

Sygn. akt: I ACa 167/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lipca 2014r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Dzieciołowska
Sędziowie:	SSA Joanna Walentkiewicz - Witkowska (spr.) SSO del. Marek Kruszewski
Protokolant:	st. sekr. sądowy Julita Postolska

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2014 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.**

przeciwko **Powiatowi (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 28 października 2013r. sygn. akt I C 127/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz Powiatu (...) kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 167/14

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 28 października 2013 r. Sąd Okręgowy w Ł. w sprawie z powództwa (...) Spółki z o.o. w K. przeciwko Powiatowi (...) o zapłatę kwoty 256493,24 złote:

- oddalił powództwo (pkt. 1),

- zasądził od strony powodowej na rzecz pozwanego kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 2),
- nakazał pobrać od powodowej Spółki na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 4.982,12 zł tytułem wydatków, pokrytych tymczasowo z funduszu Skarbu Państwa.

Sąd Okręgowy oparł powyższe rozstrzygnięcie na ustaleniach faktycznych, z których najistotniejsze elementy są następujące:

Strona powodowa w wyniku wygrania przetargu nieograniczonego, w dniu 20 lipca 2009 r. zawarła z pozwanym umowę o wykonanie robót budowlanych w zakresie zadania pn. „Budowa sali gimnastycznej oraz przebudowa infrastruktury edukacyjnej Zespołu Szkół (...) w Ł. w celu racjonalnego zaspokojenia lokalnych potrzeb edukacyjnych – I etap inwestycji”, polegającego na budowie sali gimnastycznej dla Zespołu Szkół (...) w Ł., przebudowie internatu, użytkowanego obecnie przez Specjalny Ośrodek Szkolno- (...) w Ł. na potrzeby szkoły oraz budowie łączników między obiektami wraz z wykonaniem instalacji elektrycznej wewnętrznej i instalacji sanitarnych, przyłączy i kotłowni. Roboty miały być wykonane zgodnie z zakresem określonym w projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na warunkach określonych w umowie.

Wartość umowy strony określiły ryczałtowo na 3.491.451,82 zł brutto. Cena ta, zgodnie z paragrafem 7 ust. 2, miała zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy w tym: wszelkich prac przygotowawczych, porządkowych, organizacji placu budowy wraz z jego organizacją i późniejszą likwidacją, wszelkie koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej, koszty związane z odbiorami wykonanych prac, koszt wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające z umowy.

Umowa z dnia 20 lipca 2009 r. była trzykrotnie aneksowana: 16 kwietnia 2010 r., 15 stycznia 2011 r. i 14 marca 2011 r. Przedmiotem aneksów było: zapewnienie wglądu do dokumentów, przesunięcie terminu zakończenia prac oraz zmniejszenie wartości robót do kwoty 3.379.939,80 zł brutto wobec rezygnacji z kotłowni na rzecz wężła cieplnego. Przed przystąpieniem do przetargu powód oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz uzyskał informacje niezbędne do przygotowania oferty.

W trakcie wykonywania umowy w porozumieniu z projektantem i uzgodnieniu z inwestorem zostały wprowadzone zmiany i uzupełnienia do zakresu robót objętych umową. Zamieniono rodzaj zasypki z gruntu rodzimego na piasek, doprojektowano gzymsy zewnętrzne w sali gimnastycznej, wykonano roboty przy węźle, wymieniono stolarkę okienną w piwnicy i drzwi wejściowe w budynku internatu gimnazjum, wykonano okładzinę z tynku mozaikowego na korytarzach, przerobiono źle zaprojektowane drzwi przeciwpożarowe, balustrady widowni przy sali gimnastycznej, wykonano rozbiórkę klatki schodowej, która według dokumentacji już nie istniała, wykonano szyby wind towarowych, których nie było w dokumentacji, wykonano roboty elewacyjne budynku internatu, trzeba było wykonać naprawę dachu, rynien, wymianę obróbek blacharskich, przeróbkę kanalików rur spustowych, pochylnię dla niepełnosprawnych oraz uzupełnić platformę dla niepełnosprawnych.

