

*Sygn. akt VI ACa 601/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 11 lutego 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Beata Waś*

*Sędzia SA – Marcin Strobel*

*Sędzia SO del. – Jolanta Pyźlak (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sąd. Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 11 lutego 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. sp. k. w W. (poprzednio Syndyka masy upadłości Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości w W.)*

*przeciwko miastu (...) W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powódki*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 17 stycznia 2013 r.*

*sygn. akt XXV C 87/09*

*I zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że zasądza od miasta (...) W. na rzecz (...) Sp. z o.o. sp. k. w W. kwotę 1 226 100, 64 zł (jeden milion dwieście dwadzieścia sześć tysięcy sto złotych sześćdziesiąt cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 24 kwietnia 2007 roku do dnia zapłaty, w pozostałej części powództwo oddala;*

*II oddala apelację powódki w pozostałej części;*

*III zasądza od miasta (...) W. na rzecz (...) Sp. z o.o. sp. k. w W. kwotę 55 168 zł (pięćdziesiąt pięć tysięcy sto sześćdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;*

*IV nakazuje zwrócić (...) Sp. z o.o. sp. k. w W. z sum Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 11 567 zł (jedenaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu części opłaty od apelacji.*

*Sygn. akt VI ACa 601/14*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 24 kwietnia 2007r. Miejskie Przedsiębiorstwo (...) SA z siedzibą w W. zażądało zasądzenia od pozwanego – Miasta (...) W. Zarządu (...) kwoty 12 522 311,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztami procesu.

W dniu 12 czerwca 2007r. Sąd Okręgowy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym nakazując Miastu (...) W. – Zarządowi (...) zapłacić na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) SA w W. kwotę 12 522 311,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 kwietnia 2007r. do dnia zapłaty oraz kwotę 32 200,00 zł z tytułu zwrotu kosztów procesu w tym kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu albo wniósł w tymże terminie sprzeciw (k.269).

W dniu 04 lipca 2007r. pozwany wniósł sprzeciw i nakaz zapłaty zaskarżył wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Postanowieniem z dnia 12 listopada 2007r. Sąd zawiesił postępowanie na mocy art. 174 § 1 pkt 4 kpc z uwagi na upadłość powoda, a następnie kontynuował proces z udziałem po stronie powodowej syndyka masy upadłości (...) S.A.

Wyrokiem z dnia 17 stycznia 2013r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXV C 87/09 powództwo oddalił i zasądził od Syndyka Masy Upadłości Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) S.A w W. poprzednio Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) S.A w upadłości w W. na rzecz pozwanego Miasta (...) W. kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 30 lipca 2004r. Zarząd Dróg Miejskich podpisał umowę Nr (...) z wykonawcą wyłonionym w trybie przetargu nieograniczonego. Wykonawcą było Konsorcjum firm. Przedmiotem umowy Nr (...) było wykonanie robót związanych z budową dwupoziomowego skrzyżowania ulic (...)w W. zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr 1 do umowy.

Konsorcjum firm składało się z (...) SA oraz Przedsiębiorstwa (...) SA. Umowa Konsorcjum została zawarta w dniu 20 maja 2004r. Z treści ww. umowy wynikało, że w przypadku wygrania przetargu strony wspólnie przystąpią do wykonania robót stanowiących przedmiot przetargu. Roboty drogowe wykona (...) SA zaś roboty mostowe – Przedsiębiorstwo (...) (§ 5 Umowy Konsorcjum).

Na skutek powzięcia informacji przez Przedsiębiorstwo (...)” SA o zaniżeniu przez (...) SA wartości robót mostowych kontrahent złożył (...) SA w dniu 19 lipca 2004r. oświadczenia w formie pisemnej o wystąpieniu z konsorcjum oraz cofnął pełnomocnictwo. Jednocześnie zobowiązano (...) SA do powiadomienia Zarządu Dróg Miejskich o zaistniałej sytuacji. (...) SA zataiła fakt, iż z Konsorcjum wystąpiło Przedsiębiorstwo (...) SA.

Zarząd Dróg Miejskich i (...) SA w § 2 umowy nr (...) określiły termin rozpoczęcia realizacji umowy na 6 sierpnia 2004r. a zakończenia do dnia 5 sierpnia 2005r.

Strony umowy ustaliły, iż za wykonane roboty (...) SA otrzyma wynagrodzenie w formie ryczałtu w wysokości 27 909 948,08 zł brutto.

Integralną częścią umowy były m.in. Ogólne warunki umowy na wykonanie robót związanych z budową dwupoziomowego skrzyżowania ul. (...). W punkcie 6.1 ogólnych warunków przewidziano wykonanie robót dodatkowych tj. nieprzewidzianych w przedmiocie przetargu, jeżeli są one niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia albo ze względu na bezpieczeństwo lub awarię. W kolejnych punktach ustalono procedurę, którą (...) SA jako wykonawca winien wszcząć by wykonywać roboty dodatkowe, m.in. ustalono, że wykonawca ma obowiązek zgłaszać zamawiającemu konieczność wykonania robót dodatkowych w terminie 3 dni od dnia stwierdzenia konieczności ich wykonania – punkt 6.2 oraz konieczność sporządzenia przez inspektora nadzoru wspólnie z

kierownikiem budowy protokołu konieczności, w którym wyszczególniają ww. roboty z podaniem ich ilości a następnie inspektor nadzoru uzyskuje akceptację zamawiającego na zawarcie umowy na wykonanie ww. robót – punkt 6.3.

(...) SA przystąpiło do realizacji umowy w dniu 6 sierpnia 2004r. kiedy to zostało wprowadzone na budowę. (...) SA miało wykonywać roboty własnymi siłami oraz przy pomocy podwykonawców.

W dniach 7 grudnia 2004r., 14 grudnia 2004r., 06 stycznia 2005r. oraz 14 lipca 2005r. (...) SA przedstawiło protokoły konieczności z czego tylko protokół z dnia 14 grudnia 2004r. uzyskał akceptację Zarządu Dróg Miejskich.

W owym protokole wyrażono zgodę na udzielenie zamówienia w trybie z „wolnej ręki” w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (...) SA nie zawarł z Zarządem Dróg Miejskich odrębnej umowy na roboty dodatkowe. Taka umowa wraz z dwustronnym protokołem odbioru stanowiłyby podstawę do wystawienia przez (...) SA faktury i domagania się zapłaty za wykonane roboty dodatkowe czy zamienne.

Zgodnie z zapisem punktu 17.3 Ogólnych Warunków Umów podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę jest protokół odbioru uzgodniony pomiędzy stronami umowy. Do ostatecznego rozliczenia robót branżowych i całości przedmiotu zamówienia konieczny był dodatkowo protokół przekazania do eksploatacji podpisany przez strony umowy.

