

Sygn. akt I ACa 618/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Teresa Rak (spr.)
Sędziowie:	SSA Regina Kurek SSA Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2016 r. w K. na rozprawie
sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o w K.**

przeciwko **Politechnice (...) im. T. K. w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 27 stycznia 2016 r. sygn. akt I C 682/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 10 800zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Regina Kurek SSA Teresa Rak SSA Robert Jurga

Sygn. akt I ACa 618/16

UZASADNIENIE

Strona powodowa Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. wniosła o zasądzenie od strony pozwanej Politechniki (...) im. T. K. w K. kwoty 337.275,20 zł z odsetkami ustawowymi:

- od kwoty 147.189,42 zł od dnia 24 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 190.085,78 zł od dnia 13 maja 2009 r. do dnia zapłaty.

Domagała się również zwrotu kosztów procesu.

Strona pozwana Politechnika K. im. T. K. w K. wniosła o oddalenie powództwa, a także o zwrot kosztów procesu.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej Politechniki (...) im. T. K. w K. na rzecz strony powodowej Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 327.436,83 zł z odsetkami ustawowymi:

- od kwoty 137.351,05 zł od dnia 24 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 190.085,78 zł od dnia 13 maja 2009 r. do dnia zapłaty

oraz oddalił powództwo w pozostałej części. Jednocześnie zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 31.141,31 zł tytułem kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie wydał w oparciu o następująco ustalony stan faktyczny sprawy:

W dniu 4 września 2008 r. powód Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. jako wykonawca wyłoniony w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - zawarł ze stroną pozwaną Politechniką (...) im. T. K. w K. - jako zamawiającym – umowę o numerze (...), której przedmiotem było wykonanie remontu oświetlenia zewnętrznego terenu (...) Politechniki (...) ul. (...) w K., zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zawierającą opis przedmiotu zamówienia i ofertą wykonawcy z dnia 12 sierpnia 2008 r., stanowiącymi integralną część umowy (§(...)umowy). Termin wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły na dzień 31 października 2008 r. (§ (...)umowy), zaś jej wartość na kwotę 468.493,69 zł brutto (§ (...) umowy). Obowiązującą formą wynagrodzenia miało być wynagrodzenie kosztorysowe. W umowie strony określiły dopuszczalne rodzaje odbiorów oraz uprawnienia przysługujące zamawiającemu w razie stwierdzenia w toku czynności odbioru wad. Na wykonawcę nałożono przy tym obowiązek zawiadomienia zamawiającego (Inspektora Nadzoru) o usunięciu wad oraz obowiązek żądania wyznaczenia terminu na odbiór robót zakwestionowanych uprzednio jako wadliwych (§ (...)umowy). Strony zastrzegły również prawo do dochodzenia kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Na wypadek, gdyby kara umowna nie pokrywała poniesionej szkody, przewidziano, że strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Strony przewidziały formę pisemną pod rygorem nieważności dla dokonywania wszelkich zmian umowy.

W kosztorysie ofertowym z dnia 6 sierpnia 2008 r. wartość przedmiotu umowy wyceniono na kwotę 468.493,69 zł brutto. Kosztorys ten odpowiadał przedmiarowi robót z dnia 20 czerwca 2008 r. Tę samą kwotę wskazano w ofercie złożonej przez powoda w dniu 12 sierpnia 2008 r.

W dniu 4 września 2008 r. przekazano protokolarnie powodowi dokumentację wykonawcy robót, zaś w dniu 10 września 2008 r. doszło do protokolarnego przekazania placu budowy.

Po rozpoczęciu wykonywania robót przez powoda ujawniły się rozbieżności pomiędzy dostarczoną przez pozwanego dokumentacją projektową, a stanem rzeczywistym. Spowodowały one konieczność zmiany technologii układania kabla oraz zwiększenie zakresu prac, a co za tym idzie również wydłużenie okresu niezbędnego do ich wykonania. Wskazane rozbieżności skutkowały koniecznością odstępstw od pierwotnego projektu. Odstępstwa te były akceptowane przez Inspektora Nadzoru, ale powód musiał każdorazowo czekać na jego decyzję. W efekcie błędów w dokumentacji projektowej powód naruszył w dniu 20 października 2008 r. kable sieci elektroenergetycznej.

