

Sygn. akt I ACa 890/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Zwierzyńska
Sędziowie:	SA Jakub Rusiński (spr.) SA Barbara Lewandowska
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Pozarowczyk-Wardowska

po rozpoznaniu w dniu 6 marca 2015 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w J.

przeciwko „ (...) Zespołowi (...) w O. - (...) spółce akcyjnej z siedzibą w O.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 27 marca 2014 r. sygn. akt IX GC 682/13

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 63.089,02 (sześćdziesiąt trzy tysiące osiemdziesiąt dziewięć złotych 02/100) z ustawowymi odsetkami od 12 listopada 2011 roku i oddala powództwo w pozostałej części,

b) w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.527 (trzy tysiące pięćset dwadzieścia siedem) złotych tytułem kosztów postępowania,

II. oddala apelację w pozostałej części,

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.435 (trzy tysiące czterysta trzydzieści pięć) złotych tytułem kosztów postępowania za instancję odwoławczą.

Na oryginale właściwe podpisy.

## UZASADNIENIE

Powód, syndyk masy upadłości LB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w J., wniósł pozew przeciwko pozwanej „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” spółce akcyjnej w O., w którym domagała się zasądzenia kwoty 115.088 zł z ustawowymi odsetkami od 8 października 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż domagał się zapłaty tej kwoty za wykonane roboty budowlane - 27 września 2011 r. Powód sporządził kosztorysy powykonawcze dotyczące wykonanych robót budowlanych, w których łączna wartość prac została określona na kwotę 5.343.574,24 zł. Uwzględniając różnicę między tym wyliczeniem a wartością zapłaconą przez pozwaną do zapłaty pozostawała kwota 51.998,98 zł. Ponadto powód wskazał, że na budowie w O. pozostały materiały o wartości 63.089,03 zł. Z tego tytułu powód wystawił dla pozwanej spółki 30 września 2011 r. fakturę VAT na łączną kwotę 115.088 zł, a pozwana nie zapłaciła tej należności.

Pozwana „(...) (...) w O. - (...)” wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty za pełnomocnictwo.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwana wskazała, iż odstąpiła od umowy, przy czym zostało sporządzone rozliczenie robót budowlanych, z którego wynikało, iż pozwana nadpłaciła powódce za wykonane prace kwotę 1.329.905,03 zł. Zanegowała także prawidłowość wyliczenia dochodzonego przez powódkę wynagrodzenia.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem kosztów postępowania. Swoje rozstrzygnięcie oparł na ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych szczegółowo przedstawionych w uzasadnieniu wyroku. Wynika z nich, że w dniu 14 września 2010 r. „(...) (...)”

## UZASADNIENIE

Powód, syndyk masy upadłości LB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w J., wniósł pozew przeciwko pozwanej „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” spółce akcyjnej w O., w którym domagała się zasądzenia kwoty 115.088 zł z ustawowymi odsetkami od 8 października 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż domagał się zapłaty tej kwoty za wykonane roboty budowlane - 27 września 2011 r. Powód sporządził kosztorysy powykonawcze dotyczące wykonanych robót budowlanych, w których łączna wartość prac została określona na kwotę 5.343.574,24 zł. Uwzględniając różnicę między tym wyliczeniem a wartością zapłaconą przez pozwaną do zapłaty pozostawała kwota 51.998,98 zł. Ponadto powód wskazał, że na budowie w O. pozostały materiały o wartości 63.089,03 zł. Z tego tytułu powód wystawił dla pozwanej spółki 30 września 2011 r. fakturę VAT na łączną kwotę 115.088 zł, a pozwana nie zapłaciła tej należności.

Pozwana „(...) (...) w O. - (...)” wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty za pełnomocnictwo.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwana wskazała, iż odstąpiła od umowy, przy czym zostało sporządzone rozliczenie robót budowlanych, z którego wynikało, iż pozwana nadpłaciła powódce za wykonane prace kwotę 1.329.905,03 zł. Zanegowała także prawidłowość wyliczenia dochodzonego przez powódkę wynagrodzenia.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.617 zł tytułem kosztów postępowania. Swoje rozstrzygnięcie oparł na ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych szczegółowo przedstawionych w uzasadnieniu wyroku. Wynika z nich, że w dniu 14 września 2010 r. „(...) (...)”

(...) w O. - (...)" (zamawiający) i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. (wykonawca) zawarły na podstawie rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego umowę, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Rozbudowa i modernizacja (...) w (...) Spółka Akcyjna", zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie z 2 września 2010 r., stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Szczegółowy zakres robót opisany został w (...), w tym w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót, które stanowiły załączniki do (...).

Termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy rozpoczynał się z dniem protokolarnego przekazania terenu budowy dla wykonawcy, a termin zakończenia robót został określony nie później niż w dniu 30 lipca 2011 r. wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego i wystawieniem faktury końcowej.

W umowie określono m. in. obowiązek wykonawcy terminowego wykonania i przekazania do eksploatacji przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że ukończone roboty są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których umowa je przewiduje. Ponadto przewidziano także jako obowiązek wykonawcy posiadanie polis ubezpieczeniowych ważnych nie później niż od daty podpisania umowy do czasu odbioru końcowego obejmujących ubezpieczenie w pełnym zakresie odpowiedzialności cywilnej kontraktowej w związku z realizacją umowy w wysokości co najmniej wartości kontraktu oraz ubezpieczenie w pełnym zakresie od odpowiedzialności cywilnej deliktowej z tytułu prowadzonej działalności na sumę ubezpieczenia równą co najmniej wartości kontraktu.

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości brutto 6.120.550,95 zł, które obejmowało podatek VAT w kwocie 1.103.705,91 zł. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogły być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

Rozliczenie między stronami za wykonane roboty miało nastąpić czterema fakturami (3 częściowe i końcową) wystawionymi przez wykonawcę, na podstawie zatwierdzonych protokołów częściowych i końcowego odbioru robót. Protokoły częściowego odbioru robót miały być sporządzane przez kierownika budowy na podstawie elementów zestawionych w tabeli elementów rozliczeniowych, który miał przygotować wykonawca i uzgodnić z wykonawcą niezwłocznie po podpisaniu protokołu przez inspektora nadzoru inwestorskiego i zatwierdzeniu przez zamawiającego.

Strony umowy potwierdziły, że przed zawarciem umowy wykonawca wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % wynagrodzenia ryczałtowego, czyli w kwocie 612.055,10 zł, w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zamawiającemu przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, gdy m. in. wykonawca realizuje roboty przewidziane umową w sposób niezgodny z umową, dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi lub wskazaniem zamawiającego.

Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagały aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności i musiały być zgodne z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w ogłoszeniu warunków zmiany umowy, w tym zmiany terminu zakończenia umowy.

Dokumentacja projektowa odnosząca się do wykonania prac była uzupełniana w wyniku pytań uczestników związanych z przygotowaną Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, którzy zwracali się m. in. o zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego większej ilości dokumentacji projektowej do tego zadania, gdyż brak dokumentacji uniemożliwiał prawidłową wycenę; zamieszczenie na stronie internetowej zamawiającego

dokumentacji projektowej branżowej (instalacje sanitarne wraz z wentylacją, instalacje elektryczne i teletechniczne), bez której ciężko było przygotować rzetelne i porównywalne oferty, a w przypadku robót budowlanych o dostarczenie zestawienia stolarki okiennej i drzwiowej, rysunków balustrad schodowych, rysunków bramy przesuwnej z furtką, czy wskazywali na brak jakiegokolwiek dokumentacji technicznej instalacji elektrycznej.