Większość prac dodatkowych była zgłaszana inwestorowi pismami lub zapisami w dzienniku budowy. Inwestor przyjął całe zadanie, łącznie z pracami dodatkowymi i ich zakresu nie kwestionował. W toku wykonywania prac, nie ujętych w projekcie i specyfikacji nie ustalono spraw finansowych. Już po zakończeniu prac powód sporządził obmiary i kosztorysy powykonawcze, na kwotę odpowiadająca żądaniu pozwu.

Przed odbiorem końcowym, w pismach z dnia 8 marca 2011 r. powód oświadczył, że jego wcześniejsze żądania wynagrodzenia dodatkowego są bezzasadne, gdyż wszelkie wykonane i pozostałe do wykonania prace dodatkowe zostały objęte ryczałtem.

Protokół odbioru końcowego podpisano 14 kwietnia 2011 r. Wynagrodzenie wypłacono powodowi zgodnie z zawartą umową. W dniu 21 grudnia 2011 r. powód wystąpił do pozwanego z przedsądowym wezwaniem do zapłaty.

Wartość robót dodatkowych i zamiennych, wykonanych przez powoda wynosi 185.969,86 zł netto. Realizacja tych prac znajduje swoje potwierdzenie w notatkach i ustaleniach, jakie były realizowane w trakcie prowadzenia robót. Prace opisane przez powoda w załączonych kosztorysach na roboty dodatkowe i zamienne nie były objęte specyfikacją techniczną i nie były ujęte w przedmiarze robót do wykonania zgodnie z opisem tam zawartym, a w konsekwencji nie były również zawarte w kosztorysach ofertowych. Konieczność wykonania części robót można było wywnioskować z analizy dokumentacji (platforma dla niepełnosprawnych, wymiana drzwi i modernizacja wejścia do budynku internatu z zewnątrz od strony sali gimnastycznej, zmiany w przebiegu rynien i rur spustowych w wyniku termomodernizacji budynku internatu). Realizacja tych robót była konieczna i niezbędna dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, aby poddać pracom budowlanym i remontowo – naprawczym wszystkie elementy budynku oraz ujednoczyć elementy nowej i istniejącej już zabudowy. Zostały nadto naprawione pomyłki projektowe (poszerzono drzwi ewakuacyjne, zmieniono rodzaj balustrady w sali gimnastycznej). Wreszcie wykonano przebudowę gzymsu co spowodowało powstanie lepszej izolacji końców stalowych dźwigarów oraz odsunięcie od ściany okapu.

Dokładna analiza dokumentacji projektowej na etapie przed złożeniem oferty pozwoliłaby na uwzględnienie części robót dodatkowych. Natomiast analiza istotnych warunków zamówienia nie zmieniłaby w zakresie możliwości przewidzenia realizacji tych robót. Przedmiar robót w zakresach robót opracowanych w formie załącznika do postępowania przetargowego nie zawierał wszystkich elementów, które należało wykonać dla prawidłowej realizacji zadania. Do prac tych należy zaliczyć:

- remont wyjścia z budynku internatu na dziedziniec w stronę sali gimnastycznej i od szczytu internatu,
- zmiana szerokości i wysokości drzwi wyjściowych z internatu na dziedziniec w stronę sali,
- uporządkowanie - podłączenie odpływu wód opadowych z łącznika szkoła - internat,
- wprowadzenie zmian w rynnach i rurach spustowych w związku z termomodernizacją budynku internatu.

Na podstawie analizy dokumentacji projektowej można było przewidzieć prace dodatkowe w postaci wymiany i przełożenia rur spustowych na budynku internatu w związku prowadzeniem robot termomodernizacji za kwotę 5.360,87 zł oraz zakup, dostarczenie i montaż platformy dla niepełnosprawnych 23.850 zł, łącznie 29.201,87 zł.

W związku z wprowadzonymi pracami dodatkowymi i zamiennymi część prac ujęta w kosztorysie ofertowym nie została wykonana, a część została wykonana w odmienny sposób niż w ofercie, projekcie i wytycznych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego tytułu powód osiągnął korzyść na kwotę 157.753 zł netto, w tym: w robotach branży budowlanej 83.152,53 zł, oraz w robotach branży sanitarnej 74.600 zł oraz dodatkowo z tytułu zamiany pokrycia dachu z paneli blaszanych na pokrycie membraną PCV w kwocie 12.572 zł netto.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy oparł w przeważającej części na opinii biegłego, która po pisemnym uzupełnieniu nie była przez żadną ze stron kwestionowana, w szczególności w zakresie wyliczeń biegłego co do wartości prac zastępczych i dodatkowych, prac możliwych i niemożliwych do przewidzenia w oparciu o dokumentację projektową dostępną na etapie składania oferty oraz w zakresie korzyści uzyskanych przez powoda w związku z rezygnacją z niektórych prac, materiałów i technologii.