Do końcowego odbioru prac przez Komisję Odbiorczą doszło w dniu 6 stycznia 2009 r. W protokole końcowego odbioru stwierdzono kilka usterek. Wyznaczono termin do ich usunięcia do dnia 15 kwietnia 2009 r. z uwagi na okres zimy.

W kosztorysie powykonawczym powód wskazał jako wartość wykonanych prac kwotę 545.094,12 zł brutto. Inspektor Nadzoru dokonał w nim jednak korekt obniżających wartość prac do kwoty 439.371,42 zł brutto. W dniu 6 stycznia 2009 r. powód wystawił stronie pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 439.371,42 zł brutto.

Strona pozwana obniżyła wynagrodzenie należne powodowi z uwagi 67 dni zwłoki, dokonując jego potrącenia z faktury VAT nr (...) z dnia 6 stycznia 2009 r. do kwoty 292.182,00 zł brutto i powołując się na nieprawidłowe wykonanie oświetlenia zewnętrznego terenu Domów (...) przy ul. (...) w K..

Zakres prac, do których wykonania powód był zobowiązany uległ rozszerzeniu w drodze uzgodnień dokonanych przez przedstawicieli obu stron w dniu 22 września 2008 r. W rezultacie tych uzgodnień w kwietniu 2009 r. powód wykonał w sposób prawidłowy prace dodatkowe – nieobjęte umową z dnia 4 września 2008 r. - polegające na rekultywacji terenu inwestycji, naprawie chodników, zasadzeniu nowych drzew i krzewów. W dniu 17 kwietnia 2009 r. powód zgłosił pisemnie do odbioru końcowego prace dodatkowe i zaleceniowe. Odbiór tych robót nastąpił w dniu 20 kwietnia 2009 r. W kosztorysie powykonawczym określono wartość prac dodatkowych i zaleceniowych na kwotę 131.937,30 zł netto.

Powód w sposób prawidłowy wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 4 września 2008 r. i uwzględnione w kosztorysie ofertowym z dnia z dnia 6 sierpnia 2008 r. Wartość tych prac wyniosła 468.493,69 zł brutto. Powód na bieżąco usuwał usterki zgłaszane przez stronę pozwaną. Usterki te nie miały poważnego charakteru i polegały na nierówno wysypanej ziemi wokół części słupów, porysowanej powłoce słupów oraz przechyleniu niektórych słupów. Usterki te nie uniemożliwiały eksploatacji oświetlenia, które funkcjonowało od dnia 15 listopada 2008 r.

Powyższy stan faktyczny Sąd I Instancji ustalił na podstawie przywołanych w uzasadnieniu dowodów z dokumentów prywatnych, zeznań świadków oraz opinii biegłych.

Dokonując oceny prawnej Sąd Okręgowy wskazał, że w przedmiotowej sprawie żądanie pozwu zasługiwało na uwzględnienie co do zasady i w znacznej części co do wysokości. Przedmiot sporu stanowiła wartość i terminowość wykonanych przez powoda prac objętych pierwotną umową stron zawartą w dniu 4 września 2008 r., a także zasadność dochodzenia przez powoda należności za wykonanie ewentualnych prac dodatkowych nieobjętych tą umową. Sąd I instancji uznał, że powód w sposób prawidłowy wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 4 września 2008 r. i uwzględnione w kosztorysie ofertowym, a korekta dokonana przez Inspektora Nadzoru nie znajdowała żadnego uzasadnienia, w związku z czym stronie powodowej należało wypłacić wynagrodzenie. Poza tym strona powodowa wykonała szereg prac dodatkowych wynikających z rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową przekazaną przez stronę pozwaną, a rzeczywistym stanem rzeczy, ujawnionych już po rozpoczęciu wykonywania prac przez powoda. Prac tych nie można zakwalifikować jako - obciążających wykonawcę - prac zmierzających do przywrócenia pierwotnego stanu terenu inwestycji. Poza tym powód wykonał szereg prac dodatkowych, nie wynikających z umowy z dnia 4 września 2008 r., a spowodowanych rozbieżnościami między dokumentacją projektową przekazaną przez stronę pozwaną a rzeczywistym stanem rzeczy ujawnionym już po rozpoczęciu wykonywania prac przez powoda. Za to również należało się wynagrodzenie.

