

Sygn. akt VI GC 40/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2016 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Renata Bober

Protokolant: st.sekr.sądowy Agnieszka Krztoń

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) M. F. w L.

przeciwko: Miejskiemu Zakładowi (...) Spółce z o. o. w N.

o zapłatę kwoty 280.198,11 zł

I. zasądza od pozwanego Miejskiego Zakładu (...) Spółki z o. o. w N. na rzecz powoda M. F. kwotę 38.164,38 zł (trzydzieści osiem tysięcy sto sześćdziesiąt cztery złote 38/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 czerwca 2013r., do dnia zapłaty,

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie,

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 8.575 zł (osiem tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych) tytułem kosztów postępowania w sprawie.

sygn. akt VI GC 40/16

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 22 listopada 2016 r.

Pozwem wniesionym dacie 10.02.2016 r. powód M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. F. wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego Miejskiego Zakładu (...) sp. z o.o. w N. kwoty 280 198,11 zł. w tym 38 164,38 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 15.06.2013 r. do dnia zapłaty oraz kwotą 242 033,73 zł. z ustawowymi odsetkami od daty 19.04.2015 r. i kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że zawarł w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego z pozwanym umowę o roboty budowlane nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych na zadaniu pn „Budowa rurociągów wody surowej, kablowej linii światłowodowej i zasilania energetycznego studni z ujęcia wody w B. do SUW wraz z uzbrojeniem istniejących studni ujęciowych S-1 do S-6 oraz Przebudowa Stacji Uzdatniania Wody w N.”.

Odnośnie roszczenia o zapłatę kwoty 38 164,38 zł. wskazał, że strony w umowie przewidziały kary umowne na wypadek zwłoki powoda w wykonaniu przedmiotu umowy oraz na wypadek opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji i rękojmi.

Pomimo terminowego zakończenia robót i dokonania odbioru pozwany bezpodstawnie obciążył powoda karą umowną za sześciomiesięczną zwłokę w wykonaniu umowy. Powód kwestionując naliczenie kar umownych odmówił zapłaty, pozwany zaś nie składając oświadczenia o potrąceniu, pomniejszył o kwotę naliczonych kar w wysokości 38 164,38 zł. należne powodowi wynagrodzenie.

Powód zakwestionował pozostawianie w zwłoce w wykonaniu prac budowlanych. Daty wskazane w nocie dotyczą terminów na usunięcie stwierdzonych w toku odbioru usterek, za zwłokę w usunięciu których strony nie przewidziały kar umownych.

Odnosnie roszczenia o zapłatę kwoty 242 033,73 zł. zmodyfikowanej następnie do kwoty 79 133,82 zł. /k. 242/ powód wskazał, że dochodzi zapłaty w oparciu o bezpodstawne wzbogacenie się i art. 405 kc z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane wykraczające poza zakres przedmiotu umowy zrealizowany na rzecz pozwanego.

Powód wskazał, iż po przystąpieniu do wykonywania robót okazało się z uwagi na błędy projektowe, iż zakres niezbędnych robót jest większy, niesunięcie nieprawidłowości uniemożliwiało wykonywanie prac. Pozwany przedstawił powodowi zamienne projekty konstrukcyjne dotyczące budowy zbiornika reakcji. Powód sporządził kosztorys ofertowy na roboty dodatkowe o wartości 242 033,73 zł. brutto. Pozwany pismem z daty 23.10.2012 r. przyznał zwiększenie zakresu robót.

W ocenie powoda zapłata za roboty dodatkowe winna nastąpić w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych . zamówienie to nie zostało udzielone. Powód należycie wykonał wszystkie roboty, w tym dodatkowe, które zostały odebrane przez pozwanego. Roboty na zbiorniku reakcji oraz budowy ścian działowych miały charakter dodatkowych o które wzbogacił się pozwany kosztem powoda.

Powód wskazał na dopuszczalność stosowania instytucji bezpodstawnego wzbogacenia się w sytuacji zamówień publicznych jak też braku ważnej umowy o roboty budowlane.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości zasądzenie kosztów postępowania.