Podstawą oszacowania przez (...) spółkę z o. o. wynagrodzenia za wykonane prace była dokumentacja projektowa dołączona do specyfikacji, przy

czym wykonawca nie przedstawiał zamawiającemu kosztorysu stanowiącego podstawę ustalenia takiego wynagrodzenia (nie był on wymagany).

Jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy (...) spółka z o. o. przedłożyła ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek Nr (...) wystawioną 13 września 2010 r. przez (...) S.A. V. (...). Gwarancja ta miała zabezpieczać nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę należności na rzecz „(...) (...) w O. - Spółka Akcyjna” w okresie od 14 września 2010 r. do 29 sierpnia 2011 r. do kwoty 612.055,10 zł z tytułu zapłaty wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy oraz w okresie od 30 sierpnia 2011 r. do 14 września 2014 r. do kwoty 183.616,63 zł z tytułu nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek przez (...) spółkę z o. o., w przypadku braku zapłaty tych należności.

Prace zostały rozpoczęte 16 września 2010 r., po czym 15 października 2010 r. dyrektor techniczny (...) spółki z o. o. K. K. zwracał się do „(...) (...) w O. - (...)” o dostarczenie dokumentacji wykonawczej do 22 października 2010 r. wszystkich branż w celu prawidłowej realizacji obiektu i dotrzymania terminu. W dniu 8 listopada 2010 r. kierownik budowy (...) spółki z o. o. M. S. (1) wskazał, iż mimo licznych próśb o dostarczenie dokumentacji stropu stalowego i więźby dachowej drewnianej nie otrzymał ich, co spowoduje opóźnienia w realizacji harmonogramu - potwierdził to również dyrektor techniczny w piśmie z 9 listopada 2010 r. skierowanym do inwestora.

Przystępując do wykonania umowy (...) spółka z o. o. otrzymała całość dokumentacji projektowej, w tym też dokumentację wszystkich branż, która została zatwierdzona przez Starostwo Powiatowe w O. i na jej podstawie wydano pozwolenie na budowę. (...) spółka z o. o. w swojej ofercie przetargowej złożyła oświadczenie, iż uzyskała wszelkie niezbędne informacje do przygotowania oferty i wykonania zamówienia.

Pismem z 1 grudnia 2010 r. kierownik budowy (...) spółki z o. o. poinformował „(...) Zespół (...) w O. - (...)”, że roboty zostały wstrzymane w związku z niskimi temperaturami i złymi warunkami atmosferycznymi. Z tego względu prace budowlane były wstrzymane od 2 do 6 grudnia 2010 r.

„(...) Zespół (...) w O. - (...)” domagała się intensyfikacji prac oraz nadrobienia opóźnień przy wykonywaniu

inwestycji. Podjęła również próbę dostarczenia energii cieplnej w trakcie prac, aby pomóc (...) spółce z o. o. przy ich wykonywaniu.

Pismem z 7 marca 2011 r. (...) spółka z o. o. zwróciła się do „(...) Zespół (...) w O. - (...)” o udostępnienie rozdzielni głównej w budynku, z którego miało być wykonane zasilanie docelowe (...) zgodnie z projektem, gdyż pomimo próśb o zlecenie wykonania tymczasowego zasilania nie otrzymała odpowiedzi.

W odpowiedzi „(...) Zespół (...) w O. (...)” wskazała, że nie stwarzała przeszkód w wykonaniu przyłącza energetycznego, a jego brak wynikał z braku przedstawienia przez (...) spółkę z o. o. dokumentacji i kosztorysu umożliwiających ocenę zakresu robót związanych z wykonaniem przyłącza, odwołując się w tym zakresie również do wcześniejszych ustaleń z 9 lutego 2011 r.

W trakcie wykonywania prac budowlanych nie zlecano robót dodatkowych, gdyż inwestor uważał, że ewentualne prace wskazywane przez wykonawcę jako dodatkowe były wynikiem niedoszacowania przez niego złożonej oferty. Natomiast 12 marca 2011 r. inspektor nadzoru wpisał w dzienniku budowy, że postęp robót wykończeniowych stawia pod znakiem zapytania dotrzymanie terminu zakończenia prac I etapu. Faktycznie natomiast były wykonane prace dodatkowe,

które wynikały ze zmian wprowadzanych w trakcie wykonywania prac wskazanych w umowie stron - na początku była wykonana droga (drugi wjazd na teren szpitala) i doziarnianie podłoża, a ponadto szereg innych drobnych prac.

(...) spółka z o. o. wystawiła trzy faktury częściowe dla „ (...) Zespół (...) w O. - (...)”, których wystawienie zostało poprzedzone sporządzeniem protokołów częściowych odbioru wykonanych robót sporządzonych przez przedstawiciela (...) spółki z o. o. i inspektora nadzoru inwestorskiego J. D..

Należności wynikające z tych faktur zostały zapłacone przez „(...) (...) w O. - (...)” w całości w łącznej kwocie 5.291.575,26 zł.

W dniu 3 czerwca 2011 r. została wydana decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego udzielająca na rzecz inwestora „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” pozwolenia na użytkowanie rozbudowanego budynku oddziału zakaźnego szpitala (parter i zachodnia część I piętra), uzależnione od oddzielania w sposób trwały przyległego terenu związanego z rozbudowaną częścią oddziału szpitala od

terenu budowy. Pierwotnie oddanie tej części do użytkowania miało nastąpić 30 marca 2011 r., przy czym prace zostały przyjęte przez inwestora mimo występowania szeregu usterek, gdyż „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” chciał uzyskać pozwolenie na użytkowanie - jego brak uniemożliwiałby uruchomienie prac w starej części budynku.

W dniu 10 czerwca 2011 r. zostało spisane z udziałem przedstawicieli „ (...) Zespół (...) w O. - Spółka Akcyjna i (...) spółki z o. o. zestawienie usterek w przekazanych pomieszczeniach w nowej części (...), które to usterki miała (...) spółka z o. o. usunąć, czego nie zrobiła. (...) spółka z o. o. miała przeszkolić pracowników w zakresie obsługi płuczek - dezynfektorów.

W dniu 17 czerwca 2011 r. (...) spółka z o. o. skierowała do „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” wniosek o przedłużenie umownej daty zakończenia robót o dwa miesiące uzasadniając go ciężkimi warunkami atmosferycznymi.

Zakończenie wykonania umowy nie później niż 30 lipca 2011 r. było dla „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” bardzo ważne, gdyż termin ten wiązał się z koniecznością przeprowadzenia postępowania na wyposażenie nowej części (...), a zamawiający chciał przystąpić do postępowania przeprowadzanego przez Narodowy Fundusz Zdrowia pod koniec 2011 r. na świadczenia zdrowotne z zakresu świadczeń specjalistycznych, w tym zakaźnych, dotyczących 2012 r. Aby przystąpić do takiego postępowania organizowanego przez Narodowy Fundusz Zdrowia „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” musiała spełniać określone kryteria, w tym mieć w pełni ukończoną budowę oraz spełniać kryteria dotyczące wyposażenia.

W dniu 6 lipca 2011 r. inspektor nadzoru wpisał w dzienniku budowy prośbę o zakończenie robót drogowych i ogrodzeniowych oraz zintensyfikowanie prowadzenia prac poprawkowych w „budynku nowym”. Natomiast 8 lipca 2011 r. ponowił tą ostatnią prośbę i wskazał, iż postęp robót wskazuje, że dotrzymanie terminu zakończenia robót staje się nierealne.

Pismem z 7 lipca 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” nie wyraziła zgody na zmiany urządzeń wentylacyjno - klimatyzacyjnych z uwagi na zaproponowanie przez wykonawcę montażu central większych niż przyjęte według założeń projektowych, o dużo większej wadze i dodatkowo zwiększonym poborze mocy w stosunku do

dokumentacji projektowej, a przy tym mniejszej o około 20 % mocy chłodniczej i braku zapasu mocy.

