

Sygn. akt I ACa 62/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek (spr.)
Sędziowie:	SSA Andrzej Struzik SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa E. W.

przeciwko Gminie M.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu

z dnia 30 września 2013 r. sygn. akt I C 1223/11

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala powództwo w całości i zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 3 600zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów procesu;**

**2. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 9 247zł (dziewięć tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I A Ca 62/14

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Nowym Sączu zasądził od strony pozwanej Gminy M. na rzecz powoda E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) kwotę 130.931,10 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w następujący sposób: od kwoty 114.390 zł od dnia 6.10.2011 r. i od kwoty 16.541,10 zł od dnia 9.07.2013 r. do dnia zapłaty,

a nadto kwotę 13.165 zł (trzyście tysięcy sto sześćdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania, oraz nakazał ściągnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa kwotę 709,50 zł tytułem kosztów tymczasowo włożonych przez Skarb Państwa.

W motywach orzeczenia wskazał Sąd Okręgowy na niewątpliwe okoliczności związane z;

- ogłoszeniem w dniu 19.04.2010r. przez pozwaną Gminę M.. przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ł. gmina M.”.

- pytaniami oferentów do zamawiającego czy wykonawca ma uwzględnić pracę w gruntach V i VI czyli prace z odspajaniem skał i w jakiej ilości. Na co pozwany opowiedział, że „w SIWZ opis przedmiotu zamówienia określono w pkt 4, a załączone przedmiary nie stanowiły elementu dokumentacji projektowej, miały jedynie charakter informacyjny, z zobowiązaniem wykonawcy do dokonania własnych ustaleń co do rzeczywistego zakresu robót wymaganych do osiągnięcia zamierzonego rezultatu”.

- pytaniem oferentów do pozwanej czy na terenie planowanej inwestycji występują grunty kat. VII i większej (podłoże skalne) na co zamawiający odpowiedział, że „nie przewiduje takiej kat. gruntu”.

- wybraniem w procedurze przetargowej oferty powoda strony podpisaniem w dniu 14.06.2010 roku umowy na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ł., gmina M.”. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 5.242.348,94 zł brutto, w tym podatek Vat w kwocie 945.341,61 zł. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedooszacowanie, pominięcie, oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mógł być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego (par 6 umowy). Strony przewidziały, że zmiany związane m.in. z koniecznością zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych lub materiałowych niż wskazane w dokumentacji projektowej, w sytuacji gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy i odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych lub warunków terenowych skutkujących niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych lub materiałowych nie mogły być podstawą zwiększenia wynagrodzenia (par 12 ust 2 podp 1 d i e oraz podp 2). Nie stanowiły zmiany umowy w rozumieniu art. 144 udzielenie zamówień dodatkowych lub zamówień uzupełniających określonych w przepisach o zamówieniach publicznych (par 12 ust 5). Aneksiem z dnia 14.06.2010 roku zmieniono umowę w zakresie okresu płatności faktur przelewem z 30 na 90 dni oraz wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 5.260.420,06 zł w związku ze zmianą stawki VAT. Aneksiem z dnia 16.06.2010 roku zmodyfikowano również ustaloną wysokość płatności częściowych.

- zawarciem umowy z dnia 2.07.2010 r. E. W. prowadzący działalność gosp. pn. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) mocą której powierzył sp. z o.o. (...) roboty polegające na wykonaniu kanalizacji sanitarnej m. Ł.. Umowa ta zawierała podobne regulacje co do gwarancji i innych postanowień.

- przejściem przez podwykonawcę placu budowy. Terminowo przystąpiono do realizacji przedmiotu umowy. W trakcie przeprowadzania robót ziemnych stwierdzono jednak występowanie gruntów innych niż określone w SIWZ, tj. litej skały. Stosowne adnotacje kierownik budowy uczynił w dzienniku budowy. W adnotacjach z dnia:

- 28.07-6.08.2010 r. odnotowano skałę na odcinku od studni SA3 do SA6,

- 16.08.-20.08 odnotowano skałę na odcinku SA17 do SA22

- 30.08-4.09.2010 odnotowano skałę na odcinku SA19 do SA22,

- 27.09.-1.10.2010 odnotowano skałę na odcinku SA36 do SCO

- 25-31.03.2011 zanotowano skały na odcinku SV5 do SV6, od SV20 do sV21, SV32 do SV33 i SV34. SV46 do SV48.

