

Sygn. akt VI ACa 909/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Jolanta Pyżlak (spr.)

Sędziowie: SA Marcin Strobel

SO (del.) Anna Hrycaj

Protokolant: protokolant Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w P.

przeciwko (...) w P.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 15 marca 2016 r., sygn. akt IV C 1186/10

I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym wydany w dniu 22 lutego 2010r. sygn. akt IV Nc 25/10 przez Sąd Okręgowy w Warszawie w zakresie odsetek ustawowych od kwot:

- 3.583.216, 95 zł (trzy miliony pięćset osiemdziesiąt trzy tysiące dwieście szesnaście złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) za okres od dnia 8 kwietnia 2009 r. do dnia 7 grudnia 2009 r.

- 880.298,55 zł (osiemset osiemdziesiąt tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) za okres od dnia 8 maja 2009 r. do dnia 7 grudnia 2009 r.

-430.164,27 zł (czteryście trzydzieści tysięcy sto sześćdziesiąt cztery złote dwadzieścia siedem groszy) od dnia 7 sierpnia 2009 r. do dnia 7 grudnia 2009 r.

-89.652,29 zł (osiemdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dziewięć groszy) za okres od dnia 13 września 2009 r. do dnia 7 grudnia 2009 r.

-291.360,86 zł (dwieście dziewięćdziesiąt jeden tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych osiemdziesiąt sześć groszy) za okres od dnia 31 października 2009 r. do dnia 7 grudnia 2009 r.

i oddala powództwo w tym zakresie;

II. w pozostałej części oddala apelację;

III. zasądza od (...) w P. na rzecz (...) S.A. w P. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 909/16

UZASADNIENIE

Pozwem z 2 grudnia 2009r. (...) S.A. wniósł o zasądzenie od (...) w P. kwoty 5.274.692,92 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 3.583.216,95 zł od dnia 8 kwietnia 2009 roku do dnia zapłaty, od kwoty 880.298,55 zł od dnia 8 maja 2009 roku do dnia zapłaty, od kwoty 430.164,27 zł od dnia 7 sierpnia 2009 roku do dnia zapłaty, od kwoty 89.652,29 zł od dnia 13 września 2009 roku do dnia zapłaty, od kwoty 291.360,86 zł od dnia 31 października 2009 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych zgodnie z umową z 4 lutego 2009r., które to kwoty zostały uznane przez stronę pozwaną.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z 22 lutego 2010 r. orzeczono zgodnie z żądaniem pozwu.

W zarzutach pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Nie uznając roszczenia, z ostrożności procesowej zgłosił nadto zarzut potrącenia kwoty 1.000.000 zł tytułem nieuiszczonej przez stronę powodową opłaty za korzystanie przez powoda z wizerunku obiektu (...). Przyznał, iż strony zawarły umowę o budowę (...) w takim standardzie, aby mogły odbywać się na nim zawody rangi światowej, ale zarzucił, iż powód wykonał obiekt w sposób uniemożliwiający jego użytkowanie, te wady to m.in. przeciekający dach, niewłaściwie wykonana instalacja odgromowa, niesprawne drzwi p-poż., niewłaściwie działające centrale wentylacyjne, niewłaściwie działające oświetlenie toru.

W piśmie z 15 grudnia 2010r. powód wniósł o nieuwzględnienia zarzutów pozwanego. Zaprzeczył, aby strony zawarły umowę, w wyniku której powód zobowiązał się do zapłaty jakiegokolwiek kwoty w zamian za świadczenie przez pozwanego usług reklamowych na rzecz powoda. Podniósł też, iż wykazał dokumentami, iż prace budowlane w ramach umowy z 2009r. zostały przyjęte protokołami częściowymi i protokołem końcowym z 24 września 2009r., podpisanym przez przedstawiciela pozwanego Oświadczył ponadto, iż wynagrodzenie za roboty budowlane wykonane na podstawie wcześniejszej umowy z 2002r. zostało zapłacone, natomiast wynagrodzenie dochodzone w niniejszej sprawie dotyczy wyłącznie robót wykonanych na podstawie umowy z 2009r.

W toku sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Pozwany podniósł zarzut nieważności umowy z 2009r. z uwagi na naruszenie art. 71 u.z.p., to jest zawarcie umowy z pominięciem trybu udzielania zamówień publicznych, powołał się na trudną sytuację finansową Związku oraz nieprofesjonalny charakter czynności podejmowanych przez organy pozwanego. Ponadto wskazał, iż roboty budowlane, za które powód dochodzi wynagrodzenia zostały wykonane w ramach pierwszej umowy. Strona powodowa zaprzeczyła, aby doszło do zatwierdzenia między stronami aneksu nr (...) z 1.08.2008r. do umowy z 2002r.

Powód przed zamknięciem rozprawy oświadczył, iż w przypadku gdyby przyjąć, że umowa z 2009r. jest nieważna, to podstawą dochodzenia należności jest zlecenie wykonania robót budowlanych, ewentualnie bezpodstawne wzbogacenie, albowiem poprzez wykonanie robót strona pozwana uzyskała przysporzenie.

Pozwany podniósł, iż w sprawie nie doszło do żadnego zlecenia, a ponadto nie doszło do wzbogacenia strony pozwanej (k 937).

Wyrokiem z dnia 15 marca 2016r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt IV C 1186/10 utrzymał w mocy nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z 22 lutego 2010 roku w sprawie IV Nc 25/10.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej:

Pozwany wystąpił w 2001 roku do Ministerstwa (...) z wnioskiem o dofinansowanie budowy „pod klucz” (...), który spełniałby wszelkie wymogi niezbędne do organizacji zawodów o znaczeniu międzynarodowym. Pozwany uzyskał zgodę Ministerstwa (...) na realizację inwestycji i zapewnione zostały mu do dyspozycji środki publiczne na realizację

tego zadania celowego. Pozwany przeprowadził postępowanie z wolnej ręki w trybie prawa zamówień publicznych, w wyniku którego zawarł umowę z powodem z 12 grudnia 2002 r. (...), której przedmiotem było wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego (...) wg projektu koncepcyjnego, uzyskania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie łącznie z homologacją toru przez (...), oraz budowa tego toru wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i przyłączeniami mediów. Integralną część tej umowy stanowił zatwierdzony projekt koncepcyjny W. Z. (1) oraz harmonogram rzeczowo-finansowy.

Powyższa umowa była kilkakrotnie aneksowana przez strony. Przedmiotem zmian w większości wypadków była zmiana terminu zakończenia budowy oraz wysokości należnego powodowi wynagrodzenia. Wartość inwestycji wzrosła z pierwotnych 48.978.500 zł do kwoty 91.029.473 zł. (...) SA sporządził i przesłał pozwanemu do podpisu aneks nr (...) z 1 sierpnia 2008 r., w piśmie przewodnim wskazując, iż roboty dodatkowe wynikłe w trakcie realizacji budowy zostały w znacznej części wykonane, a część jest nadal realizowana. Zastrzeżono jednocześnie, iż podpisanie aneksu ma warunkować dalsze prowadzenie prac. Aneks nie został podpisany przez pozwanego.

Pozwany w styczniu 2006r. otrzymał informację o przyznaniu prawa organizacji (...) w (...) w 2008r., a w lipcu 2006r. otrzymał informację o przyznaniu prawa organizacji (...) w (...) w 2009r.

W sierpniu 2008r. Komenda Powiatowa (...) w P. stwierdziła zgodność wykonania budynku (...) z projektem zatwierdzonym decyzją Prezydenta P..

We wrześniu 2008r. odbyły się na torze Mistrzostwa (...).

Decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego została dopuszczona do użytkowania tylko część inwestycji, ponieważ część pomieszczeń nie była jeszcze wykończona.

Pismem z 16 października 2008r. inwestor zastępczy - Przedsiębiorstwo (...) w B. przedstawiło pozwanemu zestawienie robót koniecznych do wykonania dla prawidłowego funkcjonowania toru kolarskiego z informacją, iż konieczność wykonania tych prac wynika w związku ze zmianą przepisów przeciwpożarowych, wymagań Światowej Organizacji (...) oraz uzupełnień wprowadzonych do projektu przez projektanta, a także w związku z przygotowaniem obiektu do Mistrzostw Świata według aktualnych standardów, wskazując, iż oszacowana wartość tych prac wynosi 6.870.123,40 zł.

W dniu 29 listopada 2008r. strony podpisały protokół odbioru końcowego w zakresie odbioru (...) z kompletem instalacji i zagospodarowaniem terenu. W treści protokołu wskazano, iż protokołem częściowym z 1 września 2008r. dokonano odbioru części obiektu przeznaczonej do odbycia mistrzostw (...).

Następnie (...) w oparciu o zawartą z (...) S.A. umowę z 4 lutego 2009 r. nazwaną umową przyrzeczenia udzielił powodowi zamówienia dodatkowego na roboty budowlane związane z przystosowaniem obiektu sportowego – (...) w P., przy ul. (...) do mistrzostw świata w (...). Przedmiotem umowy było wykonanie prac określonych w załącznikach nr 1: robót dostosowujących obiekt do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych oraz do wymagań (...) i 2: robót związanych z systemem telewizji dozorowej (...) dostępu do Internetu dla sprawozdawców, zasilania wozów transmisyjnych z wykonaniem instalacji elektrycznej oraz adaptacji pomieszczeń na potrzeby Mistrzostw (...), oraz w aneksie nr (...) do umowy. Przedmiot umowy miał zostać wykonany początkowo do 12 maja 2009r., następnie do 30 września 2009r. zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Wynagrodzenie zostało ustalone w oparciu o kosztorysy w wysokości 2.528.045,56 złotych netto za prace określone w załączniku nr 1 i na kwotę 4.892.824,39 złotych netto za prace określone w załączniku nr 2, łącznie - 7.420.869,80 złotych netto.

Roboty objęte przedmiotem umowy z 4 lutego 2009 r. wraz z aneksem do umowy nr (...) zostały wykonane przez powoda w całości oraz odebrane przez pozwanego. Protokoły odbioru robót zostały podpisane przez Inspektora (...) R. W. (1), który reprezentował pozwanego przy odbiorze poszczególnych zakresów robót, ze strony generalnego wykonawcy-przez E. O. (1).

W. W. (1) był autorem pomysłu budowy toru; wykonanie prac objętych zakresem umowy przyrzeczenia było konieczne z uwagi na podjętą decyzję o tym, że mają odbyć się Mistrzostwa Świata. Po informacji o przyznaniu organizacji MŚ kontaktował się z Ministrem (...), ponieważ budżet na wykonanie toru w tym czasie był już wyczerpany. Następnie Ministerstwo nadzorowało wykonanie dodatkowych prac. Wykonano dodatkowo m.in. szklaną osłonę toru, przygotowano sale do odbywania konferencji i prac komisji sędziowskiej oraz prace związane z ochroną przeciwpożarową.

Przyczyną podpisania umowy z dnia 4 lutego 2009r. było podniesienie kategorii toru, żeby mogły odbyć się mistrzostwa (...). Głównym elementem była szklana balustrada ze szkła hartowanego, ponadto tablice świetlne, nagłośnienie; innym powodem była zmiana przepisów o imprezach masowych oraz dotyczących BHP, dostosowywano też obiekt do aktualnych potrzeb inwestora. Prezes pozwanego starał się uzyskać fundusze z Ministerstwa (...) i jednocześnie prowadził rozmowy z powodem, aby wykonał dodatkowe prace w związku ze zbliżającymi się mistrzostwami świata.

Roboty dodatkowe wyniknęły z niedopracowania dokumentacji na etapie pierwotnym oraz były konieczne do wykonania, żeby obiekt był przydatny do zorganizowania mistrzostw (...). Zakres prac objętych umową przyrzeczenia nie pokrywał się z umową główną, a wszystkie roboty dodatkowe, uzupełniające wynikały z braków dokumentacyjnych i uzupełnień tej dokumentacji.

W. Z. (1), który był autorem projektu technicznego toru, uważał, iż pierwotny projekt toru (...) nie obejmował dozoru wizyjnego oraz nie zakładał wykończenia pomieszczeń komercyjnych, gdyż założenie było takie, że odpowiedni najemcy – użytkownicy będą mieli w tej kwestii decydujące zdanie.

Tor (...) uzyskał w dniu 1 kwietnia 2009r. homologację (...) uprawniającą do organizowania zawodów o randze mistrzostw świata.

Z tytułu wykonanych robót objętych protokołami powód wystawił następujące faktury VAT:

- nr (...) z dnia 6 marca 2009 roku na kwotę 3.583.216,65 zł, obejmującą wykonanie zakresu rzeczowego określonego w załączniku nr 1 i 2; - nr (...) z dnia 7 kwietnia 2009 roku na kwotę 880.298,55 zł obejmującą wykonanie robót wykończeniowych określonych w załączniku nr 1 i 2,

- nr (...) z dnia 3 lipca 2009 roku na kwotę 430.164,27 zł, zł obejmującą wykonanie robót wykończeniowych określonych w załączniku nr 1 i 2,

- nr (...) z dnia 7 sierpnia 2009 roku na kwotę 89.652,29 zł obejmującą adaptację pomieszczeń dla potrzeb Mistrzostw Świata w (...) określonych w załączniku nr 2,

- nr (...) z dnia 28 września 2009 roku na kwotę 291.360,86 zł, obejmującą adaptację pomieszczeń dla potrzeb Mistrzostw Świata w (...) określonych w załączniku nr 2.

Budowa obiektu była kończona dwa razy, etap pierwszy zakończył się we wrześniu 2008 roku, a etap drugi w marcu 2009 roku – sporządzono obszerny protokół. Dodatkowe roboty były prowadzone od 2008r., lecz nie były realizowane do końca, gdyż były problemy z płatnościami.

W dniu 24 września 2009 r. strony podpisały uzupełniający protokół odbioru końcowego (...). Ponadto w tym samym dniu strony podpisały protokół odbioru końcowego zamówienia dodatkowego objętego umową przyrzeczenia z 2009r.

(...) odebrał w całości roboty wykonane na podstawie umowy z 2009 r., nie było żadnych zastrzeżeń do wykonanych prac.

Z uwagi na opóźnienie pozwanego w zapłacie należnego wynagrodzenia pozwany pismem z 20 października 2009r. i 9 listopada 2009r. uznał dług na kwotę 5.274.692,92 zł. Jednocześnie przypomniał powodowi, iż w związku ze

sponsorowaniem przez powoda Mistrzostw Europy z 2008r. i Mistrzostw Świata z 2009r. powód otrzymał pakiet usług sponsoringowych o wartości 1.000.000 złotych i zobowiązał się do odstąpienia od egzekucji wierzytelności stwierdzonej innym nakazem zapłaty.

Powód pismem z 19 listopada 2009r. wystosował do pozwanego ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty. Pozwany w odpowiedzi wniósł o przesunięcie terminu zapłaty kwoty 5.274.692,92 zł.

Powód od lipca 2009r. był wzywany do usuwania usterek w wykonaniu robót na podstawie umowy z 2002r. w ramach gwarancji.