W trakcie wykonywania prac zmieniano ich zakres na wniosek (...) spółki z o. o., aby przyspieszyć tempo robót m. in. pierwotnie wyrażając zgodę na zamianę central wentylacyjnych i agregatów chłodniczych (pod warunkiem zachowania ich podstawowych parametrów technicznych nie gorszych niż urządzenia przewidziane w dokumentacji), wykorzystania stropu nad parterem (wyeliminowano konieczność jego rozbiórki i wykonania znacznej części robót konstrukcyjnych), czy zmieniono częściowo zakres robót ogrodzeniowych (pozostawiono bez zmian dotychczasowy cokół betonowy). Wprowadzano także drobne zmiany np. daszków nad wejściem lub podpory przy wejściu do

oddziału zakaźnego. Zmiany te były na bieżąco wprowadzane do projektu, gdyż inspektor nadzoru był jednocześnie projektantem (na bieżąco roboczo wprowadzano takie zmiany).

Pismem z 11 lipca 2011 r. (...) spółka z o. o. żądała dostarczenia jej pełnej dokumentacji wykonawczej instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych, branży konstrukcyjno - budowlanej i zagospodarowania terenu.

W dniu 12 lipca 2011 r. doszło do spotkania przedstawicieli stron umowy, którego przedmiotem było wykonanie przebudowy i rozbudowy (...). Wykonawca zobowiązał się wówczas do dołożenia wszelkich starań, aby zakończyć roboty budowlane związane z wykonaniem umowy do 29 sierpnia 2011 r. Ponadto wskazywano, że szczegółowy zakres zmian robót drogowych i przebiegu ogrodzenia zostanie uzgodniony pomiędzy projektantem i kierownikiem budowy do 13 lipca 2011 r., a do 15 lipca 2011 r. projektant miał dostarczyć rysunki zamienne dotyczące robót budowlanych (ścianki działowe pomieszczenia komory dezynfekcyjnej z zapleczem technicznym i pomieszczenie mycia wózków wraz z instalacjami sanitarnymi i elektrycznymi) oraz wentylacji grawitacyjnej, z kolei szczegóły dotyczące stolarki zewnętrznej miały zostać ustalone na tym spotkaniu. Inwestor ponadto wyraził zgodę na zamianę konstrukcji zadaszenia wejścia głównego do oddziału z żelbetowej na stalową - rozwiązania projektowe dotyczące wejścia głównego i zadaszenia wejścia do piwnicy projektant miał dostarczyć do 22 lipca 2011 r.

Pismem z 21 lipca 2011 r. (...) spółka z o. o. poinformowała „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” o m. in. braku projektu na konstrukcję wsporczą pod centralę. Z kolei w piśmie z 22 lipca 2011 r. wskazywała, że w otrzymanym projekcie nadal brak części elementów (zaznaczonych spadków i wysokości na nawierzchniach z kostki brukowej i

sposobu obramowania placu, murku oporowego przy placu przed kotłownią, czy nowej bramy w ogrodzeniu).

„ (...) Zespół (...) w O. - (...)” w pismach z 27 lipca 2011 r. i 1 sierpnia 2011 r. wskazał (...) spółce z o. o., że nie wykonano zabezpieczeń przed opadami atmosferycznymi, które miało wpływ na pojawiające się zawilgocenia i usterki w nowej części oddziału zakaźnego, a także na brak właściwego wywiązywania się wykonawcy z umowy.

Pismem z 28 lipca 2011 r. (...) spółka z o. o. poinformowała m. in. o braku możliwości rozpoczęcia prac przy dachu budynku części istniejącej z uwagi na brak ustalonej trasy przebiegu kanałów wentylacyjnych na stropie i projektów konstrukcji wsporczych pod centrale. Nadto wskazywała na niedostarczenie rozwiązań projektowych na zadaszenie nad wejściem do piwnicy i zadaszenie wejścia głównego do Oddziału, co miało być zrobione do 22 lipca 2011 r.

Dokumentacja budowlana wykonawcza (projektowa) dotycząca wykonywanych prac była cały czas podczas ich wykonywania uzupełniana lub zmieniana, gdyż zawierała braki dotyczące przede wszystkim części konstrukcyjnej i prac branżowych. Od początku prac konieczne było wprowadzanie zmian, gdyż nie były rozpoznane warunki gruntowe, co powodowało konieczność doziarniania gruntu tłuczniem, a następnie okryte zostały rury, co wymagało przerobienia ław fundamentowych na większe. Na etapie wykonawstwa nie było rysunków wykonawczych zbrojeń stropów i rozwiązań konstrukcyjnych podparcia stropów w starej części budynku, które były donoszone przez projektanta, jak również brakowało innych drobnych elementów. Do końca budowy nie została przekazana dokumentacja wykonawcza dotycząca instalacji sanitarnej w starej części budynku (opóźniało to wykonanie posadzek i części ścian) i instalacji wentylacji (nie można było przeprowadzić kanałów tak jak były zaprojektowane).

(...) spółka z o. o. nie wykonała przedmiotu umowy w terminie do 30 lipca 2011 r. i pismem z 9 sierpnia 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” skierowała pismo z pytaniem dotyczącym podania realnego terminu zakończenia prac, które doręczono 9 sierpnia 2011 r. (...) spółka z o. o. takiego terminu nie podała. Ponadto „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” 9 sierpnia 2011 r. skierowała kolejne pismo dotyczące przedłożenia w terminie 7 dni od daty jego otrzymania, przedłużenia okresów wynikających z gwarancji w zakresie należytego wykonania umowy oraz nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek. Pismo to również zostało doręczone adresatowi 9 sierpnia 2011 r., ale w

zakreślonym terminie (...) spółka z o. o. nie przedłużyła gwarancji ubezpieczeniowej.

Kolejnym pismem z 9 sierpnia 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” skierowała do (...) spółki z o. o. wezwania do zapłaty dotyczące kar umownych związanych z opóźnieniami w pracach budowlanych wraz z notą obciążeniową.

W dniu 11 sierpnia 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” pocztą e-mailową otrzymała od (...) spółki z o. o. treść oświadczenia, z zawartą prośbą o jego wypełnienie, podpisanie oraz odesłanie. Oświadczenie to miało potwierdzać, iż roboty objęte umową były wykonywane zgodnie z kontraktem i harmonogramem, a do dnia wskazanego w oświadczeniu nie zaistniały podstawy, które mogłyby skutkować odpowiedzialnością z gwarancji należytego wykonania kontraktu wystawionej przez (...) S.A. V. (...).

Pismem z 16 sierpnia 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” złożył (...) spółce z o. o. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dniem 16 sierpnia 2011 r. (pismo doręczono adresatowi tego dnia), gdyż wykonawca nie podał realnego terminu zakończenia umowy, a jednocześnie nie przedłożył ubezpieczeniowej gwarancji z przedłużonym okresem ubezpieczenia na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz z tytułu nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek. Ponadto od końca czerwca 2011 r. brak było na budowie pracowników i widocznych dowodów przemawiających za możliwym zakończeniem prac.

W odpowiedzi (...) spółka z o. o. zakwestionowała skuteczność odstąpienia od umowy i obciążenia jej karami umownymi, wskazując na przyczyny związane z brakami w dokumentacji projektowej, które uniemożliwiały terminowe wykonanie prac.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. został sporządzony protokół na okoliczność przekazania placu budowy „ (...) Zespół (...) w O. - (...)”. Podczas przekazania placu budowy ustalono przeprowadzenie inwentaryzacji zaawansowania robót budowlanych oraz składowanych na placu budowy materiałów budowlanych. Inwentaryzację tą miał przeprowadzić powołany przez „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” niezależny rzeczoznawca majątkowy, z którym umowa została zawarta 16 sierpnia 2011 r. - jej przedmiotem było rozliczenie budowy prowadzonej przez (...) spółkę z o. o.