Jeżeli chodzi o umowę z dnia 4 września 2008 r., Sąd Okręgowy zważył, że w istocie tak art. 139 ust. 2 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2015, poz. 2164), jak i (...) łączącej strony umowy przewidują dla dokonywania wszelkich zmian umowy formę pisemną pod rygorem nieważności. Nie budzi przy tym wątpliwości, że strony umowy takiej nie zawarły. W świetle poczynionych ustaleń faktycznych niewątpliwie jest jednak i to, że na skutek rozbieżności pomiędzy projektem, a stanem rzeczywistym, dla realizacji celu umowy powód był zmuszony do wykonania szeregu prac dodatkowych, mających na celu usunięcie ujawnionych przeszkód, a nadto, że wykonał prace nieobjęte pierwotną umową, a polegające na rekultywacji terenu budowy, zasadzeniu zieleni i naprawie chodników. W sytuacji takiej winny znaleźć zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Jedynie częściowo Sąd I instancji uwzględnił natomiast żądanie pozwu w zakresie kwoty 147.189,42 zł, odpowiadającej kwocie naliczonej przez stronę pozwaną kary umownej z tytułu zwłoki powoda w realizacji przedmiotu umowy z dnia

4 września 2008 r. Powód został wyłoniony w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, po uprzednim złożeniu stosownej oferty. Zaakceptował tym samym warunki przetargu wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i dobrowolnie podjął się jego wykonania. Należy przy tym podkreślić, że powód jest profesjonalistą, co powoduje, że obowiązuje go wyższy standard dbałości o własne interesy. Podstawą naliczenia przez stronę pozwaną kary umownej była zwłoka powoda w realizacji całości umowy. Sąd Okręgowy uznał jednak, że brak było podstaw do naliczenia przez stronę pozwaną kary umownej za 67 dni zwłoki powoda. Z poczynionych ustaleń faktycznych wynika bowiem, że główny przedmiot umowy, czyli instalacja oświetleniowa funkcjonował już w dniu 15 listopada 2008 r., a więc jedynie 14 dni po upływie wskazanego w umowie stron na dzień 31 października 2008 r. terminu jej realizacji. Po tym terminie powód dokonywał jedynie usunięcia stwierdzonych przez stronę pozwaną usterek, których nie sposób zakwalifikować jako usterek poważnych, a także wykonał prace dodatkowe nieobjęte pierwotną umową stron. Usterki te nie uniemożliwiały w żadnym razie eksploatacji oświetlenia. W rezultacie należy więc przyjąć w ocenie Sądu, iż powód dopuścił się wyłącznie 14 dni zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy.

Sąd I instancji uznał jednocześnie, że istnieją podstawy do miarkowania kary umownej, ponieważ powód w chwili upływu terminu realizacji umowy, tj. w dniu 31 października 2008 r., wykonał znaczną część zobowiązania. Jednocześnie jedynie częściowo ponosi on winę za dopuszczenie się zwłoki w realizacji prac objętych umową. Z uwagi na rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, a rzeczywistym stanem rzeczy był bowiem zmuszony, po pierwsze, do zmiany technologii wykonywania prac, po drugie zaś, do wykonania wskazanych wyżej prac dodatkowych polegających na usuwaniu licznych przeszkód w terenie. Niemniej jednak nie sposób całkowicie wyłączyć jego winę w opóźnieniu w wykonaniu umowy, skoro już ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wiedział, że strona pozwana oczekuje zastosowania konkretnego rodzaju kabla.

O odsetkach ustawowych Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 455 k.c. oraz art. 481 § 1 i 2 k.c., zaś o kosztach na zasadzie art. 100 zd. 2 k.p.c., zasądzając od strony pozwanej na rzecz strony powodowej wszystkie koszty, z uwagi na fakt, że strona powodowa przegrała jedynie w 5 % ($327.436,83 \text{ zł} / 337.275,20 \text{ zł} = 97\%$), a więc uległa tylko co do nieznaczącej części swojego żądania.