Odnosnie roszczenia o zapłatę za wykonane roboty dodatkowe podniósł, że powód otrzymał wynagrodzenie za wykonanie spornego zakresu robót na podstawie kosztorysu ofertowego w kwocie 122 434,98 zł. netto t.j. 150 595,2 zł. brutto.

Pozwany zakwestionował kosztorys z daty 24.09.2012 r. , który nie posiadał charakteru różnicowego jak też zarzucił jego wadliwość co do zakresu i wyceny robót wskazując na błędy przedmiarowe zawyżające wynagrodzenie.

Dalej wskazał, że przedmiot umowy nie uległ zmianie, modyfikacji uległ tylko zakres robót. Przedmiot prac nie wykraczał poza zakres zamówienia podstawowego i był objęty zakresem zamówienia i ustalonym wynagrodzeniem ryczałtowym, które obejmowało także ryzyko wykonawcy wynikające z oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Powód zobowiązany był do odbycia wizji lokalnej, zapoznania się z projektem i dokumentacją. Powód miał zapoznać się i sprawdzić zakres robót pod kątem technologicznym i ilościowym, ewentualne korekty ilościowe objęte zostały wynagrodzeniem ryczałtowym. Na etapie postępowania przetargowego nie wnosił uwag dotyczących dokumentacji projektowej, potwierdził zapoznanie się z placem budowy.

Dalej pozwany wskazał na istotę wynagrodzenia ryczałtowego i art. 632 k oraz postanowienia umowy, z których wynikał brak podstaw do podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Zakwestionował istnienie podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego.

Podniósł też, iż w trakcie realizacji inwestycji odstąpiono od niektórych robót co po stronie powoda przyniosło oszczędności i rezerwę finansową w ramach uzgodnionego ryczału.

Dalej zarzucił, iż powód nie wykazał roszczenia co do wysokości jako, że bezpodstawne wzbogacenie nie jest równoznaczne z wartością wykonanych robót.

Odnosnie roszczenia o zapłatę kary umownej podniósł, że została naliczona w związku z opóźnieniem w usunięciu usterek stwierdzonych w protokołach odbioru, przysyłając powodowi oświadczenie o kompensacie, podnosząc, iż umowa przewidywała kary umowne w okresie rękojmi, który biegł od daty odbioru 22.02.2013 r.

W piśmie procesowym z daty 7.04.2016 r. powód ustosunkowując się do stanowiska pozwanego zakwestionował możliwość przewidzenia prac dodatkowych w oparciu o oględziny już na etapie przetargu, zastosowanie art. 632 kc, skuteczność oświadczenia o potrąceniu.

Na rozprawie w dacie 17.06.2016 r. pozwany przyznał, iż pierwotny projekt uwzględniał mniejszy wymiar zbiornika, strony zgodnie oświadczyły, iż zwiększony zakres prac musiał zostać wykonany, pozostając w sporze co do możliwości dostrzeżenia innego rozmiaru w drodze oględzin, wyliczenia rozmiaru prac dodatkowych i wynagrodzenia.

W zakresie kar umownych strony podtrzymały stanowiska.

Powód zmodyfikował żądanie pozwu w zakresie kwoty dochodzonej z bezpodstawnego wzbogacenia.

Pismem procesowym z daty 7.07.2016 r. /k. 242/ powód zmodyfikował żądanie pozwu w zakresie kwoty dochodzonej za roboty dodatkowe.

W piśmie procesowym z daty 28.10.2016 r. pozwany /k.284/ rozwinął argumenty na okoliczność rezerwy finansowej po stronie powoda oraz zakwestionował kosztorys różnicowy powoda załączony do pisma z daty 7.07.2016 r.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Strony postępowania powód M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. F. i pozwany Miejski Zakład (...) sp. z o.o. zawarły w dniu 16.01.2012 r. w trybie przetargowym umowę o roboty budowlane nr (...) na mocy której powód podjął się jako wykonawca realizacji zadania „Budowa rurociągów wody surowej, kablowej linii światłowodowej i zasilania energetycznego studni z ujęcia wody w B. do SUW wraz z uzbrojeniem istniejących studni ujęciowych S-1 do S-6 oraz Przebudowa Stacji Uzdatniania Wody w N.”.