Pismem z 29 listopada 2010 r. pozwany przedłożył powodowi propozycję ugodowego zakończenia sporu co do zapłaty kwoty 5.274.692,92 złotych, polegającą na rozłożeniu płatności na 60 rat. Powód pismem z 6 grudnia 2010 r. potwierdził wolę ugodowego zakończenia sporu, przedstawiając propozycje zapłaty należności przez 3 lata od 2011r. Propozycja ugody została ponowiona pismem z 2 lutego 2011r.

Pozwem z 10 stycznia 2011 roku pozwany wystąpił do innego sądu przeciwko powodowi o stwierdzenie nieważności umowy przyrzeczenia z dnia 4 lutego 2009 r. Wyrokiem z 21 września 2011 r. Sąd Okręgowy w Lublinie oddalił powództwo (...) przeciwko (...) S.A. stwierdzenie nieważności umowy przyrzeczenia z dnia 4 lutego 2009 r. z uwagi na brak interesu prawnego. Na skutek apelacji (...) sąd II instancji uchylił zaskarżony wyrok i odrzucił pozew.

Działalność pozwanego była przedmiotem kontroli Ministra (...), który w 2010r. w wystąpieniu pokontrolnym negatywnie ocenił działalność Związku oraz dodatkowo w 2007r. przedmiotem kontroli Najwyższej (...) w zakresie budowy toru (...).

Strony zawarły porozumienie w dniu 20 września 2007r. w sprawie zapłaty należności stwierdzonych nakazem zapłaty wydanym w innej sprawie sądowej- XVI GNe 231/07, ustalając, iż pozwany dokona zapłaty w ratach, a powód zrzeka się dochodzenia odsetek za opóźnienie.

Sąd Okręgowy ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie zebranych w aktach dokumentów i zeznań świadków: E. O., W. J., W. W., E. W., A. K., W. Z. , R. W. oraz zeznania przesłuchanego za stronę powodową - T. R., uznając dowody te za wiarygodne. Sąd ten wskazał, iż oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania wad w budowie toru oraz wyceny wartości robót wykonanych przez powoda z uwzględnieniem nieprawidłowo wykonanych robót. Wskazał, iż przedmiotem niniejszego procesu nie było wynagrodzenie za wykonanie prac budowlanych zgodnie z pierwszą umową z 2002r. Sąd oddalił również wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii ds. budownictwa na okoliczność stwierdzenia, czy przedmiot umowy z 2002r. obejmuje zakres umowy z 2009r. z uwagi na to, iż wniosek ten został zgłoszony jako spóźniony. Strona mogła go bowiem powołać w zarzutach od nakazu zapłaty. Pozostałe dowody Sąd I instancji pominął, uznając, iż nie mają one znaczenia dla ustalenia stanu faktycznego.

Sąd Okręgowy wskazał, iż wobec tego, że nakaz zapłaty został wydany w postępowaniu nakazowym, ciężar dowodzenia okoliczności skutkującej uchyleniem tego nakazu zapłaty spoczywał na stronie pozwanej. Pozwany w środку zaskarżenia od nakazu zapłaty zarzucił, iż umowa została wykonana wadliwie, wskazując na usterki budowlane dotyczące toru (...), z powodu których poniósł szkodę na kwotę 1.000.000 złotych wynikającą z niemożności korzystania z obiektu, zarzucił też, iż strona powodowa otrzymała pakiet usług sponsorskich i miała odstąpić od egzekucji należności, ten ostatni zarzut połączył z zarzutem potrącenia kwoty 1.000.000 złotych tytułem nieuiszczonej przez powoda opłaty za korzystanie z wizerunku obiektu.

Sąd Okręgowy stwierdził, iż zarzuty odnośnie wadliwego wykonania obiektu dotyczą ewentualnych nieprawidłowości w wykonaniu prac budowlanych w ramach pierwszej umowy z 2002r., usterki wskazane w zarzutach od nakazu zapłaty dotyczą bowiem tych elementów obiektu, które zostały wykonane z ramach pierwszej umowy. Żądanie pozwu dotyczy zaś wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w ramach drugiej umowy, zatem przedstawiony zarzut nie mógłby ewentualnie niweczyć żądania pozwu, skoro tego rodzaju zarzut mógłby zostać przeciwstawiony jedynie

żądaniu zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w ramach pierwszej umowy. Podobnie należy w ocenie Sądu I instancji potraktować zarzut pozwanego dotyczący szkody na kwotę 1.000.000 złotych związanej z brakiem możliwości korzystania z obiektu na skutek istnienia tych wad. Okoliczności faktyczne, z których ten ostatni zarzut jest wywodzony, nie zostały w żaden sposób ani udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione co do zasady i co do wysokości. Ponadto – w postępowaniu nakazowym zarzut potrącenia może być zgłoszony jedynie wówczas, gdy do potrącenia są przedstawiane wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. (art. 493 § 3 k.p.c.). Niezależnie od powyższego procesowy zarzut potrącenia musi łączyć się z wykazaniem materialnoprawnych podstaw potrącenia (art. 498 k.c.). Co do kwoty 1.000.000 złotych określonej jako wysokość wynagrodzenia za korzystanie z wizerunku obiektu, strona powodowa zaprzeczyła, aby została zawarta jakakolwiek umowa, z której mogłoby powstać dla (...) roszczenie, które mogłoby być z kolei potrącone z wierzytelnością strony powodowej w niniejszej sprawie. Strona pozwana nie tylko, iż nie przedstawiła dokumentów wskazanych w art. 485 k.p.c., mających dowodzić wzajemnej wierzytelności, ale w ogóle nie przedstawiła żadnych dowodów świadczących o zawarciu umowy na odpłatne wykorzystanie wizerunku obiektu przez powoda. Tym samym nie zostały wykazane materialnoprawne przesłanki potrącenia wzajemnej wierzytelności.

Sąd Okręgowy wskazał, iż strona pozwana podniosła w dalszym toku postępowania zarzut nieważności umowy będącej podstawą pozwu i wydania nakazu zapłaty i ten zarzut mógł być podniesiony na każdym etapie postępowania, albowiem nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu; stąd zarzut ten nie jest spóźniony i obliżował sąd do jego rozpoznania.

Pierwotna umowa została zawarta w 2002r., a zatem w okresie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych z 10 czerwca 1994r. (t.jedn. Dz. U. Nr 72 z 2002r., poz. 664 ze zm.), druga umowa - w 2009r., a zatem w okresie obowiązywania ustawy z 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223 z 2007r., poz. 1655 ze zm.). Ta ostatnia ustawa stanowi w art. 220 ust. 1 i 2, iż do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontroli, które ich dotyczą, stosuje się przepisy dotychczasowe. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Zdaniem Sądu I instancji - zasadnym jest zatem twierdzenie strony pozwanej, iż do wykonania dotychczasowej umowy z 2002r. należy stosować przepisy dotychczasowe, a zatem udzielenie zamówienia dodatkowego winno nastąpić w oparciu o przepisy ustawy z 1994r. Zatem w oparciu o te przepisy Sąd ten dokonał oceny, czy umowa z 2009r. spełnia warunki zamówienia dodatkowego, które mogło zostać udzielone z pominięciem zasad ogólnych (przetargu nieograniczonego lub ograniczonego).