Wykonawca zobowiązany był, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które stanowiło 5% ustalonej w umowie wartości zamówienia. Zgodnie z § 6 umowy (...) SA zobowiązał się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, najpóźniej w dniu zawarcia umowy w wysokości 1 395 497,40 zł w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Zapis w punkcie 15 Ogólnych Warunków Umów dawał stronom możliwość odstąpienia od umowy. Zamawiający mógł odstąpić od umowy między innymi, gdy wykonawca zaniechał realizacji robót, tj. w sposób nieprzerwany nie realizował ich przez okres 14 dni lub nie rozpoczął robót lub wykonywał roboty wadliwie, niezgodnie ze specyfikacją techniczną, dokumentacją projektowo-techniczną lub umową bądź nie reagował na polecenia inspektora nadzoru dotyczące poprawek i zmian sposobu wykonania.

W dniu 07 października 2005r. Miejskie Przedsiębiorstwo (...) SA przedstawiło Zarządowi Dróg Miejskich fakturę VAT nr (...) na kwotę 625 084,87 zł wraz protokołem rzeczowo-finansowym nr (...) oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 601 015,77 zł wraz z protokołem rzeczowo-finansowym nr (...). Wynikająca z owych faktur kwota w łącznej wysokości 1 226 100,64 zł została zatrzymana przez Zarząd Dróg Miejskich jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

(...) SA za wykonanie robót zgodnie z umową otrzymał należne mu wynagrodzenie za 1 etap 4 323 037,26 zł brutto za 2 etap 11 984 634,52 zł.

W związku z koniecznością przejęcia od Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) SA budowy Zarząd Dróg Miejskich powołał komisję, której celem było dokonanie inwentaryzacji ilości i jakości robót. W dniu 15 lutego 2006r. przeprowadzona została inwentaryzacja. Zakres robót wykonanych przez (...) SA oraz pozostających do wykonania w ramach dokończenia inwestycji został zawarty w „Protokole z prac Komisji Inwentaryzacyjnej na budowie skrzyżowania ulic (...)” sporządzonym w dniu 15 lutego 2006r. W pracach Komisji Inwentaryzacyjnej uczestniczył przedstawiciel wykonawcy, który po zapoznaniu się z jego treścią nie wniósł żadnych uwag.

Pismem z dnia 5 grudnia 2005r. Zarząd Dróg Miejskich wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o wyrażenie zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki celem zastępczego wykonania robót związanych z budową dwupoziomowego skrzyżowania ulic (...). Zgodę taką Zarząd (...) uzyskał wynikiem czego było zawarcie w dniu 27 lutego 2006r. umowy z (...) SA. W dniu 30 grudnia 2005r. Zarząd (...) odstąpił od umowy. Wpisem do Dziennika Budowy z dnia 19 stycznia 2006r. Zarząd Dróg Miejskich nakazał zaniechania wykonywania dalszych robót budowlanych powodowi. Na dzień odstąpienia od umowy (...) SA posiadał opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy (...) dni.

W dniu 06 stycznia 2006r. (...) SA wystawiło Zarządowi (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 48 800 zł za demontaż i powtórny montaż dwóch torów przewodów roboczych linii 110kV S.-S., (...). (...) SA wystawiło Zarządowi (...) notę obciążeniową nr (...) na dzień 27 marca 2006. W treści obciążono Zarząd Dróg Miejskich kwotą 11 422 198,92 zł z tytułu bezpodstawnego odstąpienia od umowy przez zamawiającego powodującego wypłatę wynagrodzenia za dotychczas wykonane prace oraz wynagrodzenia za niezrealizowany przedmiot zamówienia pomniejszonego o zaoszczędzone wydatki, jakie musiałby ponieść Wykonawca z tytułu ukończenia prac na podstawie umowy Nr (...) z dnia 30.07.2004r.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dokumenty złożone do akt, zeznania świadków R. G., E. O., M. K., J. K., J. O., M. O., M. M., J. Z. oraz zeznań przesłuchanej w charakterze strony G. L.. Sąd Okręgowy nie wziął pod uwagę złożonej przez stronę pozwaną prywatnej opinii, uznając, iż stanowi ona wyłącznie potwierdzenie stanowiska strony.

Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Powód w niniejszej sprawie dochodził kwoty 12 522 312 zł, na którą składały się:

- kwota 1 226 100,64 zł za roboty wykonane przez powoda wg protokołów rzeczowo-finansowych zaawansowania robót nr (...), zgodnie z fakturami nr (...);
- kwota 4 037 485,01 za wykonane roboty dodatkowe i zamienne;
- kwota 48 800 zł za demontaż i powtórny montaż linii dwutorowej;
- 1 097 137,17 zł utraconego zysku,
- pozostała kwota obejmowała koszty utrzymania budowy, organizacji ruchu na budowie, organizacji placów i przejść, zmian technologicznych ustroju nośnego na kładkach ul. (...), kosztów związanych z budową estakady, kosztów organizacji zaplecza, kosztów utrzymania zaplecza, strat mobilizacyjnych związanych z brakiem możliwości realizacji budowy wynikających bezpośrednio z błędów i zmian w dokumentacji projektowej po odstąpieniu przez pozwanego od umowy.

Sąd Okręgowy wskazał, iż zgodnie z art. 140 ustawy prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Istotą dodatkowego zamówienia w robotach budowlanych jest to, że wykraczają one poza zakres przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności w załączonej do niej dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. Zatem roboty te stanowią zawsze nowe zamówienie, które musi podlegać odrębnej procedurze postępowania, co wiąże się z podpisaniem odrębnej umowy na ich wykonanie. Zamówienie wykraczające poza zakres przedmiotu zamówienia opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią zamówienie dodatkowe w świetle zapisów art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy łącznie zachodzą okoliczności: 1) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, 2) wykonanie zamówień dodatkowych powierza się temu samemu wykonawcy, 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50 % wartości zamówienia podstawowego, 5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego, 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, 7) oraz co najmniej jeden z poniższych warunków : a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielnie od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Wykonanie robót dodatkowych wymaga przeprowadzenia odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zachowaniem wszystkich zasad wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych. Procedura udzielenia zamówienia publicznego na zamówienia dodatkowe wymaga wykonania

przez zamawiającego szeregu czynności, m.in. jako ostatnią z czynności zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie powód nie zawarł żadnej umowy w sprawie zamówienia dodatkowego na wykonanie robót dodatkowych.

