kwot to 3.162.240,66 zł.

W opinii uzupełniającej (k.731-739) biegły R. P. zweryfikował kolejne 12 kosztorysów szczegółowych przedłożonych przez powoda. Wartość robót dodatkowych i zamiennych wynikających z przedłożonych kosztorysów wynosi:

- a) koszt związany z wykonaniem pozostałych robót dodatkowych dotyczących budowy bypassu kanalizacji sanitarnej przy ul. (...) – odc. B wyniósł 71.614,63 zł brutto;
- b) koszt związany z ułożeniem korytek ściekowych wzdłuż ścieżki rowerowej 14.811,44 zł brutto;
- c) koszt związany z przebudową wodociągów (ogródki działkowe) 162.485, 76 zł brutto;
- d) roboty dodatkowe związane z zamulaniem pianobetonem 357.884 zł brutto.

Suma tych kwot to 606.795, 83 zł, co łącznie z wyżej ustaloną kwotą 3.162.240,66 zł daje sumę 3.769.036,49 zł. Z ustaleń wynika, że pozwany zapłacił powodowi dodatkowo kwotę 5.000.000 zł jako rozliczenie wszystkich pozostałych prac dodatkowych, a więc wyższą aniżeli wykazana przez powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność, że pozwany nie wskazywał na poczet jakich konkretnie należności wpłacił 5.000.000 zł nie upoważniała powoda do dokonywania zaliczeń na poczet wystawionych faktur objętych niniejszym postępowaniem, gdyż faktury te nie mogły potwierdzać wysokości zobowiązania, skoro roszczenie było rozpatrywane na płaszczyźnie bezpodstawnego wzbogacenia a nie odpowiedzialności kontraktowej. Sąd pierwszej instancji wadliwie zatem uwzględnił przedłożone przez powoda rozliczenie dokonanych przez powoda wpłat (pismo powoda k.471 – 476, rozliczenie k.478-487), gdyż dotknięte ono było błędem metodologicznym polegającym na przyjęciu założenia, że powodowi należy się wynagrodzenie w łącznej kwocie 8.450.000 zł wynikające z sumy kwot, na które opiewały poszczególne faktury, zaś dokonane wpłaty należało rozliczyć na poczet tych faktur i należności z nich wynikających.

Tymczasem rzeczą powoda było udowodnić wysokość wzbogacenia pozwanego, niezależnie od wystawionych faktur, z pominięciem tych kwot, zaś rzeczą Sądu było ocenić, czy zapłacone przez pozwanego kwoty 1.574.386, 80 zł + 72.948,11 zł = 1.647.334,91 zł oraz 5.000.000 zł, co łącznie daje kwotę 6.647.334,91 zł wyrównują zubożenie powoda. Podzielić należało zarzut strony pozwanej poniesiony w toku postępowania (k.794 -795), że powód nie przedstawił wystarczających dowodów do wykazania, że przysługuje mu roszczenie o zapłatę kwot w zakresie przekraczającym należności już przez pozwanego uiszczone, w szczególności dowodem takim nie są sporządzone w sprawie opinie biegłego R. P.

W rezultacie błędnie uznał Sąd Okręgowy za uzasadnione żądanie powoda w zakresie kwoty 440.533,46 zł, a mianowicie kwoty 357.894,00 zł – na poczet faktury obejmującej wynagrodzenie za prace związane z „zamulaniem pianobetonem” (faktura k.129) i kwoty 82.649, 46 zł na poczet faktury obejmującej wynagrodzenie za prace związane z przebudową wodociągów (ogródki działkowe; faktura k.128 na kwotę na 5.082.649, 46 zł, przy uwzględnieniu zaliczonej na poczet tej faktury kwoty 5.000.000 zł wpłaconej przez pozwanego). Wniosek taki był bowiem oparty na błędnym założeniu, że rozliczenie pomiędzy stronami powinno zostać dokonane na podstawie faktur i sposobu rozliczenia wpłat na ich poczet dokonanych przez powoda.