Apelację od wyroku złożyła strona pozwana zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że powód wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 4 września 2008 r. przewidziane w kosztorysie ofertowym oraz niezajdujące podstaw w umowie z dnia 4 września 2008 r. uznanie, że termin wykonania robót dotyczył tylko zasadniczego przedmiotu umowy, czyli oświetlenia, a nie dotyczył prac związanych z przywróceniem terenu do stanu sprzed rozpoczęcia inwestycji, a w związku z tym nie było podstaw do naliczenia, a następnie potrącenia kar umownych za 67 dni zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy;

- naruszenie prawa materialnego, a to art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że wykonawca wyłoniony w trybie tej ustawy ma prawo do wykonywania robót dodatkowych bez zgody i wiedzy zamawiającego, co w konsekwencji rodzi po stronie tego ostatniego obowiązek zapłaty za te roboty. Sąd przyjął, że doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej na skutek wykonania umowy, która z braku właściwej formy okazała się nieważna.

Na tej podstawie apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy wraz z zasądzeniem kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji wraz z zasądzeniem kosztów postępowania za II instancję.

Odpowiedź na apelację złożyła strona powodowa domagając się oddalenia w całości apelacji wniesionej przez stronę pozwaną oraz zasądzenia na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 kpc, a więc kwestionowania oceny dowodów, a w konsekwencji również ustaleń faktycznych. Dopiero bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny poprzedzony oceną dowodów zgodną z regułami wynikającymi z art. 233 kpc może stanowić podstawę do zastosowania prawa materialnego.

Zarzutu tego Sąd Apelacyjny nie podziela. Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji nie są obarczone błędami, zatem Sąd ustalenia te podziela i przyjmuje za własne.

Nie znajduje również uzasadnienia zarzut wadliwej oceny dowodów. Poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia poprzedzone zostały wszechstronną analizą zgromadzonego materiału dowodowego, nie sprzeciwiają się zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Poprzedzająca je ocena dowodów dokonana została w sposób niewadliwy i zgodny z art. 233 § 1 kpc. Nie naruszył więc sąd zasad oceny swobodnej. Skuteczne postawienie takiego zarzutu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest wystarczające natomiast przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 r. II CKN 4/98 – niepublikowane). Zarzut błędnych ustaleń i błędnej oceny dowodów może być skuteczny tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, iż wadliwe ustalenia będące konsekwencją błędnej oceny dowodów wynikają z naruszenia przez sąd orzekający uznanych reguł interpretacyjnych oraz braku logicznego wiązania faktów i niezrozumienia wynikających z nich treści. Strona podnosząca taki zarzut powinna wykazać, że przy ocenie wiarygodności i mocy dowodowej konkretnego dowodu, na podstawie którego sąd dokonał ustalenia faktycznego, przekroczono granice swobodnej oceny dowodów, a nadto, iż miało to istotny wpływ na wynik sprawy. Nie wystarczające jest zaprezentowanie własnych, korzystnych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej, korzystnej dla skarżącego oceny materiału dowodowego (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Należy zwrócić uwagę, że Sąd pierwszej instancji odniósł się do przeprowadzonych dowodów, tak do dokumentów jak i dowodów osobowych, a także do dowodów z opinii biegłych, wskazując które dowody uznaje za wiarygodne, a którym wiary nie daje i z jakiej przyczyny. Sąd Apelacyjny ocenę zaprezentowaną przez Sąd apelacyjny podziela.

Wskazać trzeba, że sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi tylko wtedy, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie, a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Jeżeli natomiast sąd z określonego materiału dowodowego wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać. W sytuacji gdy na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego powód forsował wersję wydarzeń pozostającą w sprzeczności z tą przedstawianą przez pozwaną, to sąd według swobodnego uznania decyduje, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą. Wiarygodność i moc poszczególnych dowodów nie podlega klasyfikacji parametrycznej, stąd przekonanie uczestników postępowania może być odmienne od przekonania składu orzekającego. Rozwiązanie pozornej sprzeczności istnienia dwóch usprawiedliwionych sądów (mniemań) tkwi w ustawowym przyznaniu kompetencji składowi orzekającemu ustalenia według swobodnego uznania, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą.

