

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek
Sędziowie:	SSA Elżbieta Uznańska SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 25 marca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlano- Usługowo-Handlowego (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko Wojewódzkiemu Szpitalowi (...) w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 13 listopada 2013 r. sygn. akt VII GC 87/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten tylko sposób, że wymienioną punkcie I kwotę 2 573 332,62 zł obniża do kwoty 2 553 250,20zł (dwa miliony pięćset pięćdziesiąt trzy tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych dwadzieścia groszy), oddalając powództwo także co do kwoty 20 082,43zł wraz z odsetkami;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwoty 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

4. nakazuje pobrać od strony pozwanej Wojewódzkiego Szpitala (...) w K. na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Apelacyjnego w Krakowie kwotę 6 184,59zł (sześć tysięcy sto osiemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt dziewięć groszy tytułem brakujących kosztów biegłego.

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Powodowy wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano–Usługowo-Handlowe (...) Spółka z o.o. w K., domagał się zasądzenia od pozwanego inwestora Wojewódzkiego Szpitala (...) w K. kwoty 3.301.392,37 zł obejmującej kwoty: 2.594.425,52 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych – budowlanych i instalacyjnych - w ramach inwestycji pn.: „Przebudowa zespołu pomieszczeń na Oddział Neurologiczny z poradniami, izbę przyjęć oraz część administracyjną dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala (...) w K. zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r.”, 47.458,19 zł tytułem odszkodowania związanego urzędową zmianą stawki podatku VAT z 22% na 23% w trakcie trwania umowy, 659.508,66 zł tytułem zwrotu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, nienależnie zapłaconych pozwanemu wskutek podstępnego wprowadzenia powoda w błąd.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 13 listopada 2013r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy zasądził od pozwanego Wojewódzkiego Szpitala (...) w K. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlano–Usługowo–Handlowego (...) Sp. z o.o. w K. kwotę 2.573.332,62 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 30 grudnia 2011r do dnia zapłaty oraz kwotę 87.801,02 zł tytułem kosztów procesu, oddalił powództwo w pozostałej części, nakazał pobranie na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach od pozwanego kwoty 954,56 zł, a od powoda kwoty 269,24 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

Strony zawarły w dniu 30 września 2010r umowę nr (...) na wykonanie remontu budynku przy ul. (...) w K. z przeznaczeniem na Oddział Neurologiczny z poradniami, izbą przyjęć oraz częścią administracyjną. Umowa została zawarta w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Termin wykonania umowy strony określiły ostatecznie na dzień 31 lipca 2011r. i przewidziały, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy powstałą z jego winy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. W § 1 umowy strony dopuściły możliwość wystąpienia w trakcie jej realizacji robót zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz robót dodatkowych w sytuacji gdy wykonanie tychże robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Ustaliły nadto, że roboty takie muszą być każdorazowo zatwierdzone przez zamawiającego i wartość takich robót będzie ustalana na podstawie parametrów kosztowych i cen czynników produkcji przyjętych w kosztorysie ofertowym, a w przypadku ich braku ceny te miały być przyjęte w wysokości nie wyższej niż wynikające z cennika (...) w poziomie kwartału poprzedzającego konieczność wykonania robót wyjątkowych wypadkach na podstawie indywidualnej wyceny wykonawcy (§ 2 ust. 4). Wskazały, że podstawą wykonania koniecznych robót zamiennych ma być podpisany aneks do umowy a w przypadku robót dodatkowych stosowna umowa, a w innym przypadku wykonawca wykonuje te roboty na własne ryzyko bez prawa żądania wynagrodzenia (§ 2 ust.5). Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości 8.350.219,10 zł netto i 1.796.067,84 zł tytułem 22% podatku VAT. Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie będzie określone kosztorysem powykonawczym opracowanym na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych obmiarów robót. Inspektorem nadzoru ze strony zamawiającego ustanowiono świadka C. P. z ze strony zamawiającego – M. G.. Sąd Okręgowy ustalił, że projekt budowlany przekazany wykonawcy posiadał szereg ujawnionych w trakcie wykonywania robót wad i niedoróbek; powstała też konieczność wykonania dodatkowej dokumentacji projektowych m.in. w zakresie wentylacji, ciepła technologicznego, instalacji słaboprądowej, co było każdorazowo zgłaszane przez wykonawcę na wspólnych z zamawiającym naradach m.in. w dniu 12 stycznia 2011r., 27 stycznia 2011r., 7 kwietnia 2011r., 19 kwietnia 2011r. Na naradzie w dniu 13 maja 2011r. projektant uszczegółowił rozwiązania przeciwpożarowe i inne dodatkowe. Nadto fakt dokonywania dodatkowych uzgodnień co do rozmiaru robót dodatkowych i zamiennych wynikał z notatek pozwanego (np. z narady z 11 stycznia 2011r.) i pism z 8 lipca 2011r. a nadto z pisma Przedsiębiorstwa (...) z 9 maja 2011r. co do realizacji prac montażowych. Zakres robót dodatkowych i zamiennych jako niezbędnych do wykonania znalazł odzwierciedlenie w protokołach konieczności i w zapisach Dziennika Budowy. W trakcie realizacji umowy prowadzona była na bieżąco i w ten sposób weryfikowana przez C. P. książka obmiaru robót. Nie ujęto w niej tych robót instalacyjnych, które podlegały zakryciu. Pozwany akceptował konieczność wykonania robót zlecając dodatkowo ich realizację m.in. w zakresie remontu rentgena, docieplenia ścian zewnętrznych, wykonania czerpni

powietrza czy też robót drogowych związanych z wymogami ochrony przeciwpożarowej. Poza sporem jest, że powód wykonał roboty dodatkowe bez aneksu do wiążącej strony umowy.

