

Sygn. akt I ACa 1070/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący: SSA Jacek Pasikowski**

**Sędziowie: SA Wiesława Kuberska**

**SA Dorota Ochalska - Gola (spr.)**

Protokolant: stażysta Iga Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 24 lutego 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **J. K.**

przeciwko **Wojewódzkiemu Ośrodkowi Medycyny Pracy Centrum (...) Leczniczemu w Ł.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 29 kwietnia 2016 r. sygn. akt X GC 564/12

### **I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:**

„1. zasądza od Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy – Centrum (...) Leczniczego w Ł. na rzecz J. K. kwotę 104.033,90 (sto cztery tysiące trzydzieści trzy i 90/100) zł z ustawowymi odsetkami:

a/ od kwoty 72.187,02 (siedemdziesiąt dwa tysiące sto osiemdziesiąt siedem i 2/100) zł za okres od dnia 18 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,

b/ od kwoty 31.846,88 (trzydzieści jeden tysięcy osiemset czterdzieści sześć i 88/100) zł za okres od dnia 2 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty;

2. oddala powództwo w pozostałej części;

3. zasądza od Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy – Centrum (...) Leczniczego w Ł. na rzecz J. K. kwotę 7.616,04 (siedem tysięcy sześćset szesnaści i 4/100) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

4. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych:

a/ od J. K. kwotę 2.125,98 (dwa tysiące sto dwadzieścia pięć i 98/100) zł,

b/ od Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy – Centrum (...) Leczniczego w Ł. kwotę 3.188,96 (trzy tysiące sto osiemdziesiąt osiem i 96/100) zł.”

### **II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od J. K. na rzecz Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy – Centrum (...) Leczniczego w Ł. kwotę 473,80 (czterysta siedemdziesiąt trzy i 80/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt *I ACa 1070/16*

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 18 sierpnia 2012 r. J. K. wniósł o zasądzenie od pozwanego Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy Centrum (...) Leczniczego w Ł. kwoty 142.156,11 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że na roszczenie główne składają się kwoty: 142.004,38 zł - tytułem różnicy pomiędzy kwotą zapłaconą przez pozwanego z tytułu łączących umów o roboty budowlane, a kwotą, do zapłaty której pozwany jest zobowiązany za rzeczywiście wykonane prace nieobjęte przedmiarem robót, oraz kwota 151.73 zł tytułem ustawowych odsetek od 15 sierpnia 2012 r. do 17 sierpnia 2012 r. Wyjaśnił także, że zakres prac dodatkowych i ich wartość wynikają z załączonych do pozwu kosztorysów powykonawczych na prace dodatkowe: wodno – kanalizacyjne na kwotę 23.342,78 zł, prace budowlane na kwotę 114.580,22 zł i roboty elektryczne na kwotę 4.081,38 zł.

W piśmie procesowym z dnia 30 listopada 2015 roku powód dokonał zmiany powództwa w ten sposób, że rozszerzył żądanie pozwu do kwoty 174.002,99 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 142.156,11 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty i od kwoty 31.846,88 zł od dnia rozszerzenia powództwa do dnia zapłaty. Argumentował, że konieczność wykonania przez niego prac dodatkowych miała wpływ na możliwość wykonania robót w terminach określonych w umowach, powodując przedłużenie tych terminów. Tym samym obciążenie powoda karami umownymi nie było zasadne, bowiem opóźnienie było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie pozwanego. Jednocześnie powód wskazał, że pozwany pomniejszył wynagrodzenie należne powodowi – odpowiednio – w przypadku umowy z 27 maja 2009 r. o kwotę 22.204,00 zł, a w przypadku umowy z 31 lipca 2009 r. o kwotę 9.642,88 zł i o te należności rozszerzył żądanie pozwu.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu wg norm przepisanych.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy zasądza od Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy – Centrum (...) Leczniczego w Ł. na rzecz J. K. kwotę 72.187,02 zł z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 18 sierpnia 2012 roku do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałej części; zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.664,17 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi, tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych: od powoda kwotę 3.135,81 zł i od pozwanego 2.179,13 zł.

Powyższy wyrok Sąd pierwszej instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Apelacyjny akceptuje i przyjmuje za własne:

W dniu 29 czerwca 2007 r. strona pozwana zawarła z H. Ł. umowę, ma mocy której w okresie od 1 lipca 2007 r. do 31 grudnia 2008 r. pełnił on obowiązki inspektora nadzoru w ramach inwestycji prowadzonej przez Wojewódzki Ośrodek Medycyny Pracy – Centrum (...) Lecznicze w Ł.. Umowa ta była dwukrotnie aneksowana i na mocy tych aneksów ostatecznie przedłużono okres jej obowiązywania do 31 grudnia 2009 r.

Dnia 1 lutego 2008 r. pozwany zawarł także umowę z E. S. i B. K. na wykonanie projektów budowlanych wraz z projektami branżowymi i opiniami, kosztorysów inwestorskich i przedmiarów robót podstawowych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w zakresie planowanej inwestycji. Dokumentacja opracowana na podstawie tej umowy nie była kompletna i prawidłowa. Brak było przedstawienia w sposób graficzny miejsc montażu cokolików i ułożenia wykładzin; dotknięta ona była brakami w zakresie zmiany trasy przebiegu zasilania w energię cieplną

centrali (...); brak było pełnej inwentaryzacji stanu przed projektowego; brak było określenia, które ściany i na jakiej powierzchni winy być wyłożone płytką glazurowaną. Dodatkowo, o ile projekt budowlany przewidywał klimatyzator, o tyle nie był on już naniesiony w projektach branżowych. Nadto w przypadku budynku A projektant nie uwzględnił szachtów znajdujących się pomiędzy salami a korytarzem; wynikało z tego, że nie dało się wykonać drzwi w miejscu wynikającym z projektu; dodatkowo zdarzyło się tak, że tak gdzie były zaprojektowane drzwi, układ pomieszczenia był lustrzanym odbiciem tego wynikającego z projektu; nadto zdarzały się nawet metrowe przesunięcia w planie względem rzeczywistego układu budynku. Również w zakresie branży elektrycznej dokumentacja projektowa była mało precyzyjna.

W dniu 21 lipca 2008 r. (w sprawie I. (...).AP. (...)) i 11 czerwca 2008 r. (w sprawie I. (...).AP. (...)) Prezydent Miasta Ł. zatwierdził projekty budowlane i udzielił pozwanemu pozwolenia na wykonanie robót budowlanych polegających – odpowiednio – na przebudowie I piętra budynku C oraz przebudowie części I i II piętra budynku A.

Postępowanie przetargowe dotyczące powyższej inwestycji było prowadzone nietypowo. Najpierw pozwany opracował dokumentację projektową i sporządził przedmiar zakresu robót, ale następnie w opisach przetargowych zobowiązano przyszłego wykonawcę do zamontowania i prowadzenia robót zgodnie z obowiązującymi przepisami dla służby zdrowia, nie dokonując analizy jak i korekty sporządzonego przedmiaru, domagając się od przyszłego wykonawcy szczegółowej analizy projektu, przedmiaru i jego zgodności z obowiązującymi przepisami.

Powód przystąpił do przetargu i w trakcie postępowania przetargowego nie zgłaszał jakichkolwiek uwag do dokumentacji projektowej. Oferta powoda została sporządzona szczegółowo w oparciu o przedłożony przez pozwanego przedmiar. W wycenie i ofercie powoda nie ma prac, których zakres wykraczałby poza wspomniany przedmiar.

W wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego strony w dniu 27 maja 2009 r. zawarły umowę nr (...), na podstawie której pozwany zlecił, a powód przyjął do wykonania, roboty budowlane polegające na przebudowie części I piętra określonego budynku C (§ 1 ust. 1 umowy), a w zakres przedmiotu umowy wchodziło wykonanie prac wyszczególnionych w projektach budowlanych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarze podstawowych robót budowlanych (§ 1 ust. 3 umowy), za wynagrodzeniem ryczałtowym wynoszącym 444.080 zł (§ 6 ust. 1 umowy); roboty miały zostać wykonane do 1 sierpnia 2009 r. (§ 3 ust. 1 tiret drugie umowy). W § 2 ust. 1 umowy powód oświadczył, że zlecone roboty wykona zgodnie z przepisami Prawa budowlanego. W § 4 umowy pozwany powołał inspektora nadzoru inwestorskiego w osobie H. Ł., który działał w granicach umocowania określonego przepisami Prawa budowlanego. W § 8 ust. 1 umowy strony uzgodniły, że powód zapłaci pozwanemu kary umowne m.in. za opóźnienie w usunięciu usterek w wysokości 1‰ wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia lub za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 2‰ wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia umownego terminu zakończenia robót. Zgodnie z e § 12 ust. 1 umowy, jej zmiana mogła nastąpić za zgodą stron wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności.

W wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego strony zawarły także w dniu 31 lipca 2009 r. kolejną umowę nr (...), na podstawie której pozwany zlecił, a powód przyjął do wykonania, roboty budowlane polegające na przebudowie II piętra określonego budynku A (§ 1 ust. 1 umowy). Zapisy tej umowy były analogiczne jak zapisy umowy z 27 maja 2009 r. z tym, że strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 301.340 zł (§ 6 ust. 1 tej umowy), a roboty miały zostać wykonane do 3 października 2009 r. (§ 3 ust. 1 tiret drugie umowy). Dodatkowo w § 6 ust. 2 tej umowy wskazano, że cena zawiera wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia; w ust. 3 tego przepisu wskazano, że skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę-powoda; w ust. 4 wskazano wprost, że strony nie mogą zmienić ceny wykonania zamówienia określonej w § 6 ust. 1 umowy; jednocześnie jednak w ust. 5 tego przepisu strony wskazały, że jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać niniejszą umowę.

Oferta powoda łącznie z tych dwóch umów opiewała na wynagrodzenie stanowiące ok. 70% wynagrodzenia z kosztorysu inwestorskiego. W ramach tych obu umów powód, jako kierownika budowy, ustanowił Z. S.. Do prac z pierwszej z ww. umów powód przystąpił w czerwcu 2009 r. Podczas wykonywania tych prac z wykonawcą z ramienia pozwanego kontaktował się inspektor nadzoru – H. Ł. i to on prowadził wszelkie rozmowy.

W trakcie realizacji tych umów wynikła konieczność wykonania robót dodatkowych. Znaczna ich część powstała w wyniku zmian wprowadzonych w ich wykonaniu takich jak zmiana klasy drzwi, wystroju recepcji (przestawienie ścianek działowych), zmiana w instalacji wentylacji mechanicznej, czy też na skutek braków w konstrukcji elementów budynku niezidentyfikowanych w dokumentacji projektowej czy treści dokumentacji projektowej, jak braki nadproży w otworach na drzwi, zbyt mała średnica kanałów dla wentylacji. Skutkowało to koniecznością wykonywania projektów zastępczych, które następnie zostały dostarczone powodowi przez pozwanego.

W oparciu o przekazaną powodowi przez pozwanego dokumentację projektową, nawet przy dołożeniu należytej staranności wymaganej od powoda jako przedsiębiorcy, nie można było wykonać przedmiotu zamówienia z ww. umów. Wynikało to głównie z wprowadzania przez pozwanego zmian (np. przebudowa instalacji wentylacyjnej z przeniesieniem centrali wentylacyjnej), a niektóre prace wymagały wykonania uzupełniającej dokumentacji projektowej. Podyktowane było również brakiem niektórych informacji w opracowaniu projektowym, rozbieżnościami w informacji zawartych na rysunkach i zawartych w opisach technicznych oraz niepełną inwentaryzacją obiektu w zakresie jego konstrukcji. Te niedostatki dokumentacji powodowały konieczność wykonania przez powoda (czy jego podwykonawców) dodatkowych prac. Dotyczyło to m.in. prac elektrycznych. Konieczność ta wynikała z faktu, że gdyby powód nie wykonał instalacji w pomieszczeniu do urządzenia którego wcześniej w planach nie było (np. wentylacji), to pozwany jako inwestor nie odebrałby ogółu robót.

Dokumentacja przewidywała wykładzinę podłogową kauczukową, nie precyzowała dokładnie jej parametrów. Powód położył jednak wykładzinę 2-2,5 krotnie droższą i lepszą niż wynikającą z zaoferowanej ceny. Zastosowanie takiej wykładziny wynikało z faktu, że inspektor nadzoru precyzyjnie określił typ, gatunek, jak i kolor wykładzin jakie należy zastosować, a powód założył taką właśnie wykładzinę. Nadto pozwany żądał dodatkowych prac w zakresie położonych wykładzin – akrylowania.

W czasie prowadzenia robót żadna ze stron nie podniosła problemu konieczności wyposażenia pomieszczenia ciemni w klimatyzator; nie było on również zawarty w przedmiarze robót (skoro nie było go w projektach branżowych, powód zakładał, że jest to tzw. dostawa inwestorska, a więc że inwestor sam go zamontuje i zasili; przekonanie to było uzasadnione, albowiem klimatyzator w projekcie był wrysowany jako prostokąt bez podania parametrów technicznych i warunków zasilania). Na konieczność jego montażu pozwany zwrócił uwagę dopiero w trakcie czynności odbiorowych i po interwencji inspektora nadzoru powód dokonał jego montażu, wykonując dla niego instalację zasilającą-elektryczną, jak i wykonując odpływ skroplin, wprowadzając go do instalacji wewnętrznej kanalizacyjnej (w tym zakresie został nawet sporządzony projekt zamienny); prace te spowodowały uszkodzenie powierzchni ścian i w związku z tym pomieszczenie ciemni już pomalowane, wymagało ponownego pomalowania.

W ramach przedmiotowej inwestycji powód wykonał dodatkowe roboty budowlane. Roboty te można podzielić na prace, które dało się przewidzieć na etapie składania oferty i prace, których ówczasie powód nie mógł przewidzieć. Roboty, których powód nie mógł przewidzieć, dotyczyły m.in. drzwi przeciwpożarowych na II piętrze budynku A, zmian w zasilaniu centrali (...), prac w ciemni w postaci ponownego malowania i wykonania odpływu skroplin, przebudowy instalacji zasilania wody użytkowej wraz z likwidacją starej hydroforni, prac związanych z doczyszczaniem i akrylowaniem wykładzin podłogowych dla I i II piętra, prac związanych z inną wykładziną dla II-go piętra budynku A (i inną ceną), prac w zakresie ślusarki przeciwpożarowej dla I piętra, przebudowy instalacji wody. Łącznie powód wykonał w ramach tej inwestycji roboty nieobjęte umową, których nie mógł przewidzieć składając ofertę, o łącznej wartości 55.095,04 zł netto.

Część robót wykonanych przez powoda i uznanych przez niego za dodatkowe można było przewidzieć w chwili składania oferty. Dotyczy to prac w zakresie budowy i rozebrania ścianki z płyt karton gips rejestracji na I piętrze

oraz prac związanych z pomieszczeniem rehabilitacji na parterze budynku B, albowiem koszty te były zawarte w przedmiarze ofertowym. Tak samo brak było podstaw do uwzględnienia postawienia ściany – wygrozdzenie pomieszczenia na centralę wentylacyjną, albowiem prace te zostały uwzględnione w innych punktach dokumentacji.