Ustawa z 1994r. w art. 71 ust. 1 stanowiła, iż zamawiający może udzielić zamówienia publicznego z wolnej ręki tylko wtedy, gdy wystąpi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, m.in. w pkt 5 określono, iż udziela się temu samemu wykonawcy zamówień publicznych dodatkowych, nieprzekraczających łącznie 20% wartości zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji, których nie można było wcześniej przewidzieć, oraz gdy z przyczyn technicznych lub gospodarczych zamówienia dodatkowego nie można oddzielić od zamówienia podstawowego. W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, iż przedmiotem zamówienia dodatkowego nie mogą być roboty, do których wykonawca zobowiązał się w umowie podstawowej. Ponadto za sytuację niemożliwą do przewidzenia w rozumieniu powołanego przepisu przyjmuje się sytuację, która obiektywnie nie mogła zostać przewidziana, a nie będącą wynikiem niedbalstwa lub nieprzewidzenia konieczności wykonania pewnych robót na etapie prac projektowych. Przyjmuje się też, w odniesieniu do przesłanki niemożności oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego, iż jest to takiego rodzaju zamówienie, bez którego wykonania zamówienie podstawowe nie może być ukończone, czyli roboty w ramach zamówienia dodatkowego muszą być wykonane wcześniej lub równoległe z zamówieniem podstawowym. Nie chodzi też o to, aby zamówienie podstawowe bez wykonania zamówienia dodatkowego było gorsze lub mniej nowoczesne, ale, że nie może nastąpić odbiór robót w ramach zamówienia podstawowego bez wykonania robót w ramach zamówienia dodatkowego (por. J. E. Nowicki - Komentarz do art. 67 ustawy z 2004r.-prawo zamówień publicznych i powołane tam orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej).

Przedstawione przez stronę powodową przyczyny zawarcia umowy z 2009r. nie dają podstaw do uznania, iż zachodziły przesłanki wskazane w powyższym przepisie, a pozwalające zakwalifikować roboty budowlane do prac dodatkowych uzasadniających udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Prace objęte umową z 2009r. nie były objęte wcześniejszą umową, albowiem jak wynika z ustaleń, koniecznym było wykonanie prac dostosowawczych do zmienionych przepisów przeciwpożarowych, dodatkowych prac wynikających z preferencji inwestora (wyposażenie pomieszczeń, które według wcześniejszych założeń miały być wykonane przez najemców), prac wynikających z wytycznych przedstawiciela (...). Niemniej jednak nie były to prace, których nie można było oddzielić od zamówienia podstawowego; mogły one być wykonane mimo zakończenia robót w ramach zamówienia podstawowego. Zmiana przepisów uzasadniająca dostosowanie inwestycji do ich wymogów już na etapie realizacji inwestycji nie spełnia też warunku zamówienia dodatkowego, jest to bowiem wykonanie prac poza zakresem umowy podstawowej i stanowić winno nowe zamówienie. Za „normalną” okoliczność, która może mieć miejsce w czasie realizacji inwestycji należy uznać uchwalenie przepisów, których stosowanie wymaga dodatkowych prac, jeśli wziąć pod uwagę, iż proces inwestycyjny jest zazwyczaj długotrwały. Niemniej jednak nie można tej okoliczności uznawać za nadzwyczajną. Należy też zauważyć w odniesieniu do zarzutu, iż strony wiedziały o konieczności dostosowania inwestycji do wymogów (...), iż w treści pierwszej umowy z 2002r. wskazano jedynie warunek uzyskania homologacji toru przez (...) bez bliższego wskazania, o jakiego rodzaju homologację chodzi. O tym, iż na torze mają odbyć się mistrzostwa o randze mistrzostw świata uzyskano informację dopiero w 2006r., a zatem po zawarciu pierwszej umowy. Z kolei z dokumentu homologacji wynika jedynie, iż przyznano homologację kategorii pierwszej. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, iżby treść umowy z 2002r. wskazywała na to, aby projektowany wówczas tor (...) miał spełniać warunki do uzyskania homologacji kategorii I. To z kolei prowadzi do wniosku, iż dodatkowe prace, które miały być wykonane, aby tor uzyskał tego rodzaju homologację nie mogą być ocenione jako takie, od których zależy wykonanie zamówienia podstawowego. Także okoliczności wynikające z zeznań świadków, że pewnych prac nie wykonano na etapie pierwotnym, czyli istniały pewne usterki w dokumentacji, które dopiero w pewnym momencie doprowadziły do wniosku, że należało uzupełnić jakiegokolwiek prace, to też nie są elementy, które by oznaczały, że istniała konieczność zlecenia wykonania prac dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki, czyli z ominięciem przepisów postępowania przetargowego. Jeżeli inwestor ze względu na własną niewiedzę, czy jakiegokolwiek zaniechanie nie zaplanował pewnego rodzaju prac, które byłyby konieczne do wykonania całego obiektu, to w takiej sytuacji późniejsze odkrycie, że tego rodzaju prace muszą być wykonane, nie oznacza, że mogły by być one wykonane w ramach prac dodatkowych z pominięciem przepisów przetargowych. Na taki charakter prac, jako niespełniających kryteriów z art. 71 u.z.p., wskazuje uzasadnienie pisma inwestora zastępczego – Przedsiębiorstwa (...) w B. z 16 października 2008r. do pozwanego. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż nie było podstaw do zastosowania art. 71 ust. 1 pkt 5 ustawy przy zawieraniu umowy z 2009r., albowiem prace, które miały być wykonane w jej ramach wymagały udzielenia nowego odrębnego zamówienia. Wskazał, iż stosownie do art. 71 ust. 1a ustawy z 1994r., jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 30.000 euro, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga zatwierdzenia przez Prezesa Urzędu. W sprawie bezspornym jest, iż wartość zamówienia wynikającego z umowy z 2009r. przekracza powyższą kwotę, bezspornym jest także, iż nie uzyskano zatwierdzenia zastosowanego trybu przez Prezesa Urzędu.

Konsekwencją powyższego, w ocenie Sądu I instancji, jest uznanie nieważności umowy z 2009r. Stosownie bowiem do art. 72 ust. 2 ustawy z 1994r. umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o zamówienie publiczne poprzedzającym jej zawarcie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie lub aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie i jeżeli to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający:

- 1)nie dopełnił obowiązku zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- 2)udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej,
- 3)dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy,

4) zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Brak uzyskania zatwierdzenia, o którym mowa w art. 71 ust. 1a należy traktować jako brak uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej.

Nawet gdyby przyjąć, iż interpretacja postanowień art. 220 prowadzi do wniosku, iż w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy z 2004r., to nie zostały spełnione przesłanki zamówienia dodatkowego określone w art. 67 ustawy. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności – w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% 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. Przepis ten formułuje przesłankę niemożności nieprzewidzenia dodatkowych prac, podobnie jak przepis art. 71 u.z.p. oraz – rozłącznie - dwie okoliczności uzasadniające udzielenie zamówienia dodatkowego. Odnosząc się do poprzednio wskazanej argumentacji, te okoliczności także nie zostały wykazane, a zatem nie było podstaw do pominięcia ogólnych zasad udzielania zamówienia, a prace wykonywane w ramach umowy z 2009r. należało potraktować jako wymagające zawarcia odrębnej umowy z zastosowaniem procedury przetargowej.

Uchybienie zatem przepisom postępowania przetargowego skutkuje nieważnością tej umowy, biorąc pod uwagę art. 146 ustawy z 2004 roku wg stanu na 4 lutego 2009 r. Stosownie do art. 146 ust. 1, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek;
- 2) zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
- 5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;
- 6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania;
- 7) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a.

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy przyjął, iż nastąpiło naruszenie przepisów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało wpływ na wynik postępowania.