Jak ustalił Sąd pierwszej instancji, po wykonaniu robót powód przedstawił zamawiającemu przy piśmie z dnia 25 października 2011r., tj. po zakończeniu zadania, które zostało przekazane pozwanemu 7 października 2011r., kosztorysy szczegółowe na roboty zamienne i dodatkowe. Wartość robót, które powód wykonał poza kontraktem podstawowym określił na kwotę 2.109.289,04 zł netto, obejmującą zarówno roboty ogólnobudowlane jak i roboty instalacyjne i wystawił fakturę VAT nr (...) z dnia 29 listopada 2011r. na kwotę 2.594.425,52 zł z 23% z VAT, wraz z protokołem odbioru wykonanych robót z dnia 15 października 2010r., zaakceptowanym przez C. P.. Pozwany odmówił zapłaty wskazując, że roboty zamienne i dodatkowe nie były zatwierdzone przez dyrektora zamawiającego J. G., jak tego wymagała umowa. W dniu 10 listopada 2011r. pozwany wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 659.508,66 zł, obejmującą kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Powód kary te zapłacił w dniu 18 listopada 2011r. Następnie w dniu 22 lutego 2012r. złożył pozwanemu oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych swego oświadczenia o uznaniu kar umownych jako złożonego pod wpływem błędu wywołanego postępowaniem pozwanego. Powodowy wykonawca wystawiając faktury uwzględniał podatek od towarów i usług według umówionej stawki 22%, a pozwana uiszczala te należności. Po zakończeniu robót powodowa spółka w dniu 6 września 2005 r. wystąpiła do pozwanej z żądaniem zapłaty kwoty 47.458,19 zł, stanowiącej różnicę między podatkiem od towarów i usług według stawki 22 i 23% od kwot wynikających z faktur wystawionych przez powodową spółkę.

Powyższy stan faktyczny doprowadził Sąd Okręgowy do uznania roszczenia co do kwoty 2.573.332,62 zł za uzasadnione. Sąd zakwalifikował łączącą strony umowę jako umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. który zobowiązuje wykonawcę do oddania przewidzianego w umowie przedmiotu robót, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Umówione wynagrodzenie było bezspornie wynagrodzeniem kosztorysowym w rozumieniu art. 629 k.c., które jest ustalane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów wykonania określonego dzieła, może zatem zostać zmienione w ostatecznym rozliczeniu o kwotę wynikającą z ewentualnej różnicy między ilością robót określoną przedmiarem planowanych robót do wykonania a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiaru robót wykonanych. Rozliczenie i ustalenie ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy następuje po zakończeniu prac w oparciu o obmiar powykonawczy robót przy zastosowanych w umowie podstaw wyceny. Przy rozliczaniu kosztorysowym cena (wynagrodzenie) podana w ofercie jest ceną orientacyjną. Wynika z tego, iż cena oferty będąca ceną kosztorysową winna być wyliczona na podstawie wcześniejszych kalkulacji. Może ona się zmienić w zależności od ilości jednostek robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Rzeczywiście jest tak, że gdy roboty wykonywane są w reżimie zamówień publicznych, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, zakazane jest dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany umowy. Zdaniem Sądu pierwszej instancji tak się stało w nin. sprawie. W umowie przewidziano procedurę działania stron w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych i dodatkowych. W przypadku zatem zastosowania w umowie udzielającej zamówienia publicznego wynagrodzenia kosztorysowego dopuszczalna jest zmiana zakresu ilościowego przedmiotu zamówienia, zakres rzeczowy musi pozostać niezmienny. Ważnym w tym przypadku jest właściwe rozumienie obmiaru robót, który będzie rozstrzygał o ostatecznym rozliczeniu stron. Obmiar dotyczyć może jedynie robót określonych dokumentacją przekazaną wykonawcy na etapie udzielenia zamówienia publicznego, czyli przewidywanych robót w projekcie wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarze robót. W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja miała miejsce. W umowie zdefiniowano kto i w jaki sposób sprawdza i zatwierdza obmiary, jakie są warunki i sposób rozliczenia wykonania świadczenia, uzgodniono ceny jednostkowe na wypadek sytuacji gdy uwidoczni się zakres robót, którego nie było w kosztorysie ofertowym. Sąd Okręgowy oparł się na opinii biegłej A. R., z której wynika (podobnie jak z opinii a także ze stanowiska stron), że po obu stronach umowy istniała pełna świadomość tego, że remont wymagał wielu robót dodatkowych wynikających z wad projektu budowlanego, w którym roboty te nie były przewidziane a więc wykonawca nie miał na ich temat wiedzy, a jednocześnie były one niezbędne do wykonania aby obiekt mógł funkcjonować w prawidłowy sposób, a roboty były wykonane zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami. Roboty dodatkowe w przeważającej części były wykonane na podstawie