Powód wykonał również elektryczne roboty dodatkowe na przedmiotowej inwestycji, których konieczności wykonania nie można było przewidzieć na etapie przygotowywania oferty ze względu na fakt, że nie były one ujęte w dokumentacji przetargowej. Wartość tych robót według średnich stawek kosztorysowych obowiązujących w 2009 r. wyniosła 4.011,49 zł netto.

Podczas realizacji tych robót dodatkowych przedstawiciele pozwanego zapewniali powoda, że na pewno będzie miał za to zapłacone, jednakże nigdy nie doszło do sporządzenia

protokołów konieczności czy zmiany umowy w formie pisemnej.

Z uwagi na zlecone przez pozwanego prace dodatkowe, powód robót z tych umów nie wykonał w terminie – roboty dodatkowe wpłynęły na wydłużenie okresu, w jakim powód wykonywał prace. W dniu 21 sierpnia 2009 r. strony podpisały protokół końcowy odbioru robót budowlanych z umowy z 27 maja 2009 r. Załącznikiem do protokołu były uwagi dotyczące wad i usterek, które powód zobowiązał się usunąć do 4 września 2009 r.

Z kolei w dniu 16 listopada 2009 r. strony podpisały protokół końcowy z usunięcia usterek po odbiorze w zakresie umowy z 31 lipca 2009 r., w którym stwierdzono, że wymienione w załączniku do protokołu końcowego odbioru robót budowlanych z 19 października 2009 r., wady i usterki zostały usunięte.

W dniu 12 października 2009 r. pozwany zapłacił powodowi kwotę 421.876 zł tytułem wynagrodzenia z umowy z 27 maja 2009 r. pomniejszonego o karę umowną z noty księgowej nr (...). Z kolei 11 grudnia 2009 r. pozwany zapłacił powodowi kwotę 291.697,12 zł tytułem wynagrodzenia z umowy z 31 lipca 2009 r. pomniejszonego o karę umowną z noty księgowej nr (...).

Pismem z 7 sierpnia 2012 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 142.004,38 zł tytułem różnicy między umówionym wynagrodzeniem z powyższych umów a tym, co pozwany byłby zobowiązany zapłacić za rzeczywiście wykonane przez powoda prace, w terminie do 14 sierpnia 2012 r. Pozwany odmówił spełnienia zadość roszczeniu powoda.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy wskazał przyczyny, dla których za wiarygodne i wyczerpujące uznał dowody z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz biegłego z zakresu elektrotechniki. Nie podzielił zastrzeżeń powoda dotyczących opinii biegłego z zakresu elektrotechniki, podkreślając, że na zlecenie Sądu biegły wypowiedział się jedynie o tych robotach dodatkowych, z które powód w pozwie dochodził zapłaty. W świetle przepisu art. 227 k.p.c. tylko te roboty mogły być przedmiotem postępowania dowodowego w sprawie. Sąd Okręgowy odwołał się ponadto do treści art. 321 § 1 k.p.c., wskazując, że oparcie wyroku na podstawie faktycznej niepowołanej przez powoda, w tym zasądzenie sumy pieniężnej, która wprawdzie mieści się w granicach kwotowych powództwa, lecz z innej postawy faktycznej, jest orzeczeniem ponad żądanie w rozumieniu tego przepisu.

Sąd pierwszej instancji przedstawił ponadto motywy postanowienia z dnia 3 lutego 2016 r. o oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w piśmie procesowym z 30 listopada 2015 r. Wskazał, że wpływ wykonanych przez powoda robót dodatkowych na możliwość dotrzymania umownych terminów wykonania robót objętych umowami, został już udowodniony zgodnie z twierdzeniami strony zgłaszającej wniosek dowodowy tj. powoda, co pozwalało pominąć te środki dowodowe w powyższym zakresie jako zgłoszone na okoliczności już dostatecznie wyjaśnione na podstawie art. 217 § 3 k.p.c. Ponadto, powód swoje roszczenie zasadał na twierdzeniu o wykonaniu robót dodatkowych, za które nie otrzymał zapłaty. Rozszerzenie powództwa dokonane pismem wniesionym 2 grudnia 2015 r. sprowadzało się do żądania wynagrodzenia z umów (ważnie zawartych w formie pisemnej), niezapłaconego przez pozwanego wobec złożenia przez niego oświadczenia o potrąceniu, co z kolei oznacza, że powództwo w części rozszerzonej oparte było na innej podstawie faktycznej, niż powództwo pierwotnie dochodzone; innymi słowy

roszczenie o zapłatę za roboty dodatkowe nieobjęte umowami, dochodzone na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, nie zostało przez powoda rozszerzone – w przywołanym piśmie powództwem objął on dodatkowo inne roszczenie. Ma to ten skutek, że jakościowe rozszerzenie powództwa nie może być traktowane jako okoliczność uzasadniająca przywoływanie nowych dowodów w zakresie roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia, albowiem rozszerzenie to nie dotyczyło wiarygodności z tego tytułu. Jednocześnie oczywistym jest, że wszelkie twierdzenia i dowody związane z roszczeniem dochodzonym w pozwie powód winien przywołać w tym piśmie procesowym. Tym samym analizowane wnioski dowodowe w są spóźnione i podlegały pominięciu. Jednocześnie w sprawie nie zachodził żaden z przypadków przewidzianych w art. 207 § 6 k.p.c., który pozwala na przeprowadzenie dowodów spóźnionych.

Sąd Okręgowy pominął także pismo strony powodowej z dnia 25 kwietnia 2016 r., bowiem zostało no złożone z naruszeniem art. 161 k.p.c. Ponadto załącznik do protokołu nie ma charakteru autonomicznego w stosunku do obowiązującej zasady ustności rozprawy i z tego względu powinien ograniczać się do zreferowania i streszczenia ustnych wywodów i wniosków przedstawionych uprzednio na rozprawie. Załącznik do protokołu rozprawy nie służy więc zgłaszaniu zarzutów, które nie zostały podniesione w trakcie rozprawy.

W rozważaniach Sąd Okręgowy uznał żądanie pozwu za częściowo uzasadnione.

W pierwszej kolejności odniósł się do żądania zapłaty kwoty 31.846,88 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane podnosząc, bezprawnie potrąconego przez stronę pozwaną z wiarygodnością wzajemną z tytułu kar umownych.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że powstanie wiarygodności powoda o zapłatę wynagrodzenia z umów zawartych w formie pisemnej w istocie było poza sporem. Powód kwestionował uprawnienie pozwanego do dokonania potrącenia; podnosił mianowicie, że po stronie pozwanego nie powstała wiarygodność wzajemna z tytułu kary umownej, albowiem opóźnienie powoda w wykonaniu umów (również bezsporne) wynikało z przyczyn nie leżących po jego stronie. Twierdzenia te znalazły odzwierciedlenie w zebranych materiale dowodowym z którego wynikało, że przyczyną opóźnienia powoda w wykonaniu robót było zlecenie powodowi przez pozwanego robót dodatkowych. Okoliczności te nie przesądzały jednak o zasadności powództwa w tej części, bowiem zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 1 tiret drugie obu umów strony zastrzegły, że za opóźnienie w wykonaniu umowy powód zapłaci pozwanemu karę umowną w określonej wysokości. Dokonując rozróżnienia pojęcia „opóźnienia” i opóźnienia kwalifikowanego w postaci „zwłoki” Sąd Okręgowy uznał, że strony zastrzegły na rzecz pozwanego karę umowną za opóźnienie powoda, tym samym kwestia zawinięcia (czy też odpowiedzialności za przyczyny opóźnienia) nie ma w sprawie znaczenia. Podkreślił, że w świetle przepisu art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Nie może być zatem za sprzeczne z prawem uznać zastrzeżenie kary umownej na wypadek opóźnienia ze spełnieniem świadczenia. W tym stanie rzeczy strona pozwana mogła naliczyć powodowi karę umowną za samo opóźnienie się z wykonaniem umowy (niezależnie od odpowiedzialności powoda za owo opóźnienie) i taką wiarygodność wzajemną potrącić z wiarygodnością powoda o wynagrodzenie ze skutkiem umorzenia obu wiarygodności nawzajem do wysokości wiarygodności niższej (art. 498 § 1 i 2 k.c.). Sąd Okręgowy zaznaczył ponadto, że powód nie zgłosił dowodu na okoliczność innego rozumienia przez strony zapisu o karze umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia. W tym stanie rzeczy powództwo w tej części podlegało oddaleniu.