Szczegółowy zakres robót został opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym dokumentacji projektowej, przedmiarach robót oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Wynagrodzenie zostało ustalone jak ryczałtowe w wysokości 6 519 000,00 zł. brutto.

dowody: umowa nr (...) k. 28-37, aneks nr (...) do umowy nr (...) k. 38, specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 120-155, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia k. 157-158, 172, wyciąg wersji elektronicznej pierwotnego projektu wykonawczego, dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna robót budowlanych dotycząca wykonania zbiornika reakcji k.161-172, zestawienie kosztorysów ofertowych k. 173, kosztorys ofertowy k 174- 176,

Strony w § 1 ust. 3 umowy ustaliły, że roboty które błędnie nie zostały ujęte w przedmiarze, a należy je wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami lub sztuką budowlaną, aby przedmiotowe dzieło zostało wykonane, odebranie spełniało swoje funkcje nie zostaną zapłacone.

dowód : umowa nr (...) k. 28-37,

Strony przewidziały kary umowne:

- § 8 za zwłokę w zakończeniu wykonywania przedmiotu umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki ,

- § 8 ust. 1 b za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

dowody: umowa nr (...) k. 28-37,

Aneks z dnia 1.02.2013 r. termin wykonania umowy ustaliły na dzień 15.02.2013 r. oraz termin wykonania robót drogowych na dzień 30.04.2013 r.

W § 6 ust. 7 umowy strony ustaliły, że jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że poprzednio nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia, robót, stwierdzenia wad lub nie wywiązania się z obowiązków, o których mowa w niniejszej umowie zamawiający może odmówić odbioru. W takim wypadku wykonawca pozostaje w zwłóce.

dowody: umowa nr (...) k. 28-37, k. 298, aneks nr (...) do umowy nr (...) k. 38,

Powód po przystąpieniu do wykonywania robót, po odkopaniu zbiornika reakcji stwierdził różnicę jego wymiarów w stosunku do dokumentacji projektowej. Pozwany przedłożył powodowi projekty zamienne. Powyższe pociągnęło za sobą zwiększenie zakresu niezbędnych robót, bez których realizacja inwestycji nie była możliwa.

Powód przed przystąpieniem do przetargu miał możliwość oględzin miejsca inwestycji.

Powód wykonał wszystkie niezbędne roboty, w tym te o zwiększonym zakresie związane z innym rozmiarem zbiornika. W trakcie robót powód wykonywał także prace dodatkowe, takie jak wymurowanie ścianek z pustaków, prostowanie ścian z płyt żelbetowych osłonowych, zamurowanie kilku otworów okiennych, prace w łazience polegające na uzupełnieniu podłoża.

Jednocześnie zakres niektórych prac został zmniejszony przykładowo ilość płyt żelbetowych pod zbiornikiem, nie dokonał całkowitej rozbiórki fundamentów pod filtry, wykonano mniej studzienek światłowodowych.

dowody: pismo z daty 5.04.2012 r. k. 60-61, pismo z daty 26.06.2012 r. k. 62-73, pismo z daty 23.07.2012 r. k. 74-87, pismo z daty 5.10.2012 r. k. 88-89, pismo z daty 23.10.2012 r. k. 90-91, pismo z daty 8.03.2013 r. k. 92-93, kosztorys ofertowy k. 287-289, protokół z daty 26.07.2012 r. k. 290, pismo z daty 3.10.2012 r. k. 291,

zeznania słuchanego na rozprawie w dniu 17.06.2016 r. świadka W. J. pomocniczo k. 232, E. S. pom. k. 232 v., M. G. k. 232 v.-233, T. W. pom. k. 233, zeznania słuchanego w drodze pomocy prawnej świadka Z. K. k. 275, zeznania słuchanego na rozprawie w dniu 6.11.2016 r. powoda i pozwanego,

Pismem z daty 15.02.2013 r. powód zgłosił zakończenie robót przewidzianych na tę datę.

W dacie 22.02.2013 r. strony dokonały częściowego odbioru robót sporządzając protokół odbioru robót, w którym stwierdzono, że zgodnie z aneksem nr (...) wykonanie zagospodarowania terenu zostanie wykonane do dnia 30.04.2013 r. Protokół odbioru został podpisany przez przedstawicieli obu stron.