dotychczasowych zleceń szpitala, zatem zdaniem Sądu nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której zamawiający odmawia zapłaty wynagrodzenia tylko z tego powodu, że robót dodatkowych nie zatwierdził dyrektor szpitala wg zapisu § 1 ust. 6 umowy. Przedstawicielem zamawiającego na tej budowie był inspektor nadzoru C. P. i to on weryfikował na bieżąco książkę obmiarów poszczególnych etapów robót także w zakresie robót zamiennych i dodatkowych. Te zapisy mają przymiot wiarygodności i stanowią podstawę wyliczenia wartości tych robót na dzień zakończenia budowy. Roboty te nadzorował także zastępca dyrektora szpitala, świadek A. D., który także podpisywał zlecenia na roboty dodatkowe. Wprawdzie w książce obmiarów nie były notowane obmiary robót sanitarnych i elektrycznych gdyż zamawiający nie powołał inspektorów nadzoru tych robót, jednakże potrzeba wykonania tych robót ma uzasadnienie w materiale dowodowym sprawy. Są to w dużej mierze roboty ulegające zakryciu, bądź dość kosztowne, jak instalacja ciepła technologicznego, wykonana na wartość 127.836,88 zł netto. Jednakże instalacje te działają bez zastrzeżeń, co w znaczący sposób uwiarygodnia ich rozmiar wskazany w kosztorysie powykonawczym. Sąd Okręgowy nie znalazł zatem podstaw do przyjęcia, że brak pisemnej akceptacji robót zamiennych i dodatkowych przez Dyrektora szpitala niweczy prawo powoda do wynagrodzenia za roboty wykonane i odebrane przez pozwanego, który korzysta z wybudowanego obiektu. Za opinią biegłego Sąd przyjął, że wartość robót dodatkowych i zamiennych obejmuje kwotę 2.120.319,63 zł netto. Powód z tego tytułu dochodzi 2.109.289,04 zł, co z 22% VAT-em (464.043,58 zł) daje kwotę 2.573.332,62 zł, która stanowi należne powodowi wynagrodzenie. Kwota ta, zgodnie z § 2 ust. 3 umowy, winna być zapłacona w terminie 30 dni od daty faktury nr (...) z 29 listopada 2011r., obejmującej to wynagrodzenie.

Roszczenie w zakresie zwrotu uiszczonych kar umownych Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione. Sąd nie znalazł podstaw do przypisania pozwanemu podstępного wprowadzenia powoda w błąd; nie podzielił też twierdzeń powoda, że konieczność wykonania robót zamiennych i dodatkowych spowodowała wydłużenie terminu zakończenia robót o 3,5 miesiąca jak to wyliczył „matematycznie” powód, bowiem wiedząc już z końcem lipca, że nie wykona robót w terminie, mógł wystąpić o przedłużenie tego terminu, czego nie uczynił. Sąd Okręgowy nie podzielił opinii biegłego sądowego L. D. i w tym zakresie powództwo oddalił. Nie uwzględnił Sąd Okręgowy również żądania strony powodowej z tytułu zwiększenia stawki podatku VAT. W ocenie Sądu Okręgowego obowiązek zapłaty zwiększonego wynagrodzenia przez zamawiającego w związku ze zmianą stawki podatku VAT może wynikać jedynie ze zmiany umowy (art. 629 k.c.), sama zaś urzędowa zmiana czynników wpływających na kalkulację wynagrodzenia stron nie wywołuje żadnych automatycznych skutków w zakresie treści zobowiązania. Strony w umowie nie zawarły stosownych postanowień co do konsekwencji ewentualnej zmiany stawki podatku od towarów i usług, za ich zgodą nie doszło do zmiany umowy, a zatem nie ma podstaw prawnych do wprowadzenia modyfikacji postanowień umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy przy przyjęciu 23 % stawki podatku VAT zamiast 22% jak to ustalono w umowie (por. orzeczenie SN III CZP 54/06 z 21.07.2006r). Zatem żądanie pozwu w zakresie kwoty 47.458,19 zł jest nieuzasadnione.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił kolejnego wniosku pozwanego zamawiającego o dopuszczenie dowodu z trzeciego biegłego sądowego uznając, że obie opinie ujawnione w sprawie są ze sobą zbieżne, sprawa robót dodatkowych i zamiennych dostatecznie wyjaśniona. Jako podstawę uwzględnienia powództwa Sąd Okręgowy podał przepis art. 647 k.c., a w zakresie odsetek art. 481 § 1 k.c. O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i § 3 i art. 99 w zw. z art. 100 k.p.c. przy uwzględnieniu, że powód wygrał spór w 78%. Należne powodowi obejmują: opłatę od pozwu (100.000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika w podwójnej wysokości z uwagi na nakład pracy pełnomocnika zarówno jednej jak i drugiej strony procesu i skomplikowany charakter sprawy (14.440 zł), opłatę od pełnomocnictwa (17 zł) i zaliczkę na wynagrodzenie biegłych (5441,97 zł), co daje kwotę 93489,99 zł a należne pozwanemu obejmują wynagrodzenie pełnomocnika (14.400 zł), zaliczki na biegłego (11.441,97 zł) i opłatę od pełnomocnictwa (17 zł) co daje kwotę 5.688,97 zł (22%). Powodowi należy się zatem kwota 87.801,02 zł (93.489,99 minus 5.688,97 zł). O kosztach należnych Skarbowi Państwa (wyplacone wynagrodzenie biegłym ponad uiszczone przez strony zaliczki) orzeczono na podstawie art.113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła strona pozwana Wojewódzki Szpital (...) w K., zaskarżając go w części, to jest w zakresie zasądzającym od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.573.332,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami

zasądzonymi od tej kwoty oraz w zakresie rozstrzygającym o kosztach procesu (pkt I wyroku). Wyrokowi Sądu I instancji pozwany zarzucił:

1. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. wyrażające się w:

a) sprzeczności istotnych ustaleń Sądu co do zakresu oraz wartości robót dodatkowych, stanowiących przedmiot pozwu, z treścią zebranego materiału dowodowego, tj.: opinią biegłej A. R. (2), która to opinia:

- nie obejmuje obmiaru i sprawdzenia robót faktycznie wykonanych, pomimo zlecenia Sądu w tym zakresie; z zeznań biegłej złożonych na rozprawie w dniu 30.10.2013 r. wynika, iż nie dokonała obmiarów ani sprawdzenia robót, podczas gdy zakres i wartość tych robót była między stronami sporna,

- nadto opinia biegłej odnosi się do robót dodatkowych i zamiennych, podczas gdy przedmiotem pozwu były wyłącznie roboty dodatkowe, zaś powód w toku sporu nie rozszerzał powództwa o roboty zamienne,

b) sprzeczności istotnych ustaleń Sądu, co do zakresu i wartości robót dodatkowych, stanowiących przedmiot pozwu, z treścią zebranego materiału dowodowego, tj. opinią biegłego L. D., gdyż opinia ta zawiera sprzeczności, w szczególności odnośnie tego, iż biegły w swej opinii odniósł się do robót dodatkowych i zamiennych, podczas gdy przedmiotem pozwu były wyłącznie roboty dodatkowe, jak również w zakresie tego, iż biegły oparł się na obmiarach dokonywanych robót w pełnym zakresie, jednocześnie wskazując, iż inspektor nadzoru w trakcie budowy odstąpił od weryfikacji obmiarów;

2. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 217 § 2 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją kodeksu postępowania cywilnego z dnia 16.09.2011 r.) w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowo-badawczego przy przyjęciu, że dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem została ona już dostatecznie wyjaśniona, podczas gdy, w ocenie pozwanego, żadna z dwóch przeprowadzonych w toku postępowania opinii biegłych nie dała odpowiedzi na pytanie o zakres faktycznie wykonanych robót dodatkowych w sytuacji sporu co do ich zakresu i wartości;

3. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 231 k.p.c. poprzez przyjęcie domniemania, iż pomimo braku obmiarów na roboty instalacyjne należy uznać, że zostały one wykonane w wielkościach określonych przez powoda w doręczonych kosztorysach powykonawczych jedynie na tej podstawie, iż instalacje te działają bez zastrzeżeń;

4. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie, tj. zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia także za roboty zamienne, podczas gdy w pozwie powód domagał się roszczenia z tytułu robót dodatkowych, a w toku sporu nie rozszerzał powództwa o roboty zamienne;

5. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 139 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na jego niezastosowaniu poprzez przyjęcie, że między stronami doszło do zawarcia umowy na roboty dodatkowe i w konsekwencji uwzględnieniu powództwa na podstawie art. 647 k.c. pomimo braku formy pisemnej, która w przedmiotowej sprawie zastrzeżona była pod rygorem nieważności;

6. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie to jest przyjęcie, że pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy na roboty dodatkowe, których wartość stanowiła przedmiot sporu, podczas gdy z uwagi na niedochowanie formy pisemnej przewidzianej pod rygorem nieważności pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia tejże umowy;

7. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu poprzez przyjęcie, że doszło do zmiany umowy o zamówienie publiczne pomimo niespełnienia warunków tej zmiany, tj. dochowania przewidzianego w umowie trybu zmiany umowy, albowiem do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony, a

nadto tryb udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe wymagał zawarcia nowej umowy po wyczerpaniu stosownej procedury;

8. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 25 pkt 4 in fine ustawy Prawo budowlane polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu poprzez przyjęcie, że inspektor nadzoru inwestorskiego uprawniony był do dokonywania rozliczeń budowy, tj. zatwierdzania robót dodatkowych w sytuacji, gdy nie posiadał odrębnego upoważnienia pozwanego w tym zakresie, co wynika z zeznań C. P., który wskazywał, że nie miał upoważnienia do dokonywania rozliczeń na budowie.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o uchylenie przedmiotowego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania ewentualnie o zmianę przedmiotowego wyroku w zaskarżonej części przez oddalenie powództwa w tej części,