Sąd Okręgowy, poddając analizie zebrany materiał dowodowy, oddalił powództwo, uznając je za niezasadne. Odwołując się po pierwsze do treści art. 632 § 1 k.c., wskazał że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jedyny wyjątek od tej zasady ustanawia § 2, zgodnie z którym jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby

przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. W sprawie poddanej pod ocenę Sądu Okręgowego powód nie wskazywał jednak na swoją rażąca stratę, ale wywodził roszczenie z art. 471 k.c., twierdząc, że nienależytem wykonaniem zobowiązania przez pozwanego było nienależyte przygotowanie dokumentacji przetargowej, co zdaniem powoda naraziło go na szkodę w postaci konieczności poniesienia kosztów dodatkowych i zamiennych, wyliczonych na kwotę 256.493,24 zł netto, a zgodnie z opinią biegłego na 185.969,86 zł netto.

Pomijając kwestię oceny zasadności tak sformułowanej podstawy prawnej żądania, Sąd I instancji odwołał się do obowiązku zaliczenia korzyści na poczet odszkodowania czyli wyrównania zysku ze stratą- odszkodowanie nie może wynosić więcej, niż uszczerbek rzeczywiście poniesiony przez poszkodowanego, natomiast podstawę normatywną dla zastosowania odliczenia od odszkodowania korzyści, które odniósł poszkodowany, stanowi zdaniem Sądu art. 322 k.p.c. W przedmiotowej sprawie pozwany winien pomniejszyć dodatkowe koszty, które poniósł w związku z nieprzewidywanymi w projekcie pracami dodatkowymi i zamiennymi - 185.969,86 zł netto - z korzyścią, którą osiągnął w związku z brakiem konieczności wykonywania niektórych prac, uwzględnionych w kosztorysie ofertowym, wg opinii biegłego - 170.325 zł netto. Tak rozumiana strata powoda wynosiła zaledwie 15.644,86 zł netto. Co do kwoty 29.209,87zł netto prace dodatkowe można było przewidzieć w oparciu o dokumentację przetargową. Pozwany winien zatem koszt tych prac uwzględnić w złożonej przez siebie ofercie.

Faktyczna wartość prac dodatkowych i zamiennych, których nie można było przewidzieć w oparciu o przygotowaną przez pozwanego dokumentację projektową dotyczy zatem ostatecznie nie kwoty 185.969,86 zł, ale kwoty o 29.209,87 zł niższej, czyli 156.759,99 zł netto. Po skompensowaniu z korzyścią 170.325 zł netto, z tytułu wykonania niektórych prac w innym wymiarze, niż pierwotnie przewidziany, w innej technologii albo przy zastosowaniu innych materiałów, brak jest po stronie powoda rzeczywistej szkody.

W ocenie Sądu Okręgowego bez znaczenia było, że na zmiany w trakcie wykonywania prac pozwany wyrażał zgodę. Dotyczyło to zarówno prac niewykonanych, jak i prac wykonanych zamiennie lub dodatkowo i tych dwóch rzeczy w żaden sposób nie można rozdzielać. Wynikają one bowiem z tego samego zdarzenia – w postaci konieczności odstąpienia od pierwotnego projektu dla należytego wykonania inwestycji. Pomiędzy zdarzeniami (korzyść z tytułu zaniechania pewnych prac i szkoda związana z koniecznością wykonania prac wcześniej nieuwzględnionych) występuje ewidentny adekwatny związek przyczynowy i zaspokajają one te same interesy poszkodowanego. Żądanie powoda, żeby te dwa zdarzenia traktować rozłącznie i korzyści rozliczyć ryczałtowo, a dodatkowe koszty doliczyć wg kosztorysu powykonawczego, w ocenie Sądu Okręgowego, nie znajdowało żadnego uzasadnienia.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik sporu.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód, zaskarżając go w pkt. 1 – 3 i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 471 k.c., polegające na jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy wypełniając dyspozycję art. 6 k.c., powód wykazał wszystkie wymagane w tym przepisie przesłanki odpowiedzialności kontraktowej pozwanego, mianowicie: szkodę wynikającą z poniesienia kosztów wykonania robót dodatkowych i zamiennych w wysokości 189.969,86 zł netto, istnienie ważnego zobowiązania, które pozwany nienależycie wykonał poprzez przygotowanie wadliwej dokumentacji projektowej i technicznej, na podstawie której, na etapie przygotowania oferty, powód nie mógł przewidzieć konieczności wykonania tych robót co najmniej w części o wartości 156,759,99 zł netto oraz związek przyczynowy pomiędzy nienależytem wykonaniem zobowiązania przez pozwanego, a doznana przez powoda szkodą, stanowiącą normalne następstwo nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego w rozumieniu art. 361 § 1 i 2 k.c., co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

2. Sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj:

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez dokonanie oceny wiarygodności i mocy zebranego materiału dowodowego z pominięciem albo bez należytego rozważenia faktów i okoliczności wynikających z twierdzeń powoda

i dokumentów, a także zeznań świadków: Z. S., M. K., A. J. i A. S. i opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa w sytuacji, gdy wynikało z nich, że:

a) powód wykonał roboty dodatkowe i zamiennie o wartości 189.969,86 zł netto, które wykraczały poza szczegółowy zakres robót budowlanych, określonych umową, jaki został ustalony w projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których wykonanie było konieczne do wykonania przedmiotu umowy;

b) na podstawie analizy dokumentacji projektowej, w postaci projektu budowlanego i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego na etapie przygotowania oferty, powód nie mógł przewidzieć konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych, wykraczających poza ustalony szczegółowy zakres robót o wartości co najmniej 156.759,99 zł netto;

c) koszty wykonania robót dodatkowych i zamiennych, których powód nie mógł przewidzieć nie były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, ustalonym w umowie o roboty budowlane z dnia 20 lipca 2009 r., ale stanowiły szkodę w formie rzeczywistej straty w rozumieniu art. 361 § 1 i 2 k.c.;

d) oszczędności powoda przy wykonaniu umowy o roboty budowlane z dnia 20 lipca 2009 r. w wysokości 157.753 zł netto, dotyczyły robót, które były zgodne, mieściły się i nie wykraczały poza przedmiot umowy szczegółowo określony w projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego, dając powodowi podstawę do otrzymania umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, tym bardziej, że wyliczenie tych oszczędności było w znacznej mierze oparte na porównaniu wartości prac wykonanych z wybranymi pozycjami przedmiaru ofertowego, który nie stanowił elementu umowy o roboty budowlane i w ogóle stron tej umowy nie wiązał;

Pomiędzy szkodą powoda, wynikającą z poniesienia kosztów wykonania robót dodatkowych i zamiennych, których konieczności wykonania, z uwagi na przygotowaną i udostępnioną przez pozwanego wadliwą dokumentację projektową i techniczną powód nie mógł przewidzieć, a oszczędnościami powoda przy wykonaniu robót, stanowiących wykonanie przedmiotu umowy nie zachodzi jakikolwiek adekwatny związek przyczynowy, który dawałby podstawę do pomniejszenia szkody powoda o oszczędności

3. Naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 322 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, z uwzględnieniem opinii biegłego z zakresu budownictwa, pozwolił na ścisłe ustalenie wysokości szkody, a ponadto jego niedopuszczalne zastosowanie jako podstawa ustalenia związku przyczynowego, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i zasądzenie od pozwanego na rzecz strony powodowej kwoty 156.767,99 zł, względnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia, z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja, wywiedziona przez stronę powodową nie zasługiwała na uwzględnienie i podlegała oddaleniu z mocy art. 385 k.p.c.

Kluczowe zagadnienie w tej sprawie, polegające na zbadaniu zarzutu naruszenia art. 471 k.c. musi zostać poprzedzone zbadaniem zasadności zarzutu naruszenia przepisów postępowania, w szczególności sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zarzut ten oznacza, że w stanie faktycznym, ustalonym przez sąd I instancji zachodzą sprzeczności między poszczególnymi ustaleniami, czyli że stan ten w świetle materiału dowodowego nie stanowi całości z powodu błędów popełnionych przy ocenie dowodów oraz przy dokonywaniu poszczególnych ustaleń.