Sąd Okręgowy mimo stwierdzenia, iż umowa była nieważna, uznał, iż nie było to wystarczające do uznania, że nakaz podlega uchynieniu, a powództwo oddaleniu. Wskazał, iż strona powodowa przed zamknięciem rozprawy podała, iż w przypadku gdyby przyjąć, że umowa z 2009r. jest nieważna, to podstawą dochodzenia należności jest zlecenie wykonania robót budowlanych, ewentualnie bezpodstawne wzbogacenie, albowiem poprzez wykonanie robót strona pozwana uzyskała przysporzenie. W takim wypadku Sąd ten stwierdził, iż strona powodowa wskazała dodatkową podstawę żądania pozwu.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z 19 marca 2015r. IV CSK 368/14, w którym stwierdzono, iż „ (...) w sytuacji, gdy umowa, na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane jest nieważna, od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac sąd może zasądzić wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Umowa zawarta między stronami w 2009r. była umową o roboty budowlane, albowiem mimo nazwania jej umową przyrzeczenia, spełniała warunki określone w art. 647 k.c. ta okoliczność nie była kwestionowana między stronami. Przyjęcie, iż umowa jest nieważna prowadzi do wniosku, iż świadczenie spełnione przez wykonawcę jest nienależne, a zatem dla wykonawcy robót powstaje roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia. Stosownie bowiem do art. 410 § 2 k.p.c. świadczenie jest nienależne m.in. wtedy, gdy czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Przesłanką roszczenia jest zgodnie z art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. istnienie wzbogacenia po stronie kontrahenta na skutek przyjęcia świadczenia nienależnego i odpowiadające mu zubożenie drugiej strony - w niniejszej sprawie wykonawcy robót. Z ustaleń na podstawie materiału dowodowego wynika, że (...) SA wykonał prace budowlane objęte umową z 2009r. i w ocenie Sądu Okręgowego nie było podstaw do twierdzenia, że prace powinny być wykonane w ramach pierwszej umowy z 2002r., ani że w ramach pierwszej umowy zostało wypłacone wynagrodzenie nawet za prace, które zostały wykonane w ramach drugiej umowy. Z treści pisma inwestora zastępczego z 16 października 2008r. wynika, iż istniała konieczność wykonania dodatkowych prac, w piśmie tym określono przyczyny powstania takiego stanu oraz określono rodzaje prac do wykonania. To były m.in. prace związane z dostosowaniem obiektu do zmienionych przepisów przeciwpożarowych, prace związane z ogrodzeniem (szklaną bandą), prace związane z podłączeniem telewizji służącej do transmisji. W ocenie Sądu Okręgowego w tym przypadku należy uznać, że istniała konieczność wykonania tych prac, ale jako odrębnego zamówienia wykraczającego poza umowę z 2002r. (...) S.A. przystąpił do wykonania prac objętych umową z 2009r. jeszcze przed podpisaniem tej umowy. Z przedstawionych dowodów wynika, iż między stronami były czynione ustalenia, iż prace mają być wykonane, natomiast pozwany podejmie działania w celu uzyskania dodatkowych środków pochodzących z dotacji ministerialnej celem wypłaty wynagrodzenia dla (...) SA. Taki przebieg czynności był podyktowany tym, aby zdążyć z wykonaniem prac przed Mistrzostwami Świata. Zmiany w stosunku do pierwotnego projektu obiektu zostały wprowadzone przez pozwanego. Pozwany był bowiem zawiadomiony przez inwestora zastępczego wspomnianym piśmie z konieczności wykonania dodatkowych prac. W ocenie Sądu I instancji, nie ma przy tym podstaw do twierdzenia, iż pozwany jest podmiotem nieprofesjonalnym, jeśli chodzi o proces budowlany, albowiem w toku realizacji inwestycji był zastępowany przez inwestora zastępczego - Przedsiębiorstwo (...) w B.. Bez względu na to, czy powyższe prace były wykonywane wcześniej, to jest przed zawarciem umowy z 2009r., czy już po zawarciu umowy, a nawet po zakończeniu Mistrzostw Świata, to nie ma podstaw do uznania, że powodowi nie należy się za nie wynagrodzenie. Odbiór robót wykonanych w ramach umowy z 2009r. został potwierdzony zarówno przez przedstawiciela wykonawcy, jak i przedstawicieli pozwanego oraz inwestora zastępczego, który wykonywał czynności związane z umową w imieniu pozwanego. Zważyć ponadto należy, iż strona pozwana nigdy wcześniej nie zgłaszała zarzutu, że prace, które były objęte umową (...) roku, zostały już wykonane na podstawie umowy z 2002 roku. Z treści przedstawionej korespondencji przedsądowej wynika, iż pozwany w rzeczywistości nie miał środków na wypłacenie wynagrodzenia i podejmując negocjacje z powodem, odwlekał obowiązek zapłaty wynagrodzenia, wnosił o rozłożenie należności na raty, powoływał się na bliżej niesprecyzowaną umowę sponsorską, która miałyby prowadzić do kompensaty wzajemnych wierzytelności. Pozwany przy tym uznał dług i nie kwestionował wysokości wynagrodzenia. Ponadto taki zarzut nie został podniesiony nawet w zarzutach od nakazu zapłaty. Brak przy tym podstaw do uznania za zasadne twierdzeń strony pozwanej podnoszonych w dalszym toku procesu, iż zarzuty od nakazu zapłaty zostały sporządzone przez podmiot nieprofesjonalny. Nawet jeśli pozwany na tamtym etapie postępowania działał bez zawodowego pełnomocnika procesowego, to nie było to przeszkodą do zgłoszenia zarzutu, iż prace, za które powód dochodzi wynagrodzenia, były wykonane w ramach pierwszej z umów.

Strona pozwana powoływała się także w dalszym z pism procesowych na to, że z porównania zakresu prac określonych umową z 2002r. i aneksem nr (...) z 1.08.2008r. wynika, iż zakres robót, który miał być wykonany w ramach umowy z 2009r. został objęty zakresem robót określonych w umowie z 2002r. Jednakże strona powodowa zaprzeczyła, aby ten aneks został zaakceptowany przez obie strony, nie było zatem podstaw do czynienia tego rodzaju porównań i wysnuwania wniosku, że prace zostały wykonane i opłacone w ramach umowy z 2002r.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż poprzez wykonanie prac budowlanych na podstawie nieważnej umowy z 2009r. doszło do przysporzenia po stronie pozwanej i że, przysporzenie to nie ma podstawy prawnej. Zasadnym było zatem zasądzenie należności dochodzonej pozwem stanowiącej równowartość tego przysporzenia. Mimo zatem

podniesionego skutecznego zarzutu nieważności umowy z 2009r. Sąd ten nie znalazł podstaw do uchylenia nakazu zapłaty, wobec zgłoszenia żądania zapłaty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu i w konsekwencji utrzymał nakaz zapłaty w mocy. Sąd Okręgowy wskazał, iż pominął zarzuty (poza zarzutem nieważności umowy) i wnioski dowodowe zgłoszone przez stronę pozwaną w pismach procesowych późniejszych niż zarzuty od nakazu zapłaty. Strona pozwana nie wykazała bowiem, iż tych wniosków i zarzutów nie mogła zgłosić wcześniej.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zaskarżając wyrok w całości i podnosząc następujące zarzuty:

I. naruszenia prawa procesowego i materialnego:

a) naruszenie art. 379 pkt 5k.p.c. polegające na braku poinformowania stron o możliwej zmianie podstaw prawnych rozstrzygnięcia sprawy (zmiana reżimu odpowiedzialności), uniemożliwiając tym samym wypowiedzenie się stronom na ten temat, co pozbawiło pozwanego możliwości obrony swych praw w tym zakresie;

b) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę dowodów mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na przyjęciu, że nie było podstaw do twierdzenia, że prace (przynajmniej w części), za które powód dochodził wynagrodzenia powinny być wykonane w ramach pierwszej umowy z 2002 roku, podczas gdy uzasadnieniem dla zawarcia umowy z 4 lutego 2009 roku było wykonanie prac dodatkowych umożliwiających homologację obiektu przez (...), co miało umożliwić z kolei organizację imprez rangi mistrzowskiej, a sama homologacja uzyskana została 1 kwietnia 2009 roku, natomiast prace, o których była mowa w umowie zakończono z końcem września 2009 roku;

c) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę dowodów mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na przyjęciu, że nie było podstaw do twierdzenia, że prace (przynajmniej w części), za które powód dochodził wynagrodzenia powinny być wykonane w ramach pierwszej umowy z 2002 roku, skoro jak ustalili Sąd I instancji konieczność prac dodatkowych wynika także z uzupełnień wprowadzonych do dokumentacji przez projektanta, co wobec treści umowy z 2002 roku (inwestycja w systemie „pod klucz”, gdzie powód zatrudnił także projektanta), powinno w całości obciążać powoda;

d) naruszenie art. 405 k.c. polegające na niewłaściwym jego zastosowaniu mającym wpływ na treść wyroku poprzez nieuzasadnione i błędne przyjęcie, że równowartość bezpodstawnego wzbogacenia, o której mowa w tym przepisie jest pojęciem tożsamym z wartością wynagrodzenia umownego, ustalonego w drodze nieważnej czynności prawnej;

II. brak rozpoznania istoty sprawy poprzez zaniechanie zbadania materialnych podstaw żądania powoda w oparciu o przepisy art. 405 i nast. k.c., polegające na zupełnym pominięciu badania zakresu wzbogacenia i zubożenia powoda i pozwanego oraz nieuzasadnionym przyjęciu, że kwota wynagrodzenia umownego jest równa wartości korzyści uzyskanych przez pozwanego.

W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji lub zmianę wyroku poprzez uchylenie nakazu zapłaty oraz oddalenie powództwa w całości w przypadku stwierdzenia do tego podstaw oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm obowiązujących.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jest uzasadniona tylko w niewielkim zakresie.

W szczególności nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 379 pkt 5 k.p.c. Pozbawienie strony możliwości obrony jej praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 zachodzi wówczas, gdy z powodu uchybienia przez sąd przepisom postępowania strona, wbrew swojej woli, została faktycznie pozbawiona możliwości działania w postępowaniu lub jego istotnej części, jeżeli

skutków tego uchybienia nie można było usunąć przed wydaniem orzeczenia w danej instancji. Do stwierdzenia pozbawienia strony możliwości obrony jej praw niezbędne jest kumulatywne wystąpienie kilku przesłanek: a) musi dojść do naruszenia przepisów postępowania przez sąd, obiektywnie rzecz biorąc, tzn. niezależnie od tego, czy sądowi można przypisać winę.; b) uchybienie to miało wpływ na prawo strony do obrony jej praw; c) strona nie mogła przeciwdziałać następnie skutkom tego uchybienia. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy zamknął rozprawę w dniu 19 stycznia 2016r. i doręczył publikację wyroku, a następnie w terminie publikacyjnym otworzył zamkniętą rozprawę i ją odroczył, zażądał brakującego dokumentu i na następnym wyznaczonym terminie odebrał od pełnomocników stron wyjaśnienia co do tego dokumentu oraz co do możliwych podstaw prawnych mogących mieć zastosowanie w sprawie. Wówczas to na pytanie Sądu pełnomocnik powoda doprecyzował stanowisko co do ewentualnej podstawy dochodzonego żądania w postaci bezpodstawnego wzbogacenia, a pełnomocnik pozwanego ustosunkował się do tego żądania (k. 937). Nie złożył wniosku o odroczenie rozprawy celem umożliwienia mu ustosunkowania się do tej podstawy czy zgłoszenia ewentualnych wniosków dowodowych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 19 marca 2015r. IV CSK 368/14: jeżeli sąd zamierza wydać wyrok na innej podstawie prawnej niż wskazywana przez stronę, powinien o tym poinformować strony, celem umożliwienia im zajęcia stanowisk procesowych w tym przedmiocie. Jednakże w niniejszej sprawie Sąd otworzył zamkniętą rozprawę i zwrócił pełnomocnikom stron uwagę na podstawę prawną żądania. Podniesienie przez stronę powodową innej niż dotychczasowa podstawy prawnej żądania zwolniło Sąd z konieczności uprzedzenia stron z urzędu o możliwości jej zastosowania. Sąd nie naruszył zatem przepisów postępowania. Wskazanie nowej podstawy prawnej żądania na ostatniej rozprawie nie pozbawiło strony przeciwnej możliwości obrony, zmiana ta nastąpiła bowiem w jej obecności na rozprawie, udzielono stronie głosu i mogła się ona ustosunkować do tego żądania. Mogła też wnieść o odroczenie rozprawy i udzielenie jej terminu na szczegółowe odniesienie się do wszystkich związanych z tym kwestii, z którego to prawa strona pozwana jednak nie skorzystała. Należy zatem stwierdzić, iż w niniejszej sprawie nie doszło do nieważności postępowania, a zarzuty strony z tym związane są bezpodstawne.

Zgodnie z art. 233§ 1 k.p.c. Sąd ocenia dowody 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 przy ocenie konkretnych dowodów, 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, powód podnosząc zarzuty naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie sprecyzował, których konkretnie dowodów ten zarzut dotyczy, a które zostały przez Sąd I instancji ocenione niezgodnie z zasadami wskazanymi w tym przepisie. W uzasadnieniu powód odnosi się wprawdzie do zeznań przedstawiciela strony powodowej T. R. (2) oraz świadka – W. Z., jednak nie kwestionuje, że Sąd dał wiarę tym dowodom. Również okoliczność jaką powód chciałby wywieść z tych dowodów, tj. że istniały braki w pierwotnej

dokumentacji projektowej, Sąd I instancji ustalił zgodnie z twierdzeniem powoda (k. 950 – uzasadnienie). Zarzut tak sformułowany jest zatem niezrozumiały. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy.

Twierdzenia powoda, iż prace wykonane w ramach nieważnej dodatkowej umowy powinny być wykonane w ramach pierwszej umowy, nie zostały wykazane. Wnioski dowodowe na tę okoliczność zostały przez Sąd Okręgowy oddalone jako spóźnione, a pozwany nie podnosił w apelacji zarzutu naruszenia prawa procesowego z tym związanego. Trudno zatem uznać, aby Sąd I instancji miał tę okoliczność ustalić wyłącznie w oparciu o twierdzenia pozwanego, które również w świetle art. 493§1 k.p.c. były spóźnione. Nadto nie precyzowały, których konkretnie prac budowlanych zarzut ten dotyczy, podczas gdy wykazy zakresów rzeczowych robót dodatkowych stanowiące załącznik nr 1 i 2 do umowy z 4 lutego 2009r. wskazują, iż część prac to były roboty dostosowujące obiekt do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych, a część wiązała się z nowymi wymaganiami (...) (k. 27), natomiast druga część prac wiązała się z nieprzewidzianymi wcześniej pracami, które okazały się konieczne dla przeprowadzenia Mistrzostw Świata tj. zaprojektowaniem i wykonaniem systemu telewizji dozorowej (...), dostępem do Internetu dla sprawozdawców oraz adaptacją pomieszczeń dla potrzeb MŚ (k.28), co wyraźnie wskazuje, iż nie były to prace przewidziane w pierwotnej umowie.

