

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny w składzie:

<i>Przewodniczący</i>	<i>SSA Dariusz Mazurek</i>
<i>Sędziowie:</i>	<i>SA Anna Gawelko (spraw.)</i> <i>SA Anna Pele</i>
<i>Protokolant:</i>	<i>str. sekr. sądowy Aleksandra Szubert</i>

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2013 r. na rozprawie sprawy
z powództwa **T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w R. (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie

z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt i C 1338/11

I. **z m i e n i a** zaskarżony wyrok w pkt. I i III w ten sposób, że:

1. **z a s ą d z a** od pozwanego (...) na rzecz powoda T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w R. kwotę 107.939,30 zł (sto siedem tysięcy dziewięćset trzydzieści dziewięć złotych 30/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 8 października 2011 r.

2. **o d d a l a** powództwo w pozostałej części,

3. **z a s ą d z a** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.688,50 zł (dziesięć tysięcy sześćset osiemdziesiąt osiem złotych 50/100) tytułem kosztów procesu,

II. **o d d a l a** apelację w pozostałym zakresie,

III. **z a s ą d z a** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.439 zł (siedem tysięcy czterysta trzydzieści dziewięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.-

UZASADNIENIE

Powód T. S. wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 21.124,57 i 108. 824,05 zł (łącznie 129.948,62 zł) tytułem zwrotu kosztów bezpodstawnego wzbogacenia.

Pozwane (...) wniosło o oddalenie powództwa jako bezzasadnego.

Wyrokiem z dnia 5 października 2012 r. Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy w Rzeszowie oddalił powództwo co do kwoty 124.307,56 zł, umorzył postępowanie ponad kwotę 124.307,56 zł i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 3600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok Sąd oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

W marcu 2010 r. pozwany ogłosił przetarg na realizację zadania inwestycyjnego „adaptacja budynku przy ul. (...) w R. na potrzeby wsparcia procesu zarządzania i wdrażania RPO WP z 2010 r. (” według zasad określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia było wykonanie robót budowlano – inwestycyjnych zgodnie z Dokumentacją Projektową, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych stanowiących załącznik do SIWZ oraz obowiązującymi w tym zakresie przepisami, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej.

Dnia 5 sierpnia 2010 r. powód złożył ofertę za cenę brutto 6.628.156,98 zł wraz z oświadczeniem, że cena oferty zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, która to oferta została wybrana przez Komisję Przetargową. W następstwie - w dniu 2 września 2010 r. została zawarta umowa pomiędzy Urzędem Marszałkowskim (...) w R. i powodem. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły niezmiennie w całym okresie ważności umowy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 6.628.156,97 zł. Wartość zamówienia zawierała wycenę wszystkich robót, dostaw i opłat niezbędnych do wykonania i do przekazania zamawiającemu przedmiotu zamówienia wolnego od wad.

Zgodnie z § 7 pkt. 14 umowy wykonanie robót dodatkowych nie objętych zleceniem zamawiającego nie stanowiło podstawy do wystawienia faktury przez wykonawcę. Koszt tych robót będzie obciążał wykonawcę.

W dniu 2 listopada 2010 r. w trakcie wykonywania otworów pod projektowane okna w ścianach szczytowych budynku powód stwierdził, że znajdują się one bezpośrednio pod wieńcem stropowym, na którym oparte są belki stropowe, co wskazało, że wykonanie okien bez nadproży może doprowadzić do katastrofy budowlanej bądź do zawalenia się stropu. Wskutek działań podjętych przez powoda, w dniu 26 listopada 2010 r. komisja (kierownik budowy i inspektor nadzoru) spisała protokół konieczności nr 1/2010 r., w którym stwierdzono, że prace w zakresie wykonania nadproży okiennych nad projektowanymi otworami okiennymi w ścianach szczytowych budynku należy wykonać jako roboty dodatkowe, nie objęte zakresem umownym i dokumentacją projektową.

Według opracowanego kosztorysu – wartość tych robót dodatkowych została wyliczona na kwotę 21. 124,57 zł. Ostatecznie jednak zamawiający (pozwany) poinformował powoda pismem z dnia 15 marca 2011r., że roboty związane z wykonaniem dodatkowych nadproży nad projektowanymi otworami okiennymi nie kwalifikują się jako roboty dodatkowe i powinny być zawarte w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Żądanie zapłaty za wykonanie nadproży w kwocie 21.124,57 zł stanowiło jedno z dwóch roszczeń objętych pozwem.