Sąd Okręgowy wskazał, iż w sytuacji gdy pozwany zakwestionował roszczenia powoda w tak szerokim, jak w niniejszej sprawie zakresie powód stosownie do treści art. 6 k.c. jako podmiot wywodzący skutki prawne z przedstawionych twierdzeń zobowiązany był do wykazania i udowodnienia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę tych twierdzeń, a istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W ocenie tego Sądu powód nie wykazał i nie udowodnił, że wykonał roboty dodatkowe, za które należy mu się wynagrodzenie. Przedłożone przez niego dokumenty w postaci protokołów konieczności z dnia 2 grudnia 2004r., 26 stycznia 2005r., 06 stycznia 2005r. nie były zaakceptowane przez pozwanego. Z przedstawionych przez powoda protokołów konieczności tylko dwa z dnia 14 grudnia 2004r. uzyskały akceptacje Dyrektora Zarządu Dróg Miejskich. W pierwszym protokole na Budowie Zadania Inwestycyjnego pt. „Budowa dwupoziomowego skrzyżowania ulic (...) w W. na roboty dodatkowe” strony stwierdziły jedynie konieczność wykonania robót dodatkowych w trybie zamówienia publicznego „z wolnej ręki”. Powinna być jednak zawarta, zgodnie z Ogólnymi Warunkami Umów, odrębna umowa na roboty dodatkowe – czego jednak powód nie wykazał. Drugi protokół konieczności na wykonanie robót zamiennych potwierdza również konieczność wykonania robót, brak jednak aneksu do umowy oraz dwustronnego protokołu odbioru robót, potwierdzającego ich wykonanie.

Zdaniem Sądu wykazanie tych okoliczności, jak również okoliczności związanych z poniesionymi rzekomo przez powoda kosztami poniesionymi w związku z napotkanymi błędami projektowymi, stratami mobilizacyjnymi wymagało wiedzy specjalistycznej, czego powód był świadomy, bowiem od początku procesu był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, jest przedsiębiorcą z długoletnim doświadczeniem w branży budowlanej jak również z doświadczeniem w zakresie sporów sądowych. Pełnomocnik powoda wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. techniki budowlanej, jednakże ostatecznie tego wniosku nie podtrzymał. Przedstawione przez powoda roszczenia wymagały dowodu z opinii biegłego, jednakże Sąd nie znalazł podstaw, aby dowód ten dopuścić z urzędu. Nie wykazując swoich twierdzeń powód nie wykazał czy wykonał roboty dodatkowe i jakie poniósł koszty.

Strona powodowa nie wykazała ani czy prace zostały wykonane ani sposobu wyliczenia dochodzonych kwot, jak również prawidłowości tych wyliczeń. Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w formie ryczałtu, na podstawie ceny określonej w ofercie i kosztorysie ofertowym. Zgodnie z art. 632 § 1 k.c. jeżeli strony umówiły się co do wynagrodzenia ryczałtowego, to przyjmujący zamówienie – w niniejszej sprawie (...) S.A. nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. (...) S.A. składając ofertę na wykonanie robót budowlanych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, na zakres robót objętych zamówieniem, zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę. Istotą ceny ryczałtowej jest jej niezmiennosc, a co za tym idzie żadna ze stron poza wyjątkowymi wypadkami nie może domagać się zmiany ceny.

Za niezasadny Sąd Okręgowy uznał, podnoszony przez stronę powodową zarzut prekluzji dowodowej, wskazując, iż prekluzja taka nie wynikała z art. 503 k.p.c. obowiązującego w dacie wydania nakazu zapłaty.

Ostatecznie Sąd pierwszej instancji uznał, iż wobec nie wykazania słuszności ani podstawy dochodzonego roszczenia powództwo zostało oddalone, jako nieudowodnione.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 99 k.p.c.

**Apelację** od powyższego orzeczenia wniosła (...) spółka z o.o. Sp. k. z siedzibą w W. jako nabywca przedsiębiorstwa upadłego powoda, w którego skład wchodziły również wierzytelności, w tym wierzytelność objęta niniejszym procesem. Zakresem zaskarżenia objęto jedynie kwotę 1 457 458 zł, obejmującą wierzytelność w kwocie 1 226 100,64 zł z tytułu zapłaty za wykonane i odebrane przez pozwanego prace objęte umową oraz kwotę 231 356,53 zł brutto (189 636,50 zł netto) z tytułu prac dodatkowych wynikających z dwóch protokołów konieczności z 14 grudnia 2004r.,

które zostały zaakceptowane przez pozwanego. Apelacja nie objęła kwoty 48 800 zł za demontaż i powtórny montaż linii dwutorowej (k.1777 - wyjaśnienia pełnomocnika powoda złożone na rozprawie apelacyjnej). Skarżący podniósł następujące zarzuty:

I. zarzuty naruszenia prawa materialnego:

a) naruszenia art. 395§1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, w konsekwencji czego Sąd pierwszej instancji nie uznał postanowień w przedmiocie umownego prawa odstąpienia zawartych w pkt 15.1 owu za nieważne, pomimo, iż postanowienie to nie oznacza terminu w którym pozwany uprawniony był do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy ,

b) naruszenie art. 644 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w wyniku czego Sąd I instancji błędnie uznał, iż pomimo odstąpienia od umowy przez pozwanego, powódce nie jest należne wynagrodzenie stanowiące zapłatę za niezrealizowany przedmiot zamówienia, pomniejszone o wydatki, jakie powódka musiałby ponieść z tytułu ukończenia prac na podstawie umowy;

c) naruszenie art. 65§1 i 2 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 66 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w wyniku czego Sąd I instancji przyjął, iż powodowi nie jest należne wynagrodzenie za wykonane roboty dodatkowe, pomimo okoliczności, iż protokoły konieczności wykonania robót dodatkowych zawierały w swej treści należne powódce wynagrodzenie dodatkowe i część z nich została zaakceptowana przez Dyrektora Pionu (...), w wyniku czego pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w sposób dorozumiany poprzez wyrażenie zgody pisemnej;

d) naruszenie art. 405 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w wyniku czego Sąd I instancji uznał, iż powodowi nie jest należne wynagrodzenie na wykonane roboty dodatkowe, gdyż wynagrodzenie ustalone przez strony miało charakter ryczałtowy, w sytuacji gdy nie możliwym było prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy bez wykonania robót dodatkowych nieuwjętych w kosztorysie, przez co pozwany bezpodstawnie uzyskał korzyść majątkową kosztem powoda, stanowiąca równowartość robót dodatkowych, które powód był obowiązany wykonać;

e) naruszenie art. 6 k.c. przez przyjęcie, iż powód nie udowodnił, że wykonał roboty dodatkowe, za które dochodzi wynagrodzenia, w sytuacji gdy okoliczności te zostały wykazane protokołami konieczności wykonania robót oraz protokołami częściowego odbioru wykonanych robót, ponadto okoliczność wykonania tych robót co do zasady nie była przez pozwanego kwestionowana;