Naruszenia art. 233 § 1 kpc strona pozwana upatrywała w tym, że Sąd wadliwie uznał, iż powód wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 4 września 2008 roku objęte kosztorysem ofertowym oraz bezpodstawnie przyjął, że termin wykonania robót dotyczy tylko zasadniczego przedmiotu umowy czyli oświetlenia, a nie dotyczył prac związanych z przywróceniem terenu do stanu sprzed rozpoczęcia inwestycji, co spowodowało, że Sąd uznał brak podstaw do naliczenia kar umownych za 67 dni zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko, że powód wykonał wszystkie prace objęte umową i kosztorysem ofertowym. Wynika to tak z kosztorysu powykonawczego jak i opinii biegłych. Poza sporem było, że część prac

wykonana została w inny sposób, co dotyczy zwłaszcza ułożenia kabla, który pierwotnie miał być ułożony na podsypce z piasku, a tylko miejscami w rurach ochronnych, ostatecznie zaś w całości został ułożony w rurach. Nie oznacza to jednak, że koszt tak wykonanych prac był mniejszy. Prawidłowość kosztorysu powykonawczego potwierdzona została w opiniach biegłych sądowych. Obejmuje on tylko prace wykonane z uwzględnieniem zmienionej technologii ułożenia kabla.

Skoro więc powód wykonał wszystkie prace objęte kosztorysem ofertowym i w ilości tam wskazanej, a pozwany nie wykazał, by kosztorys sporządzony został w sposób nieprawidłowy, nie było żadnych podstaw do obniżenia wynagrodzenia do kwoty 439.371,42 zł brutto. Za prace objęte umową powodowi należało się wynagrodzenie w kwocie 468.493,69 zł brutto, ponieważ ich wartość nie była z pewnością mniejsza, przy czym zgodnie z umową za prace nią objęte powód nie mógłby dochodzić sumy wyższej. Zatem roszczenie o zapłatę kwoty 29.119,83 zł stanowiącej różnicę między wymienionymi wyżej kwotami jest uzasadnione.

Wykazane również zostało, że dla prawidłowego wykonania prac objętych umową konieczne było wykonanie prac dodatkowych, których umowa, ani kosztorys ofertowy nie obejmowały. Konieczność ich wykonania wynikała z rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową (projektowany przebieg ułożenia kabla), a rzeczywistym stanem, który został ujawniony po rozpoczęciu prac. Zaprojektowana trasa nie mogła być pod względem jej przebiegu w pełni zrealizowana wg projektu, kolidowała bowiem w niektórych miejscach np z drzewami, istniejącymi fundamentami, drogami, co powodowało konieczność usuwania przeszkód poprzez karczowanie, przecinanie asfaltu, dokonywanie przekopów lub ich omijania. Wymagało to z jednej strony dodatkowych czynności, a z drugiej wydłużało czas realizacji inwestycji. Czynności te jakkolwiek nie były wyszczególnione w kosztorysie ofertowym, to były konieczne, by umowa została zrealizowana.

Niezależnie od tego powód wykonał także cały szereg prac, które również nie były objęte umową, a które dla realizacji zakresu prac z umowy nie były konieczne. Chodzi tu o takie prace jak rekultywacja terenu, sadzenie nowych drzew i krzewów, itp. Istotnie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że jednym z warunków było, by po zakończonych pracach wykonawca doprowadził teren do stanu pierwotnego. Z kolei w kosztorysie ofertowym, który powód dołączył do swojej oferty złożonej stronie pozwanej znajdują się tylko pozycje ręcznego i mechanicznego zasypywania rowów. Strona pozwana przyjmując ofertę zaakceptowała również wyszczególniony w kosztorysie zakres prac. Zatem przywrócenie terenu do stanu pierwotnego miało polegać na zasypaniu rowów i ewentualnie wyrównaniu terenu. Dalsze prace w tym kierunku, w szczególności rekultywacja terenu, sadzenie drzew, krzewów, naprawa chodników były to prace dodatkowe, które nie były objęte umową, a których wykonania strona pozwana się domagała. Analiza kosztorysów do takich samych wniosków doprowadziła też biegłych. W szczególności biegły A. S. porównał kosztorys ofertowy z pracami rzeczywiście wykonanymi i potwierdził wartość prac dodatkowych wynikającą z faktury wystawionej przez powoda nr (...).Również analiza kwot jakie były należne z przywrócenie do stanu poprzedniego prowadzi do wniosku, że prace te nie mogły obejmować nasadzeń roślinności, czy remontów chodników. Doświadczenie życiowe wskazuje, że kwoty ujęte w kosztorysie ofertowym i powykonawczym byłyby zdecydowanie za niskie za tak szeroki zakres prac.