- 1.04-8.04 zanotowano skałę na odcinku SV37 do SV38.

- bieżącym monitorowaniem budowy przez Inspektora Nadzoru M. M., który był poinformowany o występowaniu skał na pewnych odcinkach prac. Podpisywał się pod wpisami kierownika budowy o odebraniu wykonanych odcinków kanalizacji, nie odnosząc się jednak do informacji kierownika o wystąpieniu skał, gdyż nie leżało to w jego kompetencjach. Prace z użyciem specjalistycznego sprzętu do kucia IN sam obserwował. O zauważonych utrudnieniach w pracach ziemnych W. sp.o.o. pisemnie informował Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) wraz naliczeniem dodatkowych kosztów.

- zauważeniem występowania gruntów skalnych i zwróceniem się przez pozwanego z informacją ustną do strony pozwanej. Funkcje wójta sprawował wówczas T. P.. Ówczesny wójt wiedział i akceptował zmiany wynikające z zastosowania innej technologii w wykopach ziemnych z użyciem sprzętu do kucia skał oraz zaangażowania drugiej koparki do wyciągania urobku. Wójt zadawał sobie sprawę z podniesienia kosztów inwestycji. Wcześniejsze władze akceptowały jednak prace przy innej technologii, zapewniając powoda o wypłacie środków za tzw. dodatkowe prace. Wójt polecił jedynie wykonawcy przeprowadzenie badań geologicznych, co ten uczynił. Nie zawarto wówczas odrębnej umowy na prace dodatkowe. Warunkiem wypłaty miały być odnotowane wpisy o wystąpieniu skał w dzienniku budowy z wykonaniem dokumentacji fotograficznej, i zbiorczym zestawieniem obmiarów prac wykonanych w związku ze zmianą kategorii gruntów w formie kosztorysu wykonawczego uproszczonego. Przygotowując przetarg nieograniczony nie przeprowadzono bowiem badań geologicznych, co wiązałoby się z dodatkowymi kosztami i czasem. Przed przystąpieniem do prac ziemnych wykonawca nie miał także możliwości dokonania sprawdzenia podłoża występującego w obszarze dotyczącym budowy sieci kanalizacyjnej i wykonania odwiertów z odkrywkami. Dlatego zawierając umowę strona pozwana reprezentowana przez wójta dopuszczała możliwość wystąpienia jakis dodatkowych nieprzewidzianych prac, za które gotowa była dodatkowo zapłacić.

- zagrożeniem powoda, że zjedzie z placu wobec nierzetelnego i niezgodnego ze stanem faktycznym sporządzenie SIWZ w części dotyczącej kategorii gruntu.

- zmianą stanowiska pozwanej po objęciu urzędu wójta przez B. Ż., w grudniu 2010 roku. Urzędnicy strony pozwanej niechętnie rozwiązywali problemy razem z powodem. Decyzje wymagające szybciej reakcji odciągano w czasie. Problematyczna stała się także kwestia zapłaty przez stronę pozwaną za zmianę technologii robót przy wykopach, gdzie występowała skała. Tą kwestię strony podejmowały w pisemnej korespondencji, nie dochodząc jednak do konsensusu.

- przesłaniem przez powoda do strony pozwanej kosztorysu uzupełniającego wraz z obmiarem prac w związku z wystąpieniem na trasie robót gruntów skalistych klasy VII i powyżej. W odpowiedzi na to pismo strona pozwana podała, że informowała na etapie zadawania pytań, iż istnieje możliwość wystąpienia gruntów skalistych do kat. VI. Nie przewidziano wprawdzie wystąpienia gruntów kat. VII, co jednak nie oznaczało, że oferenci bazując na własnym doświadczeniu nie mogli założyć występowania także i takich gruntów. Strona pozwana poinformowała, że wartość zamówienia została oszacowana ryczałtowo nie podlega zwiększeniu w ramach zakresu objętego postępowaniem. Strona pozwana zarzuciła również, że o pojawieniu się gruntów o wyższej niż zakładana kategoria powód nie powiadomił Inspektora Nadzoru Budowlanego ani odpowiedzialnego pracownika UG, co uniemożliwiło zweryfikowanie obliczeń.