W załączniku nr 1 wskazano usterki przewidziane do usunięcia w terminie 29.03.2013 r., które zostały usunięte w dacie 04.04.2013 r.

dowody: pism z dnia 15.02.2013 r. k. 48, pism z dnia 18.02.2013 r. k. 49, częściowy protokół odbioru z daty 22.02.2013 r. z załącznikiem nr 1 k. 40-43, protokół usunięcia usterek z daty 5.04.2013 r. k. 44-45,

Pismem z daty 30.04.2013 r. powód zgłosił zakończenie robót przewidzianych na tę datę oraz gotować do odbioru końcowego.

W dacie 8.05.2013 r. strony dokonały końcowego odbioru robót sporządzając końcowy protokół odbioru robót, w którym stwierdzono, że brak jest usterek. Prace zostały wykonane zgodnie z umową w terminie 30.04.2013 r.

dowody: pismo z dnia 30.04.2013 r. k. 50, pismo z daty 30.04.2013 r. k. 51, protokół końcowy z daty 8.05.2013 r. k. 46-47,

Pozwany wystawił w dacie 7.05.2013 r. powodowi notę księgową nr (...) obciążając go karą umowną w wysokości 38 164,38 zł. w oparciu o § 8 ust. 1 pkt a umowy, za zwłokę w zakończeniu robót wskazując zwłokę 6 dni, przesyłając ją powodowi.

Pozwany przyjął zwłokę powoda w związku z niedotrzymaniem terminu 29.03.2013 r. wyznaczonego na usunięcie stwierdzonych protokołem z dnia 22.02.2013 r. usterek, które usunięto 04.04.2013 r.

dowody: nota księgową nr (...) k. 52, częściowy protokół odbioru z daty 22.02.2013 r. z załącznikiem nr 1 k. 40-43, protokół usunięcia usterek z daty 5.04.2013 r. k. 44-45, wyciąg z książki nadawczej k. 296-297,

Powód kwestionując zasadność naliczenia kary umownej odmówił zapłaty w związku z czym pozwany złożył mu świadczeniem z daty 22.05.2013 r. oświadczenie w przedmiocie potrącenia kary umownej w wysokości 38 168,38 zł. z jego wzajemną wierzycelnością z tytułu wynagrodzenia za roboty objętym fakturą VAT nr (...) na kwotę 651 900 zł. brutto z terminem płatności 14.06.2013 r.

dowody: nota księgową (...) k. 52, pismo z daty 21.05.2013 r. k. 53, pismo z daty 22.05.2013 r. k. 54-55, (...) k. 56, oświadczenie o kompensacie z daty 22.05.2013 r. k. 177,

Powód kwestionując potrącenie i naliczenie kar umownych wzywał pozwanego do zapłaty 38 164,38 zł. tytułem pozostałego do zapłaty wynagrodzenia oraz wynagrodzenia za roboty dodatkowe pismem z daty 9.04.2015 r. w terminie 5 dni od dat otrzymania wezwania, co miało miejsce w dniu 13.04.2015 r.

dowody: wezwanie do zapłaty z potwierdzeniem odbioru k. 94-95, wezwanie do zapłaty z daty 14.04.2015 r. k. 96-98,

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o powołane dowody z dokumentów, których autentyczności strony nie kwestionowały jak też nie budziły takich wątpliwości Sądu. Sąd dał także wiarę dowodom z zeznań świadków, które potwierdzały okoliczności powzięcia wiadomości odnośnie zmiany zakresu robót i tego przyczynę w postaci innych gabarytów zbiornika reakcji, jak też wykonywania innych robót dodatkowych jak też w zakresie w jakim znajdowały oparcie w dokumentach co do rezygnacji z części studzienek światłowodowych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Powód dochodził roszczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane podnosząc niezasadność naliczenia i skuteczność potrącenia kar umownych oraz z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia się pozwanego w związku z wykonaniem przez powoda robót dodatkowych nie objętych umową o roboty budowlane.

Zarzut potrącenia na który powoływał się pozwany był niezasadny w konsekwencji za zasadne należało przyjąć roszczenie powoda w zakresie kwoty 38 164,38 zł.