Do tego momentu (...) spółka z o. o. wykonała większość prac w dobudowanym budynku i część prac w remontowanej części budynku w stanie surowym (pozostały roboty wykończeniowe i instalacyjne).

Rzeczoznawca majątkowy G. W., działający na podstawie umowy zawartej z „ (...) Zespół (...) w O. - (...)”, dokonał rozliczenia robót budowlanych Oddziału (...) S.A. wykonanych przez (...) Z tego rozliczenia wynikało, że do 16 sierpnia 2011 r. (...) spółka z o. o. wykonała prace, których wartość odpowiadała kwocie 3.961.670,24 zł.

Następnie pismem z 9 września 2011 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” wezwała (...) spółkę z o. o. do zapłaty kwoty 1.266.816 zł z tytułu różnicy pomiędzy zapłatą dokonaną na rzecz (...) spółki z o. o. z tytułu realizacji umowy, a wynikającą z rozliczenia dokonanego przez rzeczoznawcę majątkowego.

W dniu 27 września 2011 r. (...) spółka z o. o. sporządziła kosztorysy powykonawcze dotyczące wykonanych robót budowlanych, w których łączna wartość prac została określona na kwotę 5.343.574,24 zł. Kosztorysy zostały sporządzone na podstawie „Książki obmiaru robót nie ujętych w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację oddziału zakąsnego w O. (...) sporządzanej przez kierownika budowy M. S. (1) potwierdzonej przez inspektora nadzoru - prace te wynikały ze „zleceń inspektora nadzoru”, który również potwierdzał zakres ich wykonania, przy czym nie był upoważniony do zaciągania jakichkolwiek zobowiązań w imieniu zamawiającego. Wykonane roboty budowlane wyceniono zgodnie ze średnimi cenami rynkowymi obowiązującymi dla województwa (...) w III kwartał 2011 r.

W wyniku przeprowadzonej inwentaryzacji materiałów pozostawionych na budowie w O. ustalono, iż ich wartość materiałów wynosiła 63.089,03 zł. (...) te zostały pozostawione przez pracowników (...) spółki z o. o. i wykorzystane następnie przy kontynuowanej budowie.

„ (...) Zespół (...) w O. - (...)” przeprowadziła kolejne postępowanie przetargowe celem wyłonienia wykonawcy na dokończenie budowy (...). Po jego przeprowadzeniu 28 września 2011 r. zawarła z (...) spółką z o. o. umowę nr (...) na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Rozbudowa i modernizacja (...) w (...) Zespole (...) w O. Spółka

Akcyjna" (zakończenie robót budowlanych w zakresie przebudowy części istniejącej). Strony tej umowy umówiły się na wynagrodzenie dla wykonawcy robót na kwotę 2.252.075,86 zł i taka kwota została zapłacona temu wykonawcy na podstawie faktury nr (...) z 9 grudnia 2011 r.

(...) spółka z o. o. wystawiła 30 września 2011 r. dla „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 115.088 zł, w tym kwotę 51.998,98 zł tytułem robót ogólnobudowlanych oraz kwotę 63.089,02 zł z tytułu materiałów pozostawionych na budowie w O. zgodnie z inwentaryzacją.

„ (...) Zespół (...) w O. - (...)” nie uregulowała należność z tej faktury, w związku z tym (...) spółka z o. o. wezwała ją do zapłaty. W odpowiedzi zanegowano istnienie podstaw do żądania zapłaty tej kwoty.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie z 10 listopada 2011 r. została ogłoszona upadłość (...) spółki z o. o. z możliwością zawarcia układu, przy czym postanowieniem tego Sądu z 11 kwietnia 2012 r. zmieniono sposób prowadzenia postępowania upadłościowego na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego.

Pismami z 17 stycznia 2012 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” wezwała (...) spółkę z o. o. w upadłości układowej do zapłaty kwot: 1.486.189,21 zł z tytułu straty (nadpłaty) poniesionej przez zamawiającego z winy (...) spółki z o. o. przy wykonaniu inwestycji oraz 105.124,69 zł z tytułu korzystania przez (...) spółkę z o. o. z energii elektrycznej oraz wody w czasie prowadzonej budowy oraz nie usunięcia odpadów budowlanych.

Natomiast pismem z 19 stycznia 2012 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” wezwała (...) spółkę z o. o. do zapłaty kwoty 1.423.100,21 zł z tytułu straty (nadpłaty) poniesionej przez zamawiającego z winy (...) spółki z o. o. przy wykonaniu inwestycji (korygując wezwanie skierowane wcześniej).

„ (...) Zespół (...) w O. - (...)” zgłosiła 20 stycznia 2012 r. w postępowaniu upadłościowym (...) spółki z o. o. wierzytelność w kwocie 1.577.189,35 zł powstałą w związku z prowadzoną inwestycją oraz odsetek od tej kwoty w wysokości 3.163 zł. Wierzytelność ta nie została uznana na liście wierzytelności, a „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” nie złożyła sprzeciwu co do odmowy uznania wierzytelności.

Z kolei syndyk masy upadłości (...) spółki z o. o. wezwał „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” do zapłaty należności z tytułu niezapłaconej faktury nr (...).

„ (...) Zespół (...) w O. - (...)” w odpowiedzi na wezwanie syndyka masy upadłości (...) spółki z o. o. pismem z 3 lipca 2013 r. poinformowała, iż roszczenie nie jest zasadne.

Następnie „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” ponownie zgłosiła wierzytelność 9 lipca 2013 r. zwiększając jej kwotę do 1.592.022,59 zł (kwota należności głównej - 1.588.859,59 i odsetki - 3.163 zł). Postanowieniem z 24 września 2013 r. sędziego - komisarza w postępowaniu upadłościowym odrzuciła to zgłoszenie wierzytelności w części dotyczącej kwoty 1.580.352,35 zł, przy czym „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” wniosła zażalenie na to postanowienie.

Natomiast pismem z 3 lutego 2014 r. „ (...) Zespół (...) w O. - (...)” zgłosiła wierzytelność w postępowaniu upadłościowym w kwocie 255.500,64 zł z tytułu szkody poniesionej w związku z opóźnieniami (...) spółki z o. o. w wykonywaniu prac.

W rozważaniach prawnych Sąd pierwszej instancji ocenił materiał dowody sprawy stwierdzając, że strony przedstawiły stosunkowo ubogi materiał dowodowy do wykazania swoich twierdzeń, przy czym obie strony działały przez fachowych pełnomocników, a w konsekwencji nie zachodziła potrzeba prowadzenia przez Sąd postępowania dowodowego z urzędu. Skutkiem zaniechań dowodowych stron postępowania były negatywne konsekwencje wynikające z niewykazania przez nich wskazywanych przez siebie okoliczności, obciążających je zgodnie z ciężarem dowodu wynikającym z art. 6 k.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że iż istota sporu między stronami sprowadzała się do ustalenia zakresu prac wykonanych przez powódkę na rzecz pozwanej i ich wartości. Poza sporem pozostawała wartość materiałów budowlanych



pozostawionych przez powódkę na placu budowy, przy czym pozwana twierdziła, że zapłaciła za te materiały w ramach dotychczas wypłaconych powódce kwot, ewentualnie nadpłaciła powódce wynagrodzenie należne za wykonane przez nią prace.