W toku prowadzonych prac wykończeniowych na budowie powód stwierdził, że na płaszczyznach ścian wewnętrznych występują krzywizny, ujawniły się różnice w płaszczyznach ścian. Po zeszkrobaniu starych powłok malarskich powierzchnia tynku wykazała liczne pęknięcia (rysy), których nie udało się zlikwidować poprzez przecieranie, który to sposób został wskazany

w przedmiarze robót. Istniejące pęknięcia odwzorowywały się bowiem na nowych powłokach malarskich.

W protokole konieczności z dnia 14 lutego 2011 r. komisja stwierdziła, że roboty w zakresie wykonania suchych tynków i sufitów podwieszanych – zamiast cienkowarstwowych przecierek na istniejących ścianach i sufitach należy wykonać jako roboty dodatkowe i zamiennie – nie objęte zakresem umownym i dokumentacją projektową.

Pismem z dnia 15 marca 2011r. pozwany poinformował powoda, że wykonanie suchych tynków i sufitów podwieszanych nie kwalifikują się jako roboty dodatkowe i zalecił wykonać wykończenie ścian i sufitów zgodnie ze sztuką budowlaną. Wskazał też, że wszystkie roboty tynkarskie należało ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Wówczas pozwany zaproponował wykonanie tych prac jeszcze inną technologią. Dnia 13 kwietnia inspektor nadzoru potwierdził słuszność wskazanej przez powoda technologii wykonania robót. Realizacja tych prac została wpisana do dziennika budowy.

Protokół konieczności na ostatecznie przyjętą metodę wykończenia tynków nie został sporządzony. Po wykonaniu prac tynkarskich powód sporządził kosztorys różnicowy na kwotę 107.93930 zł, który został sprawdzony i zaakceptowany przez inspektora nadzoru. Pozwany odmówił zapłaty tej kwoty. Powód twierdzi, że roboty, za które żąda zapłaty zostały wykonane. Pozwany korzysta z efektów tych prac, a zatem roszczenie o zapłatę znajduje uzasadnienie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Po sporządzeniu opinii przez biegłego D. L. – powód ostatecznie ograniczył żądanie pozwu do kwoty 124.307,56 zł.

W oparciu o wyżej przedstawione ustalenia faktyczne – Sąd uznał, że żądanie pozwu w części podtrzymanej przez powoda – jest nieuzasadnione.

W pierwszej kolejności Sąd wskazał, że w sytuacji, gdy strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to formułowanie roszczenia o zapłatę, w związku ze zwiększeniem zakresu robót budowlanych – w nawiązaniu do przepisów o nienależnym świadczeniu jest niedopuszczalne. Prowadziłoby to do obejścia zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, o czym mowa w art. 632 § 1 kc. Nadto eliminowałoby sądowy tryb kontroli tego roszczenia, który nie może nastąpić z pominięciem fazy powództwo o ukształtowanie stosunku prawnego (podwyższenie ryczału). Dopiero zmiana umowy przez Sąd i podwyższenie ryczału stwarza podstawę do żądania dodatkowego wynagrodzenia, poza umówionym.

Sąd dokonał analizy sprawy pod względem treści art. 632 kc. Sąd podkreślił, że strony dopuściły możliwość zlecenia przez zamawiającego robót dodatkowych, które mogą nastąpić na zasadach określonych w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej – p.z.p.) i mogą dotyczyć jedynie robót nie ujętych w dokumentacji projektowej i Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a także których wykonanie stało się konieczne na wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, po spełnieniu przez strony wyszczególnionych warunków.

W ocenie Sądu – w sprawie nie możemy mówić o wykonanych pracach dodatkowych, gdyż wykonanie nadproży było przewidziane w dokumentacji projektowej. Ponadto powód jako wykonawca robót budowlanych powinien przewidzieć konieczność zamontowania nadproży. Niezgodność zaś między przedmiarem robot, a projektem wykonawczym mogła być przedmiotem zapytania przed złożeniem oferty.

Odnosnie konieczności prac związanych z siatkowaniem wraz ze szpachlowaniem ścian wewnętrznych:

Poza sporem było w sprawie, że tynki nie zostały zrealizowane w sposób opisany w projekcie oraz specyfikacji technicznej. Sposób wykończenia tynków poprzez przecieranie istniejących tynków przewidziany w kosztorysie ofertowym – nie dawał wystarczającego efektu estetycznego.