W sprawie brak podstaw od przyjęcia, iż pozwanemu przysługiwało, przedstawiona do potrącenia /art. 498 kc /z wierzycelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane /art. 647 kc/ wzajemna wierzycelność z tytułu kar umownych.

Źródłem zastrzeżenia kary umownej jest umowa /art. 483 kc /, stąd z oczywistych względów szczególnego znaczenia nabiera treść tej umowy. Karą umowną może być bowiem sankcjonowana każda postać naruszenia zobowiązania, jak też strony mogą w umowie zastrzec ją tylko za poszczególne rodzaje naruszeń i ta ostatnia sytuacja miała miejsce w sprawie.

W sprawie bezspornym był sam sposób naliczenia kary jak tego podstawa wskazana w umowie w postaci § 8 ust. 1 a, zgodnie z którym zastrzeżona została na wypadek zwłoki w zakończeniu wykonywania przedmiotu umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki .

Powyższe należy przy tym rozważać przy uwzględnieniu 6 ust. 7 umowy w którym strony ustaliły, że jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone , że przedmiot nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia, robót, stwierdzenia wad lub nie wywiązania się z obowiązków , o których mowa w niniejszej umowie zamawiający może odmówić odbioru . W takim wypadku wykonawca pozostaje w zwłoce.

W przedmiotowej sprawie powód wykonał roboty w umówionym terminie, inwestor dokonał odbioru robót zgłoszonych w przewidzianym przez umowę terminie przez wykonawcę, sporządzono następnie częściowy protokół odbioru z daty 22.02.2013 r.

Powyższego nie zmienia to, iż w trakcie tego właśnie odbioru stwierdzono usterki, powód zaś został zobowiązany do ich usunięcia w terminie do 29.03.2013 r. ,któremu to właśnie terminowi uchybił.

Wykonanie umowy o roboty budowlane poprzez ich zaoferowanie inwestorowi ma miejsce wtedy, gdy nastąpiło wykonanie oznaczonych w umowie robót w takiej postaci, iż spełniają cechy zamówienia. Oznacza to taką postać, ilość i jakość, że mogą być wykorzystane do celów, jakie przyświecały inwestorowi. W wypadku gdy wykonanie lub wydanie robót nastąpiło niezgodnie z treścią stosunku prawnego umowy, zwłaszcza w sytuacji gdy wady mają charakter istotny inwestor może zostać zwolniony z obowiązku odbioru, co może skutkować zwłoką wykonawcy z pełnymi jej konsekwencjami prawnymi.

W przedmiotowej sprawie strony umownie wzmocniły prawo inwestora do odmowy odbioru robót budowlanych, nie różnicując wad na istotne czy nieistotne i wiążąc z tym prawem taki skutek, iż wykonawca pozostaje w zwłoce.

Z kolei właśnie na wypadek zwłoki wykonawcy strony zastrzegły karę umowną w powołanym przez pozwanego postanowieniu umowy jako podstawa jej naliczenia.

W przedmiotowej sprawie zatem tak z uwagi na to, iż wady nie były istotne, skoro sam inwestor zdecydował o dokonaniu odbioru robót jak też, iż zgodnie z umową stron te wyraźnie powiązały zwłokę wykonawcy z odmową odbioru, brak było podstawy do naliczenia kary umownej uwagi na zwłokę powoda.

Mając na uwadze wskazaną podstawę naliczenia kary umownej, na marginesie tylko wskazać należy, iż kolejną karę umowną strony przewidziały, na wypadek opóźnienia w usunięciu wad, ale tych stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi /§ 8 pkt 1 ust. b/.

Niewątpliwe wady co do których usunięcia powód nie dotrzymał terminu istniały nadal po odbiorze częściowym z daty 22.02.2013 r., skoro zostały usunięte 4.04.2013 r. Jednak rozważania, czy po dacie 22.02.2013 r. rozpoczął już bieg termin rękojmi, na który powoływał się pozwany są w świetle postanowień umownych bezcelowe, raz z uwagi na podstawę naliczenia kar umownych a to § 8 pkt 1 a, a po drugie z uwagi na to że kara umowna nie została przewidziana na wypadek opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych podczas odbioru, ale w okresie gwarancji i rękojmi /§ 8 pkt 1 ust. b/. W przedmiotowej sprawie zaś wady zostały stwierdzone własne podczas odbioru, tym samym brak jest zastrzeżenia kary umownej na wpadek opóźnienia w ich usunięciu.