Z podobnych względów nie było podstaw do uwzględnienia żądania zasądzenia kwoty 1.014.250,31 zł (sprawa VI GC 9/16), gdyż znowu Sąd pierwszej instancji odnosił tą kwotę do wystawionej przez powoda faktury VAT o numerze (...) (k.131 akt VI GC 9/16) na kwotę 1.043.515,63 zł, obejmującej między innymi należność za wykonany przepust pieszo-rowerowy. W tym przypadku przyjęta metodologia również była oparta na błędnym założeniu, że rozliczenie pomiędzy stronami powinno zostać dokonane na podstawie faktur i sposobu rozliczenia wpłat na poczet należności z nich wynikających, przedłożonym przez powoda.

Z tych też względów Sąd Apelacyjny na podstawie wyżej wskazanych przepisów oraz art.386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok:

I.w sprawie o zapłatę kwoty 7.333.536,26 zł (sygn. akt VI GC 267/15) w ten sposób, że oddalił powództwo w zakresie zasądzonej tytułem należności głównej kwoty 440.533,46 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od kwot 357.884 zł od dnia 12 września 2015 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 82.649,46 zł od dnia 11 września 2015 r. do dnia zapłaty.

Nie było natomiast podstaw do zmiany punktu I. podpunkt 2 zaskarżonego wyroku zasądającego odsetki od dokonanych w toku postępowania wpłat kwot 1.574.386,80 zł oraz 5.000.000 zł. Skoro bowiem pozwany spełnił świadczenie w tym zakresie, to w sposób jednoznaczny przyznał, iż co do tych kwot świadczenie bezspornie się powodowi należało, a zatem przysługiwały powodowi także odsetki ustawowe za opóźnienie w spełnieniu świadczenia obliczone od terminów określonych w wezwaniach do zapłaty (art.481 k.c., k.130).

Konsekwencją merytorycznej zmiany rozstrzygnięcia była także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Skoro pozwany w toku postępowania uiścił łącznie kwotę 6.574.386,80 zł na poczet należności głównej – czego konsekwencją było umorzenie postępowania (pkt. I podpunkt 3), to w tym zakresie pozwanego należało uznać za przegrywającego proces.

Dochodzone roszczenie obejmowało kwotę 7.333.536,26 zł. Powód wygrał w 90% (6.574.386,80 zł z 7.333.536,26 zł to 90%). Powód uiścił opłatę sądową 100.000 zł, z czego 90% to 90.000 zł. Do tego dochodzi 90% z poniesionych kosztów opinii biegłego, to jest 11.962,11 zł (13.291,23 zł x 90% = 11.962,11 zł).

Wynagrodzenie pełnomocników obliczone zostało na podstawie § 6 pkt.7 obowiązującego w czasie wszczęcia postępowania 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. z 2013 poz. 490). Iloczyn 7.200 zł i 90% to 6.480 zł, zaś iloczyn 7.200 zł i 10% to 720 zł.

Suma kwot 90.000 zł + 11.962,11 zł + 6.480 zł – 720 zł = 107.722,11 zł i do takiej też kwoty Sąd Apelacyjny obniżył zasądzone w punkcie I.5. koszty procesu.

W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu (art.385 k.p.c.).

O kosztach postępowania apelacyjnego w sprawie o zapłatę kwoty 7.333.536,26 zł (sygn. akt VI GC 267/15) orzeczono zgodnie z wyrażoną w art.100 k.p.c. zasadą stosunkowego rozdziału kosztów.

Wartość przedmiotu zaskarżenia w tej sprawie wynosiła 599.384,30 zł, na co składa się należność główna 440.533,46 zł oraz skapitalizowane odsetki: od kwoty 1.574.386,80 zł w kwocie 38.302,89 zł, zaś od kwoty 5.000.000 zł w kwocie 120.547, 95 zł, łącznie 158.850,84 zł.. Suma tej kwoty i 440.533,46 zł wynosi 599.384,30 zł. Opłata sądowa (5%) od tej kwoty to 29.970 zł. Pozwany wygrał apelację w 73,5 % (440.533,46 zł z 599.384,30 zł to 73,5 %). Iloczyn 29.970 zł i 73,5% wynosi 22.028 zł.