f) naruszenie art. 76 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię przejawiającą się w ustaleniu przez Sąd I instancji, że niemożliwym jest dochodzenie przez powoda wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe, bowiem strony wbrew obowiązkom wynikającym z ustawy prawo zamówień publicznych nie zawarły umowy w przedmiocie wykonania tych prac, w sytuacji gdy przepis ten stanowi w swej istocie prawidłowy tryb postępowania zamawiającego w przypadku konieczności wykonania prac dodatkowych, do której to normy prawnej pozwany się nie zastosował, dopuszczając się jednocześnie deliktu prawnego, a prawidłowa interpretacja tego przepisu nie pozwala na przyjęcie, że zawarcie umowy o roboty dodatkowe jest elementem koniecznym do skutecznego dochodzenia wynagrodzenia dodatkowego, również w przypadku zasadności wykonania tych prac, których konieczność zaszła w trakcie wykonywania przedmiotu umowy i były one niezbędne do prawidłowego wykonania dzieła;

g) naruszenie art. 148 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowania, w wyniku czego Sąd pierwszej instancji pominął okoliczność, iż prawo wyboru sposobu zapieczętowania należytego wykonania umowy przysługiwało wyłącznie powodowi, który wniósł zapieczętowanie w formie gwarancji ubezpieczeniowej i pozwany nie był uprawniony do jednostronnej zmiany sposobu tego zapieczętowania, również wskutek upływu okresu ważności tej gwarancji i tym samym zatrzymania kwoty 1 226 100,64 zł i zdeponowania tej kwoty na rachunku bankowym;

## II. zarzuty naruszenia prawa procesowego:

a) naruszenie art.229 k.p.c. poprzez pominięcie, iż pozwany przyznał, że powód wykonał roboty budowlane wymienione w protokole rzeczowo- finansowym zaawansowania robót nr (...) oraz w protokole rzeczowy- finansowym zaawansowania robót nr (...) i wynagrodzenie za te prace było należne, jednakże wskutek bezprawnego zatrzymania nie zostało zapłacone na rzecz powoda, przyznając tym samym fakt, że roszczenie powoda do kwoty 1 226 100,64 zł jest zasadne;

b) naruszenie art. 328§2 k.p.c. poprzez pominięcie w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku:

- okoliczności, dla których Sąd I instancji nie uwzględnił roszczenia powoda do kwoty 1 226 100,64 zł , w przypadku gdy zasadność zapłaty została potwierdzona przez pozwanego oraz części roszczenia w kwocie 48 800 zł za demontaż i powtórny montaż linii dwutorowej 110kV przy budowie estakady,

- przyczyn dla których Sąd uznał, iż powód nie jest uprawniony do żądania zapłaty dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót, których konieczność wykonania wynikała ze zgromadzonych w aktach protokołów konieczności zaakceptowanych przez pozwaną i zawierających w swej treści wysokość wynagrodzenia dodatkowego;

- okoliczność, że spółka (...) SA wykonała pozostałe roboty budowlane za wynagrodzeniem w kwocie 28 997 771,67 zł brutto, w sytuacji gdy wysokość wynagrodzenia ustalona w umowie między powodem za pozwanym wyniosła 27 909 948,08 zł a powód wykonał około 59% prac, który to fakt uzasadnia, iż zakres robót zleconych powódce został ustalony w sposób wadliwy, przez co nie uwzględniono szeregu robót, których wykonanie było konieczne co do prawidłowego zakończenia inwestycji oraz wynagrodzenia za te prace, co miało bezpośredni wpływ na czas prowadzenia robót przez pozwaną;

- zasad rozkładu ciężaru odpowiedzialności za błędnie ustalony zakres robót, których wykonania podjęła się powódka, w obliczu przygotowanej przez pozwanego w sposób wadliwy dokumentacji technicznej;

- przyczyn, dla których Sąd I instancji odmówił wiarygodności dowodom w postaci protokołów odbioru robót zgłoszonych przez powoda, zgłoszonych celem wykazania zakresu wykonanych robót dodatkowych, uznając jednocześnie, iż powód nie udowodnił w jakim rozmiarze wykonał te prace;

c) naruszenie art. 278§1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez zaniechanie przez Sąd i instancji dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego w przypadku, gdy w jego ocenie zgromadzony materiał dowodowy z uwagi na konieczność uzyskania przez Sąd wiadomości specjalnych nie pozwalał na jednoznaczne rozstrzygnięcie zasadności powództwa;

d) naruszenie art.233§1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przejawiające się w:

- uznaniu, że powodowi nie jest należne wynagrodzenie za wykonane roboty dodatkowe w sytuacji gdy ze sporządzonych przez strony protokołów konieczności wynika, iż roboty te nie były przewidziane w pierwotnym projekcie i strony określiły w ich treści wysokość wynagrodzenia dodatkowego;

-uznaniu, iż protokół z prac komisji inwentaryzacyjnej zawiera w swej treści rzeczywisty zakres robót wykonanych przez powoda, w sytuacji gdy protokół ten nie uwzględnia wykonanych robót dodatkowych i nie został zaakceptowany przez powoda;

- uznaniu, iż zeznania G. L. są spójne i logiczne, w sytuacji gdy nie była ona uczestnikiem procesu zawierania umowy z powodem przez co nie знаła faktów istotnych dla niniejszego postępowania, tj. zarówno treści umowy, jak i sposobu określonego w umowie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz okoliczności czy powód składał zastrzeżenia do dokumentacji technicznej dostarczonej przez pozwanego;

e) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego przejawiającymi się w uznaniu, iż :

- powód otrzymał wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane w kwocie 16 307 671,78 zł wobec czego wytoczone powództwo jest niezasadne, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, iż powód otrzymał od pozwanego jedynie kwotę 15 081 571,14 zł;

- powód nie zawarł z pozwanym umowy na roboty dodatkowe, wobec czego nie może dochodzić z tego tytułu wynagrodzenia dodatkowego, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, iż pozwany uchylał się od zawarcia umowy na roboty dodatkowe, a ich niezwłoczne wykonania było determinowane koniecznością wykonania całości inwestycji, dlatego też powód przystąpił do tych prac bez uprzedniego zawarcia umowy o roboty dodatkowe licząc na rzetelność pozwanego;

- przedstawiciel powoda nie wniósł zastrzeżeń do treści protokołu z prac komisji inwentaryzacyjnej zawierającej w swej treści wykonany przez powoda zakres robót w ramach umowy, przez co Sąd I instancji uznał, iż protokół ten został zaakceptowany przez powoda w sytuacji gdy przedstawiciel powoda nie złożył podpisu na tym protokole, co należy traktować jako brak akceptacji jego treści;

- pominięcie faktu, iż pozwana wadliwie przygotowała dokumentację projektową w oparciu o którą został sporządzony pierwotny zakres robót zleconych powódce oraz wynagrodzenie, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego, a w szczególności z treści umowy zawartej przez pozwanego z (...) SA wynika, iż zakres prac, których wykonanie było konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy był znacznie szerszy;

- uznanie, że tylko protokół konieczności z dnia 14 grudnia 2004r. uzyskał akceptację Zarządu (...), w sytuacji gdy w tym dniu zostały sporządzone dwa protokoły konieczności zaakceptowane przez Dyrektora Pionu (...) wskazujące wartość wynagrodzenia należnego powódce za prace stwierdzone tymi protokołami na kwotę 554 330,61 netto, natomiast powód wykonał 34,21% całości zleconych prac, zatem wynagrodzenie należne dla powoda wynosi 189 636,50 zł netto (231 356, 53 zł brutto).