Według Sądu strony łączyła typowa umowa o roboty budowlane, której przedmiotem było w dużym uproszczeniu wybudowanie części nowego budynku i przebudowanie części starego budynku należącego do pozwanej, przy czym strony umowy określiły wynagrodzenie należne powódce w sposób nie

budzący wątpliwości jako wynagrodzenie ryczałtowe, co znajdowało jednoznaczne odzwierciedlenie w treści § 5 umowy stron. W tym postanowieniu umownym nie tylko wprost wynagrodzenie zostało nazwane „ryczałtowym” (§ 5 ust. 1 umowy stron), ale również dodatkowo wskazano, że obejmowało wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty (§ 5 ust. 2 umowy stron), a także określono, że niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogły być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia (§ 5 ust. 3 umowy stron).

Konsekwencją tak ustalonego wynagrodzenia - przy braku stosownych postanowień umownych - była zdaniem Sądu Okręgowego niemożność domagania się przez powódkę wynagrodzenia za prace dodatkowe.

Miało to także związek z tym, że strony określiły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy, wymagały aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności i muszą być zgodne z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych (§ 12 umowy stron). Ten ostatni przepis zakazywał istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tego przepisu podlegała unieważnieniu (art. 144 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Pozwana nie przewidziała w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w ogłoszeniu warunków zmiany umowy, w tym zmiany terminu zakończenia umowy lub wysokości wynagrodzenia. Tym samym wszelkie zmiany, które ewentualnie strony próbowałyby dokonywać, byłyby w świetle art. 144 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nieważne.

W zakresie wynagrodzenia powódka formułowała żądanie zapłaty przez pozwaną kwoty 51.998,98 zł, która była wynikiem wykonania przez powódkę robót budowlanych o łącznej wartości 5.343.574,24 zł obliczonego na podstawie sporządzonych przez siebie kosztorysów powykonawczych. Sąd Okręgowy stwierdził, że powódka przy tym sama wskazywała w pozwie, iż kosztorysy te miały dotyczyć robót dodatkowych nieobjętych kosztorysem ofertowym i umową, a zostały sporządzone na podstawie (...)

w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację oddziału zakaźnego w O. (...) potwierdzonej przez inspektora nadzoru, a wykonane roboty budowlane wyceniono zgodnie ze średnimi cenami rynkowymi obowiązującymi dla województwa (...) w III kwartał 2011 r. Tym samym te twierdzenia faktyczne wskazywały, iż pod dochodzona przez powódkę różnicą „ukrywały” się koszty związane z wykonaniem wskazywanych przez powódkę prac dodatkowych, za które powódce nie przysługiwało wynagrodzenie z uwagi na brak stosownych uzgodnień w umowie stron i wiążące je wynagrodzenie kosztorysowe.

Według Sądu meriti powódka następnie zdawała się przedstawiać twierdzenia odmienne - wskazując, iż różnica między wyliczona przez nią wartością wykonanych prac, a zapłaconym dotychczas wynagrodzeniem (5.291.575,26 zł) - stanowiła wartość prac wykonanych przez powódkę, które nie zostały ujęte w dotychczas dokonanych protokołach częściowych odbiorów (odnoszących się tym samym do prac wykonanych po 17 czerwca 2011 r., kiedy to dokonano ostatniego odbioru prac). Powódka jednak nie wykazała dostatecznie wiarygodnymi dowodami, aby jej roszczenie oparte na takiej podstawie faktycznej było zasadne w kwocie wynikającej z tej różnicy (51.998,98 zł).

Według Sądu ustalenie wartości wynagrodzenia należnego powódce od pozwanej było możliwe w oparciu o ustalone wynagrodzenie ryczałtowe, przez ewentualne ustalenia procentowego stopnia zaawansowania całości wykonanych prac i przybliżonego wyliczenia wysokości stosownej części wynagrodzenia ryczałtowego. Niewątpliwie ustalenie wartości prac wykonanych przez powódkę wymagałoby wiadomości specjalnych i tym samym również sporządzenia opinii przez biegłego z zakresu budownictwa, przy czym żadna ze stron nie zgłosiła stosownego wniosku dowodowego. Istotniejsze pozostawało jednak to, że strony nie zaoferowały dowodów pozwalających na ewentualne dokonanie ustaleń przez biegłego sądowego, a przede wszystkim nie sporządziły obiektywnej inwentaryzacji prac wykonanych przez powódkę na rzecz pozwanej (określając zakres wykonanych prac, ewentualnie ich procentowe zaawansowanie przy poszczególnych rodzajach prac), jak również - w przypadku powódki zakładając prawidłowość sporządzenia przez nią kosztorysów powykonawczych i odzwierciedlenie w ich treści rzeczywiście wykonanych prac - kosztorysu stanowiącego podstawę ustalenia przez powódkę wynagrodzenia stanowiącego podstawę złożenia oferty, który pozwalałby na ewentualną weryfikację wartości wskazanych w kosztorysach powykonawczych. Same kosztorysy

powykonawcze złożone przez powódkę stanowiły jedynie sporządzone przez nią dokumenty prywatne, których wartość dowodowa sprowadzała się do wskazanego wyżej domniemania prawdziwości i autentyczności zawartych w nim oświadczeń od powódki, a nie stanowiły one dowodu wykonania opisanych w nim prac i ich wartości.

W konsekwencji nie było zdaniem Sądu Okręgowego podstaw do uznania, iż powódka wykazała wykonanie przez siebie prac budowlanych o wartości 51.998,98 zł, gdyż nie przedstawiła stosownych dowodów, które pozwalałyby na takie ustalenie.

Inaczej przedstawiała się według Sądu pierwszej instancji kwestia drugiej części żądania powódki odnoszącej się do żądania zapłaty kwoty 63.089,03 zł z tytułu wartości materiałów pozostawianych na budowie w O. (wartość tych materiałów pozostawała poza sporem stron). Wymagało to oceny prawdziwości twierdzeń pozwanej odnoszących się do zapłaty kwoty wynagrodzenia wyższej niż wartość wykonanych prac, co pozwalałoby - w razie pozytywnego rozstrzygnięcia tej kwestii - na ustalenie, że roszczenie powódki z tego tytułu nie powstało, gdyż zostało zaspokojone na skutek wcześniejszych nadpłat za wykonane prace.

Sąd Okręgowy przyjął, że wprawdzie brak było stosownej inwentaryzacji wykonanych prac, sporządzonej przez strony sporu, ale nie sposób pomijać, iż 16 sierpnia 2011 r. przedstawiciele stron ustalili, że inwentaryzacja zaawansowania robót budowlanych oraz składowanych na placu budowy materiałów budowlanych przeprowadzi powołany przez inwestora niezależny rzeczoznawca majątkowy, a stan faktyczny budowy odzwierciedlała sporządzona wówczas dokumentacja fotograficzna. Tym samym powódka zaakceptowała wykonanie tych prac przez podmiot trzeci (w tym wypadku był nim G. W.), z którym pozwana zawarła stosowaną umowę i który dokonał takiego rozliczenia budowy, w którym wskazano w szczególności, iż wartość robót wykonanych zamykała się kwotą 3.961.670,24 zł. Brak było jakichkolwiek innych dowodów pozwalających na ustalenie zakresu i wartości prac wykonanych przez powódkę, choć niewątpliwie rzeczoznawca majątkowy powołany przez pozwaną nie wskazał, w jaki sposób wyliczył, iż powódka - zrealizowała roboty budowlane o tej wartości, co w istotnym stopniu uniemożliwiało jakąkolwiek weryfikację tego wyliczenia.