Wynagrodzenie pełnomocników obliczone zostało na podstawie § 3 pkt.7 w zw. z § 10 ust.1 pkt.2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t. jedn. Dz.U. z 2018 poz. 265. Iloczyn 8.100 zł i 73,5% to 5.953,50 zł, zaś iloczyn 8.100 zł i 26,5 % to 2.146,50 zł. Suma kwot 22.028 zł i 5.953,50 zł wynosi 27.981,50 zł zaś różnica tej kwoty i 2.146,50 zł wynosi 25.835 zł. Taką też kwotę łącznie Sąd Apelacyjny zasądził tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kwotę 3.807 zł (5.953,50 zł - 2.146,50 zł) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Z kolei w sprawie o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł z tych samych względów co wskazane powyżej zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił powództwo w zakresie zasądzonej tytułem należności głównej kwoty 1.014.250,31 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 26 października 2015 r. do dnia zapłaty.

Sąd Apelacyjny nie znalazł natomiast podstaw do zmiany punktu II. podpunkt 2 zaskarżonego wyroku zasądzonego odsetki od dokonanych w toku postępowania wpłaty kwoty 72.948,11 zł. Jak już to wskazano, skoro pozwany spełnił świadczenie w tym zakresie, to w sposób jednoznaczny przyznał, iż co do tej kwoty świadczenie bezspornie się powodowi należało, a zatem przysługiwały powodowi także odsetki ustawowe za opóźnienie w spełnieniu świadczenia, obliczone od terminów określonych w wezwaniu do zapłaty (art.481 k.c., k.132 akt VI GC 9/16).

Konsekwencją merytorycznej zmiany rozstrzygnięcia była także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Skoro pozwany w toku postępowania uiścił łącznie kwotę 72.948,11 zł na poczet należności głównej – czego konsekwencją było umorzenie postępowania (pkt. II podpunkt 3), to w tym zakresie pozwanego należało uznać za przegrywającego proces.

Dochodzone roszczenie obejmowało kwotę 1.116.463,74 zł. Powód wygrał w 6,5% (72.948, 11 zł z 1.116.463,74 zł to 6,5 %). Powód uiścił opłatę sądową 55.824 zł, z czego 6,5 % to 3.629 zł.

Wynagrodzenie pełnomocników obliczone zostało na podstawie § 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. (t. jedn. Dz.U. z 2013 poz. 490).

Iloczyn 7.200 zł i 6,5% to 468 zł, zaś iloczyn 7.200 zł i 93,5 % to 6.732 zł. Suma kwot 3.629 zł + 468 zł – 6732 zł = 2.635 zł i taką też kwotę łącznie Sąd Apelacyjny zasądził od powoda na rzecz pozwanego tytułem zwrotu kosztów procesu.

W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu (art.385 k.p.c.).

O kosztach postępowania apelacyjnego w sprawie o zapłatę kwoty 1.116.463,74 zł (sygn. akt VI GC 9/16) orzeczono zgodnie z wyrażoną w art.98 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

Wartość przedmiotu zaskarżenia w tej sprawie wynosiła 1.015.273,58 zł, na co składa się należność główna 1.014.250,31 zł oraz skapitalizowane odsetki od kwoty 72.948,11 zł za okres od dnia 26 października 2015 r. do dnia 29 grudnia 2015 r. w kwocie 1023,27 zł.

Pozwany uległ tylko w niewielkiej części swojemu żądaniu ( jedynie co do skapitalizowanych odsetek), a zatem Sąd w całości obciążył powoda kosztami postępowania apelacyjnego w tej sprawie

Wartość przedmiot u zaskarżenia w drugiej sprawie to 1.015.273,58 zł. Iloczyn tej kwoty i 5% = 50.764 zł opłaty sądowej. Do tego dochodzą koszty zastępstwa procesowego w kwocie 8.100 zł, obliczone na podstawie § 3 pkt.7 w zw. z § 10 ust.1 pkt.2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności

radców prawnych (t. jedn. Dz.U. z 2018 poz. 265). Suma kwot 50.764 zł i 8.100 zł wynosi 58.864 zł i taką też kwotę łącznie Sąd Apelacyjny zasądził tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kwotę 8.100 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny nakazał zwrócić pozwanemu ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego T.kwotę 3.890 zł tytułem nadpłaconej opłaty sądowej od apelacji. Cała opłata sądowa od apelacji to suma kwot 29.970 zł + 50.764 zł = 80.734 zł, zaś pozwany uiścił 84.624 zł (k.908). Różnica 84.624 zł i 80.734 zł to 3.890 zł (art.80 ust.1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 755).

SSO (del.) Elżbieta Milewska – Czaja SSA Hanna Rucińska SSA Leszek Jantowski