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 1 457 457,17 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania.

Pozwany wnosil o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja jest częściowo uzasadniona.

Na wstępie należy wskazać, iż Sąd Apelacyjny podziela co do zasady ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego co do daty zawarcia przez strony umowy, jej przedmiotu i stopnia jej wykonania przez obydwie strony ( za wyjątkiem wysokości kwoty jaką pozwana zapłaciła powodowi), faktu odstąpienia od umowy przez zamawiającego i powierzenia innemu podmiotowi dokończenia inwestycji, braku zawarcia umowy co robót dodatkowych, jak i zatrzymania części wynagrodzenia. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów naruszenia prawa procesowego należy wskazać, iż Sąd Okręgowy ustalił, iż w dniu 7 października 2005r. Miejskie Przedsiębiorstwo (...) SA przedstawiło Zarządowi Dróg Miejskich fakturę VAT nr (...) na kwotę 625 084,87 zł wraz protokołem rzeczowo-finansowym nr (...) oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 601 015,77 zł wraz z protokołem rzeczowo-finansowym nr (...). Wynikająca z owych faktur kwota w łącznej wysokości 1 226 100,64 zł została zatrzymana przez Zarząd Dróg Miejskich jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy (strona 8 uzasadnienia k. 1594). A zatem wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji fakt wykonania tych prac został prawidłowo ustalony przez Sąd Okręgowy na podstawie zebranych dokumentów, których pozwany nie kwestionował. Brak uznania przez Sąd roszczenia powoda w tej części za uzasadnione wiąże się nie z naruszeniem art. 229 k.p.c., lecz jak należy domniemywać (gdyż Sąd nie ustosunkował się wyraźnie do tej kwestii) z przyjęciem skuteczności zatrzymania tej kwoty przez pozwanego jako zabezpieczenia.



Jedynie częściowo zasadne są zarzuty naruszenia art. 328§2 k.p.c. Jak wskazano wyżej faktycznie Sąd Okręgowy nie ustosunkował się do kwestii zatrzymania przez pozwanego kwoty 1 226 100,64 zł, wskazując jedynie, iż ogólnie, iż powództwo w całości uznał za nieudowodnione. Natomiast w odniesieniu do kwoty 48 800 zł za demontaż i powtórny montaż linii dwutorowej 110 kV przy budowie estakady zarzut ten jest bezprzedmiotowy, bowiem orzeczenie nie zostało zaskarżone w tej części. Wbrew twierdzeniom apelacji Sąd I instancji wskazał w uzasadnieniu przyczyny dla których uznał roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe za nieuzasadnione: niezawarcie dodatkowej umowy wymaganej przepisami ustawy prawo zamówień publicznych oraz nieudowodnienie wykonania tych robót (str. 13-14 uzasadnienia, k. 1600-16001). Sąd Okręgowy ustalił, iż pozwany zawarł nową umowę z (...) SA ( str. 8-9 uzasadnienia, k. 1594-1595), wprawdzie nie wskazał wartości wskazanych w niej prac, jednakże wyciągnięcie z tego faktu wniosku czy zakres robót zleconych w umowie zawartej z powódką był ustalony wadliwie, a przede wszystkim w jakim zakresie - wymagało dowodu z opinii biegłego, co również Sąd wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Zarzut braku ustalenia, kto ponosi odpowiedzialność za wadliwie ustalony zakres robót jest bezprzedmiotowy, skoro ustalenie, że zakres ten został ustalony wadliwie nie zostało dostatecznie udowodnione. Sąd Okręgowy wprawdzie szczegółowo nie odniósł się do dokumentów w postaci protokołów odbioru robót zgłoszonych przez powoda, a jedynie ogólnie wskazał, iż Sąd nie dysponował specjalistyczną wiedzą wymaganą w celu oceny na podstawie przeprowadzonych dowodów, czy roboty te zostały faktycznie wykonane (k.1601) i jednocześnie przy ocenie zeznań świadków wskazał, iż ich zeznania nie pozwalają na ustalenie zakresu wykonanych robót dodatkowych. Tym samym ostatecznie uzasadnienie zaskarżonego wyroku w tej kwestii, aczkolwiek lakoniczne, poddaje się kontroli instancyjnej.

Z art. 232 k.p.c. wynika, iż to strony a nie Sąd powinny przedstawiać materiał pozwalający poczynić ustalenia faktyczne, z których wywodzą skutki prawne. Sąd nie jest odpowiedzialny za wynik procesu, jak również nie jest jego rzeczą zarządzanie dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Przewidziana w art. 232 k.p.c. możliwość dopuszczenia dowodu niewskazanego przez strony jest prawem, a nie obowiązkiem sądu. W orzecznictwie wskazuje się, iż przewidziane w tym przepisie uprawnienie sądu do działania z urzędu może przekształcić się w obowiązek procesowy tylko w wyjątkowych okolicznościach, ale nie wtedy, gdy strona nie realizuje swych obowiązków procesowych. Wskazuje się, iż takie wyjątkowe okoliczności mogą zachodzić gdy strona jest nieporadna czy gdy grozi naruszenie interesu podlegającego szczególnej ochronie, a przy dowodzie z opinii biegłego – w sytuacji gdy do sądu należy ocena, czy do stwierdzenia danej okoliczności potrzebne są wiadomości specjalne. Jeżeli strona nie wystąpi z wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy oczywiste jest, że stwierdzenie danej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych, sąd nie powinien działać z urzędu w tym względzie. W niniejszej sprawie strona była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, zgłosiła wniosek o dowód z opinii biegłego, a zatem miała świadomość konieczności jego przeprowadzenia, a następnie cofnęła ten wniosek, choć miała świadomość wyników postępowania dowodowego: a w szczególności zeznań świadków, którzy co do zasady niewiele pamiętali i nie potwierdzili jej wielu twierdzeń, w tym co do wykonania robót dodatkowych i ich zakresu, podczas gdy strona pozwana kwestionowała zakres wykonania prac dodatkowych. Ciężar dowodu spoczywał w tej kwestii na stronie powodowej i strona miała tego świadomość. W tej sytuacji wycofanie wniosku dowodowego przez stronę nie uzasadnia postawienia Sądowi I instancji zarzutu naruszenia art. 232 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c.