- wskazywaniu przez powoda w okresie od stycznia do lipca 2011r., że na przedmiotowej inwestycji wystąpiły prace dodatkowe – kucie skał, nieprzewidzianie w dacie zawierania umowy, a polegające na zmianie technologii wykonywania robót ziemnych przy układaniu kolektora kanalizacji sanitarnej, co wiązało się z dodatkowymi kosztami. (...) PPUH zgodnie z ustaleniami ze stroną pozwaną zlecił nawet wykonanie ekspertyzy geologicznej dotyczącej określenia kategorii urabialności na wybranych odcinkach, potwierdzającej ich wcześniejsze zmiany w technologii prac. Strona pozwana nie zapłaciła za te dodatkowe prace, podtrzymując zajęte wcześniej przez siebie stanowisko.

- wezwaniu przez powoda strony pozwanej do zapłaty kwoty 114.390 zł w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania z tytułu robót dodatkowych.

- wykonaniem na odcinkach kanalizacji SV5-SV6, SV15-SV16, SV33-SV34, SV37-SV38, SV46 do SV 48 prac w obszarze w obrębie którego w podłożu występują zaliczane do kredy górnej warstwy inoceramowo-biotytowe z J. w tym warstwy z K. reprezentujące serię magurską, które należy zakwalifikować do kat. VII.

- wartością faktycznie wykonanych przez wykonawcę robót odpowiadających zmianie gruntów z mechanicznym odspajaniem skał w wykopie przy kat. gruntu VII, która wynosi 130.931,10 zł brutto.

Na tych podstawach Sąd Okręgowy uznał, że strony zawarły umowę o wykonanie kanalizacji sanitarnej miejscowości Ł. po przeprowadzeniu postępowania przetargowego przetargu nieograniczonego, zastrzegając w umowie wynagrodzenie ryczałtowe.

W ocenie Sądu Okręgowego biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne dla żądania zapłaty przez stronę powodową podstawę stanowiąc będzie art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2013.907 j.t dalej p.z.p.), który daje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a nie art. 632 § 2 k.c., który przewiduje możliwość podniesienia wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji poniesienia straty rażącej przez przyjmującego zamówienie.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w umowie z dnia 14.06.2010 roku strony dokładnie określiły przedmiot umowy jako „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ł., gmina M.”. Wynagrodzenie ryczałtowe, co podkreślała strona pozwana obejmowało wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogło być podstawą zmiany żądania wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto w par 12 pkt 2 strony ustaliły, że zmiany technologiczne w tym odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne oraz zmiany terminu umowy lub harmonogramu realizacyjnego robót nie mogły być podstawą zwiększenia wynagrodzenia, natomiast mogły być podstawą obniżenia wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podkreślił że strony zawierając umowę nie przewidziały wystąpienia konieczności robót dodatkowych. Umowa nie zawiera bowiem żadnych regulacji w tym zakresie. Pewne odniesienia do możliwości wykonania i sposobu rozliczenia robót dodatkowych zawarto w SIWZ. Wykonanie pewnych dodatkowych robót strony umowy jednak dopuszczały, co szeroko omawiały na wspólnych spotkaniach. Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie przedmiotowych robót budowlanych stwierdził Sąd Okręgowy, że przy tego typu pracach naturalnym jest, że zamawiający na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie jest w stanie przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robót, jakie będą konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, uzyskania oczekiwanego efektu. W trakcie procesu budowlanego, którego przedmiot obejmuje m.in.: prace ziemne, urabialność podłoża jest możliwa do weryfikacji dopiero po wjeździe na teren robót sprzętu ciężkiego. Po wykonaniu prac ziemnych z odspajaniem skał możliwe jest dopiero oszacowanie ich wielkości i kosztów z tym związanych, tym bardziej, że podłoże skalne kat. VII występowało tylko na pewnych, ściśle określonych odcinkach. Powyższe powoduje, że część prac, których z uwagi na ich charakterystykę nie można było ująć w projekcie należy zaliczyć do kategorii robót dodatkowych. W ocenie Sądu Okręgowego prace związane z odspajaniem skał na odcinkach wskazanych przez biegłego W. F. należało uznać za roboty dodatkowe, gdyż spełniają one przesłanki określone w/w przepisie. Przedmiot zamówienia dodatkowego - prace związane z odspajaniem skał nie był objęty zakresem zamówienia podstawowego i był niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego. Bez wykonania prac ziemnych z użyciem innej technologii nie doszłoby do realizacji całego projektu budowy sieci kanalizacji sanitarnej miejscowości Ł..