Sąd I instancji ustalił, iż pozwany uzyskał homologację obiektu przez (...) w dniu 1 kwietnia 2009r. Wskazał też, iż była to homologacja kategorii I, uprawniająca do przeprowadzenia Mistrzostw Świata, a tego rodzaju homologacja nie była przewidziana w pierwotnej umowie. Homologacja to pozwolenie na użytkowanie obiektu przyznawane przez uprawnioną instytucję. Skoro zatem w toku budowy toru zmieniono jego przeznaczenie dostosowując do wyższej kategorii zawodów, to jest oczywiste, że homologacja powinna dotyczyć końcowego efektu tej budowy, a jej uzyskiwanie dla niższej kategorii toru było zbędne. Uzyskanie homologacji dla toru wyższej klasy wiązało się z zapewnieniem wyższych standardów i wymogów bezpieczeństwa, co niewątpliwie wiązało się z wyższymi kosztami, które nie były przewidziane w pierwotnej umowie. Nie można zatem uznać, że skoro powód był zobowiązany już w umowie z 2002r. do uzyskania homologacji, to uzyskanie tej homologacji w 2009r. stanowiło wykonanie umowy z 2002r., bowiem była to homologacja na inny, wyższej klasy obiekt sportowy (por. zeznania świadka W. W. (1) k. 566).

Wprawdzie z zeznań świadków wynika, iż wykonanie projektu toru należało do obowiązków powoda, ale koncepcje projektowe były już wcześniej opracowane na zlecenie pozwanego; powód zlecił projekt w oparciu o otrzymane koncepcje projektowe, które również były niedopracowane i pewnych elementów nie przewidywały. Nadto - jak wynika z zeznań świadków w toku wykonywania inwestycji nastąpiła zmiana koncepcji toru i to spowodowało konieczność wykonania robót dodatkowych, nieobjętych pierwotnym projektem. Zlecenie wykonania projektu nastąpiło wprawdzie za pośrednictwem powoda, ale sporządzał je wykonawca zaproponowany przez pozwanego, nadto strony współpracowały przy wykonaniu dokumentacji, a zatem fakt, iż projekt ten był niedopracowany obciąża obydwie strony, a nie tylko powoda. Sporządzenie części dokumentacji powierzono i konsultowano ze specjalistą z Niemiec, bowiem w Polsce nie było osób, które na tym się znały (k. 567 zeznania W. Z. (1)). Nadto na podstawie zebranych w aktach dowodów, nie sposób ocenić jakie braki zawierała pierwotna dokumentacja, a jakie zmiany były wynikiem zmiany koncepcji w toku budowy czy zmiany przepisów.

Nie można też pominąć, iż konieczność wykonania robót dodatkowych została wskazana przez inwestora zastępczego pozwanego w piśmie z 16 października 2008r. (k. 613), w którym to piśmie wskazano przyczyny konieczności wykonania robót dodatkowych, w postaci zmiany przepisów i przygotowaniem obiektu do organizacji (...) według aktualnych standardów, które uległy zmianie od daty sporządzania projektu. Wyraźnie proszono powoda o pilne wykonanie prac dodatkowych, nie zważając na niezachowanie właściwego trybu zawarcia umowy i fakt, że pozwany nie miał zapewnionych środków na zapłatę (k. 925 zeznania A. K. (2), k. 749 nagranie rozprawy - zeznania świadka R. W. (1), k. 565 zeznania W. W. (1)). A zatem to nie powód usiłował zawrzeć nową umowę na prace, które według twierdzeń pozwanego, były już objęte wcześniejszą umową, ale to pozwany zlecił wykonanie prac dodatkowych w związku z nowymi okolicznościami. Prace te były nadzorowane przed dodatkową komisją z Ministerstwa (...) (k. 565). Ministerstwo (...) nie zgodziło się też na „dołączenie tych prac do poprzedniej umowy” (k. 925 zeznania A. K. (2)), a zatem przedstawiciele (...) mieli świadomość braku należytego trybu podpisania umowy z 2009r.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 2013r. II CSK 248/12 ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując od nich stosować wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw, do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która okazała się nieważną i nie może być podstawą dochodzenia roszczeń. Jak wskazał Sąd Okręgowy - podstawę taką stanowi art. 410§1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. i ocenę tę Sąd Apelacyjny podziela. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona. Wzbogacenie to obejmuje wynagrodzenie, które strona pozwana musiałaby zapłacić za wykonanie prac na podstawie umowy.

Nienależne świadczenie jest szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia. Świadczenie to odróżnia się od pozostałych przypadków bezpodstawnego wzbogacenia źródłem powstania, bowiem do zaistnienia tego zobowiązania dochodzi w wyniku spełnienia świadczenia przez zubożonego, a nie poprzez jakiekolwiek inne przesunięcia majątkowe, niebędące świadczeniem (jak w pozostałych wypadkach bezpodstawnego wzbogacenia). Jednocześnie zachodzi brak podstawy prawnej tego świadczenia. Ogólne przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia należy rozumieć specyficznie w przypadku nienależnego świadczenia. Sam fakt spełnienia nienależnego świadczenia uzasadnia roszczenie kondykcyjne. W takim przypadku nie zachodzi potrzeba badania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło osobę, na rzecz której świadczenie zostało spełnione, jak również czy majątek spełniającego świadczenie uległ zmniejszeniu. Uzyskanie nienależnego świadczenia wypełnia bowiem przesłankę powstania wzbogacenia, a spełnienie tego świadczenia przesłankę zubożenia (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 24 listopada 2011r. I CSK 66/11). Skoro powód spełnił wobec pozwanego świadczenie o łącznej wartości odpowiadającej kwocie, co do której uwzględniono powództwo, to wartość spełnionych świadczeń określała jednocześnie wartość uzyskanej przez pozwanego korzyści majątkowej, a jednocześnie wartość zubożenia powoda. W konsekwencji z chwilą spełnienia przez powoda świadczeń nienależnych powstało roszczenie obejmujące obowiązek zwrotu wartości uzyskanych świadczeń.

W niniejszej sprawie zakres i wartość prac dodatkowych została określona w ww. piśmie inwestora zastępczego, a potem w protokołach odbioru i zaakceptowanych przez inspektora nadzoru kosztorysach powykonawczych. Została też uznana przez stronę pozwaną w toku wymiany pism przedprocesowych (k. 46). Pismo to, stanowiące uznanie właściwe, stanowiło podstawę wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, a zatem jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy ciężar zgłoszenia dowodów przeciwnych spoczywał na stronie pozwanej.

Uznanie właściwe jest niewątpliwie czynnością prawną, a ściślej – umową jednostronnie zobowiązującą, zawartą między dłużnikiem a wierzycielem, w której dłużnik potwierdza swe zobowiązanie co do zasady i wysokości. Uznanie pociąga za sobą ten skutek, że co do elementów uznanych wierzyciel nie musi już udowadniać podstaw odpowiedzialności dłużnika, lecz jedynie dokonane uznanie. Konsekwencją uznania właściwego jest więc zmiana rozkładu ciężaru dowodu (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 23 lipca 2014r. V CSK 512/13 OSNC 2015/7-8/88). Na dłużniku zatem spoczywa ciężar wykazania, iż zobowiązanie faktycznie nie istnieje lub istnieje w niższej wysokości. W niniejszej sprawie uznanie obejmowało obowiązek zapłaty za faktycznie wykonane prace, przy czym strony miały świadomość niezachowania wymaganego trybu z ustawy o zamówieniach publicznych, o czym chociażby świadczy fakt posłużenia się w umowie sformułowaniem: „umowa przyrzeczenia”. W piśmie z 9 listopada 2009r. strona pozwana uznała roszczenie w kwocie 5 274 692,91 zł „z tytułu robót objętych umową przyrzeczenia”, a zatem chodziło tu nie o potwierdzenie istnienia roszczenia wynikającego z ważnej umowy o roboty budowlane zawartej w trybie przepisów p.z.p., ale o zapłatę za faktycznie wykonane prace, które były objęte jedynie niespełniającą ww. wymogów „umową przyrzeczenia”. W tej sytuacji fakt wykazania nieważności umowy z uwagi na naruszenie przepisów p.z.p. nie powoduje nieważności uznania, jest to bowiem uznanie istnienia zobowiązania do zapłaty za prace faktycznie wykonane. Strona pozwana nie zgłosiła wniosków dowodowych podważających wysokość wynagrodzenia należnego powodowi, a uznanego wcześniej przez jej przedstawicieli. Zasadnie zatem Sąd Okręgowy zasądził całość kwoty głównej dochodzonej przez powoda.