Zgodnie z art. 233§1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie "wszechstronnego rozważenia zebranego materiału", a zatem z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Ramy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. reguluje jedynie kwestię oceny wiarygodności i mocy dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie poczynionych ustaleń faktycznych, czy wyprowadzonych z materiału dowodowego wniosków. Uchybienia w tym zakresie winny się skonkretyzować w zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym. Zaniechanie zaś wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, czy też pominięcie przez sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy - nie stanowi o naruszeniu powyższego przepisu. Samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżących odpowiada rzeczywistości, nie jest więc wystarczające. Konieczne jest bowiem wykazanie, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, gdyż tylko takie uchybienie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

Przenosząc te ogólne uwagi na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż pierwszy z zarzutów naruszenia art. 233 k.p.c. nie precyzuje jaki dowód Sąd ocenił niezgodnie z treścią ww. przepisu. W odniesieniu do protokołu komisji inwentaryzacyjnej należy zauważyć, iż w ustaleniach faktycznych Sąd I instancji wskazał jedynie, że taki protokół został sporządzony i zawierał wykaz robót wykonanych przez powodowe przedsiębiorstwo oraz pozostających do wykonania (str. 8 uzasadnienia k. 1594). Sąd ten wskazał także powołując się na zeznania świadków, iż przedstawiciel powoda uczestniczył w pracach komisji inwentaryzacyjnej i nie wniósł żadnych uwag do tego protokołu. Kwestia czy i jakim zakresie protokół ten uwzględnia wykonane przez powoda dodatkowe roboty budowlane wymagała wykazania innymi dowodami; z samej treści protokołu to nie wynika, a faktycznie brak jest na nim jakichkolwiek uwag wniesionych przez przedstawiciela powoda.

Zasadny jest natomiast zarzut dotyczący zeznań G. L., jednak z nieco innych przyczyn niż wskazane w zarzutach apelacyjnych: została ona przesłuchana w charakterze strony wbrew treści art. 300§1 k.p.c. Stroną w niniejszej sprawie było miasto (...) W., a nie Skarb Państwa. W tej sytuacji dowód przeprowadzony z naruszeniem art. 300 k.p.c. nie mógł być podstawą ustaleń faktycznych, gdyż osoba ta nie jest organem uprawnionym do reprezentacji pozwanej.

Zasadny jest zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią zebranego materiału dowodowego w zakresie ustalenia przez Sąd I instancji, iż powód otrzymał za wykonane prace wynagrodzenie w kwocie 16 307 671,78 zł, podczas gdy zebranego materiału dowodowego wynika, iż otrzymał jedynie 15 081 571,14 zł (czego nie kwestionowała również strona pozwana), bowiem pozwany zatrzymał kwotę 1 226 100,64 zł tytułem zabezpieczenia.

Prawidłowo natomiast Sąd Okręgowy ustalił, iż strony nie zawarły umowy o roboty dodatkowe: takiej umowy nie złożono do akt, a sam fakt pisemnej akceptacji protokołów konieczności przez Dyrektora Pionu (...) nie oznacza dorozumianego zawarcia takiej umowy, bowiem nie wykazano, aby był on osobą upoważnioną do zawierania umów w imieniu pozwanej. Umowa z dnia 30 lipca 2004r. została podpisana w umieniu pozwanej przez trzech jej przedstawicieli: nie zostało wykazane, aby sposób reprezentacji pozwanej uległ zmianie i by Dyrektor Pionu (...) był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji miasta (...) W..

Jak już wcześniej wskazano, w protokole z prac komisji inwentaryzacyjnej brak jest wpisania przez przedstawiciela powoda zastrzeżeń, nie wykazano również, aby złożył je w jakimś dodatkowym piśmie; wprawdzie protokół ten nie został przez niego podpisany, co może oznaczać jego nieakceptację, ale też nie jest błędne ustalenie Sądu, że przedstawiciel powoda nie złożył zastrzeżeń.

Jak wyżej wskazano, w niniejszym postępowaniu wykazano, iż zachodziła konieczność wykonania niektórych robót dodatkowych, nie objętych pierwotnym zakresem umowy, co wynika chociażby z niektórych zaakceptowanych przez pozwaną protokołów konieczności, jak i ze znacznie szerszego zakresu prac wskazanych w umowie zawartej przez pozwaną z (...) SA, ale nie jest możliwe tylko na tej podstawie ustalenie czy i jakim zakresie pierwotny projekt inwestycji został opracowany wadliwie, czy można było wcześniej przewidzieć konieczność wykonania prac dodatkowych i których.

Sąd Okręgowy w swoich ustaleniach faktycznych wskazał, iż w dniach 7 grudnia 2004r., 14 grudnia 2004r., 6 stycznia 2005r. oraz 14 stycznia 2005r. (...) SA przedstawiło protokoły konieczności, z czego tylko protokół z 14 grudnia 2004r. uzyskał akceptację Zarządu Dróg Miejskich. Wprawdzie w ustaleniach faktycznych Sąd odniósł się wyłącznie do protokołu z k. 227 akt, ale w części dotyczącej rozważań prawnych jest już mowa o dwóch protokołach z 14 grudnia 2004r. (k. 1600 str. 14 uzasadnienia). Również drugi protokół konieczności z dnia 14 grudnia 2004r. (k.228-229) uzyskał akceptację Dyrektora Pionu Zarządu Dróg Miejskich. Tym samym ostatecznie zarzut apelacji jest w tej kwestii niezasadny.

Analizując zarzuty naruszenia prawa materialnego należy zauważyć, iż częściowo zarzuty te odnoszą się do niezaskarżonej części orzeczenia.

Przede wszystkim jednak należy rozważyć kwestię ważności zawartej przez strony umowy. Miejskie Przedsiębiorstwo (...) SA zawarło tę umowę jako Lider Konsorcjum zawartego z Przedsiębiorstwem (...) SA. Należy w tym miejscu uzupełnić ustalenia faktyczne Sądu I instancji wskazując, iż umową z dnia 21 lipca 2004r. Miejskie Przedsiębiorstwo (...) SA i Przedsiębiorstwo (...) SA ustaliły, iż całość prac przewidzianych w ramach kontraktu wykona we własnym zakresie Lider Konsorcjum, a (...) Konsorcjum udzieli mu jedynie niezbędnych konsultacji w ramach realizowanych prac, Lider Konsorcjum został też upoważniony do odbioru całości wynagrodzenia w związku z realizacją kontraktu (k. 353v). Wprawdzie z pisma z 19 lipca 2004r. wynika, iż (...) wskazało, iż występuje z umowy konsorcjum i wypowiada pełnomocnictwo, ale w dniu 21 lipca 2004r. ostatecznie po negocjacjach zawarło umowę zmieniającą umowę konsorcjum, a zatem zawierając w dniu 30 lipca 2004r. umowę powodowe przedsiębiorstwo nadal występowało jako Lider Konsorcjum. W toku inwestycji (...) poinformowało pozwaną o ostatecznym wycofaniu się z realizacji umowy. Pozwana została powiadomiona o tym, że umowę w całości będzie wykonywał powód dopiero w trakcie realizacji umowy, jednak nie uchyliła się od zawartej umowy z tego powodu. Prace budowlane wykonywał ostatecznie tylko powód i na mocy postanowienia zawartego w § 2 umowy z 21 lipca 2004r. jest uprawniony do dochodzenia roszczeń wynikających z tej umowy, a zatem posiada legitymację czynną w niniejszej sprawie (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2013r. I ACa 1204/12 Legalis nr 736244). Należy też zauważyć, iż pozwany ostatecznie w niniejszej sprawie nie podtrzymywał zarzutów dotyczących ważności umowy.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów naruszeń prawa materialnego zawartych w apelacji należy wskazać, iż:

Zasadnie skarżący podnosi, iż zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia w rozumieniu art. 395 § 1 k.c. wymagało wskazania terminu, w którym to odstąpienie jest dopuszczalne. Brak wskazania tego terminu czyni to zastrzeżenie nieważnym. Złożone przez stronę pozwaną oświadczenie o odstąpieniu spełnia jednak przesłanki ustawowego prawa odstąpienia opartego na treści art. 635 k.c. w zw. z art. k.c., bowiem powód był w zwłoce z wykonaniem umowy. W przypadku umowy o roboty budowlane samo opóźnienie w realizacji robót, a więc niedotrzymanie terminu realizacji robót nawet z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, upoważnia do odstąpienia od umowy i to bez konieczności wyznaczenia terminu dodatkowego. Brzmienie art. 635 k.c. przemawia za dopuszczeniem możliwości odstąpienia od umowy zarówno w terminie oznaczonym na wykonanie umowy, jak i po upływie tego terminu (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2012r. IV CSK 182/11 OSNC 2012/7-8/90 oraz Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 26 lipca 2013r. I ACa 277/13 LEX nr 1369305)

Skutki zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązań z umowy wzajemnej regulują art. 491-493 k.c. Uprawniony do odstąpienia od umowy wzajemnej z uwagi na zwłokę dłużnika w wykonaniu zobowiązania wykonuje to uprawnienie przez złożenie kontrahentowi oświadczenia o odstąpieniu od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Jest to jednostronne, skierowane do konkretnego adresata oświadczenie woli o charakterze prawokształtującym. W następstwie jego złożenia łączący strony stosunek prawny wygasa ze skutkiem ex tunc. Jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna z nich dopuszcza się zwłoki tylko, co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy drugiej stronie (art. 491 § 2 k.c.). W świetle powyższej regulacji, zakres skutków powodowanych oświadczeniem o odstąpieniu

od umowy zależy przede wszystkim od właściwości przedmiotu świadczenia strony, która popadła w zwłokę z wykonaniem swojego zobowiązania i woli strony, która uczyniła użytek z uprawnienia do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W literaturze i judykaturze nie wypracowano jednolitego stanowiska, co do tego, czy przedmiot świadczenia wykonawcy umowy o roboty budowlane ma charakter podzielny, czy niepodzielny. W wyroku z 14 marca 2002 r., IV CKN 82/00 (nie publ.), Sąd Najwyższy stwierdził, że świadczenie rzeczy oznaczonej, co do tożsamości jest zawsze niepodzielne, a za takie świadczenie uznać należy świadczenie wykonawcy umowy o roboty budowlane obejmujące wybudowanie oczyszczalni. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 4 czerwca 2002 r., I CK 1/02 (nie publ.) na temat świadczenia wykonawcy polegającego na wybudowaniu gazociągu. Odmiennie stanowisko zajął jednak Sąd Najwyższy w wyroku z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03 (nie publ.), w motywach którego wskazał, że świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane jest podzielne, bowiem z reguły można je spełnić bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia, a w wyroku z 16 listopada 2005 r., V CK 350/05, (Biul. SN 2006, Nr 3, poz. 11), Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przesądzenie podzielnego lub niepodzielnego charakteru świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane zależy przede wszystkim od postaci przedmiotu wspomnianego świadczenia (niektóre roboty mogą mieć bowiem charakter podzielny), a w każdym razie - od woli stron wyrażonej w umowie. W niniejszej sprawie przedmiotem umowy roboty związane z wybudowaniem dwupoziomowego skrzyżowania ulic, przy czym już w umowie wskazano, że roboty konstrukcyjne związane z budową estakady i kładek będzie wykonywał wykonawca, a inne roboty wskazane w załączniku do umowy będą wykonywane przez podwykonawców, co już wskazuje na podzielny charakter prac. Strony przewidziały też odbiory częściowe i zapłatę wynagrodzenia za wykonane i odebrane prace. Wprawdzie odbiór częściowy i zapłata części wynagrodzenia za roboty budowlane nie rozlicza stron umowy, co do tej części robót ze skutkiem wygaśnięcia ich wszystkich zobowiązań umownych i nie pozbawia możliwości całościowego rozliczenia robót po oddaniu całości obiektu przez wykonawcę i przyjęciu przez inwestora (por. wyroki Sądu Najwyższego z 4 września 2002 r., I CK 1/02, nie publ.; z 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, nie publ.; z 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, nie publ.), ale może się wiązać z osiągnięciem jakiegoś częściowego celu umowy. Analiza zapisów Ogólnych Warunków Umowy wskazuje, iż intencją stron w przypadku odstąpienia od umowy, było rozliczenie prac już wykonanych, na co wskazuje chociażby umowny obowiązek sporządzenia protokołu inwentaryzacji, czy wskazanie sposobu rozliczenia co do prac niewykonanych po odstąpieniu od umowy, osobne kosztorysy co do przebudowy poszczególnych sieci czy skrzyżowań (k. 663 i nast.). Również z oświadczenia o odstąpieniu od umowy wynika, iż zamiarem strony było odstąpienie od umowy ze skutkiem *ex nunc*, tj. co do prac niewykonanych, bez zwracania wartości już wykonanych i odebranych robót (wezwanie do inwentaryzacji wykonanych już prac). Tym samym za prace wykonane i odebrane stronie powodowej należy się wynagrodzenie, co ma znaczenie w odniesieniu do wynagrodzenia należnego na podstawie zaakceptowanych faktur, które zostało zatrzymane przez pozwaną.

Jak wyżej wskazano za skuteczne Sąd uznał odstąpienie na podstawie art. 635 k.c., wobec czego brak jest podstaw do stosowania do rozliczeń art. 644 k.c. Nadto zarzut ten wiąże się roszczeniami, które nie zostały objęte zakresem zaskarżenia w ramach apelacji, jej przedmiotem są bowiem roszczenia wymagalne przed odstąpieniem od umowy oraz nie objęte umową roboty budowlane.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 65 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 Nr 19 poz. 177 ze zm.). Zgodnie z tym ostatnim przepisem w wersji obowiązującej w trakcie zawierania i realizacji umowy: zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Jednakże z samego faktu, iż Dyrektor Pionu (...) podpisał protokół konieczności nie można wywieść faktu, iż została skutecznie zawarta umowa między stronami: ustawa prawo zamówień publicznych wymaga dla ważności takiej umowy formy pisemnej (art. 139 ust.2), przy czym podpis powinna złożyć osoba uprawniona do reprezentacji m.(...) W., a nie wykazano, aby Dyrektor Pionu (...) był uprawniony do jej jednoosobowego zawarcia. Tym samym nie doszło do zawarcia umowy o roboty dodatkowe.

