

Sygn. akt VI ACa 1350/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SA – Ewa Klimowicz - Przygódzka (spr.)

Sędzia SO del. – Tomasz Gal

Protokolant: – st. sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 20 stycznia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa syndyka masy upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S.

przeciwko (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 26 maja 2015 r.

sygn. akt XX GC 253/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) w W. na rzecz syndyka masy upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1350/15

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 5 XI 2011 r. (...) sp. z o.o. w S. domagała się zasądzenia od (...) w W. kwoty 810 403,51 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od :

- 43 444,04 zł od 6 V 2009 r. do dnia zapłaty;
- 251 172,58 zł od 6 V 2009 r. do dnia zapłaty;
- 92 537,81 zł od 6 V 2009 r. do dnia zapłaty;
- 23 249,08 zł od 6 V 2009 r. do dnia zapłaty;
- 400 000,00 zł od 5 XII 2008 r. do dnia zapłaty,

tytułem wynagrodzenia za prace dodatkowe, wykraczające poza zakres zawartych pomiędzy stronami w trybie ustawy z 29 I 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007.223.1655) umów o roboty budowlane (w wysokości 410 403,51 zł) oraz tytułem zwrotu nienależnie pobranych przez zamawiającego kar umownych (w wysokości 400 000 zł) za opóźnienie w realizacji tychże umów, do którego to opóźnienia jak twierdziła doszło z winy pozwanego .

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa , podnosząc przede wszystkim, iż z uwagi na ryczałtowe określenie wynagrodzenia wykonawcy powodowi nie należy się jakiegokolwiek wynagrodzenie za prace , które określa jako dodatkowe, a które takowymi nie są.

Wyrażone zostało ponadto stanowisko, że powodem opóźnienia realizacji umów była zła organizacja prac po stronie wykonawcy.

Wobec ogłoszenia upadłości powodowej spółki w jej miejsce wstąpił syndyk masy upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S. (K 436 i 439).

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił dochodzone w niniejszej sprawie roszczenia w części tj. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 211 060,07 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 V 2009 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za prace dodatkowe oraz kwotę 179 956,28 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 XII 2008 r. tytułem zwrotu części nienależnie pobranej kary umownej , oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz dokonał stosunkowego rozliczenia kosztów procesu pomiędzy stronami, pozostawiając ich dokładne wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Powyższe rozstrzygnięcie oparte zostało o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W dniu 11 I 2008 r. w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na podstawie złożonej oferty, (...) sp. z o.o. w S. jako generalny wykonawca, zawarł z (...) w W. jako inwestorem, umowę której przedmiotem, było wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „Remont budynku Ośrodka (...) w Ś. przy ul. (...) wraz ze zmianą elewacji północnej”. W dniu następnym inwestor zawarł z A. J. umowę zlecenia powierzając mu nadzór inwestorski w branży konstrukcyjno - budowanej nad wykonywaniem remontu budynku w/w Ośrodka (...). A. J. został uprawniony m.in do sprawdzania i opiniowania pod względem merytorycznym i rachunkowym kosztorysów na prace dodatkowe. W § 3 tej umowy ,w granicach posiadanego umocowania został on wyznaczony przedstawicielem (...) w ramach umów zawartych z wykonawcami. Identycznie brzmiące umowy zlecenia odnoszące się odpowiednio do nadzoru inwestorskiego w branży elektrycznej oraz sanitarnej zostały przez pozwanego zawarte z S. S. oraz W. Z..

Powyżsi inspektorzy nadzoru według sądu I instancji działali jako przedstawiciele zamawiającego, stwierdzali konieczność wykonania prac dodatkowych i dokonywali ich protokołarnych odbiorów.

Szczegółowy zakres prac jakich podjął się wykonawca określała: dokumentacja projektowa, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia i oferta, stanowiące odpowiednio załączniki 1, 2 i 3 do umowy z dnia 11 I 2008 r..