O kosztach orzekł Sąd Okręgowy zgodnie z art. 98 kpc,

Apelacje od wyroku złożyła strona pozwana zaskarżając wyrok w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła;

- naruszenie prawa materialnego, a to art. 632 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 prawa zamówień publicznych przez jego nieuwzględnienie przy ocenie stanu faktycznego, w sytuacji w której zgromadzony materiał dowodowy pozwalał na przyjęcie stanowiska, że powód na skutek wykonywania robót dodatkowych nie poniósł rażącej straty przy realizacji umowy, która przewidywała ryczałtowe wynagrodzenie,

- naruszenie art. 67 ust.1 pkt.5 w zw. z art. 139 ust. 1 i 2 przez przyjęcie, zawarły umowę o zamówienie dodatkowe, co nie miało miejsca, tym bardziej, że na gruncie ustawy umowy takowe mają być pod rygorem nieważności zawarte na piśmie;

- naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez nieuwzględnienie faktu sądowego wezwania powoda do przedłożenia dokumentów obrazujących jego rozliczenie z faktycznym wykonawcą inwestycji.

Na tych podstawach domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa z zasądzeniem kosztów postępowania za obie instancje sądowe.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył;

Apelacja zasługuje na uwzględnienie, jakkolwiek w pewnym zakresie z innych od wskazanych nią przyczyn.

1. Kluczem do rozstrzygnięcia sporu między stronami jest rozstrzygnięcie, czy prace związane z zmianą sposobu prowadzenia robót związanych z ułożeniem sieci sanitarnej z typowego wykopu ziemnego na dodatkowe mechaniczne odspajanie skał ujawnionych w terenie prac ziemnych jest „zamówieniem dodatkowym” w rozumieniu przepisów ustawy, a także przedmiotu zamówienia określonego przez pozwanego.

W tym zakresie należy wskazać, że przedmiotem zamówienia, a następnie umowy stron było wykonanie instalacji sanitarnej w określonym w umowie terenie związanej z kanalizacją sanitarną z przyłączami domowymi i kanałem bocznym z przyłączami domowymi o określonej długości. (§1 umowy k. 8 i przedmiot zamówienia w SIWZ k.22)

Specyfikacja wskazywała, że kosztorysy do niej dołączone nie posiadają charakteru dokumentacji projektowej, a wykonawca jest zobowiązany do dokonania własnych ustaleń co do rzeczywistego zakresu robót wymaganych do osiągnięcia zamierzonego rezultatu przewidzianego projekcie. ( str. 3 SIWZ – k. 23 akt). Nadto w umowie stron przewidziano, że zmiany związane m.in. z koniecznością zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych lub materiałowych niż wskazane w dokumentacji projektowej, w sytuacji gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy i odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych lub warunków terenowych skutkujących niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych lub materiałowych nie mogły być podstawą zwiększenia wynagrodzenia (par 12 ust 2 podp 1 d i e oraz podp 2).

W ocenie Sądu Apelacyjnego – by rozważyć kwestię „zamówienia dodatkowego” jego przedmiot nie może być objęty zakresem zamówienia podstawowego i to pomimo, że powinien być niezbędny dla prawidłowej realizacji zamówienia. Przy takim rozumieniu tego pojęcia (art.67 ust.1 pkt.3 p.z.p.) zmiana technologii wykonania prac ziemnych w terenie górzystym (jakim jest teren gminy M.) nie stanowi wykonania innego przedmiotu umowy (art.6 w zw. z art.36 ust.1 podp.3 p.z.p.) o roboty budowlane polegającej na wykonaniu kanalizacji sanitarnej (nie prowadzi bowiem do zmiany przedmiotu umowy).