Potwierdzenie przez inspektora nadzoru pozwanej w piśmie z 14 marca 2012 r., że „wszystkie protokoły częściowe do dnia 17 czerwca 2011 r. rozliczane były według stanu faktycznego na dzień odbioru częściowego, a

przynajmniej w jednym lub w dwóch przypadkach zaawansowanie robót było większe niż wykazane w dokumentach" nie stanowiło zdaniem Sądu Okręgowego wiarygodnego dowodu, że faktycznie zostały wykonane prace o takiej wartości. Chcąc podważyć wskazane wyżej ustalenie dokonane przez rzeczoznawcę majątkowego powołanego przez pozwaną, ale za zgodą powódki, powódka winna w tej sytuacji przedstawić dowody pozwalające na odmienną ocenę tych okoliczności, a z uwagi na to, że wymagało to wiadomości specjalnych to konieczne byłoby sięgnięcie do dowodu z opinii biegłego, czego powódka nie uczyniła, a Sąd nie znalazł podstaw, aby podjąć w tym zakresie inicjatywę z urzędu (na chwilę obecną z uwagi na brak inwentaryzacji prac i ich zakończenie przez kolejnego wykonawcę nie było również zapewne możliwe określenie ich zakresu i wartości w drodze takiej opinii biegłego sądowego).

Zdaniem Sądu Okręgowego częściowe protokołu odbioru budziły wątpliwości, co do rzeczywiście wykonanych przez powoda robót, a przy braku dalej idącej inicjatywy dowodowej stron postępowania należało zarzuty pozwanej odnoszące się do nadpłacenia za wykonane prace uznać za zasadne i w konsekwencji uznać za prawidłowe zatrzymanie przez pozwaną materiałów budowlanych na poczet uiszczanego na rzecz powódki zawyżonego wynagrodzenia, co nie dawało powódce podstaw prawnych i faktycznych do domagania się zapłaty za te materiały. Uwzględnienie bowiem li tylko wartości prac związanych z wykonaniem ogrodzenia i dróg (126.416,03 zł) w protokole częściowego odbioru wykonanych robót z 17 czerwca 2011 r., gdy faktycznie nie były one wówczas wykonane, wskazywało, że powódka nadpłaciła z tego tytułu co najmniej tą kwotą, która dwukrotnie przewyższała wartość materiałów pozostawionych na terenie placu budowy.

Niezależnie o tego Sąd pierwszej instancji uznał, że wyliczenie wartości prac rzeczywiście wykonanych przez powódkę na rzecz pozwanej przez wskazanego wyżej rzeczoznawcę majątkowego - pomimo braku stosownego uzasadnienia - wskazywało również na dużo wyższą wartość prac niewykonanych, a zapłaconych przez pozwaną, co potwierdzało trafność zarzutu pozwanej w tym zakresie.

W kontekście wskazanych okoliczności drugorzędne znaczenie miało według Sądu ustalenie czy pozwana miała rzeczywiste podstawy do odstąpienia od umowy. Natomiast zachowanie przez powódkę terminu wykonania umowy, jak również brak wskazania realnego terminu zakończenia wykonywania prac budowlanych i nie przedłużenie oczekiwanej przez pozwaną gwarancji

ubezpieczeniowej w zupełności spełniały przesłanki opisane w § 9 ust. 1 lit c umowy stron, które pozwalały skutecznie odstąpić od umowy.

Z kolei kwestia przyczyn niedotrzymania przez powódkę umownego terminu zakończenia prac, w tym ustalenie czy nastąpiło to z przyczyn niezależnych od powódki, miała znaczenie dla ewentualnej odpowiedzialności cywilnoprawnej powódki z tytułu nienależytego wykonania umowy (np. jako podstawy naliczenia kar umownych), natomiast pozostawała prawnie obojętna dla ustalenia uprawnienia pozwanej do odstąpienia od umowy, a tym samym nie wymagała dalej idących rozważań.

Również kwestia związana ze zgłoszeniem przez pozwaną wierzytelności w postępowaniu upadłościowym powódki w kwocie 1.580.352,35 zł, której syndyk masy upadłości powódki nie uznał, a powódka z sobie znanych przyczyn zaniechała wniesienia sprzeciwu zgodnie z przepisem art. 256 ust. 1 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, w żadnej mierze nie miała znaczenia dla oceny istnienia żądań powódki i potwierdzenia akceptacji przez pozwaną stanowiska syndyka. Okoliczności te pozostawały bowiem prawnie obojętne dla oceny zasadności żądania pozwu, a wskazywały jedynie, iż pozwana zdecydowała się zrezygnować ze skutecznego dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu upadłościowym powódki.

Z przytoczonych wyżej względów, Sąd Okręgowy oddalił powództwo na podstawie przepisu art. 647 k.c. a contrario orzekając o kosztach procesu na podstawie art.98 k.p.c.

Powód wniósł apelację zarzucając Sądowi pierwszej instancji: 1/naruszenie art.233 § 1 k.p.c. poprzez

a) błędne dokonanie ustaleń faktycznych, tj. błędne przyjęcie, że:

- przystępując do wykonania wiążącej strony umowy wykonawca otrzymał całości dokumentacji projektowej,
- kosztorysy powykonawcze zostały sporządzone wyłącznie na podstawie „Książki obmiaru robót nie ujętych w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację oddziału zakaźnego w O. (...),

- powód żądał podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego o wartości ' wykonanych robót dodatkowych,

b) dokonanie oceny dowodów w sposób nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania oraz w sposób sprzeczny z zasadami

doświadczenia życiowego, tj.:

- przyjęcie jako wiążącej inwentaryzacji sporządzonej przez G. W., pomimo tego, że nie przedstawiała ona żadnego sposobu wyliczenia zakresu i wartości prac wykonanych przez (...) sp. z o.o.,
- wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków, iż pozwana nadpłaciła za wykonane prace i z tego względu zasadnie zatrzymała materiały budowlane na poczet uiszczanego zawyżonego wynagrodzenia.

2. naruszenie art.232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód nie udowodnił wykonania prac budowlanych o wartości 51.998,98 zł, podczas gdy powód przedstawił na tę okoliczność przekonujące dowody,

3. naruszenie art.494 k.c. poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że pomimo odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez pozwaną spółkę, strony nadal łączyły jej postanowienia o wynagrodzeniu ryczałtowym.

W oparciu o takie zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie jego roszczenia poprzez zasądzenie od pozwanego kwoty 115.088 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 8 października 2011 r. oraz kosztów procesu.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

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

Apelacja jest częściowo uzasadniona. Dla oceny jej zasadności należało rozróżnić dwa roszczenia, które były przedmiotem powództwa, i które zostały także osobno przeanalizowane przez Sąd pierwszej instancji.

1. Ustalenia Sądu Okręgowego w zakresie dotyczącym roszczenia

o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace budowlane w kwocie 51.998,98 zł, w zakresie koniecznym dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy są prawidłowe

1 Sąd Apelacyjny akceptuje je, przyjmując za własne.

Zarzut naruszenia art.233 § 1 k.p.c. jest nieusprawiedliwiony przede wszystkim z tego względu, że objęte tym zarzutem kwestie związane z brakiem dokumentacji budowlanej nie miały znaczenia w kontekście zgłoszonego przez powoda roszczenia.

Wbrew twierdzeniom powoda, Sąd Okręgowy nie przyjął kategorycznie, że kosztorys powykonawczy powoda został oparty wyłącznie na podstawie „Książki obmiaru robót nie ujętych w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację

oddziału zakaźnego w O. (...) natomiast stwierdził, że kosztorys, jakim posługuje się powód, nie jest wiarygodnym dowodem na okoliczność zakresu i wartości robót w nim ujętych. Taka konstatacja jest słuszna, oparta na ocenie dowodów, która nie przekracza granic określonych w art.233 § 1 k.p.c.