Realizacja prac według technologii wskazanej przez powoda była niezbędna do prawidłowego wykonania umowy. Przyjmując, że prace związane z siatkowaniem wraz ze szpachlowaniem ścian wewnętrznych stanowiły prace

dodatkowe – Sąd ustalił, że na realizację tych prac nie został zawarty protokół konieczności, podpisany przez kierownika budowy i inspektora nadzoru i zatwierdzony przez zamawiającego. Strony nie zawarły odrębnej umowy na wykonanie tych prac dodatkowych.

Dlatego Sąd uznał – odnośnie realizacji prac w zakresie wykonania tynków – że roszczenie powoda jest bezzasadne wobec niezachowania warunków formalnych wymaganych umową oraz ustawą, co nie pozwala zakwalifikować wykonanych robót budowlanych jako dodatkowych.

Końcowo Sąd podkreślił, że przepis art. 632 § 2 kc chroni przyjmującego zamówienie przed rażąco stratą. Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. Kwota dochodzona przez powoda za wykonanie tynków – 124.307,56 zł stanowi niecałe 2% w stosunku do całościowego wynagrodzenia 6.628.156,98 zł.

Sąd oddalił powództwo na podstawie art. 632 § 1 i 2 kc oraz art. 144 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. co do kwoty 124.307,56 zł uznając, że w przypadku zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego nie mają zastosowania art. 405 kc i następne.

Powód zaskarżył powyższy wyrok w pkt. I oddalającym powództwo i w pkt. III orzekającym o kosztach procesu.

Skarżący zarzucił:

I. naruszenie prawa materialnego:

- niezastosowanie art. 405 kc z uwagi nadto, że w umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe za roboty budowlane,
- niewłaściwe zastosowanie art. 632 § 1 i 2 kc i przyjęcie, że tylko zmiana wynagrodzenia ryczałtowego może rekompensować koszty robót dodatkowych i różnicy kosztów zamiennych,
- niewłaściwe zastosowanie art. 144 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ustalenie, że pozwany domagał się zmiany umowy w stosunku do treści oferty,
- niezastosowanie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
- art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. przyjęcie, że przedmiary robót stanowiące część SIWZ nie mają wiążącego charakteru dla określenia rodzaju i zakresu robót objętych postępowaniem przetargowym i określenia ceny ofertowej,
- błędną wykładnię § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowej formy dokumentacji projektowej (Dz. U. nr 202 poz. 2072 z 2004 r.) przez przyjęcie, że przedmiar robót nie może stanowić opisu zamówienia w przypadku określenia przez strony wynagrodzenia ryczałtowego,
- niezastosowanie art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych ustalającego, że zakres zobowiązania określonego w umowie musi być tożsamy z zakresem określonym w ofercie,

II. sprzeczność istotnych przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy:

- pominięcie w końcowych ustaleniach rozdziału X przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ określającego m. in. zakres i rodzaj robót tynkarskich odnoszących się do starych i nowych tynków przy ocenie, jakie tynki i w jakiej ilości miały być przedmiotem oferty i nie dotyczyły one gładzi gipsowych i tynków gipsowych,

- pominięcie zgodnego stanowiska stron, że tynki gipsowe nie były objęte zakresem umownym, mimo że projekt je przewidywał i że pozwany zamienił ten rodzaj tynków w przedmiarze, a także niezaprzeczalnych faktów, że tylko niektóre otwory okienne wymagały wykonania nadproży.

- wadliwie ocenił dowód dotyczący treści pkt. X pkt. 10 SIWZ w części zobowiązującej powoda do uzupełnienia ceną wypełnionego przez pozwanego przedmiaru robót i na tej podstawie sporządzenia kosztorysu i ceny ofertowej jako materiału pomocniczego do opracowania oferty, a nie warunku koniecznego, wiążącego i niezmiennego do opracowania oferty,

- wadliwie ocenił zapis § 17 ust. 1 i 2 umowy przyjmując, że przedmiot zamówienia i cena ryczałtowa obejmuje zakres, rodzaje i ilość robót także nie wymienionych w przedmiarach i ofercie, na które pozwany nie zawarł dodatkowych umów,

- wadliwie ocenił przyjęty w umowie sposób ustalenia wynagrodzenia pomijając jej istotę, że ma charakter mieszany, tj. na roboty podstawowe objęte przedmiarem, kosztorysem ofertowym ryczałt określony w § 7 ust. 1 umowy, a na pozostałe roboty rozliczenie poprzez protokoły konieczności i dodatkowe umowy