Wykonanie prac (polegających na użyciu dodatkowego sprzętu związanego z koniecznością odspajania skał dla przygotowania stosowanego pod sieć wykopu ziemnego) w innej technologii nie zmienia łączącego strony węzła prawnego. Należy wskazać, że obmiar robót obciążających powoda nie zmienił się ( a zasadniczo powód okoliczności tej nie wykazał – porównaj opinię biegłego L. D. k. 6 opinii i k. 286 akt), a umowną powinnością powoda było

wykonanie instalacji sanitarnej w określonym miejscu i w kształcie określonym umową. Ułożenie tej instalacji wymagało odpowiedniego wykopu (którego kształt nie ulegał zmianie) do którego dokonania użyty został inny sprzęt od pierwotnie przewidywanego. A zatem czynność budowlana polegająca na przygotowaniu miejsca w ziemi dla ułożenia instalacji nie jest pracą dodatkową, gdyż ogranicza się jedynie do kwestii technologicznej związanej z użyciem innych środków technicznych od przewidzianych wcześniej. O trafności takiego pojmowania pojęcia robót dodatkowych przekonuje także treść art. 2 p.z.p., w którym w podpunkcie 5 z literą d stwierdzono, że przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Robotą budowlaną w realiach ocenianej sprawy było dokonanie wykopu pod sieć sanitarną, a nie użycie specjalistycznego sprzętu do odspajania skał.

Z tych przyczyn ocena prawna rozważań Sądu I instancji co do kwestii sposobu zawarcia przez strony umowy o prace dodatkowe (art.67 p.z.p), a także w tym kontekście zarzutu apelacji (nota bene trafnego) naruszenia art.139 ust.2 p.z.p. (z uwagi na ustną formę umowy) nie jest celowe. Na marginesie należy zauważyć, że fakt zawarcia nieważnej umowy w trybie ustawy prawo zamówień publicznych sam w sobie nie zamykałby celowości dalszych rozważań, skoro w takiej sytuacji roszczenie powoda wymagałoby oceny przez pryzmat bezpodstawnego wzbogacenie strony pozwanej (art. 405 k.c.). Nieaktualność rozważań tej ostatniej kwestii wynika jednakże z braku cechy „zamówienia dodatkowego” dla prac związanych z użyciem specjalistycznego sprzętu do odspajania skał stwierdzonych na odcinkach robót, na których ułożona została sieć sanitarna, będąca przedmiotem umowy.

## 2. Rozstrzygnięcie powyższej kwestii otwiera drogę dla dalszych rozważań.

Zmiana technologii wykonania robót związana z użyciem sprzętu do odspajania skał niewątpliwie prowadziła do wzrostu kosztów ich wykonania. Świadomość tego stanu rzeczy posiadały obie strony postępowania w toku wykonywania umowy. Okoliczności te potwierdzone zostały wpisami do dziennika budowy, a kontynuowanie prac przez powoda łączyło się z początkowymi zapewnieniami władz strony pozwanej co do uznania tych kosztów. Z tym, że w zakresie tym nie zmieniano na piśmie umowy łączącej strony, zaś stanowisko pozwanej uległo zmianie wraz ze zmianami w składzie władz strony pozwanej.

Sytuacja ta otwiera drogę do rozważań możliwości zastosowania art.632 k.c. , który mógł być stosowany w niniejszej sprawie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (zob. uchwałę SN z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33; wyrok SN z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, Biul. SN 2007, nr 12, s. 11, z glosą R. Szostaka, Zamówienia Publiczne. Doradca 2008, nr 3, s. 51, a także B. Lanckoroński, glosa do wyroku SN z 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, OSP 2009, z. 2, s. 19; W. Białończyk, glosa do wyroku SN z 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005, z. 5, poz. 60; oraz uwagi do art. 629) Uznanie tego przepisu jako podstawy prawnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 p.z.p.) ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w odniesieniu do art. 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33; wyroki Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, Lex nr 479317 oraz z 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, Lex nr 785535). Niewątpliwie podwyższenie wynagrodzenia powoda nie łączy się z korzyścią zamawiającego. Rozważenia zatem wymaga, czy zmianę wynagrodzenia usprawiedliwiają okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a nadto z racji treści wskazanego przepisu, czy w wyniku tego zdarzenia powstała rażąca strata po stronie powoda,

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. W tym aspekcie rysują się dwa modele rozwiązania ocenianej sprawy. Pierwszy związany z zachowaniem strony pozwanej, która w toku postępowania z zamówienia publicznego poinformowała oferentów, że w terenie robót nie przewiduje się gruntów kategorii VII, z którymi łączyła się konieczność użycia specjalistycznego

sprzętu i druga związana z miejscem (górzystym) prowadzonych prac ziemnych oraz z siedzibą przedsiębiorstwa powoda (L. – a więc w terenie pobliskim dla prowadzonych robót).