W umowie tej strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, zgodnie z SIWZ oraz złożoną przez sp. z o.o. (...) ofertą w wysokości 5 268 041,05 zł netto powiększone o podatek VAT 22%, tj. łącznie 6 427 010,08 zł. Z postanowień umowy wynikało , że kwota ta zawiera wszystkie koszty, również te które nie zostały ujęte w przedmiarach robót (kosztorysach ślepych) i dokumentacji technicznej, a są niezbędne do zrealizowania zadania, odbioru technicznego i przekazania inwestycji pozwanemu. Koszty te powinny obejmować w szczególności: wszelkie roboty przygotowawcze, demontażowe, wyburzeniowe, odtworzeniowe, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, wykonanie ewentualnych rusztowań, doprowadzenie terenu do stanu pierwotnego, odtworzenie dróg i chodników, projekt organizacji robót, koszty przeprowadzki na czas prowadzenia robót użytkownika obiektu.

Termin zakończenia przedmiotu umowy miał nastąpić nie później niż w ciągu 8 miesięcy od jej podpisania, tj. do dnia 11 IX 2008 r. i po protokolarnym, bezusterkowym odbiorze budynku przez pozwanego oraz wydaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W umowie zastrzeżono ponadto prawo do dochodzenia kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, a w szczególności za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy lub poszczególnych etapów robót w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Pozwany był uprawniony do potrącania kar umownych z bieżących faktur lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ponieważ prace objęte umową zostały zakończone w dniu 5 XI 2008 r., kiedy to nastąpił bezusterkowy protokolarny odbiór budynku, inwestor powiadomił pismem z dnia 24 XI 2008 r. wykonawcę, że z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy naliczył karę umowną w wysokości 565 576,89 zł za 44 dni opóźnienia.

W dniu 15 V 2008 r. pomiędzy sp. z o.o. (...) z siedzibą w S. a (...) w W. zawarta została kolejna umowa, przedmiotem której było wykonanie robót dodatkowych w (...) w Ś. przy realizacji przedmiotu umowy z 11 I 2008 r. Szczegółowy zakres prac został określony w kosztorysie ofertowym stanowiącym integralną część umowy. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy na kwotę w wysokości 228 487,67 zł netto powiększone o podatek VAT 22%, tj. łącznie 278 754,96 zł. Termin zakończenia przedmiotu tejże umowy został określony na 1 miesiąc od jej podpisania tj. do dnia 15 VI 2008 r. i miał nastąpić po protokolarnym, bezusterkowym odbiorze robót przez pozwanego. W umowie zastrzeżono prawo do dochodzenia kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, a w szczególności za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy lub poszczególnych etapów robót w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Pozwany był uprawniony do potrącania kar umownych z bieżących faktur lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Prace objęte umową z 15 V 2008 r. zostały zakończone w dniu 30 IX 2008 r., wtedy też nastąpił bezusterkowy protokolarny odbiór budynku, w związku z czym inwestor naliczył wykonawcy karę umowną za 106 dni opóźnienia w wysokości łącznej 59 096,05 zł.

Według ustaleń sądu I instancji (...) sp. z o.o. wykonała następujące prace dodatkowe, wykraczające poza zakres określony w dokumentacji do umowy z dnia 11 I 2008 r. jak i z dnia 15 V 2008 r.: zwiększenie normy zużycia kleju ze względu na nierówności elewacji; rozebranie i ponowne wykonanie dachu odwróconego nad stołówką; wykonanie przyłącza elektrycznego do budynku gospodarczego; modernizacja rozdzielni w budynku do obsługi wentylatorów; wykonanie automatyki wentylacji; wykonanie konstrukcji stalowej fasady; wykonanie dodatkowych klap dymowych w fasadzie; roboty budowlane na dachu budynku przy zamocowaniu konstrukcji stalowej fasady; obróbka blachą szczeliny między fasadą a szybem windowym wewnątrz klatki schodowej; dodatkową zabudowę stopni schodowych klatki schodowej z ażurowych na pełne; wykonanie pochwyków, poręczy i balustrad na klatkach schodowych; podstopnie i cokoły z gresu przy schodach; dodatkowe ościeżnice drzwiowe; dodatkowe klamki, szyldy, zamki; dodatkową obudowę rur w łazienkach i korytarzach oraz wylewkę pod brodzik na parterze, I i II piętrze; dodatkowe okno klatki wewnętrznej pod siłowniki oddymiania; dodatkowe parapety wewnętrzne; poszerzenie otworów drzwiowych pod drzwi ogniowe; naświetlenie z pustaków szklanych w gabinecie zabiegowym; przerobienie podejścia wodnego do hydrantów ppoż; montaż gałek zamiast klamek w drzwiach wejściowych do pokoju; dodatkowe roboty budowlane w łączniku między budynkiem (...) a (...); dodatkowe roboty w kotłowni; ułożenie glazury i terakoty w dodatkowej łazience w gabinecie lekarza na I piętrze; prace montażowe w dodatkowej łazience w gabinecie lekarza na I piętrze; montaż dodatkowej umywalki wraz z rozebraniem posadzki w pomieszczeniu 0/22 i 0/23; przeróbka podejścia wodno-kanalizacyjnego pod wanny wraz z rozkuciem posadzki w pomieszczeniu zabiegowym; usunięcie awarii w kuchni; system doprowadzania wody deszczowej z daszku przy fasadzie - studzienka A. i odprowadzenie liniowe 8 mb; wykonanie słupów stalowych przyziemia przy fasadzie (wejście od strony ulicy); dodatkowe naprawy ściany pod tynki na klatce schodowej; wzmocnienie konstrukcji balkonów (kotwienie balkonów do wieńców śrubami (...)); wykucie i ponowne osadzenie drzwi (...) z naświetleniem z uwagi na kolizję z hydrantem.