Na sądzie ciąży obowiązek wyciągnięcia w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wniosków logicznie poprawnych, zaś w zakresie oceny zgromadzonego materiału dowodowego ustawodawca przyznał sądowi swobodę, pod warunkiem, że ocena ta nie jest jednak sprzeczna ze wskazaniami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Zatem jedynie w sytuacji, kiedy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo uchybia zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to tylko wtedy przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak: SN w wyroku z 27 września 2002 r., sygn. II CKN 817/00).

Analiza materiału dowodowego, zgromadzonego przez Sąd I instancji, dokonana przez Sąd Apelacyjny prowadzi do wniosku, że ocena dowodów była zgodna z zasadami logiki, wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a poczynione ustalenia faktyczne znajdowały uzasadnienie w zgromadzonym materiale dowodowym. Ocenę materiału dowodowego i poczynione ustalenia faktyczne Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za podstawę rozstrzygnięcia w ramach kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku, z zastrzeżeniem poniższych wywodów, dotyczących zaznaczenia poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej zapadłego rozstrzygnięcia.

Apelujący, w ramach zarzutu naruszenia przepisów postępowania, mającego wpływ na wynik sprawy wskazywał na pominięcie bądź nienależyte rozważenie dokumentów i twierdzeń powoda, a także zeznań świadków: Z. S., M. K., A. J., A. S. i opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Tymczasem zarówno zeznania świadków, jak też wnioski opinii biegłego, nie zakwestionowane przez apelującego, znalazły swe odzwierciedlenie w stanie faktycznym, przyjętym przez Sąd I instancji za podstawę orzekania, tyle że zostały odmiennie ocenione przy stosowaniu prawa materialnego. Sąd ten bowiem w oparciu o zeznania świadków przyjął, że w trakcie wykonywania umowy zostały do zakresu robót wprowadzone zmiany i uzupełnienia, szczegółowo określone w uzasadnieniu wyroku, ustalił wartość robót określonych jako dodatkowe i zamienne .

Należy więc w pierwszej kolejności odwołać się do istoty wynagrodzenia ryczałtowego, umówionego przez strony. Istotę wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry. Jest ono niezależne od rzeczywistego rozmiaru i kosztu prac.

W orzecnictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, że strony decydując się na przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego muszą liczyć się z jej bezwzględnym i sztywnym charakterem, który zgodnie z art. 632 §1 k.c. polega na tym, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Jedynie tylko wyjątkowo sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego.

(vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. w sprawie IV CSK 397/10 Baza LEX nr 1129144, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. w sprawie II CKN 913/97 – Baza LEX nr 138655, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 roku I Aca 821/13 Baza LEX 1441387)

Rozliczenia stron w razie umówionego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Uzgodniony ekwiwalent należy się za cały zarówno znany, jak i nieznan od początku przedmiot zamówienia .

Z kolei w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie III CSK 143/10 Sąd Najwyższy wypowiedział pogląd , że przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W wypadku przyjęcia tych przepisów jako podstawy prawnej takiej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 prawo zamówień publicznych ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim - w odniesieniu do art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. -określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika

z okoliczności, których nie dało się przewidzieć chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. (Baza LEX nr 785535).