Niewątpliwie sposób, w jaki strona pozwana udzieliła odpowiedzi w czasie przetargu na pytanie dotyczące występowania na terenie budowy podłoża skalnego nie była jednoznaczna („nie przewiduje się”). Ów brak jednoznaczności odpowiedzi niewątpliwie obciąża pozwaną. Jednakże nie zwalniał powoda od pozyskania dalszej szczegółowej odpowiedzi (przynajmniej w zakresie możliwości ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie z tytułu wystąpienia takich gruntów), skoro się zważy istotną dla dokonania poprawnej kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego treść zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k.23 i 24 akt). W szczególności w SIWZ pozwana wyraźnie wskazała na powinność powoda uwzględnienia bardzo trudnych warunków terenowych i konieczności zastosowania skomplikowanych rozwiązań, przy jednoczesnym braku odpowiedniej dokumentacji geologicznej opisującej teren robót i zobowiązaniu się powoda, że skalkuluje w cenie ofertowej i bez dodatkowego wynagrodzenia (punkt 9 warunków szczegółowych przedmiotu zamówienia SIWZ) wszelkie inne prace nie objęte SIWZ, a konieczne do wykonania ze względu na sztukę budowlaną. A skoro tak, to poprzestanie powoda na uzyskaniu niejednoznacznej odpowiedzi, przy możliwej do przypisania jego osobie wiedzy, co do specyfiki terenu, obciąża powoda ze skutkiem w postaci uznania, że nie uwzględnienie możliwości wystąpienia skalistego terenu w miejscu prac nie jest zdarzeniem niezależnym od powoda. Pisząc inaczej przy niejednoznacznej odpowiedzi pozwanego i przy pominięciu tej właściwości terenu dla kosztorysu robót, powód przyjął na siebie ryzyko wadliwej kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego. Zasadniczo bowiem ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności) lub kosztów prac (w tym wynajmu specjalistycznego sprzętu) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. W tej sytuacji nie ma podstaw dla przyjęcia odpowiedzialności strony pozwanej.

Jednakże odrzucając nawet poprawność tego rozwiązania prawnego i przyjmując najbardziej korzystną dla powoda interpretację faktów, że sama odpowiedź pozwanej o nieprzewidywaniu podłoża skalnego w terenie robót była na tyle myląca, że usprawiedliwiała kalkulację wynagrodzenia z pominięciem kosztów związanych z wykonaniem prac ziemnych przy innej od pierwotnie przyjętej technologii, to wskazuje Sąd Apelacyjny, że o bezzasadności roszczenia powoda przesądza niewykazanie w sprawie przesłanki „rażącej straty” w rozumieniu wskazanego przepisu. W szczególności w art. 632 § 2 k.c. nie przewiduje ochrony prawnej przyjmującego zamówienie przed utratą oczekiwanego dochodu. W realiach sprawy powód nie był wykonawcą przedmiotu umowy i jak sam oświadczył na rozprawie apelacyjnej dopiero wynik sprawy miał doprowadzić do zmiany jego rozliczeń z podwykonawcą. Rozważenia zatem wymaga, czy na datę rozstrzygnięcia sprawy powód poniósł jakąkolwiek stratę. W tym zakresie trafnie zarzuca apelacja, że powód nie wykazał rentowności swojego przedsięwzięcia realizowanego siłami osoby trzeciej (okoliczności związane z zależnościami majątkowymi między obu podmiotami są zdaniem Sądu Apelacyjnego nieistotne), zwłaszcza, że w świetle ustaleń Sądu I instancji postanowienia umowne powoda z podwykonawcą były analogiczne do łączących obie strony postępowania..