Nadto, powód okleił kolorową folią szkła na balkonach ,dokonał montażu samozamykaczy oraz ułożenia glazury do wysokości 2,5 m .

Prace powyższe były konieczne w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zadania inwestycyjnego i zostały zaakceptowane przez m.in. inspektora nadzoru budowlanego A. J..

Rzeczywisty stan remontowanego budynku został odkryty po rozpoczęciu robót. Dokumentacja przetargowa na podstawie której wyznaczono oryginalny zakres robót nie uwzględniała tego stanu budynku i była niekompletna.

Za dodatkowe prace realizowane w wykonaniu umowy z dnia 11 I 2008 r. spółka z o.o. (...) wystawiła 4 faktury na łączną kwotę 410 403,51 zł, wszystkie płatne w dniu 5 V 2009 r. .

Na podstawie opinii biegłego sądowego sąd I instancji ustalił, że wartość robót dodatkowych wyniosła łącznie 211 060,07 zł netto oraz , że z uwagi na konieczność ich wykonania doszło do wydłużenia procesu budowlanego o 2 tygodnie.

Pismem z dnia 18 VI 2009 r. wykonawca wezwał pozwanego bezskutecznie do zapłaty w/w kwoty 410 403,51 zł.

Jako podstawę powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy wskazał złożone do akt dokumenty i ich odpisy , których autentyczność ani treść nie była kwestionowana przez strony (w tym zgodności złożonych odpisów z istniejącymi oryginałami); dziennik budowy ; zeznania świadków A. B.; R. K., W. A., W. Z., K. T. oraz P. S., A. J. ; opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa, rozliczania i kosztorysowania robót budowlanych mgr inż. J. K. wraz z ustną opinią uzupełniającą.

Podniesione zostało, że istota sporu zaistniałego w niniejszej sprawie skupiała się w szczególności na ocenie skuteczności naliczenia przez pozwanego kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zobowiązania oraz analizie, czy za prace dodatkowe, których zakres oraz fakt wykonania nie był w przeważającej części sporny (prócz nakładów na foliowanie szkła, wykonania samozamykaczy oraz okładzin z płytek na wysokości powyżej 2,05 m), powód może domagać się zapłaty wynagrodzenia oraz w jakiej kwocie.

Odnosząc się do w/w spornych okoliczności faktycznych, dotyczących zamontowania samozamykaczy oraz wykonania okładzin z płytek , sąd I instancji oparł się na opinii biegłego sądowego , który w jego ocenie przeprowadził spójną i logiczną analizę dokumentacji projektowej i wykonawczej przedstawionej przez strony i uznał , że w/w prace także miały charakter robót dodatkowych, co jego zdaniem potwierdzały także zeznania w/w świadków.

Z kolei niezbędność oklejenia przez wykonawcę kolorową folią szkła na balkonach wynikała w ocenie tego Sądu z pierwotnych wytycznych załączonych do umowy, albowiem materiał dostarczony powodowi wymagał dodatkowego oklejenia w celu spełniania zakontraktowanych wymogów, co znalazło potwierdzenie w wiarygodnych i spójnych zeznaniach świadka A. J..