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów procesowych Sąd Apelacyjny uznał za uzasadniony zarzut błędnej oceny materiału dowodowego w części obejmującej opinie biegłych L. D. i biegłej A. R. (2). W szczególności opinię biegłej A. R. (2) Sąd Okręgowy ocenił jako rzetelną i wyczerpującą zagadnienie, na niej też oparł swoje ustalenia co do zakresu wykonanych robót. Zdaniem Sądu Apelacyjnego stanowisko to było nieuprawnione. Przyczyną dopuszczenia dowodu z opinii tej biegłej, po przedstawieniu opinii przez biegłego inż. L. D., było to, że opinia ta nie uwzględniała rzeczywistego obmiaru robót. W postanowieniu dowodowym wydanym na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r. (karta 1206) oraz w zleceniu z dnia 13 maja 2013 r. (karta 1251) Sąd Okręgowy zobowiązał drugiego biegłego do wykonania obmiaru robót objętych kosztorysem powykonawczym a następnie wyceny rzeczywiście wykonanych robót. Tymczasem biegła A. R. (2) oparła się wyłącznie na książce obmiarów co do robót ogólnobudowlanych i kosztorysach sporządzonych przez powoda co do tych robót, których obmiary nie były potwierdzone przez inwestora, stwierdzając, iż obecnie nie ma możliwości dokonania obmiarów robót ulegających zakryciu (wyjaśnienia biegłej na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. – karta 1342). Uwzględniając zarzuty apelacyjne powoda, Sąd Apelacyjny uznał, że wobec niepodjęcia przez obu sporządzających opinie w niniejszej sprawie biegłych próby dokonania odkrywek umożliwiających choćby w części dokonanie obmiaru robót i zweryfikowania roszczenia powoda, żadna z nich nie wyczerpuje wydanego przez Sąd pierwszej instancji postanowienia dowodowego. Na tej podstawie uznał za konieczne uzupełnienie postępowania dowodowego w tym zakresie dopuszczając dowód z opinii biegłego (opinia instytutu naukowo-badawczego nie była konieczna z uwagi na jednorodność tematyki) w celu dokonania obmiaru robót dodatkowych i zamiennych i zweryfikowania wynagrodzenia za wykonanie robót w tym zakresie (karta 1996). Obmiary te miały być wykonane z uwzględnieniem odkrywek w zakresie możliwym i niezbędnym do sporządzenia opinii.

Biegły sądowy inż. W. M. (1) podjął próbę wykonania obmiarów robót przy pomocy odkrywek, jednak zakończyło się to powodzeniem jedynie w części, a to z uwagi na funkcjonowanie szpitala i pełne obłożenie w salach chorych (opinia – karta 1451-1498). Biegły stwierdził, że w chwili obecnej brak jest możliwości dokonania szczegółowego obmiaru robót dodatkowych rzeczywiście wykonanych przez powoda a objętych niniejszym pozwem. Znacząca część robót, to tzw. roboty zanikowe, związane z zastosowaną technologią oraz tzw. roboty zakryte, związane z przebiegiem lub trwałym usytuowaniem elementów w ścianach, stropach, kanałach lub w obudowach. Badanie tych robót wiązałoby się z rozkuwaniem, demontażem elementów, rozbiórkami izolacji na instalacjach oraz obudów kanałowych, demontaży sufitów podwieszonych a nawet częściowych wyburzeń, a część zakresu wykonanych robót i tak nie byłaby w ogóle możliwa do sprawdzenia, natomiast koszty napraw i przywróceniu elementów budynku do stanu pierwotnego, nie wspominając o utrudnieniach pracy szpitala, byłyby bardzo duże. Biegły dokonał zatem jedynie tych sprawdzeń, które były możliwe. Na tej podstawie stwierdził, że zakresy robót oraz ilości opisane w kosztorysach dodatkowych, dla których wykonano badania i wyliczenia, zostały uprawdopodobnione w stopniu znacznym. Biegły zweryfikował zakres robót odnośnie robót budowlano-remontowych, instalacji ciepła technologicznego, instalacji wentylacji mechanicznej, instalacji sanitarnej wodno-kanalizacyjnej, instalacji centralnego ogrzewania. Wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych (biegły oświadczył, że w badanych przez niego robotach nie było robót zamiennych – karta 1541; 00:19:08), biegły ostatecznie, po uwzględnieniu zarzutów pozwanego, ustalił na kwotę: 2.092.828,10

zł netto, a wraz z 22% VAT-em (460.422,18 zł) – 2.553.250,20 zł brutto (opinia uzupełniająca – karta 1527-1529; 1531-1536).