Szerszego omówienia wymaga jednak podstawa prawna roszczenia powoda albowiem dla przyjętych ustaleń faktycznych należy dokonać odpowiedniej subsumpcji.

Zgodzić się należy ze skarżącym, że podstawą roszczenia nie było podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego. W ramach powództwa powód dochodził roszczeń z tytułu rozliczenia robót rzeczywiście przez niego wykonanych na inwestycji pozwanego.

Bezspornym było, że strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, że płatność przewidziano etapami i że część wynagrodzenia z ustalonej kwoty 6.120.550,95 zł została zapłacona. Nie było też kwestionowane, że powód nie zakończył prac w przewidzianym terminie i ostatecznie dokończył je za niego inny podmiot, z którym pozwany zawarł

oddzielną umowę. Powód powoływał się na kosztorys powykonawczy, który w jego ocenie świadczy o zakresie i wartości prac wykonanych dla pozwanego. Kosztorys został sporządzony na podstawie „Książki obmiaru robót nie ujętych w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację oddziału zakaźnego w O. - Roboty dodatkowe”. Wartość robót według wyliczeń powoda wynosi 5.343.574,24 zł natomiast pozwany na podstawie wystawionych przez powoda faktur VAT i protokołów częściowych odbiorów, wypłacił powodowi łącznie kwotę 5.291.575,26 zł. Stąd różnica tych kwot - 51.998,98 zł, stanowi wartość roszczenia z pozwu.

Sprawa sposobu rozwiązania umowy łączącej strony nie została przesądzona w niniejszym postępowaniu albowiem w ocenie Sądu meriti nie miało to zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Faktycznie jednak nie doszło do realizacji umowy w całości i gdyby uznać, że została ona skutecznie wypowiedziana, sposób rozliczenia miał w takiej sytuacji podstawy w § 9 ust 4 lit c umowy. Problem jednak w tym, że protokołu inwentaryzacji określonego tym postanowieniem umowy nie sporządzono i każda ze stron dysponuje innym - nie zaakceptowanym przez drugą stronę - kosztorysem.

Jeżeli strony nie wykonały umowy w całości a przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe, to w takiej sytuacji określenie wartości umówionego wynagrodzenia możliwe jest przez ustalenie procentowego stopnia zaawansowania całości wykonanych prac i przybliżonego wyliczenia wysokości

stosownej części wynagrodzenia (wyrok SN z 29.1.1985 r., II CR 494/84, LEX nr 8674). Takie stanowisko podziela też powód w apelacji.

Niezbędnym do tego jest ustalenie zakresu wykonanych robót oraz ich wartości. Na powodzie spoczywał ciężar dowodu (art.6 k.c.) dlatego po jego stronie powinna być odpowiednia inicjatywa dowodowa.

Powód powołał się na wykonany na jego zlecenie kosztorys, który pozwany kwestionował. Kosztorys jest dokumentem prywatnym i dlatego stanowi dowód tylko tego, że osoba która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art.245 k.p.c). Dla ustalenia rzeczywistej ilości robót i ich wartości wymagana była wiedza specjalna (art.278 k.p.c).

Powód nie zgłosił dowodu z opinii biegłego dlatego zakres i wartość wykonanych przez niego robót nie zostały udowodnione. Należy przy tym podkreślić, że zakres prac dodatkowych, które niewątpliwie obejmuje kosztorys wykonany przez powoda - stanowi dalszy problem. Prace dodatkowe nie były bowiem ujęte w kosztorysie na Rozbudowę i modernizację oddziału zakaźnego w O., w związku z czym można przyjąć, że nie przewidziano ich w umowie zawartej w trybie przewidzianym ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013, poz.907 ze zm. dalej powoływana jako (...)).

Wobec tego, że przedmiot zamówienia publicznego stosownie do treści art.31 pzp opisany jest przez zamawiającego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, należy przyjąć w związku z treścią art.67 pkt 5 pzp, że zamówienie dodatkowe to takie zamówienie, które nie zostało objęte dokumentacją projektową określającą przedmiot zamówienia podstawowego a także określającego ten przedmiot specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Wynagrodzenie wykonawcy za przedmiot umowy na zamówienie podstawowe - a tylko takie zostało określone w umowie -stosownie do przepisów pzp nie obejmuje zakresu przedmiotowego robót wykonanych poza przedmiot zamówienia.

Z materiału dowodowego sprawy wynika, że do oferty była dołączona dokumentacja oraz specyfikacja techniczna wykonania (zeznania Z. L. 00:14 ' - 00:15 rozprawa z 20.1.2014 r. ) natomiast zakres robót dodatkowych nie był ujęty w dokumentacji (zeznania M. S. 00:29:00 - 00:29:10 rozprawa z 20.1.2014 r). Według Z. L. i M. S. zakres prac dodatkowych obejmował m.in. drugi wjazd do szpitala, doziarnianie podłoża i był na tyle istotny że opóźnił prace o 2 - 3 miesiące (rozprawa w dniu

20.1.2014 r.). W apelacji powód przyznał, że kosztorys, na który się powołuje dla uzasadnienia roszczenia, obejmuje także prace dodatkowe

Jeżeli potrzeba wykonania prac dodatkowych zrodziła się na etapie wykonania umowy i wykonawca faktycznie wykonał te prace, to podstawą należnego wynagrodzenia nie jest umowa (ryczałt).

Do podobnych wniosków doszedł powód, powołując się w apelacji na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych z dnia 2 marca 2010 r. (KIO/UZP 184/10), zgodnie z którym wynagrodzenie ryczałtowe nie może obejmować tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty.

Z tych względów, niezależnie od tego, czy umowa została przez pozwanego skutecznie wypowiedziana, podstawą rozliczenia za ten zakres prac, są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyrok SN z 21.2.2013 r., IV CSK 354/12, LEX nr 1311808). Zrealizowane świadczenie należy zakwalifikować jako nienależne (art.410 § 1 k.c.) zaś zamawiający jest stroną, która skorzystała z efektów prac powoda bez podstawy prawnej dlatego jest bezpodstawnie wzbogacony.

W ramach takiej podstawy prawnej powód powinien wykazać ilość i cenę swoich prac, jako wartość wzbogacenia pozwanego inwestora. Przy ustalaniu tych okoliczności, decydujących dla świadczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, nie może być podstawą wyłącznie przedstawiony przez powoda kosztorys i faktura (por. wyrok SA w Warszawie z 19.3.2014 r., VI ACa 1005/13, LEX nr 1506751).

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art.494 k.c.

Przyjmując, że umowa łącząca strony została wypowiedziana, in concreto jest oczywiste, że zwrot świadczeń nie obejmuje tej części wykonanych robót budowlanych, które zostały już rozliczone - zapłacone na podstawie częściowych protokołów odbioru. Te fakty przemawiają bowiem za tym, że świadczenie miało charakter podzielny i skutki odstąpienia od umowy nie dotyczyły wykonanego już przez obie strony kontraktu (por. wyrok SN z 19.3.2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005, nr 3, poz.56 i wyrok SN z 16.11.2005 r., V CK 350/05, LEX nr 176353). Ewentualne dalsze prace, w - tym roboty dodatkowe, mieszczące się w kwocie określonej kosztorysem powykonawczym powoda, wymagają zatem osobnego określenia i wyceny.

Powód wywodzi w apelacji, że w przypadku odstąpienia od umowy nie stosuje się już jej postanowień o wynagrodzeniu. Jest to słuszna konstatacja w odniesieniu do tych robót, które nie zostały rozliczone. Fakt odstąpienia od

umowy powoduje, że spełnione świadczenie staje się świadczeniem nienależnym w rozumieniu art. 410 § 2 k.c, gdyż podstawa świadczenia odpadła. Skoro zwrot świadczenia w naturze nie jest możliwy, zastosowanie art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. powoduje obowiązek zwrotu wartości świadczenia, jednakże ustalenie tej wartości nie nastąpi na podstawie umowy, gdyż ta nie wywołuje już skutków prawnych w tym zakresie (por. wyrok SA w Krakowie z 6.3.2014 r., I ACa 34/13, LEX nr 1540875).