Dokonując oceny prawnej ustalonego przez siebie stanu faktycznego sąd I instancji zgodził się z argumentacją pozwanego, że przy umowie z wynagrodzeniem ryczałtowym przyjmuje się, że wykonawca nie będzie dochodził podwyższenia swojego wynagrodzenia w przypadku ewentualnego podwyższenia kosztów inwestycji, a kwota należna od inwestora obejmuje całość prac wykonanych przez wykonawcę. Skoro bowiem wynagrodzenie ryczałtowe obliczane jest na podstawie dokumentacji przedstawionej wykonawcy przed złożeniem przez niego oferty, to on ponosi ryzyko gospodarcze prawidłowego ustalenia wysokości wynagrodzenia. Tym niemniej jednak rozwiązanie tego rodzaju zdaniem Sądu Okręgowego nie znajdowało zastosowania w sprawie niniejszej z uwagi na zgoła odmienny jej stan faktyczny.

„Z uwagi na zaistniałe fakty, szczegółowo wskazane na etapie ustaleń stanu faktycznego” Sąd ten uznał, że należy raczej zastosować dyspozycję art. 630 § 1 i 2 k. c., zgodnie z którym, to przepisem jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych

będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez uzyskania zgody zamawiającego.

Sąd I instancji wywodził, że powód, mimo zachowania należytej staranności, nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych z uwagi na braki dokumentacji oraz na rzeczywisty stan budynku. Z uwagi na złożenie oferty przez spółkę (...) w trybie zamówień publicznych, bezzasadnym było na etapie przed ofertowym sięganie do dokumentacji innej niż ta przedstawiona przez zamawiającego, a powód dochował wszelkiej staranności w odzwierciedleniu kosztów robót w sporządzonym przez siebie kosztorysie. Część robót, w szczególności tych odnoszących się do oklejenia folią szyb, wynikała z samych warunków zamówienia i konieczności dostosowania przedmiotu umowy do oczekiwań zamawiającego.

Sąd Okręgowy uznał, że wszystkie wykonane przez spółkę z o.o. (...) prace budowlane były realizowane przy co najmniej dorozumianej zgodzie zamawiającego. Były one na bieżąco konsultowane z inspektorami nadzoru inwestorskiego, znalazły również swoje potwierdzenie w dzienniku budowy oraz zeznaniach świadków. Na podstawie umowy o nadzór inwestorski A. J. został wyznaczony przedstawicielem pozwanego w ramach umów zawartych z wykonawcami, tak więc zdaniem sądu I instancji brak było podstaw do przyjęcia, że jego umocowanie obejmowało de facto jedynie opiniowanie i sprawdzania kosztorysów pod względem merytorycznym i rachunkowym. Obejmowało ono także bieżące akceptowanie niezbędnych działań wykonawcy, podejmowanych w celu jak najlepszej realizacji przedmiotu umowy, które zostały zresztą protokolarnie odebrane przez pozwanego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy za zasadne uznał uwzględnienie roszczenia strony powodowej o zasądzenie na jej rzecz kwoty odpowiadającej wartości wykonanych prac dodatkowych, wynoszącej według wycień biegłego 211 060,07 zł. Ponieważ faktury wystawione przez wykonawcę za w/w prace zostały doręczone pozwanemu ze wskazanym terminem ich płatności na dzień 5 V 2009 r., za zasadne zostało uznane żądanie zasądzenia odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w zapłacie kwoty 211 060,07 zł. od dnia 6 V 2009 r., na podstawie art. 481 § 1. k.c..

Częściowo za zasadne uznane zostało także roszczenie o zwrot potrąconej przez pozwanego kwoty tytułem kary umownej w związku z opóźnieniem wykonania przedmiotu umowy z 11 I 2008 r.. Opóźnienie to było bowiem częściowo niezawinione przez wykonawcę, tj. co do okresu 2 tygodni, który był niezbędny w celu realizacji w/w prac dodatkowych, a tym samym wbrew twierdzeniom pozwanego, nie wynikał, z nieprawidłowej organizacji pracy przez spółkę (...).