Zasadnie wskazuje skarżący, iż wykonane przez powoda prace dodatkowe wobec niezawarcia drugiej umowy i braku podstaw do podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego mogłyby być rozliczone na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 410 §2 k.c. (por. wyrok s. apel. w Szczecinie z 25 czerwca 2014r. I ACa 211/14 LEX nr 1488689, wyrok

s.apel. w Warszawie z 18 kwietnia 2013r. I ACa 1226/12 LEX nr 1322760, wyrok SN z 21 lutego 2013r. IV CSK 354/12 LEX nr 1311808). Jednakże w niniejszej sprawie nie zostało wykazane jaką wartość mają roboty dodatkowe, które powód faktycznie wykonał, a które nie były objęte pierwotną umową. Jako dowód wykonania tych prac i ich wartości powód przedstawił protokoły konieczności, jednakże nie są one jeszcze dowodem ich wykonania, w protokołach tych wskazano jedynie przybliżony koszt wykonania prac dodatkowych, powód miał opracować szczegółowe kosztorysy. Do akt złożono te kosztorysy, jednakże nie są one podpisane przez inwestora, nadto wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji nie złożono protokółów odbioru tych robót dodatkowych, a sam skarżący przyznaje, że nie wykonano tych robót w całości, lecz w około 34%, stąd też wobec kwestionowania tej okoliczności przez pozwanego, zasadnie Sąd I instancji uznał, iż brak jest wiarygodnych dowodów czy prace te wykonano i jakim zakresie oraz jaki był koszt ich wykonania. Załączone do akt zestawienie wartości robót dodatkowych z k. 314 nie odnosi się do protokółów konieczności z 14 grudnia 2004r., lecz z 14 grudnia 2005r. Załączone protokoły rzeczowo – finansowego zaawansowania robót są w części dotyczącej robót dodatkowych przekreślone (k. 320, k. 323-325), pozwany kwestionował w ogóle wykonanie robót dodatkowych (np. k. 1160, k.1166), stąd też na podstawie dołączonych do akt dokumentów nie można uznać, aby wykonanie tych robót i ich wartość została przekonująco wykazana. Ciężar dowodu wykonania tych prac i ich wartości spoczywał na powodzie, a zatem zarzut naruszenia art. 6 k.c. jest nieuzasadniony.

Art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych w wersji obowiązującej w dacie zawarcia przez strony umowy stanowił, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Protokoły konieczności z 14 grudnia 2004r. wskazują, iż takie okoliczności zachodziły w niniejszej sprawie, jednak nie oznacza to, że przepis ten daje podstawę domagania się wynagrodzenia za te prace bez zawarcia stosownej umowy wymaganej tą ustawą, jak i umową stron. Wykładnia tego przepisu dokonana przez Sąd Okręgowy jest prawidłowa. Strona może domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji zaistnienia przesłanek z art. 632§2 k.c. Natomiast jeżeli wykonano prace nie objęte umową bądź objęte nieważną umową, to podstawą prawną ich dochodzenia mogą być jedynie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 lutego 2013r. IV CSK 354/12 LEX nr 1311808).

Zasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 148 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. W świetle tych przepisów wybór formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy należy do wykonawcy. Strony w umowie przewidziały zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej (§6 umowy). Ani przepisy ustawy, ani umowa zawarta przez strony, ani Ogólne Warunki Umowy nie dawały zamawiającemu jednostronnego prawa zatrzymania części wynagrodzenia po wygaśnięciu gwarancji. Zamawiający mógł się domagać od wykonawcy wniesienia dalszego zabezpieczenia, ale nie mógł samowolnie zatrzymać kwot należnych powodowi. Żaden z przepisów ustawy, ani i też postanowienia umowy nie uprawniają zamawiającego do wyboru formy zabezpieczenia, ani też nie przewidują takiej formy jak zatrzymanie wypłaty wynagrodzenia (tak też Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 18 lipca 2013r. V ACa 248/13 LEX Nr 1363254 oraz Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28 marca 2014. I ACa 948/13 Lex nr 1466961). Zatrzymanie kwot należnego powodowi wynagrodzenia za wykonane prace nastąpiło bez podstawy prawnej, a skoro pozwany nie odstąpił od umowy w części już wykonanej, to powinien zwrócić powodowi tę kwotę.

Nadto nawet w sytuacji gdyby kwota ta została za zgodą wykonawcy zatrzymana (co jednak nie zostało wykazane), to zgodnie z art. 151 ustawy prawo zamówień publicznych, jak i zgodnie z pkt 13.4 Ogólnych Warunków Umowy

zamawiający powinien po zakończeniu inwestycji i upływie okresu rękojmi kwotę tę rozliczyć. Zamawiający sporządził protokół inwentaryzacji, który powinien stanowić podstawę wzajemnych rozliczeń stron co do robót wykonanych i odebranych. Z akt sprawy wynika, iż w sierpniu 2006r. dokonano końcowego odbioru przedmiotu zamówienia z udziałem innego wykonawcy: było zatem wówczas już wiadomo jakie roboty wykonane przez powoda wymagały poprawy czy powtórnego wykonania, jakie są wzajemne roszczenia pozwanej z tytułu nienależytego wykonania umowy przez powoda i możliwe było rozliczenie zatrzymanej w depozycie kwoty – gdy przyjąć, że faktycznie kwota została skutecznie zatrzymana na zabezpieczenie, co jednak nie zostało wykazane.

W toku procesu strona pozwana nie wykazała też, aby zobowiązanie do zwrotu tej kwoty zostało umorzone np. przez potrącenie czy też w inny sposób.

Powyższe skutkuje zmianą zaskarżonego wyroku w części poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 1 226 100,64 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu (kwota ta była wymagalna już wcześniej). O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Zmiana ta nie skutkuje zmianą orzeczenia o kosztach poniesionych przez strony przed Sądem I instancji, bowiem kwota ta stanowi jedynie niewielką część pierwotnego roszczenia (mniej niż 10%), wobec czego zasadne jest obciążenie strony powodowej w całości kosztami na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 386§1 k.p.c. i 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając (powód wygrał w 84%; wzięto pod uwagę kwotę 61 306 zł tytułem opłaty od apelacji oraz kwoty po 5400 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez obydwie strony), przy czym wobec stwierdzenia nadpłaty od apelacji stosownie do art. 80 ust. 1 uksc nakazano zwrot jej części.