Nie ma racji pozwany, twierdząc, że Sąd Okręgowy uznał, że określony w umowie termin wykonania robót dotyczył tylko wykonania oświetlenia, a nie dotyczył prac mających na celu przywrócenie terenu do stanu poprzedniego. Oczywistym jest, że termin ten dotyczył całego umownego zakresu prac, nie mógł natomiast mieć zastosowania do prac dodatkowych.

Roboty jakie objęte były umową powód wykonał, co prawda z przekroczeniem terminu, ale nie w takim zakresie jak wskazuje strona pozwana (67 dni). Sąd Okręgowy przyjął, że termin został przekroczony o 14 dni. W dniu 15 listopada 2008 roku oświetlenie już bowiem w sposób nieprzerwany działało i roboty w zakresie wynikającym z umowy zostały zakończone. W następnych dniach powód co prawda usuwał jeszcze drobne usterki, ale nie miały one wpływu na działanie oświetlenia. Z kolei wiosną 2009 roku wykonywał powód jeszcze roboty dodatkowe typu sadzenie drzew i krzewów, ale do tych prac termin wynikający z umowy nie miał zastosowania.

Sąd Apelacyjny podziela więc stanowisko, że nie było podstaw do naliczenia kary umownej za 67 dni, a jedynie za 14.

Nie znajduje też Sąd podstaw do zakwestionowania zastosowania przez Sąd Okręgowy przepisu art. 484 § 2 kc i dokonanie miarkowania kary umownej, której pełna wysokość za 14 – to dniowe opóźnienie powinna wynosić 32.794,58 zł. Za miarkowanie kary przemawia po pierwsze okoliczność, że na dzień 31 października 2008 roku prace były już w zdecydowanej większości zakończone. W zasadzie po tej dacie powód koncentrował się na usuwaniu usterek, przy czym były to tego rodzaju usterki, które nie uniemożliwiały korzystania z oświetlenia. W dniu 5 listopada 2008 roku powód zwrócił się do przedsiębiorstwa energetycznego o wymianę kabla zasilającego oświetlenie, co również świadczy o tym, że prace zostały wykonane. Co prawda komisja odbiorowa w dniu 6 listopada 2008 roku odmówiła przyjęcia robót, jednakże z protokołu nie wynika by roboty nie były zakończone, a przyczyną braku odbioru było trwające jeszcze usuwanie usterek, które jak już wyżej wskazano nie uniemożliwiały korzystania z oświetlenia. Po drugie zaś za miarkowaniem kary umownej w okolicznościach niniejszej sprawy przemawia niejako „przyczynienie” się strony pozwanej do zaistniałego opóźnienia. Wadliwości dokumentacji projektowej i niedostosowanie jej do rzeczywistych warunków w terenie doprowadziły do wydłużenia czasu robót, gdyż konieczne było wykonanie robót dodatkowych. Zakres prac wykonanych przez powoda, a koniecznych do zrealizowania umowy się zatem zwiększył. Uzasadnia to miarkowanie należnej kary umownej w stopniu jaki przyjął Sąd pierwszej instancji. Natomiast, nie może się powód, zdaniem Sądu Apelacyjnego, bronić tym, że kabel jaki miał być zastosowany był dostępny tylko na zamówienie, co wiązało się z czasem oczekiwania na jego dostawę. Powód bowiem zawierając umowę miał tego świadomość i wiedział też, że pozwany nie wyraża zgodę na zmianę rodzaju kabla. Mimo tego podjął się wykonania umowy w określonym terminie. Nie może więc obecnie tej okoliczności podnosić jako niezawinioniej przez siebie przyczyny niedotrzymania terminu umownego i okoliczność czy odmowa pozwanego na zmianę kabla była uzasadniona czy nie, pozostaje bez znaczenia.