Za powyższy okres 2 tygodni pozwany nie był uprawniony do naliczania kar umownych, a tym samym kwoty przez niego potrącone zdaniem Sądu Okręgowego podlegały zwrotowi, wraz z żądanymi przez powoda odsetkami ustawowymi z tytułu zwłoki za okres od 5 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty, jako stanowiące bezpodstawne wzbogacenie. Wartość nienależnie pobranej kwoty tytułem kary umownej, w oparciu o postanowienia umowy z dnia 11 I 2008 r. została przez sąd I instancji obliczona w sposób następujący:

$6\,427\,010,08\text{ zł} \times 0,2\% = 12\,854,02\text{ zł}; 12\,854,02\text{ zł} \times 14\text{ dni} = 179\,956,28\text{ zł}.$

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd Okręgowy wskazał art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., art. 100 k.p.c. Uznając, że powód wygrał proces w 50%, zlecił referendarzowi sądowemu dokonanie w tej proporcji rozliczenia kosztów procesu pomiędzy stronami.

Z rozstrzygnięciem powyższym nie zgodziła się strona pozwana wnosząc apelację, w której podniosła następujące zarzuty:

- naruszenia art. 630 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie,

- naruszenia art. 632§ 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia możliwa jest zmiana wysokości umówionego wynagrodzenia bez zaistnienia przesłanek przewidzianych w art. 632 §2 k.c.,
- obraży art. 405 k.c. poprzez jego zastosowanie i uznanie, że w istniejącym stanie faktycznym stanowi on częściową podstawę roszczenia powoda, podczas gdy pozwany naliczył kary umowne w oparciu o zapis łączącej strony umowy i nigdy nie wzbogacił się bezpodstawnie kosztem powoda.

Tym samym apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania , ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja strony pozwanej nie zasługiwała na uwzględnienie, aczkolwiek podniesiony w niej zarzut naruszenia przez sąd I instancji art. 630 § 1 i 2 k.c. uznać należało za oczywiście zasadny.

Przepis powyższy nie znajdował bowiem w niniejszej sprawie zastosowania z uwagi na ryczałtowe ustalenie przez strony umowy z dnia 11 I 2008 r. i 15 V 2008 r. wynagrodzenia wykonawcy (§ 3 pierwszej i § 2 drugiej umowy).

Artykuł 630 k.c. odnosi się natomiast tylko i wyłącznie do przypadku, kiedy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, co w sposób jednoznaczny wynika z treści paragrafu 1 tego przepisu oraz jego zestawienia z art. 631 k.c. (konieczność podwyższenia wynagrodzenia kosztorysowego) oraz art. 632 k.c.. W tym ostatnim przepisie ustawodawca wyraźnie stwierdził, że w sytuacji gdy strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, chyba , że wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Wówczas sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (§ 2).

Sąd Okręgowy zastosowania tychże ostatnich przepisów (§ 2 art. 632 k.c.) w ogóle nie rozważał , a tym samym za trafny uznać także należy podniesiony w apelacji zarzut obraży paragrafu 1 artykułu 632 k.c. poprzez błędne przyjęcie , że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia możliwa jest zmiana wysokości umówionego wynagrodzenia bez zaistnienia przesłanek określonych w jego paragrafie 2.

Również strona powodowa nie uzasadniała zgłoszonego przez siebie roszczenia postanowieniami w/w przepisu. W szczególności nie powoływała się na przesłankę nieprzewidzianej zmiany stosunków ani rażącej straty. Twierdziła, że wykonanie robót dodatkowych było niezbędne w celu prawidłowej realizacji zamówienia i wiązało się z przedstawieniem przez zamawiającego w czasie procesu przetargowego wadliwej dokumentacji projektowej jak i ze złym stanem rzeczywistym remontowanego budynku, znacznie gorszym niż wynikało to z dokumentacji technicznej , stanowiącej podstawę określenia zakresu przedmiotowego umowy.

A zatem już tylko na marginesie podnieść należy, że tego rodzaju okoliczności nie sposób było zakwalifikować jako istotną zmianę stosunków o jakiej mowa jest w art. 632 § 2 k.c.. , która może dotyczyć wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Na gruncie tego przepisu wykluczone są natomiast okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające wykonawcy rażącą stratą. Wykonanie przez wykonawcę robót dodatkowych, których potrzeba wynikła na skutek gorszego niż się spodziewano stanu remontowanego obiektu i wad dokumentacji projektowej nie stanowiło tym samym zmiany stosunków, o której mowa w art. 632 § 2 k.c. (patrz wyrok SN z 21 II 2013 r. IV CSK 354/12, wyrok SA w Warszawie z 6 VI 2013 r. VI ACa 1097/12).