- pominięcie w ustaleniach, że w przedmiarze robót poz. 7.2 pozwany przewidział wykonanie tylko 30,8 mb, które rozrysował wyłącznie na rysunku konstrukcyjnym piwnic i parteru K – 1,

- przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez nie danie wiary świadkom J. C. i S. B. oraz powodowi, że wykonania nadproży nad oknami w ścianach szczytowych i konieczności zmiany technologii wykonania tynków – nie można było przewidzieć na etapie opracowania przedmiarów i oferty bez przystąpienia do wykonania tych robót oraz profesjonalnej pracowni projektowej, która nie przewidywała tych prac w dokumentacji,

- selektywne powoływanie się tylko na profesjonalizm powoda, jako wykonawcy robót z pominięciem profesjonalizmu projektanta i nadzoru inwestorskiego pozwanego do oceny ustaleń faktycznych będących przedmiotem sporu.

Wskazując na powyższe uchybienie skarżący wniósł o zmianę zaskarżanej części wyroku i zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda 124.307,56 zł z ustawowymi odsetkami od 8 października 2010 r. wraz z kosztami za obie instancje

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji jako nieuzasadnionej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Przedmiotem żądań pozwu ostatecznie sprecyzowanych były dwa roszczenia: pierwsze - o zapłatę kwoty 16. 368 zł, która to kwota stanowi zweryfikowane przez biegłego koszty wykonania nadproży nad otworami okiennymi w ścianach szczytowych i drugie – o zapłatę kwoty 107. 939,30 zł, która to kwota stanowi różnicę kosztów wykonania przecierek istniejących tynków i kosztów faktycznie poniesionych przez powoda w związku z wykonaniem ich w inny sposób, zaakceptowany przez inspektora nadzoru, a polegający na zagruntowaniu tynków, naciągnięciu warstwy zbrojnej z siatki na kleju i dwukrotnym szpachlowaniu.

Sąd Okręgowy oba zgłoszone w pozwie roszczenia oddalił, odrębnie uzasadniając swoje stanowisko w przedmiocie każdego z tych roszczeń.

Sąd Apelacyjny także oddzielnie przedstawi swoją ocenę w tym zakresie.

Oдноśnie zapłaty za wykonanie nadproży nad otworami okiennymi w ścianach szczytowych:

Jak wynika z treści opinii biegłego D. L. – zgodnie z podstawowymi zasadami sztuki budowlanej przy wykonywaniu otworów okiennych w ścianach – nad otworem należy zamontować element konstrukcyjny, tzw. nadproże. Skoro otwory okienne wykuwane były w istniejących ścianach – konieczność zastosowania w tym przypadku nadproży była oczywistością gwarantującą wykonanie otworów okiennych w sposób zgodny ze sztuką budowlaną, jak również z projektem wykonawczym. Wskazano w nim, że „Nowe otwory wykonywać w ścianach murowanych po uprzednim wykonaniu nadproży stalowych”.

Powód więc jako profesjonalista powinien mieć świadomość konieczności montażu tych nadproży.

Jest bezsporne, że powód ostatecznie wykonał nadproża zgodnie z projektem. Istoty sporu powód upatruje w tym, że roboty związane z wykonaniem nadproży zostały przez niego wycenione na podstawie przedmiaru pozwanego w ilości 30,8 mb. zaś w rzeczywistości powód wykonał nadproża o długości 47,50 mb. W ocenie powoda, nie ujęcie w przedmiarze robót zamawiającego nadproży na ścianach szczytowych, a w konsekwencji nie objęcie tych kosztów w wypełnionym przez powoda przedmiarze i kosztorysie ofertowym – uzasadnia żądanie dodatkowo – ponad kwotę wynagrodzenia ryczałtowego – zapłaty kwoty obejmującej koszt wykonania nadproży nie ujętych w przedmiarze robót zamawiającego – w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Należy więc odnieść się do kwestii przedmiaru robót.

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 p.z.p.). W dalszej części (ust. 4) treść art. 31 p.z.p. odsyła do aktu wykonawczego – jest to rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych [...] Dz. U. z 2004 r. nr 202 poz. 2072).