Sąd Apelacyjny ocenił przedstawioną opinię jako niezwykle rzetelną, dokładną i kompetentną. Biegły z dużym zaangażowaniem dokonał weryfikacji zrealizowanych przez powoda robót, tak w samym obiekcie w ramach istniejących możliwości, jak i w oparciu o dokumenty znajdujące się w aktach sprawy. Wnioski tej opinii są stanowcze, w dodatku nie odbiegają znacznie od wniosków poprzednio wykonywanych opinii. Na podstawie opinii oraz pozostałego materiału dowodowego należało przyjąć, że w chwili obecnej nie można dokładnie ustalić zakresu wykonanych robót dodatkowych budowlanych w inny sposób, aniżeli przyjmując zapisy z książki obmiarów dla robót budowlanych co do ich ilości, skoro były one weryfikowane przez inspektora nadzoru, jakkolwiek tylko do dnia 22 lipca 2011 r. Braku weryfikacji dalszych wpisów wykonawcy pozwany nie wyjaśnił (karta 10-36, 1271, 1283). Dla dodatkowych robót instalacyjnych brak było książek obmiaru i tym samym brak było weryfikacji inspektorskiej. Niemniej jednak, zdaniem biegłego W. M., ich konieczność wykonawcza wynikała w wielu przypadkach bezpośrednio lub pośrednio z innych dokumentów zawartych w aktach sprawy, jak: wpisy do dziennika budowy kierownika i inspektora nadzoru, protokoły konieczności robót dodatkowych, odrębne bezpośrednie zlecenia pozwanego, zapisy w notatkach z narad koordynacyjnych, zmiany na drodze projektowych nadzorów autorskich. Roboty dodatkowe stanowiły dopełnienie zakresu podstawowego i były akceptowane i odbierane przez przedstawiciela pozwanego, który w żaden sposób ich nie kwestionował, a wręcz zlecał ich wykonanie. Według biegłego W. M., podobnie jak i poprzednich biegłych, sporny zakres prac dodatkowych jest zasadny z punktu widzenia projektowo-technologicznego z przyszłą funkcją obiektu, natomiast w stosunku do pierwotnego zakresu objętego umową, czyli zakresami opisanymi kosztorysami ofertowymi i projektem technicznym, podobnie jak i w kosztorysami inwestorskimi stanowiącymi załącznik do SIWZ, nie występowały. Zakres robót dodatkowych ukazują kosztorysy na roboty dodatkowe (karta 65-248), które powstały powykonawczo na podstawie stosownych zapisów, protokołów konieczności, nadzorów autorskich i odrębnych zleceń inwestora. Z opinii biegłego wynika, że z punktu widzenia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót (karta 527-529) oraz sprawnego funkcjonowania przez okres minionych 3 lat budynku szpitala i przychodni roboty te okazały się konieczne i zasadne. Biegły potwierdził także, że kosztorysy na roboty dodatkowe zostały wykonane zgodnie z zasadami kosztorysowania i odpowiadają ustaleniom § 2 pkt. 4 umowy stron, przy zastosowaniu nośników cenotwórczych z kosztorysów ofertowych do przetargu. Wartość rzeczywiście wykonanych robót dodatkowych wynosi: roboty budowlane 1.589.686,78 zł, roboty drogowe 2.787,23 zł, roboty teletechniczne 206.421,16 zł, wentylacyjne 141.679,57 zł, sanitarne 5.271,96 zł i 8.297,53 zł, wymiana grzejników 10.389,97 zł (powód żądał pozwem 10.109,16 zł, zatem taką kwotę należało uwzględnić), roboty sanitarne - ciepło technologiczne 126.500,46 zł, roboty budowlane 2.074,30 zł. Łącznie wartość robót dodatkowych stanowiła kwotę 2.092.828,10 zł netto, a wraz z 22% VAT-em (460.422,18 zł) – 2.553.250,20 zł.

Opierając się na ustaleniach Sądu Okręgowego oraz powyższych ustaleniach uzupełniających, Sąd Apelacyjny za nietrafne uznał pozostałe zarzuty procesowe, w szczególności naruszenia art. 231 k.p.c. poprzez przyjęcie domniemania, iż pomimo braku obmiarów na roboty instalacyjne należy uznać, że zostały one wykonane w wielkościach określonych przez powoda w doręczonych kosztorysach powykonawczych jedynie na tej podstawie, iż instalacje te działają bez zastrzeżeń. Podstawą ustaleń Sądu pierwszej instancji, jak i ustaleń powyższych, dokonanych w ramach postępowania drugoinstancyjnego, była przed wszystkim opinia biegłego W. M., oparta na zweryfikowaniu zakresu robót bezpośrednio w budynku, częściowo w wyniku dokonania odkrywek, jak i w oparciu o dokumenty pochodzące od obu stron. Jak wynika z treści umowy nr (...) oraz specyfikacji przetargowej (...) nr (...) (karta 52-62) strony nadały potwierdzeniu obmiarów podstawowe znaczenie dla rozliczenia robót. W procesie inwestycyjnym występuje szereg robót, które bądź zanikają, bądź ulegają zakryciu. Dlatego ich bieżące obmiary i odbiór stanowią praktycznie jedyną możliwość ustalenia zarówno ich ilości jak i jakości, a w niektórych wypadkach dokonanie obmiaru po zakończeniu inwestycji wiązałoby się z nadmiernymi i kosztownymi trudnościami, jak w niniejszym przypadku. Potwierdzanie obmiaru stanowi równocześnie pokwitowanie ilościowe robót, podczas gdy odbiór stanowi pokwitowanie także pod względem jakościowym. W niniejszej sprawie książka obmiaru robót została zaprowadzona jedynie dla zakresu robót budowlanych, gdzie znacząca ilość robót była odnotowywana przez kierownika budowy i weryfikowana przez inspektora nadzoru pozwanego do dnia 22 lipca 2011 r. Późniejsze zaniechanie weryfikacji

wpisanych do książki obmiarów stanowi naruszenie obowiązków zamawiającego z punktu widzenia postanowień umowy. Zważywszy jednak, że wszystkie wykonane przez powoda roboty, w tym roboty dodatkowe, zostały przez pozwanego odebrane bez zastrzeżeń, przyjęcie, że doszło do pokwitowania robót tak pod względem jakościowym, jak i ilościowym, w świetle opinii biegłego, było uprawnione.