Realizowana w niniejszej sprawie inwestycja była regulowana przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.) dokonywanie zmian postanowień zawartych umów w stosunku do treści oferty jest możliwe wyłącznie w sytuacji , gdy możliwości i warunki takiej zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Inwestor w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające wprost z projektu budowlanego jak również w nim nie ujęte , a bez których nie można wykonać zamówienia , wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności , które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z tym zalecono dokładną analizę dokumentacji oraz sprawdzenie warunków wykonania w terenie. W piśmie z dnia 24 czerwca 2009 roku, skierowanym do wszystkich uczestników postępowania przetargowego (k- 75 akt) zamawiający wskazał, że przedmiar robót ma charakter pomocniczy z uwagi na model wynagrodzenia ryczałtowego, wobec czego w ofercie należy uwzględnić także koszty prac , których nie uwzględniono w przedmiarze , a koniecznych do zrealizowania zamówienia. Inwestor nie określił więc warunków zmiany wynagrodzenia np. z powodu błędów w projekcie lub złego przedmiaru inwestorskiego. Wykonawca ustalając cenę oferty ponosi ryzyko, że będzie musiał ponieść wszelkie koszty, związane z realizacją zadania inwestycyjnego i w przypadku niedoszacowania ceny ofertowej nie będzie mógł dochodzić zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego. Także zawarta przez strony umowa nie przewidywała żadnej możliwości zmiany ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Cena określona umową obejmowała wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy w tym: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, projektu organizacji placu budowy, wszelkie koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej , koszty związane z odbiorami wykonanych robót, koszt wykonania dokumentacji podwykonawczej oraz inne koszty wynikające z umowy. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z przepisami prawa budowlanego, warunkami technicznymi, ustalonym zakresem robót, polskimi normami, zasadami wiedzy technicznej, zaleceniami zamawiającego nie wykraczającymi poza ustalony zakres robót, a nadto do wykonania robót, określonych w SIWZ, zgodnie z zakresem wynikającym z projektu budowlanego i specyfikacji technicznej odbioru robót.

W niniejszej sprawie nie doszło do udzielenia przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki, obejmującego roboty dodatkowe nieobjęte zamówieniem podstawowym, przewidzianego z art. 67 ust. 1 pkt. 5 p.z.p Dokumentacja stanowiąca podstawę rozważenia oferty zawierała szeroko określone wymagania, związane z przygotowaniem inwestycji i strona powodowa składając ofertę godziła się na określone konsekwencje.

Okoliczność, że przedstawiona w pierwotnej wersji dokumentacja wymagała korekt nie dawała podstawy do zmiany wysokości ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Powodowa Spółka miała dostęp do projektu budowlanego, mogła konfrontować dane z niego wynikające ze swoją wiedzą techniczną, doświadczeniem branżowym, a przede wszystkim z rzeczywistym stanem faktycznym, związanym z dokonaniem oględzin terenu przyszłej inwestycji. Wówczas z pewnością bez większych trudności mógłby stwierdzić, że zachodzi konieczność wyburzenia klatki schodowej lub wykonania stropów nad szybami windowymi, a już na pewno po przekazaniu placu budowy miał wystarczająco dużo czasu , by to stwierdzić, zgłosić zastrzeżenia do projektu i spowodować wszczęcie procedury zweryfikowania dokumentacji projektowej i wprowadzenia ewentualnych zmian z umowie . Niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy, kalkulując cenę. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorcu umowy i zapłacić wykonawcy wskazaną przezeń cenę.

Zwrócić należy uwagę, że sam powód przed odbiorem końcowym, w pismach z dnia 8 marca 2011 r. oświadczył, że jego wcześniejsze żądania wynagrodzenia dodatkowego są bezzasadne, gdyż wszelkie wykonane i pozostałe do wykonania prace dodatkowe zostały objęte ryczałtem. Uznał, że całość należnego mu wynagrodzenia określa łącząca strony umowa. (k- 443 akt)

Wobec powyższego, już te wywody są wystarczające do oddalenia powództwa.

Powód w niniejszej sprawie, nie mając podstaw do powołania się na swoją rażącą stratę, wskazał na art. 471 k.c. jako podstawę swoich roszczeń, podnosząc, że nienależyte przygotowanie dokumentacji przetargowej naraziło powoda na szkodę w postaci konieczności poniesienia kosztów prac dodatkowych i zamiennych.

Odszkodowanie dochodzone przez powoda miałyby de facto uzupełnić umówione wynagrodzenie, obejmujące realizację określonego zadania inwestycyjnego. Powód odwołuje się do opracowanych przez siebie kosztorysów powykonawczych, stanowiących podstawę ustalenia należnego wynagrodzenia.