Powód żądał także zasądzenia od pozwanego kwoty 142.004,38 zł tytułem różnicy pomiędzy kwotą zapłaconą przez pozwanego z określonych umów, a kwotą do zapłaty której pozwany jest zobowiązany za rzeczywiście wykonane prace nieobjęte przedmiarem.

Należy tu wskazać, że umowy zawarte pisemnie między stronami zostały zawarte w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc znajdowały do nich zastosowanie przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ówcześnie obowiązujący j.t. - Dz.U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655, ze zm.), w tym art. 139 ust 2 tej ustawy, zgodnie z którym umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej. Przepis ten należy uznać za szczególny względem art. 648 § 1 k.c. w zw. z art. 73 § 1 k.c. i art. 74 § 1 k.c. Zgodnie z art. 77 § 1 k.c. w zw. z art.

139 ust. 1 PZP – również uzupełnienie lub zmiana umowy zawartej w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Takie zastrzeżenie zawierały również w § 12 ust 1 obie umowy pisemne. Bezsprzecznie w realiach sporu strony tej formy czynności prawnej nie zachowały, a zamówienia dodatkowego pozwany udzielił powodowi w formie ustnej. Powód wykonał na przedmiotowej inwestycji szereg prac, które nie były objęte przedmiotowymi umowami, a co więcej te roboty dodatkowe były konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umów zawartych w formie pisemnej. Wynikało to z faktu, że dokumentacja projektowa w oparciu o którą powód wykonywał umowę (a wcześniej opracowywał ofertę) była wadliwa. Nadto w trakcie realizacji umowy pozwany zlecał powodowi dodatkowe prace. Przedstawiciele pozwanego zapewniali powoda, że będzie miał zapłacone za roboty dodatkowe, przy czym za równoważne z zawarciem umowy w formie ustnej Sąd Okręgowy uznał działania inspektora nadzoru inwestorskiego H. Ł..

Odwołując się do poglądów orzecznictwa Sąd pierwszej instancji podkreślił, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Z tego względu wykonawca może żądać od zamawiającego, w wypadku jeśli łącząca ich umowa okazała się nieważna z uwagi na naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrotu wartości nienależnego świadczenia w oparciu o art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

W sprawie wystąpił przypadek, w którym świadczenia nienależne wynika z faktu, że czynność prawna zobowiązująca do tego świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia – *conditio sine causa*. Wszystkie przesłanki z art. 405 k.c. w związku z art. 410 § 1 k.c. zostały w rozpatrywanej sprawie spełnione. Umowa, na podstawie której powód wykonał dla pozwanego roboty dodatkowe wykraczające poza zakres przedmiotowy umów zawartych w formie pisemnej, okazała się nieważna, wskutek robót dodatkowych wykonanych przez powoda pozwany został wzbogacony – powód wykonał na jego rzecz prace, które nie były objęte przedmiotami w obu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zaś gdyby z kolei pozwany ujął w przedmiarach te roboty, które faktycznie wykonał powód ponad przedmiotem zamówienia, wartość zamówienia, a więc i wynagrodzenie wykonawcy, a w konsekwencji i zobowiązanie pozwanego do zapłaty tego wynagrodzenia, musiałyby być większe. Oznacza to, że powód jest zubożony – gdyby nie wykonał na rzecz pozwanego określonych robót, nie poniósłby w związku z tym określonych kosztów (choćby materiałów i robocizny). Źródłem wzbogacenia pozwanego są roboty powoda, a jednocześnie źródłem zubożenia powoda jest wykonanie na rzecz pozwanego robót na podstawie nieważnej umowy, jednocześnie spełniona jest przesłanka związku między wzbogaceniem pozwanego jako *accipiensa* i zubożeniem powoda jako *solvensa*; gdyby bowiem powód nie wykonał przedmiotowych „dodatkowych” robót wykraczających poza zakres przedmiotowy umów zawartych w formie pisemnej, nie byłby zubożony, a jednocześnie pozwany nie byłby wzbogacony – pozwany musiałby wszcząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i w ramach kolejnej umowy musiałby zapłacić wykonawcy dalsze wynagrodzenie.

Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że w świetle art. 647 k.c. wszelkie wadliwości projektu winny więc obciążać pozwanego i nie zmienia tego postanowienie § 6 ust. 3 umowy z 31 lipca 2009 r. Do podobnych wniosków doprowadza lektura art. 31 ust. 1 PZP, zgodnie z którym to zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W dalszych rozważaniach Sąd pierwszej instancji wyraził pogląd, że powodowi należy się jednak jedynie zwrot nienależnego świadczenia w zakresie robót dodatkowych, których nie mógł przewidzieć składając ofertę. Strony w ramach ważnie zawartych w formie pisemnej kontraktów, umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Należy więc w tym zakresie per analogiam legis sięgnąć do przepisów o umowie o dzieło. Zgodnie z art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeśli więc z przedmiaru robót zawartego w SIWZ wynikała konieczność wykonania jakichś prac, to tym bardziej powód winien przewidzieć konieczność ich wykonania i tych samym nie może dochodzić zapłaty ich wartości od pozwanego na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu.

Odmienne należy ocenić te roboty, które nie były objęte przedmiarem, a konieczności ich wykonania powód nie mógł przewidzieć składając ofertę. W zakres przedmiotu umów zawartych w formie pisemnej – zgodnie z ich § 1 ust. 3 – wchodziło wykonanie prac wyszczególnionych w projektach budowlanych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarze podstawowych robót budowlanych. Tak więc prace niewynikające wprost z tej dokumentacji, jednocześnie których konieczność wykonania nie wynikała z tej dokumentacji pośrednio, winny być uznane za roboty dodatkowe nieobjęte tymi umowami zawartymi w formie pisemnej. Wniosku tego nie zmienia zapis § 6 ust. 2 umowy z 31 lipca 2009 r., albowiem stanowił on, że wynagrodzenie ryczałtowe zawiera wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia; zapis ten odnosił się do prac nieujętych wprost w dokumentacji zawartej w SIWZ, lecz których konieczność wykonania można było przewidzieć; zapis ten nie dotyczy robót nieujętych w dokumentacji i jednocześnie konieczności których wykonania nie można było przewidzieć. W rozpatrywanej sprawie zakres tych prac dodatkowych oraz ich wartość została w sprawie ustalona przy posiłkowaniu się wiadomościami specjalnymi w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. Jak wynika to z opinii biegłych sądowych wartość robót faktycznie wykonanych przez powoda, a nieobjętych przedmiarami dotyczącymi umów zawartych w formie pisemnej, wyniosła łącznie 59.106,53 netto (55.095,04 zł w zakresie robót budowlanych i 4.011,49 zł w zakresie robót elektrycznych), a zatem 72.109,97 zł brutto. Wartość ta stanowi kwotę zubożenia powoda i jednocześnie wzbogacenia pozwanego, a zatem żądanie powoda zwrotu przez pozwanego wartości nienależnego świadczenia było zasadne w zakresie żądania kwoty 72.109,97 zł.