W takiej sytuacji powód powinien wykazać, w jakim stopniu pozwany się wzbogacił, a tego nie udowodnił (art. 6 k.c).

Rację ma Sąd Okręgowy stwierdzając, że strony nie sporządziły obiektywnej inwentaryzacji prac wykonanych przez powoda, ewentualnie ich procentowego zaawansowania przy poszczególnych rodzajach prac. Powód w rezultacie nie przedstawił dowodów pozwalających na wykazanie zasadności jego roszczenia.

W tym zakresie zarzut naruszenia art.233 § 1 k.p.c. jest chybiony. Mając powyższe na uwadze, oddalenie powództwa o zapłatę kwoty 51.998,98 zł jest uzasadnione i apelacja w tej części jest bezzasadna.

2. Założeniem przyjętym przez Sąd pierwszej instancji leżącym u podstaw oddalenia powództwa o zapłatę kwoty 63.089,02 zł z tytułu wartości materiałów budowlanych pozostawionych na budowie w O., jest istnienie wierzytelności pozwanego z tytułu rozliczenia inwestycji w kwocie przekraczającej wartość roszczenia powoda.

Skuteczność zarzutu pozwanego, że roszczenie powódki z tego tytułu nie powstało bowiem powód został zaspokojony na podstawie wcześniejszych dopłat za wykonane prace, zależała od udowodnienia, że faktycznie doszło do zapłaty

za te materiały. Tego jednak pozwany - wbrew ustaleniem przyjętym przez Sąd Okręgowy - nie udowodnił i w tym zakresie apelacja powoda jest uzasadniona.

Przede wszystkim zgodzić się trzeba ze skarżącym, że prywatna opinia rzeczoznawcy majątkowego nie stanowi przekonywującego dowodu na okoliczność, że wypłacona powodowi przez inwestora kwota jest wyższa niż wartość wykonanych przez niego prac. Zarzuty wobec rzetelności takiej opinii zgłosił powód już w replice na odpowiedź na pozew. Sąd Okręgowy sam zresztą zauważył, że rzeczoznawca majątkowy powołany przez pozwanego nie wskazał, w jaki sposób wyliczył, że powód zrealizował roboty budowlane o tej wartości,

co w istotnym stopniu uniemożliwiało jakąkolwiek weryfikację tego wyliczenia (s.20 uzasadniania).

W tej sytuacji sam fakt, że powód zgodził się w protokole przejęcia przez pozwanego placu budowy na sporządzenie na zlecenie pozwanego inwentaryzacji, nie jest wystarczające dla zaakceptowania takiej inwentaryzacji (wraz z suplementem), jako prawidłowej.

Należy zaznaczyć, że powód przedstawił potwierdzone przez inspektora nadzoru protokoły częściowe i faktury, za które pozwany zapłacił. (...), lakoniczna opinia wykonana na zlecenie jednej ze stron, której nie zaakceptował powód, jest w tych okolicznościach jedynie dokumentem prywatnym (art.245 k.p.c). Rzetelność tego dokumentu nie została nawet sprawdzona poprzez powołanie na świadka jej autora.

Wątpliwości Sądu Okręgowego co do prawidłowości protokołów częściowych, nie mogły zostać ocenione na korzyść pozwanego, gdyż w tym zakresie konieczne były wiadomości specjalne i dowód z biegłego, którego pozwany nie zawnioskował.

Z przyjmowanej powszechnie zasady, iż sąd jest najwyższym biegłym, nie można wyprowadzać wniosku, że może biegłego zastępować, a to oznacza, że jeżeli do poczynienia ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy potrzebne są wiadomości specjalne, sąd nie może dokonywać ich sam, nawet gdyby miał w tej dziedzinie odpowiednie kwalifikacje merytoryczne; posiadanie takich kompetencji ułatwia jedynie ocenę opinii biegłego. W sytuacji, kiedy strony reprezentowane przez kwalifikowanych pełnomocników nie zgłaszają takiego dowodu, sąd, z uwagi na eksponowaną w obecnym modelu procesu cywilnego zasadę kontradyktoryjności, nie ma obowiązku przeprowadzania jego z urzędu. Może wtedy uznać, że dane kwestie, istotne z punktu widzenia żądań pozwu lub obrony pozwanego, nie zostały udowodnione i wyciągnąć stąd odpowiednie konsekwencje procesowe (por. wyrok SN z 26.10.2006 r., I CSK 166/06, LEX nr 209297).

Jeżeli Sąd meriti ocenił, że kosztorys powoda nie może być wystarczającym dowodem w sprawie na okoliczność ustalenia wartości wykonanych przez niego prac, to tak samo należało ocenić w realiach niniejszej sprawy rozliczenie robót budowlanych wykonane na zlecenie pozwanego.

Na marginesie należy zaznaczyć, że pozwany nie bronił się przed roszczeniem powoda zarzutem potrącania (art.498 i art.499 k.c). Zważywszy jednak, że nie podniósł takiego zarzutu przy zgłoszeniu wierzytelności do masy upadłości (co wynika z treści zgłoszeń), na podstawie art. 96 Prawa

upadłościowego i naprawczego nie mógł nawet się nim bronić w niniejszym procesie.

Niezależnie od tego - jak wyżej wykazano - wierzytelność wzajemna pozwanego nie została udowodniona (art. 6 k.c), co także prowadzi do bezzasadności obrony pozwanego przed roszczeniem powoda o zapłatę kwoty 63.089,02 zł.

Podsumowując, wartość pozostawionych przez powoda na budowie w O. materiałów była poza sporem. Skoro pozwany nie zwrócił tych rzeczy powodowi, nie miał prawa do ich zatrzymania (art.496 k.c.) i wykorzystał je na budowie, to powodowi należy się na podstawie art.405 k.c. zwrot ich wartości.

Odsetki ustawowe należą się powodowi na podstawie art.481 k.c. od dnia wymagalności. Świadczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia ma charakter nieterminowy dlatego opóźnienie rozpoczęło się od dnia wskazanego w

wezwanu do zapłaty, którym była faktura VAT nr (...) z dnia 30 września 2011 r. (art.455 k.c.). Fakturę doręczono pozwanemu w dniu 3 listopada 2011 r. (k.124).

Z przytoczonych względów apelacja w części dotyczącej roszczenia

o zapłatę kwoty 63.089,02 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 listopada 2011 r. jest uzasadniona dlatego orzeczono jak w pkt I (art.405 k.c. i art.481 k.c), oddalając powództwo w pozostałej części (art.386 § 1 k.p.c).

O kosztach postępowania za pierwszą instancję orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. według zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów. Powód wygrał sprawę w 55% ponosząc koszty opłaty sądowej od pozwu (5.755 zł)

1 zastępstwa procesowego (3.617 zł) natomiast pozwany w 45% ponosząc jedynie koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd drugiej instancji oddalił apelację w dalszej części na podstawie art.385 k.p.c. (punkt 1 uzasadnienia).

Według tych samych proporcji co koszty za pierwszą instancję, na podstawie art. 100 k.p.c. orzeczono o kosztach procesu za instancję odwoławczą z tym, że koszty powoda to opłata od apelacji (5.755 zł) i koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (2.700 zł) natomiast pozwanego tylko koszty pełnomocnika (2.700 zł). W rezultacie należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.435 zł (4.650 zł – 1.215 zł).