Za nieuprawniony należało uznać zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie, tj. zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia także za roboty zamienne, podczas gdy w pozwie powód domagał się roszczenia z tytułu robót dodatkowych. Wprawdzie biegli L. D. i A. R. (2) oraz Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku posługiwali się zbitką pojęć „roboty dodatkowe i zamienne”, jednakże z opinii biegłego W. M. jednoznacznie wynika (biegły oświadczył to także na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r.), że przedmiotem jego badania były jedynie roboty dodatkowe, bo takie zostały ujęte w kosztorysach powykonawczych powoda. Wśród robót, za które powód dochodził zapłaty roboty zamienne nie występowały. Zasądzona przez Sąd pierwszej instancji kwota stanowi więc wynagrodzenie tylko za roboty dodatkowe.

Zasadne są natomiast zarzuty pozwanego dotyczące przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że między stronami doszło do zawarcia umowy na roboty dodatkowe, pomimo niezastosowania przewidzianej w umowie na tę okoliczność procedury. Sąd pierwszej instancji wskazał, że roboty dodatkowe w przeważającej części były wykonane na podstawie dodatkowych zleceń szpitala, książka obmiarów robót była na bieżąco weryfikowana przez inspektora nadzoru zamawiającego C. P. a roboty te nadzorował także zastępca dyrektora szpitala, świadek A. D., który także podpisywał zlecenia na roboty dodatkowe. Nie do zaakceptowania, zdaniem Sądu, jest sytuacja, w której zamawiający odmawia zapłaty wynagrodzenia tylko z tego powodu, że robót dodatkowych nie zatwierdził dyrektor szpitala wg zapisu § 1 ust. 6 umowy gdyż brak ten nie niweczy prawa powoda do wynagrodzenia za roboty wykonane i odebrane przez pozwanego, który korzysta z wybudowanego obiektu. De facto zatem Sąd Okręgowy uznał, że do zawarcia umowy doszło przez czynności konkludentne. Tymczasem stan faktyczny sprawy, ustalony przez Sąd pierwszej instancji oraz przedstawiony powyżej wskazuje jednoznacznie, że przedmiotowe roboty, za które powód domaga się zapłaty, nie były objęte umową stron, ani pierwotną – nr (...) ani inną zawartą przez strony później. Wprawdzie nie ulega wątpliwości, że roboty te zostały zlecone powodom do wykonania w procesie inwestycyjnym, co potwierdzają przedstawione dowody z dokumentów, zweryfikowane w opinii biegłego, jednakże forma tego zlecenia nie odpowiadała wymaganom umowy z dnia 30 września 2010r. nr (...). Jak ustalił Sąd Okręgowy, w § 1 umowy strony ustaliły, że roboty dodatkowe, niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, muszą być każdorazowo zatwierdzone przez zamawiającego, oraz wskazały, że podstawą ich wykonania ma być stosowna umowa, gdyż w innym przypadku wykonawca wykonuje te roboty na własne ryzyko bez prawa żądania wynagrodzenia (§ 2 ust. 5). Równocześnie należy podkreślić, że umowa stron realizowana była na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, które stanowią ograniczenie swobody kontraktowej wyrażonej w art. 353¹ k.c. w zakresie formy tej umowy. Każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, chociażby nie przewidywały tego przepisy regulujące dany typ umowy, musi pod rygorem nieważności zostać zawarta z zachowaniem formy pisemnej. Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Do zawarcia umowy wystarcza też wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.). Sankcją za niedochowanie pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego jest sankcja nieważności.

Jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, projekt budowlany przekazany wykonawcy posiadał szereg ujawnionych w trakcie wykonywania robót wad i niedoróbek, a wykonawca każdorazowo zgłaszał konieczność wykonania dodatkowej dokumentacji projektowych m.in. w zakresie wentylacji, ciepła technologicznego, instalacji słaboprądowej, na wspólnych z zamawiającym naradach. Nadto fakt dokonywania dodatkowych uzgodnień co do rozmiaru robót dodatkowych wynikał z notatek pozwanego (np. z narady z 11 stycznia 2011r.) i pism z 8 lipca 2011r. a nadto z pisma Przedsiębiorstwa (...) z 9 maja 2011r. co do realizacji prac montażowych. Zakres robót dodatkowych i zamiennych jako niezbędnych do wykonania znalazł odzwierciedlenie w protokołach konieczności i w zapisach Dziennika Budowy. Pozwany akceptował konieczność wykonania robót zlecając dodatkowo ich realizację m.in. w

zakresie remontu rentgena, docieplenia ścian zewnętrznych, wykonania czerpni powietrza czy też robót drogowych związanych z wymogami ochrony przeciwpożarowej. Bezsporne było to, że odbiór całości robót wykonanych przez powoda obejmował także i te sporne roboty dodatkowe. Nie ulega także wątpliwości, co potwierdziła opinia biegłego W. M., że roboty w zakresie określonym kosztorysem powykonawczym, zostały faktycznie wykonane i przyjęte przez stronę pozwaną (z niewielkimi zmianami). Analiza i ocena dokumentów w tym zakresie nie budzi żadnych zastrzeżeń.

Jednakże Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że stan faktyczny, jaki wiąże się ze zleceniem spornych robót i ich wykonaniem, nie odpowiada wymogom przewidzianym w przytoczonym § 2 ust. 5 umowy nr (...). Jak bowiem wyżej wskazano, w umowie ustalono, że wykonanie robót dodatkowych winno być poprzedzone nie tylko zatwierdzeniem ich przez stronę pozwaną, reprezentowaną przez osobę uprawnioną, ale i zawarciem stosownej umowy (bądź aneksu w przypadku robót zamiennych).