Zgodnie z tym aktem (§ 4 ust. 1) - dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych wymagających pozwolenia na budowę zawiera:

- projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikacje robót budowlanych,
- projekty wykonawcze w zakresie takiej szczegółowości, jaka jest niezbędna do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych
- przedmiar robót w zakresie zawierającym zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw wyceny oraz wskazaniem właściwości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Zgodnie z § 4 ust.3 cyt. rozporządzenia – jeżeli [...] w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Należy zwrócić jednak uwagę, że zgodnie z § 3 cyt. rozporządzenia – zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający [...].

W niniejszej sprawie umowa, którą zawarły strony ustalała wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy (powoda).

Jak już wyżej wskazano, zamawiający w niniejszej sprawie nie miał więc obowiązku obejmować w dokumentacji projektowej przedmiaru robót, jednak z treści umowy bezpośrednio wynika, że przedmiar robót stanowił załącznik do umowy.

W treści umowy (§ 1 ust. 2) wskazano, że integralną część umowy stanowi dokumentacja przetargowa – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferta złożona przez wykonawcę wraz

z załącznikami, w zakresie zgodnym z treścią niniejszej umowy oraz zawiadomienia o wyborze wykonawcy. Zawartość SIWZ w ust. X pkt. 10 wskazuje: treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ i zawierać [...] przedmiar robót w kwotach netto stanowiący załącznik do SIWZ (k. 16).

Okoliczność ta nie daje jednak podstaw do uwzględnienia żądania zapłaty za wykonane nadproża, które nie były objęte przedmiarem robót.

Przypomnieć należy, że w myśl art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Szczególnie istotny jest art. 649 kc. odnoszący się do umów o roboty budowlane, zgodnie z którym w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Jeżeli art. 140 p.z.p. stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie – uwzględniając fakt, że dokumentacja techniczna, a w szczególności projekt budowy jest jej częścią składową, to należy przyjąć, że nawet gdyby przedmiar robót nie obejmował jakiegoś zakresu ujętego jednakże w projekcie budowlanym, wykonawca musi go wykonać w ramach zamówienia podstawowego i nie może przyjąć, że są to roboty dodatkowe. W świetle art. 649 kc inne stanowisko byłoby nieuprawnione.

W niniejszej sprawie – co ponownie trzeba podkreślić – strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe i nie ma znaczenia, czy wykonanie określonego elementu nadproży było ujęte w dokumentacji będącej podstawą kosztorysowania dla wykonawcy. Takie ryzyko istnieje po stronie wykonawcy. Zarówno projekt budowlany jak i uzupełniający go oraz uszczegółwiający go projekt wykonawcy są nadrzędne w stosunku do przedmiaru robót.

Przedmiar robót stanowiący podstawę sporządzania kosztorysu jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej. Przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego.

W świetle powyższego za bezzasadne należy więc uznać zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1, 82 ust. 3 i art. 140 p.z.p. sposób opisany

w apelacji. Nie trafnie też zarzuca powód, że Sąd pominął w ustaleniach, że w przedmiarze robót poz. 7.2. pozwany przewidział wykonanie tylko 30,8 mb. nadproży, a także że Sąd przekroczył granice swobodnej oceny dowodów, (zeznań wskazanych świadków i powoda) iż wykonania nadproży nie można było przewidzieć na etapie opracowania oferty. Opinia biegłego D. L. jednoznacznie przesądza tę kwestię na niekorzyść powoda.

W tym też miejscu celowa będzie uwaga, że przetarg ogłoszony przez zamawiającego (pозwanego) był przetargiem ograniczonym. Istotą przetargu ograniczonego (art. 47 p.z.p.) jest to, że wybór najkorzystniejszej oferty jest poprzedzony pierwszym etapem, który ma na celu wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tj. spełniających warunki udziału

w postępowaniu (kwalifikacja podmiotów). Zamawiający zaprasza do przetargu tych wykonawców, których wyłonił po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu. Skoro powód został dopuszczony do przetargu - to znaczy, że uzyskał pozytywną ocenę w kwalifikacji podmiotowej wykonawców jako profesjonalista w swej dziedzinie.

Skoro brak podstaw, by wykonanie nadproży zakwalifikować jako roboty dodatkowe, gdyż powód powinien był je wykonać w ramach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego – poszukiwanie przez skarżącego ochrony prawnej w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu nie znajduje uzasadnienia.