W tym zakresie należy wskazać, że z umowy stron (§6 ust. 1 umowy k.11 akt) wynika, że wynagrodzenie ryczałtowe powoda odpowiadało kwocie 5 242 348,49 zł ( a po zmianie stawki VAT 5.260.420,06 zł ), zaś wynagrodzenie podwykonawcy (k.126 akt) wynosiło 5 126 759,45 zł.

Różnica między obu wartościami odpowiada co najmniej kwocie 115 679,49 zł (maksymalnie 133 661 zł po aneksie k.18 akt- skoro powód nie wykazał, że w podobny sposób aneksował umowę z podwykonawcą ).

Porównując te ostatnie wartości z pierwotnie zgłoszonym żądaniem pozwu zapłaty 114 390 zł (dowód k. 69 akt, czy też kosztami opisanymi w kosztorysach k.53 i54 czy w piśmie z 5 lipca 2011r. k.66 na ok. 93 000 zł) należy stwierdzić, że obie ostatnie wartości są niższe od korzyści osiągniętej przez powoda w wyniku zawarcia umowy.

Okoliczność ta wyklucza przyjęcie po stronie powoda straty, a tym samym wyklucza tezę o rażącej stracie. Oceny tej nie zmienia opinia biegłego L. D., który koszt mechanicznego odspojenia skał w wykopie oszacował na kwotę 130 931,10 zł (k. 289 akt). Należy wskazać, że istota sporu nie sprowadzała się do ustalenia możliwego do

osiągnięcia przez powoda wynagrodzenia za wykonane przez podwykonawcę prace odspajania skał, lecz do oceny, czy żądane przez powoda dodatkowe wynagrodzenie ( a zatem w pierwotnie zgłoszonej pozwem wysokości), a wywołane nie przewidzianymi w usprawiedliwiony sposób okolicznościami zwiększającymi jego wydatki (koszty), było usprawiedliwione i spowodowało u powoda rażącą stratę. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Co więcej porównanie wszystkich wartości wskazuje, że po zapłacie oczekiwanego przez podwykonawcę wynagrodzenia po stronie powoda pozostałby nieznaczny zysk. W tym kontekście trafna jest konstatacja apelacji pozwanej, że przyjęcie postulowanej przez powoda wykładni przepisu art. 632 k.c. prowadziłoby do wzbogacenie jego osoby jako swoistego pośrednika w procesie zamówienia publicznego. Teza ta jest o tyle prawdziwa, że nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że ze swej istoty działanie podwykonawcy łączyło się także z celem w postaci osiągnięcia zysku, który mieścił się w skalkulowanej przez niego wysokości wynagrodzenia ryczałtowego ( a które w sumie z opisanym dochodem powoda nie przekraczało wysokości ustalonego przez powoda poziomu wynagrodzenia ryczałtowego ostatecznie obciążającego pozwaną).

Na marginesie należy też zauważyć, że w literaturze podkreśla się, że to czy wykonanie umowy (przy uwzględnieniu konkretnych warunków działania przyjmującego zamówienie) powoduje rażącą stratę majątku przyjmującego zamówienie wymaga zbadania, w jaki sposób kształtowały się zyski przyjmującego zamówienie z podobnych umów, a także na ile stosunków wpłynęła na rażącą stratę. W tym zakresie trafnie zarzuca apelacja, że powód okoliczności tych nie wykazał i to mimo stosownego wezwania sądowego, zaś Sąd I instancji pominął te okoliczności przy ocenie całości zebranego w sprawie materiału. Należy też zgodzić się ze stroną pozwaną, że prawidłowa wykładnia wskazanego przepisu wymaga całościowej ( a nie czysto mechanicznej) oceny umowy i jej realizacji, aby ustalić czy ostateczny bilans nie grozi wykonawcy rażącą stratą , zwłaszcza w sytuacji, w której strony umowy zasadniczo wykluczały możliwość żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego (por. § 6 ust. 2 i 3 umowy stron k.11 akt), a powód nie jest wykonawcą nawet części umowy.

Mając to wszystko na uwadze orzekł Sad Apelacyjny jak w wyroku na podstawie wskazanych przepisów oraz art.386§1 k.p.c. O kosztach postępowania za obie instancje sądowe orzeczono jak w wyroku na podstawie art. 98 k.p.c. przy uwzględnieniu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie oraz wysokości opłat od apelacji.