O odsetkach od tej kwoty Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. w związku z art. 455 k.c. Odsetki skapitalizowane za okres od 15 do 17 sierpnia 2012 od kwoty 72.109,97 zł wynoszą 77,05 zł i taką też kwotę należało zasądzić od pozwanej na rzecz powoda tytułem skapitalizowanych odsetek. W świetle art. 56 ustawy z 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 r., poz. 1830) za okres do dnia 31 grudnia 2015 r. powodowi należą się odsetki, których wysokość jest ustalana zgodnie z art. 359 § 3 k.c. w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 31 grudnia 2015 r., a więc odsetki w wysokości odsetek ustawowych. Z kolei za okres od 1 stycznia 2016 r., skoro powódka nie zmodyfikowała żądania i także po tej dacie wносиła o zasądzenie odsetek ustawowych, należały się odsetki w wysokości odsetek ustawowych obliczonych na podstawie art. 359 § 2 k.c. w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących od 1 stycznia 2016 r.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 72.187,02 zł wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od 18 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części.

O kosztach procesu Sąd pierwszej instancji rozstrzygnął na zasadzie ich stosunkowego rozdzielenia stosownie do wyników sporu.

O nieuiszczonych kosztach sądowych Sąd pierwszej instancji orzekł w oparciu o art.

113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, stosując odpowiednio zasadę ich rozliczenia stosownie do wyników postępowania.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód, zaskarżając go w części tj. co do oddalenia powództwa w zakresie kwoty 101.815,97 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 69.969,09 zł od dnia 18 sierpnia 2012 roku do dnia zapłaty i od kwoty 31.846,88 zł od dnia 02 grudnia 2015 roku do dnia zapłaty, w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu oraz o nieuiszczonych kosztach sądowych.

Apelujący zarzucił Sądowi pierwszej instancji:

1. naruszenie art. 321 k.p.c. w zw. z art. 193 k.p.c. poprzez bezzasadne przyjęcie, że wskutek uwzględnienia powództwa w rozszerzonej postaci doszłoby do orzeczenia ponad żądanie, w sytuacji gdy na skutek dokonania skutecznej zmiany



przedmiotowej powództwa doszło do skumulowania dwóch roszczeń w przedmiotowej sprawie, w konsekwencji czego Sąd był związany żądaniem powoda,

2. naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda wobec zmiany przedmiotowej powództwa, tj. o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: Z. S. i M. C. oraz z opinii biegłych sądowych jako spóźnionych, podczas gdy konieczność powołania tychże wniosków dowodowych powstała wskutek przedmiotowej zmiany powództwa, dopuszczalnej aż do zamknięcia rozprawy przed sądem pierwszej instancji, co w konsekwencji doprowadziło do niewyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozpoznania powództwa w zmienionej postaci;

3. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny zgromadzonych dowodów poprzez pominięcie przy rozstrzygnięciu sprawy udowodnionych przez powoda i ustalonych przez Sąd jako bezspornych okoliczności polegających na: „uznaniu przez pozwanego roszczenia powoda o zapłatę wynagrodzenia w części rozszerzonego roszczenia poprzez dokonane potrącenie i zapłatę wynagrodzenia w pozostałej części”, okoliczności polegającej na „powstaniu opóźnienia powoda w wykonaniu umowy z przyczyn nie leżących po stronie powoda a z przyczyn leżących po stronie pozwanego wynikających ze zlecenia przez pozwanego wykonania robót dodatkowych” oraz okoliczności polegających na ustaleniu: iż „dokumentacja opracowana na podstawie tej umowy nie była kompletna i nie była prawidłowa. (...)” - strona 4 uzasadnienia”, a co za tym idzie ocenę zgromadzonych dowodów, za pomocą których zostały udowodnione te okoliczności w sposób sprzeczny z zasadami logicznego rozumowania.

4. naruszenie prawa materialnego tj. art. 476 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 k.c. przez błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że dopuszczalne jest obciążenie kontrahenta karą umowną za opóźnienie, nawet w sytuacji gdy opóźnienie spowodowane jest okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi druga strona i w konsekwencji przerzucenie na powoda odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu umowy w sytuacji kiedy opóźnienie w wykonaniu umowy było następstwem okoliczności, za które powód odpowiedzialności nie ponosił,

5. naruszenie art. 632 k.c. w zw. z art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące przyjęciem, iż nie jest możliwe zasądzenie roszczenia powoda wynikającego z bezpodstawnego wzbogacenia w sytuacji, gdy strony w umowie przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe oraz pominięcie okoliczności, iż powód wykonał szereg prac, które nie zostały uwzględnione w SIWZ, w przedmiarach robót oraz w umowie, a wyłącznie wartość 72.109,97 zł stanowi kwotę zubożenia powoda i jednocześnie wzbogacenia pozwanego.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozstrzygnięcia oraz pozostawienie temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

Apelujący - na podstawie art. 380 k.p.c. - wniósł ponadto o rozpoznanie przez Sąd drugiej instancji postanowienia Sądu pierwszej instancji o oddaleniu wniosku strony powodowej o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków Z. S. i M. C. oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych sądowych: z zakresu budownictwa, z zakresu robót elektrycznych, a także z zakresu instalacji wodno-kanalizacyjnych, instalacji centralnego ogrzewania i wentylacji mechanicznej i zmianę w/ w postanowienia poprzez dopuszczenie wskazanych dowodów na okoliczność zakresu rzeczywiście wykonanych robót w ramach realizacji obu umów i ich wartości, wpływu konieczności wykonania prac dodatkowych na wydłużenie terminu realizacji robót objętych umowami, a co za tym idzie braku podstaw do obciążenia powoda karami umownymi przez pozwanego.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja powoda jest jedynie częściowo uzasadniona.

Przed wszystkim chybione pozostają zarzuty naruszenia prawa procesowego i związany z nimi wniosek o dokonanie kontroli w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu pierwszej instancji z dnia 3 lutego 2016 r. o oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych przez pełnomocnika powoda w piśmie procesowym z dnia 2 grudnia 2015 r.

Wbrew wywodom skarżącego, w rozpatrywanej sprawie z pewnością nie doszło do naruszenia art. 321 k.p.c. w związku z art. 193 k.p.c. w sposób opisany w apelacji. Pierwszy z powołanych przepisów wyraża zasadę wyrokowania dotyczącą przedmiotu orzekania, według której sąd związany jest żądaniem zgłoszonym przez powoda w powództwie, a więc nie można wbrew żądaniu powoda zasądzić czegoś jakościowo innego albo w większym rozmiarze, czy też uwzględnić powództwa na innej podstawie faktycznej niż zakreślona przez powoda. Granice wyrokowania wyznacza zatem żądanie powództwa, które determinowane jest przez jego treść i podstawę faktyczną roszczenia. W konsekwencji art. 321 § 1 k.p.c. może być naruszony tylko wówczas, jeżeli sąd orzeknie o innym roszczeniu aniżeli zgłoszone przez powoda. Z kolei przepis art. 193 k.p.c. reguluje zagadnienie przedmiotowej zmiany powództwa i warunki jej dopuszczalności w procesie. Zestawienie obu wskazanych norm przekonuje, że zarzut ich jednoczesnego naruszenia mógłby znaleźć zastosowanie, gdyby Sąd Okręgowy z naruszeniem zasad dotyczących przedmiotowej zmiany powództwa wyrokował co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem lub zasądził ponad żądanie powoda. A priori wysoce wątpliwa wydaje się natomiast próba zakwestionowania za pomocą powyższego zarzutu rozstrzygnięcia o częściowym oddaleniu powództwa w części dotyczącej rozszerzonego żądania pozwu, a taki zakres zaskarżenia wyznaczają granice apelacji.