Jeśli przyjąć powołany przepis za dopuszczalną podstawę roszczeń strony powodowej w opisanych okolicznościach faktycznych, co w świetle powyższych rozważań budzi wątpliwości, to wyliczenie przeprowadzone przez Sąd Okręgowy w związku z zasadami szacowania odszkodowania wskazuje, że strona powodowa nie poniosła szkody, podlegającej wyrównaniu w oparciu o przepis art. 471 k.c. Na skutek zmian w prowadzonych w trakcie realizacji umowy części prac powód nie wykonał w ogóle, część prac wykonał odmiennie, niż zakładano pierwotnie, a część wykonał dodatkowo, przy czym niektóre z nich mógł przewidzieć już na etapie wstępnym analizy projektu, SIWZ i dokumentacji technicznej. Wszystkie te okoliczności podlegały uwzględnieniu przez Sąd Okręgowy. W związku z zastosowaniem konstrukcji *compensatio lucri cum damno* apelujący sformułował zarzut naruszenia przepisu art. 322 k.p.c., powołanego przez Sąd I Instancji dla uzasadnienia swego stanowiska. Jak się wskazuje w doktrynie *compensatio lucri cum damno* stanowi element ustalania rozmiaru prawnie relewantnego uszczerbku, a uwzględnienie korzyści stanowi obowiązek sądu, wynikający z zasad zdrowego rozsądku, ale przede wszystkim art. 361k.c. Niekiedy wyrażane jest zapatrywanie, iż podstawą normatywną do uwzględnienia korzyści stanowi art. 322 k.p.c. Stanowisko to przez większość nie jest uważane za trafne, bowiem zastosowanie art. 322 k.p.c. mogłoby dotyczyć jedynie określenia rozmiaru korzyści podlegającej uwzględnieniu, natomiast zasada ich uwzględnienia wynika z unormowania w art. 361§ 1 k.c. szkody, podlegającej naprawieniu jako różnicy. (vide System prawa prywatnego –Prawo zobowiązań, część ogólna tom 6 Wyd CH Beck INP PAN Warszawa 2009 R. I § 3 VI 137) Wobec tego trudno Sądowi I instancji postawić zarzut naruszenia przepisu art. 322 k.p.c., skoro konstrukcja przyjęta przez Sąd Okręgowy, jakkolwiek poddawana krytyce była także lansowana przez doktrynę.

W niniejszej sprawie zasadnie Sąd Okręgowy wskazał, że przy tak skonstruowanej podstawie dochodzenia roszczeń powód winien pomniejszyć koszty poniesione w związku z pracami dodatkowymi, oszacowanymi razem z pracami zamiennymi z korzyściami osiągniętymi w związku z brakiem konieczności wykonania części prac, uwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Prac tych nie można rozdzielać, bowiem wszystkie one wynikają z powszechnie występującej konieczności wprowadzenia zmian do projektu na etapie realizacji umowy, celem należytego wykonania zadania inwestycyjnego. Pomiędzy zdarzeniami (korzyść z tytułu zaniechania pewnych prac i szkoda związana z koniecznością wykonania prac wcześniej nieuwzględnionych) występuje ewidentny adekwatny związek przyczynowy i zaspokajają one te same interesy poszkodowanego. Jeśli przy tym przyjmiemy, że prace dotyczące parapetów, wymiany i przełożenia rur spustowych oraz zakup, dostarczenie i montaż platformy dla osób niepełnosprawnych wynikały z dokumentacji przetargowej to dojdziemy do wniosku, że strona powodowa nie poniosła szkody w związku z wykonaniem umowy w sposób ostatecznie uzgodniony przez strony.

Nie może być także decydującym to, że zmiany wprowadzone w trakcie wykonywania prac były akceptowane przez stronę pozwaną. Chodziło zarówno o prace niewykonane w ogóle, jak i wykonane odmiennie od pierwotnie zakładanych i dodatkowe. Stanowisko powoda, by korzyści osiągnięte przez niego ująć w ramach rozliczenia ryczałtowego, a dodatkowe koszty rozliczyć wg kosztorysu powykonawczego przez niego opracowanego nie może być zaaprobowane. Te szacowane przez niego prace obejmują także prace zamienne, których wykonanie wynikało z zakresu powierzonych stronie powodowej robót.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie pierwszym sentencji wyroku, zaś o kosztach postępowania apelacyjnego orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c., stosując wynagrodzenie pełnomocnika strony pozwanej, wynikające z § 6 pkt.6 w zw. z §12 ust. 1 pkt.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez

Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz. U z 2013 roku poz. 490).