Niezasadnym natomiast było roszczenie powoda w pozostałym zakresie, a to z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wywodzone z art. 405 kc.

W sprawie nie zaszły trzy przesłanki przewidziane w dyspozycji tego przepisu, a to wzbogacenia majątku jednej osoby, uzyskanego kosztem majątku innej osoby, wzbogacenie i zubożenie pozostawały ze sobą w związku w tym rozumieniu, iż wzbogacenie jest wynikiem zubożenia, a zatem by miały wspólne źródło oraz , wzbogacenie nastąpiło bez podstawy prawnej.

Przede wszystkim przysporzenie po stronie pozwanego w postaci wykonanych przez powoda robót budowlanych miało podstawę w wiążącej strony umowie o roboty budowlane/art. 647 kc/, było to świadczenie wzajemne, którego ekwiwalentem było umówione wynagrodzenie ryczałtowe.

Wykonawca, w tym także ten, którego wiąże z zamawiającym węzeł obligacyjny na podstawie umowy o roboty budowlane, w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe może ubiegać się o rekompensatę poniesionych przez siebie kosztów związanych z pracami realizowanymi na rzecz zamawiającego, w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jednakowoż dotyczy to tylko sytuacji, w której prace te **nie były objęte przedmiotem świadczenia na jego rzecz, określonym w umowie zawartej przez strony (o dzieło, o roboty budowlane), ale są roboty inne, nie oparte na odrębnym konsensusie stron**, dotyczącym ich wykonania i ewentualnego wpływu ich wartości na wielkość ryczałtu, chociaż też zrealizowane przez wykonawcę i takie, z których zamawiający rzeczywiście skorzystał. /I ACa 715/15 wyrok s.apel. 2015-09-11w Krakowie LEX nr 1927533/.

Wbrew też stanowisku powoda nie wykazał on, aby prace których wykonanie okazało się konieczne już po podpisaniu umowy i przystąpieniu do jej wykonania, nie wchodziły w zakres umowy. Przeciwnie tak z dowodów z dokumentów jak i z zeznań świadków wynikało, iż prace dodatkowe związane były z ustaleniem innych niż zakładane pierwotnie gabaryty zbiornika, co wskazuje na zasadność tezy, iż nie zmienił się ich przedmiot ale wyłącznie zakres. Nadto w ocenie Sądu dla wykazania ponad wszelką wątpliwość faktu z którego powód wywodził skutek prawny, a to odrębnego niż wskazany w umowie przedmiotu niewątpliwie wykonanych przez powoda, zmienionych robót koniecznym byłyby wiadomości specjalne, tych dostarczyć mógł biegły. Skoro zaś powód nie przeprowadził takiego dowodu, to negatywne konsekwencje niewykazania faktu obciążają zgodnie z zasadami ciężaru dowodzenia /art. 6 kc / właśnie powoda.

Strony ustaliły w umowie wynagrodzenie ryczałtowe.

Dla oceny roszczenia powoda znaczenie ma zatem art. 632 kc, który można stosować w drodze analogii do umowy o roboty budowlane zawartej także w trybie zamówień publicznych . W tym modelu wartość należnego wynagrodzenia nie jest uzależniona od czynników określających **przewidywany i zrealizowany zakres prac**, ilość zużytego materiału ani od przyjętych cen jednostkowych lub stawek robocizny. Dalszym elementem charakterystycznym dla tego rodzaju wynagrodzenia jest **brak powiązania pomiędzy uzgodnioną kwotą wynagrodzenia a możliwością przewidywania przez strony w chwili zawarcia umowy rozmiaru prac lub wartości kosztów koniecznych do wykonania dzieła** /V ACa 381/15 wyrok s.apel. 2016-02-26 w Gdańsku/.

Ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac, czy też wzrostem kosztu prac **obciąża przyjmującego zamówienie**. Strony decydując się więc na tego rodzaju wynagrodzenie muszą liczyć się z jego **bezwzględnym i sztywnym charakterem**. Nie oznacza to oczywiście przeszkód do dokonania pomiędzy stronami w umowie ustaleń co do kwestii możliwości podwyższenia (czy obniżenia) tego wynagrodzenia , prawnymi zaś konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia /tak min. SN w wyroku z dnia 25.03.2011r., sygn. IV CSK 397/10, SN w wyroku z dnia 25.03.2015r., sygn. II CSK 389/14, SA w Krakowie w wyroku z dnia 13.01.2015r., sygn. I ACa 1389/14/.

Tymczasem w sprawie nie tylko strony nie przewidziały możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia ryczałtowego co przeciwnie, ustaliły bowiem że roboty które błędnie nie zostały ujęte w przedmiarze, a należy je wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami lub sztuką budowlaną, aby przedmiotowe dzieło zostało wykonane, odebranie spełniało swoje funkcje nie zostaną zapłacone. Tym samym konieczne, sporne roboty były objęte konsensusem stron z umowy nr (...), zastosowania nie znajdują przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Na marginesie należało wskazać iż Sąd miał na uwadze, przepis art. 632 § 2 kc stosownie do którego możliwym jest korekta wynagrodzenia ryczałtowego, jako że jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

W przedmiotowej sprawie jednak powód parł powództwo w parciu o bezpodstawne wzbogacenie i art. 405 kc , czym ukierunkował proces, co ma to znaczenie, że kwalifikacja prawna dochodzonego roszczenia co prawda należy do sądu, ale nie można wykluczyć, że powołanie przez stronę określonej normy prawa materialnego jako mającej stanowić podstawę rozstrzygnięcia o tym roszczeniu wiąże sąd w tym sensie, że stanowi uzupełnienie okoliczności faktycznych określających żądania pozwu (art. 321 § 1 w zw. z art. 187 § 1 kpc); Niekiedy bowiem zmiana podstawy prawnej powództwa, wymaga także zupełnie innego rozumienia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę powództwa i w takich przypadkach zmiana taka dokonana przez Sąd, wbrew stanowisku strony, narusza art. 321 kpc. Sąd bowiem może sam określić podstawę prawną powództwa, ale tylko wtedy gdy nie wymaga to zmiany oceny okoliczności faktycznych, na których strona opiera swoje roszczenie (por.: wyr. SN z 22.3.2012 r., IV CSK 345/11, Legalis).

Kolejną kwestią zaś jest, iż w razie nawet przyjęcia podstawy z art. 632 § 2 kc to na powodzie spoczywał ciężar dowodzenia /art. 6 kc / z wszystkimi tego konsekwencjami odnośnie przesłanki z tego przepisu, w tym straty kwalifikowanej - "rażącej". Stąd też sam fakt, że przyjmujący zamówienie nie osiągnie oczekiwanego zysku czy też nawet poniesie jakąś stratę nie pozwala samo w sobie na zmianę wynagrodzenia ryczałtowego. Przy czym pojęcie "rażącej" straty należy odnosić każdorazowo do zakresu działalności podmiotu, który podwyższenia żąda. Ta sama bowiem kwota dla małego przedsiębiorcy może mieć charakter "rażący", a dla przedsiębiorcy prowadzącego działalność na dużą skalę, jedynie niewielki /por.: I ACa 894/15 wyrok s.apel. 2016-03-17/.

Inicjatywa powoda nie poszła w tym kierunku, nadto ewentualna teza o rażącej stracie byłaby wątpliwa wzięwszy pod uwagę argumenty pozwanego o obniżeniu kosztów robót z uwagi na rezygnację z treści robót objętych pierwotnie umową.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i rozważania Sąd uznał za uzasadnione roszczenie powoda o zapłatę kwoty 38 164,38 zł. z ustawowymi odsetkami za uzasadnione w oparciu o art. 647 kc i art. 481 kc o czym orzekł jak w pkt I wyroku w pozostałym zakresie za bezzasadne o czym orzekł oddalając powództwo na podstawie art. 405 kc i art. 632 kc jak w pkt II wyroku.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc stosunkowo je rozdzielając , mając na uwadze stopień w jakim każda ze stron przegrała proces.