Uważna lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie pozostawia wątpliwości co do tego, że Sąd Okręgowy za całkowicie skuteczną uznał przedmiotową modyfikację powództwa dokonaną pismem procesowym z dnia 2 grudnia 2015 r., a polegającą na wystąpieniu z nowym roszczeniem o zapłatę kwoty 31.846,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 grudnia 2015 r. - tytułem reszty wynagrodzenia należnego powodowi z umów o roboty budowlane z dnia 27 maja 2009 r. nr ZP/333/2/09 oraz z dnia 31 lipca 2009 r. nr ZP/333/4/1/09. Stąd zupełnie bezprzedmiotowe pozostają wywody apelacji dotyczące warunków kumulacji roszczeń w procesie i postulowanego postępowania Sądu w razie ewentualnego uznania takiej kumulacji za niedopuszczalną. Przyczyną oddalenia powództwa w tym zakresie była merytoryczna ocena tak zdefiniowanego nowego żądania pozwu, a nie rzekome pominięcie przez Sąd pierwszej instancji przedmiotowej modyfikacji powództwa.

Dalsze wywody apelacji wydają się wskazywać, że w ocenie skarżącego w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r. doszło także do bliżej nieokreślonej modyfikacji pierwotnego żądania pozwu poprzez wyeksponowanie jego nowej podstawy. Argumentacja powoda w tej materii jest jednak dalece niekonsekwentna, bowiem apelujący z jednej strony powołuje się na tą postać przedmiotowej zmiany powództwa, która polega na przytoczeniu częściowo nowej podstawy faktycznej tożsamego żądania (strona 5 apelacji), by następnie wskazywać, że od początku procesu „... niezależnie od uzasadnienia swych twierdzeń, powód dochodzi części wynagrodzenia wynikającego ze stosunków zobowiązaniowych łączących strony i stopnia ich wzajemnego wykonania przez obie strony” (strona 6 apelacji). W każdym razie uzasadnienie apelacji nie wyjaśnia, na czym polegała rzekoma przedmiotowa zmiana powództwa w zakresie pierwotnego żądania zapłaty kwoty 142.156,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu. W ocenie Sądu Apelacyjnego, intencji powoda w zakresie zmiany żądania nie ujawnia dostatecznie pismo procesowe pełnomocnika strony powodowej z dnia 2 grudnia 2015 r. Bezsprene nie zawiera ono żadnych twierdzeń dotyczących zmiany ilościowej lub jakościowej pierwotnego roszczenia, które pozostaje w niezmienionym kształcie od chwili wytoczenia pozwu. Nie została także w poprawny sposób wyartykułowana w treści pisma z dnia 2 grudnia 2015 r. ewentualna zmiana podstawy faktycznej żądania. Z całą pewnością nie stanowi natomiast przedmiotowej zmiany powództwa odmienna argumentacja prawna powoływana na poparcie niezmienionego żądania pozwu. Przedmiotową zmianą powództwa nie jest samo wskazanie alternatywnej podstawy materialnoprawnej dochodzonego roszczenia procesowego, bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 maja 2009 r. w sprawie V CSK 439/08 (LEX nr 518121), na sądzie orzekającym

spoczywa obowiązek dokonania z urzędu subsumcji pod właściwą normę prawa materialnego roszczenia procesowego powoda. Strona nie musi wskazywać podstawy materialnej żądania, a gdy tego dokona sąd nie jest nią związany.

W rozpatrywanej sprawie powód wskazał w pozwie, że żąda zapłaty przez stronę pozwaną kwoty 142.156,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, na którą składa się kwota 142.004,38 zł należności głównej tytułem różnicy pomiędzy kwotą zapłaconą przez pozwanego na podstawie umów z dnia 27 maja 2009 r. i z dnia 31 lipca 2009 r. zawartych przez strony, a kwotą do zapłaty której pozwany jest zobowiązany za rzeczywiście wykonane prace nie objęte przedmiarem robót, oraz kwota 151,73 zł tytułem skapitalizowanych odsetek za okres od dnia 15 sierpnia 2012 r. do dnia 17 sierpnia 2012 r. W uzasadnieniu pozwu znalazło się przy tym dwukrotnie ( na karatach 8 i 9) jednoznaczne stwierdzenie, że zakres wykonanych przez powoda prac dodatkowych i ich wycenę przedstawiają załączone do pozwu kosztorysy powykonawcze robót wodno-kanalizacyjnych, robót budowlanych i robót elektrycznych, których suma dawała dochodzoną kwotę. Tak zdefiniowana podstawa faktyczna żądania nie została zmieniona w toku procesu. W szczególności żadnych odmiennych twierdzeń w tym zakresie nie zawiera pismo procesowe z dnia 2 grudnia 2015 r., w którym powód ponownie wskazał, że kwota 142.004,38 zł stanowi wynagrodzenie należne powodowi z tytułu zrealizowania robót dodatkowych, których wykonanie było konieczne dla prawidłowego, zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania przedmiotu obu umów z dnia 27 maja 2009 r. i z dnia 31 lipca 2009 r. W szczególności analizowane pismo procesowe nie zawiera żadnych odmiennych twierdzeń co do zakresu owych robót i sposobu wyliczenia ich wartości przez powoda. Na marginesie wypada także zwrócić uwagę, iż ostatecznie na skutek postanowienia Sądu Okręgowego wydanego na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r. przedmiotem opinii biegłego sądowego Z. H. była ocena wszystkich robót dodatkowych budowlanych i wodno-kanalizacyjnych wykonanych przez powoda w obiekcie pozwanego, w oparciu o cały dostępny materiał dowodowy zebrany w sprawie, a zatem nie tylko tych prac, które pierwotnie objęte zostały kosztorysami powykonawczymi załączonymi do pozwu. Z kolei w zakresie robót dodatkowych elektrycznych nie sposób pominąć, że w świetle zeznań świadka K. M. podwykonawca z zakresu robót elektrycznych nie otrzymał od powoda wynagrodzenia za roboty dodatkowe nie objęte projektem (vide transkrypcja zeznań k 963), nie wiadomo także, czy takowego wynagrodzenia kiedykolwiek dochodził od J. K.. Istnieją zatem zasadnicze wątpliwości co do tego, czy istotnie po stronie powoda wystąpiło zubożenie z tego tytułu, co jednak pozostaje poza sferą rozważań Sądu Apelacyjnego wobec uprawomocnienia się wyroku Sądu pierwszej instancji w części uwzględniającej powództwo.

W tym stanie rzeczy na pełną aprobatę zasługuje stanowisko Sądu pierwszej instancji wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że w piśmie procesowym z dnia 2 grudnia 2015 r. nie doszło do zmiany podstawy faktycznej pierwotnego żądania pozwu, a przedmiotowa zmiana powództwa polegała wyłącznie na wystąpieniu z całkowicie nowym roszczeniem o zapłatę kwoty 31.846,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 grudnia 2015 r., opartym na odmiennej podstawie faktycznej i prawnej.

Ta konstatacja wprost przekłada się na ocenę kolejnego zarzutu apelacji zmierzającego do wykazania naruszenia norm procesowych tj. art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków Z. S. i M. C. oraz z opinii biegłych sądowych, zgłoszonych przez powoda wobec zmiany przedmiotowej powództwa. Rację ma Sąd Okręgowy wskazując, że przedmiotowa zmiana powództwa dokonana w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r. otwierałaby powodowi drogę jedynie dla tego rodzaju nowych środków dowodowych, które z zachowaniem dyspozycji art. 227 k.p.c. miały służyć wykazaniu zasadności nowego roszczenia o zwrot nienależnie potrąconej części wynagrodzenia z ważnych umów pisemnych. Z całą pewnością zmiana stanowiska procesowego polegająca na wystąpieniu z nowym żądaniem nie uchylała dyspozycji art. 207 § 6 k.p.c. w zakresie pierwotnego roszczenia zgłoszonego w pozwie.