Jak wynikało ponadto z ustaleń sądu I instancji i twierdzeń pozwu, a przede wszystkim opinii biegłego sądowego J. K. (k 878) wykonane przez spółkę z o.o. (...) z siedzibą w S. prace o wartości 211 060,07 zł. określane jako dodatkowe, nie

były objęte przedmiotem zawartych przez strony umów (nie zostały ujęte w ofercie) , ani pomimo ich wykonania przy akceptacji ze strony inspektora nadzoru budowlanego strony zamawiającej nie mogły stanowić przedmiotu kolejnego skutecznie udzielonego wykonawcy zlecenia , a to z uwagi na postanowienia art. 139 ust. 2 w/w ustawy z dnia 29 I 2004 r. prawo zamówień publicznych, ustanawiające wymóg formy pisemnej pod rygorem nieważności umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych, a także z uwagi na będące ich powtórzeniem zapisy § 18 ust. 1 umowy z 11 I 2008 r. i § 15 ust 1 umowy z 15 V 2008 r. Stanowiło to dodatkowy argument przemawiający za brakiem podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 632 § 2 k.c. , który dotyczy podwyższenia ryczału w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia ale za przedmiot robót objętych umową (patrz SN z 21 II 2013 r. IV CSK 354/12, z 9 X 2014 r. I CSK 568/13).

Nie oznacza to jednak wbrew twierdzeniom apelacji, iż spółce z o.o. (...) , nie należała się z tytułu wykonania dodatkowych, wykraczających poza zakresy umów, prac jakiegokolwiek zapłata. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie całkowicie podziela wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, że w takiej sytuacji podstawę prawną żądania powoda stanowiły przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu – wyrok SN z 7 XI 2007 r. II CSK 344/2007 , z 21 V 2009 r. V CSK 439/2008, z 2 II 2011 r., II CSK 414/10, z 9 X 2014 r., I CSK 568/13, z 3 VI 2015 r. V CSK 589/14.) .Możliwość uwzględnienia żądania na tej podstawie prawnej nie sprzeciwiała się także przepisy ustawy prawo zamówień publicznych (wyrok SN z 29 IV 2005 r., V CSK 537/04, z 5 XII 2006 r., II CSK 527/06, z 7 XI 2007 r., II CSK 344/07, z 21 II 2013 r., IV CSK 354/12). Innymi słowy nie było przeszkód, aby równowartość tychże robót zasądzić na rzecz wykonawcy, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona. Pozwany zaakceptował prace wykonane przez spółkę (...), odebrał je protokolarnie oraz korzysta z ich efektów do chwili obecnej . Prace te stanowią zatem dla niego bezpodstawną korzyść majątkową , uzyskaną kosztem powodowej spółki.

Taką też zresztą podstawę faktyczną oraz prawną swojego roszczenia wskazywała spółka z o.o. (...) w uzasadnieniu pozwu (k 57 i 57 v) , czego sąd I instancji w ogóle nie rozważył.

Zaznaczyć jednak w tym miejscu należy, iż wbrew ustaleniom faktycznym sądu I instancji w zakres w/w robót dodatkowych nie weszły koszty dotyczące konstrukcji stalowej fasady , co w sposób jednoznaczny wynika z opinii biegłego sądowego (str. 9 i 19 opinii).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego polegające na zasądzeniu na rzecz strony powodowej kwoty 211 060,07 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 V 2009 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty (równowartości) za wykonane dodatkowo roboty budowlane, było zasadne , aczkolwiek w oparciu o inną niż wskazywana w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia podstawę prawną, co czyniło wniesioną przez pozwanego w tej części apelację za niezasadną.