Choć pozwany nie zgłosił w tej kwestii zarzutu procesowego, istotne jest jednak w niniejszej sprawie, co było podstawą pierwotnego żądania pozwu i wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, bowiem po wydaniu takiego nakazu zapłaty nie można zmieniać podstawy faktycznej żądania. W ocenie Sądu Apelacyjnego, spośród przesłanek wymienionych w art. 481§1 k.p.c. było to pisemne wezwanie do zapłaty i pisemne oświadczenie dłużnika o uznaniu długu. Przy czym to uznanie dotyczyło zapłaty za faktycznie wykonane prace objęte „umową przyrzeczenia”, co do której pozwany miał świadomość braku zachowania właściwego trybu przy jej zawarciu. A zatem niezależnie od pierwotnej kwalifikacji prawnej żądania dokonanej przez pełnomocnika procesowego powoda, faktyczną podstawą żądania pozwu była zapłata za wykonane prace objęte tylko nieważną „umową przyrzeczenia”, a nie umową o roboty budowlane, umową o dzieło, czy umową zlecenia.

Przy zasądzeniu należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie mają zastosowania terminy wymagalności wskazane w umowie i fakturach. Świadczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia staje się wymagalne po wezwaniu do zapłaty i udzieleniu dłużnikowi terminu na wykonanie zobowiązania bez zbędnej zwłoki (art. 455 k.c.). Takie wezwanie zostało doręczone pozwanemu pismem z dnia 19 listopada 2009r. (k. 48), doręczonym pozwanemu w dniu 23 listopada 2009r., co wynika z pisma w którym pozwany uznał to żądanie (k.50). Uwzględniając wielkość żądanej kwoty i termin potrzebny na wydanie odpowiednich dyspozycji przez organy pozwanej uprawnione do podejmowania decyzji, Sąd Apelacyjny uznał, iż pozwany winien był spełnić to żądanie w terminie 14 dni, tym bardziej, iż było to kolejne wezwanie do zapłaty, a pozwany znacznie wcześniej miał świadomość konieczności zapłaty. Terminu wymagalności tej kwoty nie zmienia fakt, iż pozwanemu nie udało się ostatecznie uzyskać środków na zapłatę. Pozwany nie powinien był podejmować się organizacji (...), na którą nie miał zapewnionych środków. Zgodnie z treścią art. 481§1 k.c. wierzyciel ma prawo domagać się odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie niezależnie od poniesionej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W tej sytuacji należne odsetki winny być zasądzone od żądanych kwot dopiero od dnia 8 grudnia 2009r. do dnia zapłaty. W pozostałym zakresie nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym powinien być uchylony na podstawie art. 496 k.p.c., a powództwo w tej części oddalone.

Nie jest zasadny również zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Do nierozpoznania istoty sprawy, o którym mowa w art. 386 § 4 k.p.c., dochodzi wtedy, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, ponieważ sąd ten zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, iż istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Do takiej sytuacji dochodzi między innymi, gdy sąd odmówił dalszego prowadzenia sprawy, przyjmując brak legitymacji procesowej stron, skuteczność twierdzenia lub zarzutu wygaśnięcia bądź umorzenia zobowiązania, upływ terminów zawitych, terminu przedawnienia, przedwczesność powództwa, czy też nie rozpoznał żądań w aspekcie wszystkich twierdzeń powoda lub zarzutów pozwanego, bezpodstawnie przyjmując, że nie zostały one zgłoszone lub zostały zgłoszone, ale są objęte prekluzją procesową. Samo niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest równoznaczne z nierozpoznaniem jej istoty (Postanowienie SN z dnia 26 czerwca 2015 r., I CZ 60/15, LEX nr 1766006). W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy rozpoznał żądanie pozwu w oparciu o obydwie wskazywane podstawy prawne, jak i wszystkie zgłoszone w terminie przez pozwaną zarzuty. Skoro strona pozwana nie zgłosiła żadnych nowych okoliczności, dowodów czy zarzutów - po doprecyzowaniu na ostatniej rozprawie stanowiska przez stronę powodową, to nie może teraz zarzucać Sądowi, iż nie rozpoznał jej zarzutów wskazanych dopiero w apelacji. Jak wyżej wskazano, w orzecznictwie przyjmuje się, że przy świadczeniu nienależnym wartość spełnionych świadczeń określała jednocześnie wartość uzyskanej przez pozwanego korzyści majątkowej, a jednocześnie wartość zubożenia powoda. W konsekwencji z chwilą spełnienia przez powoda świadczeń nienależnych powstało roszczenie obejmujące obowiązek zwrotu wartości uzyskanych świadczeń, która to wartość została zgodnie określona przez strony w dacie ich wykonania, zaś strona pozwana w toku procesu nie zgłosiła skutecznie dowodów podważających tę wartość, a Sąd nie miał obowiązku podejmowania z urzędu inicjatywy dowodowej.

W niniejszej sprawie należy zwrócić także uwagę na okoliczności zawarcia umowy z 2009r. – (...) decydując się na organizację (...) dysponował jedynie ustną zgodą Ministra Sportu, który obiecał mu pomoc finansową (k. 565). Poproszono powoda o dostosowaniu obiektu, pomimo braku wymaganych pisemnych zgód i zapewnienia

dofinansowania, poproszono go o wykonanie tych prac pilnie, bez zaliczek i gwarancji zapłaty, nadto bez zachowania trybu z ustawy o zamówieniach publicznych (k. 925 zeznania A. K. (2)). Powód zgodził się, mając na uwadze interes publiczny, poniósł z tego tytułu znaczne koszty, a obecnie pozwany odmawia zapłaty, podnosząc, iż powód jest sam sobie winien, bo nie zadbał o zachowanie właściwego trybu z ustawy o zamówieniach publicznych. Zachowanie pozwanego nosi znamiona nadużycia prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c., jest to naruszenie zasad uczciwości i lojalności przez skłonienie partnera do realizacji prac bez zachowania właściwej procedury, ale z obietnicą zapłaty, a potem wykorzystanie zarzutów dotyczących ważności umowy do odmowy zapłaty. Należy przy tym zauważyć, iż przedmiotem niniejszego procesu jest wyłącznie wykonanie robót dodatkowych w oparciu o nieważną umowę z 2009r., Sąd zatem nie może oceniać w tym kontekście realizacji umowy z 2002r.; jeśli strona pozwana miała zarzuty z tym związane, mogła wytoczyć odrębny proces odszkodowawczy czy zgłaszać żądania z tytułu rękojmi i gwarancji.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 i 386§1 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108§1 k.p.c. w zw. z § 2 ust 6 i §10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804).