Z ustaleń i rozważań Sądu pierwszej instancji wynika przy tym, że wszystkie okoliczności faktyczne istotne dla oceny nowego roszczenia zostały dostatecznie wyjaśnione już w chwili wystąpienia z tym żądaniem. Jak trafnie podkreślił Sąd Okręgowy, wysokość należnego powodowi wynagrodzenia z obu umów zawartych w formie pisemnej była bezsporna, a strona pozwana akceptowała obowiązek jego zapłaty i uznawała w tym zakresie wierzytelność powoda. W świetle warunków, jakim zgodnie z art. 498 § 1 k.c. powinno odpowiadać oświadczenie o potrąceniu, nie budzi wątpliwości, że stanowi ono wyraz przekonania wierzyciela o istnieniu wierzytelności wzajemnej. Sąd w

orzecznictwie podkreśla się, że oświadczenie o potrąceniu może być poczytane za uznanie długu (uznanie niewłaściwe) (tak m.in. SN w wyroku z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie II CSK 70/11, LEX nr 1095816; podobnie SA w Krakowie w wyroku z dnia 10 lutego 2016 r. w sprawie I ACa 1417/15, LEX nr 2006006). Z zebranego materiału dowodowego, w tym z przeprowadzonych w sprawie dowodów z zeznań świadka Z. S. i M. C., a także z opinii podstawowej i opinii uzupełniających biegłego sądowego z zakresu budownictwa oraz z opinii biegłego z zakresu instalacji elektrycznych jednoznacznie wynika, że błędy projektowe i zmiany dokonywane przez inwestora w toku realizacji inwestycji wpłynęły na opóźnienia w wykonaniu robót i na brak możliwości ich terminowego zakończenia zgodnie z umowami. W szczególności świadek Z. S. w swych zeznaniach zwracał uwagę na istotne opóźnienia wywołane zmianami m.in. w zakresie instalacji wentylacyjnej, związane z koniecznością opracowania na zlecenie inwestora projektu zamiennego, który został dostarczony dopiero pod koniec czerwca 2009 r., a zatem z około miesięcznym opóźnieniem. Sąd pierwszej instancji jednoznacznie dał wyraz swojemu przekonaniu, iż opóźnienie w zakończeniu robót wywołane zostało zleceniem przez pozwanego prac dodatkowych zarówno w ramach ustaleń faktycznych (strona 9 uzasadnienia, k 1058 akt), jak i wyjaśniając przyczyny oddalenia wniosków dowodowych zgłoszonych w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r. (strona 12 uzasadnienia, k 1059v akt), gdzie wprost wskazał, że wpływ wykonywanych przez powoda robót dodatkowych na możliwość dotrzymania umownych terminów wykonania prac objętych przedmiotem został ustalony zgodnie z twierdzeniami powoda. W pełni uprawniona była zatem decyzja o oddaleniu nowych wniosków dowodowych w oparciu o art. 227 k.p.c. w związku z art. 217 § 3 k.p.c. w zakresie, w jakim zmierzały one do wyjaśnienia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę nowego żądania.

Ponownie wypada natomiast podkreślić, że fakty, na których oparte było pierwotne żądanie pozwu, powód winien wykazywać już w treści powództwa. Zgłoszenie szeregu kolejnych wniosków dowodowych po upływie ponad 3 lat trwania postępowania, przy braku wskazania przyczyn, które uzasadniałyby tak istotne uchybienie w inicjatywie dowodowej strony, z pewnością należało uznać za spóźnione. Nie budzi także wątpliwości, że prowadzenie postępowania dowodowego zgodnie z wnioskami zawartymi w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r. istotnie wydłużyłoby tok procesu, co w konsekwencji uprawniało Sąd pierwszej instancji do zastosowania przepisu art. 207 § 6 k.p.c.

Co jednak najistotniejsze, podnosząc zarzut naruszenia przepisów art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych, co – zdaniem apelującego - doprowadziło do niewyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozpoznania powództwa w zmienionej postaci, powód nie wskazuje, jakie okoliczności nie zostały dostatecznie wyjaśnione i jakie fakty istotne dla rozstrzygnięcia zamierzał za pomocą owych dowodów wykazać. Jest to o tyle istotne, że jak wskazano wyżej zarówno Z. S. jak i M. C. zostali w sprawie przesłuchani w charakterze świadków na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. Apelujący nie wskazuje, jakie inne okoliczności, poza tymi które w obszerniej relacji przedstawili obaj świadkowie, nie zostały przez nich wyjaśnione. Warto zaznaczyć, że wskazani świadkowie wypowiadali się na temat rzeczywiście wykonanych przez powoda robót dodatkowych, a zatem na fakty ponownie objęte też dowodową zakreśloną w piśmie procesowym z dnia 2 grudnia 2015 r. Podobnie trudno dociec, jakie okoliczności wymagające wiadomości specjalnych, poza wykazanymi innymi środkami dowodowymi o czym była już mowa, powód zmierzał wykazać za pomocą wnioskowanych dowodów z opinii biegłych sądowych, skoro w sprawie zostały przedstawione opinie biegłych z zakresu budownictwa oraz z zakresu instalacji elektrycznych, a powód ostatecznie nie przedstawił tego rodzaju merytorycznych zastrzeżeń do tych dowodów, które nakazywałyby ich uzupełnienie lub uzasadniałyby potrzebę powołania dowodu z opinii innych biegłych sądowych (art. 286 k.p.c.).

Przedstawione dotychczas rozważania przekonują także, iż brak jest podstaw dla dokonania kontroli postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 3 lutego 2016 r. o oddaleniu wniosków dowodowych w trybie art. 380 k.p.c. i uzupełnienia w tym zakresie postępowania dowodowego przed Sądem Apelacyjnym. Okoliczności faktyczne, które skarżący zamierzał udowodnić za pomocą tych dowodów bądź zostały już dostatecznie wyjaśnione zgodnie z jego twierdzeniami, bądź też wnioski dowodowe w tym zakresie pozostawały ewidentnie spóźnione, a ponadto apelujący nie wykazał, że ich oddalenie przełożyło się na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Całkowicie chybiony pozostaje również ostatni zarzut naruszenia prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. i przewidzianej w tym przepisie zasady swobodnej oceny dowodów. Przede wszystkim uzasadnienie analizowanego

zarzutu nie przystaje do treści art. 233 § 1 k.p.c. Skoro, jak przyjmuje sam skarżący, Sąd Okręgowy określone okoliczności faktyczne uznał za bezsporne i ustalił je zgodnie z twierdzeniami powoda, trudno dociec w czym wyraża się przekroczenie granic swobodnej oceny zgromadzonych dowodów. Z uzasadnienia apelacji można wnioskować, że za pomocą zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. skarżący próbuje podważyć merytoryczną ocenę roszczenia o zasądzenie kwoty 31.846,88 zł tytułem części umówionego wynagrodzenia. Rzecz jednak w tym, że przyczyną oddalenia powództwa w tej części była wyłącznie określona wykładania postanowień § 8 ust. 1 tiret drugie obu umów, w których strony zastrzegły, że za opóźnienie w wykonaniu umowy powód zapłaci pozwanemu karę umowną w określonej wysokości. Ponownie wypada podkreślić, że Sąd pierwszej instancji przyjął, iż powodowi przysługiwało wynagrodzenie w ustalonej w pisemnych umowach wysokości, a opóźnienie w zakończeniu robót wynikało z zachowania inwestora, który zlecał wykonanie robót dodatkowych. Uznał jednak, że na podstawie art. 473 § 1 k.c. powód skutecznie przyjął na siebie odpowiedzialność także za takie przyczyny nienależytego wykonania umów, za które z mocy ustawy co do zasady nie odpowiada. Tego stanowiska Sądu Okręgowego apelujący nie może jednak skutecznie podważać za pomocą zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., zwłaszcza, że jednocześnie wywiódł w tej materii zarzuty naruszenia prawa materialnego.