Za miarkowaniem kary przemawia natomiast również brak poniesienia przez stronę pozwaną szkody wynikłej z przekroczenia przez powoda terminu realizacji robót. Przyjęcie kary w wysokości przekraczającej 32 tys. złotych w przypadku niewielkiego opóźnienia, braku szkody i konieczności wykonania robót dodatkowych ponad zakres umowy byłoby nieuzasadnione. W takich okolicznościach kara taka musi być uznana jako rażąco zawyżona i nieadekwatna do zawinienia powoda.

Ostatecznie należało więc przyjąć, że stronie pozwanej należy się kara umowna obniżona o 70% czyli 9.838,37 zł i w takim też zakresie Sąd pierwszej instancji prawidłowo oddalił.

Nie podziela również Sąd zarzutu naruszenia prawa materialnego, a to art. 139 ust. 2 umowy prawo zamówień publicznych, który stanowi, że umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Poza sporem jest, że w formie pisemnej zawarta została tylko umowa z dnia 4 września 2008 roku, a w późniejszym terminie żadne zmiany umowy, czy zlecenie wykonania prac dodatkowych nie miały formy pisemnej. Brak jest przy tym jakiegokolwiek podstawy, by twierdzić, jak to czyni pozwany, że Sąd pierwszej instancji przyjął, że wykonawca wyłoniony w drodze przetargu ma prawo do wykonywania robót dodatkowych bez zgody i wiedzy zamawiającego. Nie budzi wątpliwości Sądu, że wszelkie prace dodatkowe konieczne dla wykonania umowy były każdorazowo akceptowane przez inspektora nadzoru i z nim uzgadniane. Co więcej jak ustalił Sąd Okręgowy powód nieraz musiał czekać na jego decyzję, co wstrzymywało roboty. Pozostałe prace dodatkowe powód wykonywał na wyraźne polecenie strony powodowej. Tak więc ani powód nie miał prawa samodzielnie decydować o wykonaniu prac dodatkowych, ani tego nie czynił. Roboty dodatkowe były zlecone przez pozwanego, a w zakresie tych koniecznych, przynajmniej akceptowane przez inspektora nadzoru.

Skoro więc strony nie zawarły na piśmie umowy o wykonanie robót dodatkowych, w tym takich, które były dla realizacji umowy konieczne jak i takich, które koniecznymi nie były, lecz tylko ustnie poczyniły ustalenia, to umowa w tym zakresie zgodnie z powołanym wyżej przepisem jest nieważna. Prace te jednak czy to na zlecenie strony pozwanej, czy przynajmniej za jej zgodą wyrażoną przez inspektora nadzoru zostały wykonane, a zatem powodowi należy się za nie wynagrodzenie.

Podziela Sąd Apelacyjny pogląd, że podstawą do zasądzenia wynagrodzenia za wykonane prace w takich okolicznościach są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Stanowisko takie jest ugruntowane. Możliwość stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w przypadku realizacji świadczenia w oparciu o nieważną umowę była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który możliwość taką przyjął i pogląd taki jest ugruntowany. Nie ma podstaw, by stosowanie tych przepisów wyłączyć w przypadku umowy zawartej w trybie zamówień publicznych, zwłaszcza, że art. 139 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje do umów zawartych w trybie tej ustawy stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Skoro zatem powód wykonał prace dodatkowe na podstawie nieważnej umowy, a więc bez podstawy prawnej, a strona pozwana wcześniej prace te zleciła, bądź wyraziła na nie zgodę, a następnie je odebrała i korzysta z nich, to jest w tym zakresie bezpodstawnie wzbogacona, ponieważ świadczenie powoda było nienależne. Ponieważ zwrot świadczenia w naturze jest w tym przypadku niemożliwy, powodowi należy się zwrot wartości nienależnego świadczenia, czyli wartości wykonanych prac.

W konsekwencji żądanie zapłaty kwoty 160.963,51 zł za wykonanie prac dodatkowych było uzasadnione i również w tym zakresie apelacja jest nieuzasadniona.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację strony pozwanej oddalił.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

SSA Regina Kurek SSA Teresa Rak SSA Robert Jurga