Przechodząc z kolei do zarzutów związanych z zasądzeniem na rzecz powoda zwrotu części kary umownej , pobranej bezpodstawnie przez zamawiającego w związku z opóźnieniem w realizacji przedmiotu umowy z dnia 11 I 2008 r. stwierdzić należy, że nie miał racji pozwany podnosząc w swojej apelacji, jakoby bez znaczenia dla uwzględnienia powyższego roszczenia była okoliczność, czy powyższe opóźnienie powstało z winy wykonawcy czy też nie, skoro z treści w/w umowy wynikało wprost, że podstawę naliczania kar umownych miało stanowić opóźnienie a nie zwłoka generalnego wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy (str. 4/5 apelacji).

Z zapisów § 15 umowy o roboty budowlane z dnia 11 I 2008 r. wcale bowiem nie wynika wprost, iż kara umowna została zastrzeżona na rzecz zamawiającego w każdym przypadku powstania opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy , bez względu na jego przyczynę. Prawo naliczania przez pozwanego kar umownych zostało zastrzeżone tylko na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez generalnego wykonawcę. Wynika to z zapisów ust. 1 oraz 2 w/w postanowienia umownego, zgodnie z którymi :

„ Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia kar umownych za niezgodne z niniejszą umową lub nienależyte wykonanie zobowiązań z umowy wynikających , przy czym Zamawiający ma prawo potrącania kar umownych z bieżących faktur lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy” (ust1).

„ Zamawiający może żądać od Generalnego Wykonawcy kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy , ***a w szczególności:***

- za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy lub poszczególnych etapów robót w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 , za każdy dzień opóźnienia,....”

Powyższe postanowienia umowne wskazują na to, że pozwany miał prawo naliczania kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy tylko wówczas, gdy opóźnienie to byłoby wynikiem nienależytego wykonania przez spółkę z o.o. (...) z siedzibą w S. umowy. W grę zatem wchodziły ogólne reguły odpowiedzialności dłużnika kontraktowego , określone w art. 471 k.c. oraz art. 472 k.c. , zgodnie z którymi dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności , czyli za winę w postaci niedbalstwa. Nie ponosi tej odpowiedzialności jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn przez niego niezawinionych.

Nie można zapominać , że kara umowna jest sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika .

Jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 VII 2004 r. wydanym w sprawie IV CK 583/03 „zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowieniu przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (por. wyrok SN z 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, niepubl., wyrok z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, niepubl., wyrok z dnia 5 października 2003 r., I CK 137/02, niepubl., czy wyrok z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09, niepubl.). W ostatnim z powołanych orzeczeń Sąd Najwyższy zajął jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.).” (tak też SN w wyroku z 27 IX 2013 r. I CSK 748/12).

Dodać jeszcze należy, iż w niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, , iż strony umowy z dnia 11 I 2008 r. zmodyfikowały granice i zasady odpowiedzialności dłużnika wyrażone w art. 472 k.c. , rozszerzając je również i na ten przypadek , kiedy opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy nastąpiłoby z przyczyn od wykonawcy niezależnych (na podstawie art. 473 § 1 k.c.). Taki bowiem zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania powinien wynikać z umowy w sposób niewątpliwy, zostać w niej wyraźnie przewidziany (uchwała pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 21 XII 1974 r., III CZP 31/74, wyrok SN z 8 VII 2004 r. IV CK 583/03, wyrok SA w Łodzi z 5 XII 2014 r. I ACa 1404/14).

Warunku takiego nie spełnia zapis § 15 umowy z dnia 11 I 2008 r. , w którym co zostało już podniesione, opóźnienie wykonawcy inwestycji, stanowiące podstawę naliczania kary umownej, powiązane zostało z nienależytym wykonaniem przez niego umowy , czyli z zajściem okoliczności będących wynikiem niedochowania przez niego należytej staranności.

W tej zaś sytuacji strona pozwana nie mogła naliczyć i pobrać kary umownej za 2 tygodnie opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy, gdyż jak wynikało z niekwestionowanych ustaleń sądu I instancji, opartych na opinii biegłego sądowego, opóźnienie w tym zakresie zostało spowodowane koniecznością wykonania robót dodatkowych ,

niezbędnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy , czyli okolicznościami za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności .

Stąd żądanie zwrotu obliczonej za powyższy okres kary umownej , jako żądanie zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia było zasadne.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił wniesioną przez pozwanego apelację i w oparciu o art. 98 § 1 k .p.c. zasądził od niego na rzecz powoda koszty postępowania apelacyjnego, sprowadzające się do kosztów zastępstwa procesowego.