Należy zaznaczyć, iż stwierdzenie, że wykonanie danej roboty jest konieczne dla realizacji inwestycji, to oświadczenie wiedzy, a nie woli. Jest to dokument dotyczący kwestii technicznych, któremu nie można przypisywać cech formy zawarcia umowy o roboty budowlane. Jeżeli więc strony dodatkowe roboty określiły np. na protokołowanych spotkaniach dotyczących prowadzonej budowy, to spełnione zostało wymaganie dotyczące sporządzenia protokołu konieczności. Identycznie trzeba zakwalifikować wpis przez przedstawiciela inwestora w dzienniku budowy, niezakwestionowany przez wykonawcę. Sporządzenie takich dokumentów jest zwyczajem powszechnie występującym w budownictwie. Jednakże nie można ich uznać za wykonywanie umowy skoro dalszych formalności, o których mowa w umowie z dnia 30 września 2010 r., nie dopełniono.

Z ustaleń Sądu Okręgowego, jak i Sądu Apelacyjnego w oparciu o opinię biegłego W. M. wynika, że powód wykonał roboty dodatkowe opisane w kosztorysach powykonawczych. Strona pozwana roboty te zaakceptowała, dokonała ich odbioru oraz przyjęła bez zastrzeżeń. Jednakże konsekwencją nieważności umowy na wykonanie robót dodatkowych jest brak możliwości domagania się zasądzenia wynagrodzenia w oparciu o przepisy o umowie o roboty budowlane czy o dzieło. Pozostaje zatem do rozważenia kwestia, czy istnieje inna podstawa prawna do domagania się przez powodowych wykonawców równowartości tych robót.

Przepis art. 321 § 1 k.p.c., określając granice wyrokowania, wskazuje, że nie można wyrokować co do rzeczy która nie była przedmiotem żądania, czyli zasądzić coś innego niż strona żądała. Żądanie powództwa określa więc nie tylko jego przedmiot lecz również jego podstawa faktyczna. Zasądzenie sumy pieniężnej, która wprawdzie mieści się w granicach kwotowych powództwa lecz z innej postawy faktycznej, stanowi orzeczenie ponad żądanie. W pozwie powód wskazywał, iż domaga się zapłaty należności za wykonane roboty budowlane wykraczające poza ramy umowy nr (...), przyznając, że odrębna umowa ani aneks do ww umowy w zakresie obejmującym te roboty nie zostały zawarte. Twierdził dalej, że roboty te zostały wykonane na podstawie licznych protokołów konieczności i protokołów z narad. Powód powoływał się na faktyczne wykonanie tych robót, co miał potwierdzać protokół odbioru a strona pozwana w żaden sposób tym robotom się nie sprzeciwiła i nie żądała ich zaprzestania. Wartość tych robót powód skalkulował na podstawie elementów cenotwórczych stosowanych w dotychczasowych rozliczeniach ze stroną pozwaną. Podnosił także, że strona pozwana została bezpodstawnie wzbogacona bowiem wykonanie przedmiotowych robót na koszt powodowej Spółki spowodowało podniesienie wartości całej inwestycji.

Tak sformułowana podstawa faktyczna żądania, w żaden sposób nie ogranicza podstawy prawnej żądania. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa obecnie pogląd, iż w sytuacji, gdy nieważność umowy, ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie równowartości robót 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. Stanowisko takie zajęł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2010 r. IV CSK 401/10 (niepubl.), uznając, że jeżeli powód domaga się zasądzenia określonej kwoty pieniężnej na podstawie umowy zawartej z pozwanym, sąd - stwierdziwszy nieważność tej umowy - może uwzględnić powództwo na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa. Stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10 (lex nr 738545) oraz we wcześniejszym wyroku z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07 (M.Prawn. 2007/24/1339), w którym stwierdził,

że nawet w sytuacji, gdy umowa na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane jest nieważna, od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac, sąd może zasądzić wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma zatem przeszkód - ze względu na to, że podstawa faktyczna jest taka sama - do zastosowania art. 405 k.c. Taką też należało wskazać podstawę prawną uwzględnienia powództwa.

Z powyżej przedstawionych względów apelacja pozwanego podlega uwzględnieniu tylko w tej części, w której wartość rzeczywiście wykonanych robót dodatkowych została zweryfikowana przez biegłego W. M.. W zakresie robót sanitarnych (wymiana grzejników) wprawdzie biegły zweryfikował ich wartość poprzez podwyższenie dotyczącej ich kwoty, jednakże powództwo obejmowało niższą kwotę, zatem uwzględnieniu podlega ta niższa kwota (10.109,16 zł). W pozostałej części apelacja pozwanego podlega oddaleniu, na podstawie art. 385 k.p.c. Zważywszy, że zmiana wyroku Sądu pierwszej instancji jest niewielka (poniżej 1% wartości przedmiotu zaskarżenia), pozostaje to bez wpływu na treść rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu, na podstawie art. 100 zd. drugie k.p.c. Od pozwanego na rzecz powoda zasądzono kwotę 5.400 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym; pozwanego obciążono także całością kosztów biegłego, nakazując pobrać na rzecz Skarbu Państwa Sądu Apelacyjnego w Krakowie brakującą kwotę 6.184,59 zł, na podstawie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.