Odnośnie żądania zapłaty za wykonanie tynków wewnętrznych w sposób odmienny od przewidzianego w projekcie:

Między stronami jest bezsporne, że tynki nie zostały zrealizowane w sposób opisany projektem oraz specyfikacją techniczną. Obie strony były zgodne, że wykończenie tynków w sposób ustalony pierwotnie nie gwarantowało wystarczającego efektu estetycznego oraz uzasadnionym było wykonanie warstwy zbrojącej dla wyeliminowania rys i pęknięć tynków. Zapis w dzienniku budowy (k. 164) świadczy o tym, że inspektor nadzoru zaakceptował zaproponowane przez powoda wykonanie tynków w sposób zamienny – szczegółowo opisany wpisem do dziennika kierownika budowy. Inspektor nadzoru wprost potwierdził zasadność wykonania tych robót – wpisem do dziennika budowy. Powód wykonał te roboty tynkarskie, a koszt ich w stosunku do tego, który przewidywał projekt jest wyższy – (po zweryfikowaniu przez biegłego) o kwotę 107.939,30 zł.

Protokół konieczności odnośnie wykonania tynków poprzez wykonanie warstwy zbrojącej nie został sporządzony, a pozwany – w korespondencji prowadzonej przez strony – ostatecznie oświadczył, że powód obowiązany jest wykonać roboty tynkarskie zgodnie ze sztuką budowlaną.

Sąd Okręgowy oddalając żądanie zapłaty za roboty tynkarskie oparł się przede wszystkim na treść umowy, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjął, że roboty tynkarskie stanowiły prace dodatkowe, ale niezachowanie wymaganych umową i ustawą warunków formalnych, zwłaszcza nie zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności – sprawia, że roszczenie powoda jest bezzasadne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego – stanowisko Sądu I instancji w tym zakresie nie jest trafne. Rację trzeba przyznać skarżącemu, który domaga się uwzględnienia tego roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Przede wszystkim należy zauważyć, że świadkowie (kierownik budowy i inspektor nadzoru), a także powód zgodnie zeznali, że w trakcie oględzin przed zgłoszeniem oferty nie można było przewidzieć konieczności zmiany technologii wykończenia ścian.

Mamy więc do czynienia z odmienną sytuacją od tej, która dotyczyła wykonania nadproży (o czym wyżej w uzasadnieniu). Odnośnie robót tynkarskich zaistniała klasyczna sytuacja konieczności wykonania robót zamiennych (droższych).

Bezsporne jest, że protokół – jako taki – nie został sporządzony.

W ocenie Sądu Apelacyjnego można by uznać zapisy kierownika budowy i inspektora nadzoru w dzienniku budowy wyżej opisane za spełniające częściowo wymogi protokołu konieczności (§ 4 ust. 13 umowy) (k. 110),

z podkreśleniem, że nie został on zaakceptowany przez zamawiającego, do którego należała ostateczna decyzja w tej sprawie. W rezultacie nie doszło do zawarcia ważnej umowy, choć bezspornie pozwany korzysta z efektów pracy powoda.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza w takiej sytuacji możliwość żądania zapłaty za roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Stanowisko takie zostało wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 07.11.2007 r. sygn. II CSK 344/07, lex nr 324499. Sąd Najwyższy wskazał, 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”.

Takie samo stanowisko Sąd Najwyższy zajął, Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 2 lutego 2011r. sygn. II CSK 414/10 lex nr 738545.

Rację ma więc powód, że Sąd Okręgowy – odnośnie drugiego z wymienionych wcześniej roszczeń – dopuścił się naruszenia prawa materialnego przez niezastosowanie art. 405 kc. Trafnie też zarzucił powód, że Sąd niewłaściwie oceniał powództwo przez pryzmat art. 632 § 1 i 2 kc, bowiem powód od początku procesu konsekwentnie wskazywał, że zgłoszone roszczenia opiera na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu i nie domaga się zwiększenia ryczałtowego wynagrodzenia.

Reasumując powyższe – Sąd Apelacyjny – działając w oparciu o art. 386 § 1 kpc zmienił częściowo wyrok Sądu Okręgowego w sposób opisany w sentencji.

Zasądzenie kwoty 107.939,30 zł znajduje uzasadnienie w treści art. 405 kc.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, rozdzielając koszty stosowanie do wyroku sporu. Powód wygrał proces w I instancji w 83%, a więc pozwanego obciąża 83% wszystkich kosztów procesu, a powoda obciąża 17% wszystkich kosztów procesu. Powód wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 87%, więc obciąża go 13% kosztów postępowania apelacyjnego, a pozwanego 87% tych kosztów.

Jsz.