To właśnie w zakresie zarzutu naruszenia art. 476 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 k.c. apelacja powoda okazała się uzasadniona. Skarżący trafnie podnosi, że brak jest podstaw dla uznania za dopuszczalne obciążenia kontrahenta karą umowną za opóźnienie, w sytuacji gdy opóźnienie spowodowane jest okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi druga strona kontraktu. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Literalne brzmienie omawianego przepisu wskazuje na to, że dokonując modyfikacji przesłanek odpowiedzialności kontraktowej, należałoby oznaczyć inne niż wynikające z ustawy okoliczności, które obciążą dłużnika. Umowa powinna wskazywać, jaki jest zakres rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika: ogólne stwierdzenie, że dłużnik odpowiada "bez względu na przyczynę", nie jest – co do zasady – wystarczające, a wola stron w tym przedmiocie musi wynikać z umowy w sposób niewątpliwy (tak Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck 2015, teza 1 do art. 473 k.c.; podobnie Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E. Gniewka, Legalis 2016 teza 7 do art. 473 k.c.). Pogląd ten jest również aprobowany w orzecznictwie (tak m.in. SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie IV CKN 1553/00, Legalis nr 59147; podobnie w wyroku z dnia 27 września 2013 r. w sprawie I CSK 748/12, OSNC 2014/6/67). Nie budzi wątpliwości, że powyższym kryteriom powinno odpowiadać także postanowienie umowne kreujące obowiązek zapłaty kary umownej. W judykaturze podkreśla się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.) W razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (art. 473 § 1 k.c.), ten płaci umowną karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego, od którego zależy jego odpowiedzialność. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w granicach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), a jej rozszerzenie jest nieograniczone, stąd dłużnik może odpowiadać na zasadzie ryzyka. Konieczne jest jednak oznaczenie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (zamknięty krąg okoliczności). Ogólne określenie odpowiedzialności - bez względu na przyczynę - jest niewystarczające (tak SA w Szczecinie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. w sprawie I ACa 847/14, LEX nr 1771374; podobnie SA w Białymstoku w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie I ACa 116/16, LEX nr 2071291).

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, zastrzeżenie § 8 ust. 1 tiret drugie umów pisemnych łączących strony wykładane tak jak czyni to Sąd pierwszej instancji, a zatem w sposób zrównujący kontraktową odpowiedzialność dłużnika za terminowe wykonanie przedmiotu umowy z odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka, narusza przepis art. 473 § 1 k.c. Nie budzi bowiem wątpliwości, że analizowane zastrzeżenie nie ma charakteru gwarancyjnego, a z woli stron ustanawia karę umowną, o czym wyraźnie przekonuje także postanowienie § 8 ust. 3 obu umów nawiązujące do treści art. 484 § 1 zdanie drugie k.c. i przewidzianej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. W tej sytuacji dla skutecznego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika konieczne byłoby jednoznacznie oznaczenie w umowie jej granic, do czego obliguje przepis art. 473 § 1 k.c.

Niezależnie jednak od oceny skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności powoda w oparciu o postanowienia § 8 ust. 1 tiret drugie umów, nie jest możliwe w drodze zastosowania art. 473 § 1 k.c. w związku z art. 483 k.c. rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika na przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (tak SN w powołanym wyżej wyroku z dnia 27 września 2013 r. w sprawie I CSK 748/12; podobnie SA w Szczecinie w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie I ACa 1099/15, LEX nr 2052661). W realiach sporu ma to ten skutek, iż powód nie może ponosić odpowiedzialności zastrzeżonej w § 8 ust. 1 tiret drugie umów pisemnych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu kontraktu, skoro niedotrzymanie wskazanych w umowach terminów zakończenia prac nastąpiło na skutek zachowania inwestora lub osób za które ponosi on odpowiedzialność (błędy projektanta). Powoda nie mogą zatem obciążać skutki wadliwej dokumentacji projektowej, konieczności opracowania projektów zamiennych i tego rodzaju prac dodatkowych wprowadzanych przez inwestora, których nie można było przewidzieć na etapie zawierania umów. Należy podkreślić, że dostarczenie wykonawcy przez inwestora dokumentacji projektowej dotkniętej wadliwością, która nie pozwala na osiągnięcie umówionego celu umowy w uzgodnionym czasie, stanowi o naruszeniu obowiązków, jakie inwestor przyjmuje na siebie w ramach umowy o roboty budowlane.

W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że pozwanemu nie przysługiwała wierzytelność wzajemna z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 8 ust. 1 tiret drugie umów pisemnych, nie zostały zatem spełnione przesłanki z art. 498 § 1 k.c., a w konsekwencji oświadczenie o potrąceniu złożone przez Wojewódzki Ośrodek Medycyny Pracy Centrum (...) Lecznicze w Ł. nie wywołało skutków z art. 498 § 2 k.c. Powód może zatem skutecznie dochodzić roszczenia o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia ustalonego w umowach z dnia 27 maja 2009 r. i z dnia 31 lipca 2009 r., a powództwo w zakresie żądania zapłaty kwoty 31.846,88 zł jest uzasadnione.

Powód może także żądać na zasadzie art. 481 § 1 k.c. odsetek ustawowych od tej kwoty zgodnie z treścią pisma z dnia 2 grudnia 2015 r. tj. od chwili rozszerzenia powództwa, bowiem termin zapłaty wynagrodzenia wyznaczony został w § 9 ust. 2 obu umów. Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje przy tym rozważania Sądu pierwszej instancji poświęcone charakterowi żądanych odsetek i zastosowaniu art. 359 § 2 k.c. w aktualnym brzmieniu.

Sąd Apelacyjny nie podziela natomiast przywołanego w apelacji kolejnego zarzutu naruszenia prawa materialnego tj. art. 632 k.c. w zw. z art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c., którego skarżący upatrywał w błędnej ich wykładni i niewłaściwym zastosowaniu skutkującym przyjęciem, że nie jest możliwe zasądzenie roszczenia powoda wynikającego z bezpodstawnego wzbogacenia w sytuacji, gdy strony w umowie przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe oraz w pominięciu okoliczności, że powód wykonał szereg prac, które nie zostały uwzględnione w SIWZ, w przedmiarach robót oraz w umowie. Zarzut ten jest o tyle chybiony, iż powołany przepis art. 632 § 2 k.c. nie stanowił ani podstawy prawnej żądania pozwu – powód wyraźnie dochodził zwrotu świadczenia nienależnego ewentualnie bezpodstawnie uzyskanej korzyści, a nie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, ani też nie determinował rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji o częściowym oddaleniu powództwa. Sąd pierwszej instancji wprost wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że poza zakresem niniejszej sprawy pozostaje dyspozycja art. 632 § 2 k.c. i postanowienie § 6 ust. 5 umowy z dnia 31 lipca 2009 r. (vide strona 19 uzasadnienia, k 1063 akt). Oceniając postanowienia obu umów zawartych przez strony, Sąd pierwszej instancji odniósł się do treści § 6 ust. 5 umowy z dnia 31 lipca 2009 r. oraz analogicznej regulacji umowy z dnia 27 maja 2009 r. wprowadzonej na podstawie § 1 ust. 2 umowy w związku z postanowieniem pkt XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i trafnie przyjął, iż mimo ryczałtowego charakteru umówionego wynagrodzenia powód nie mógł skutecznie przejść na siebie pełnej odpowiedzialności za wykonanie wszelkich prac związanych z zamówieniem, w tym takich które nie zostały ujęte w dokumentacji projektowej. Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje przyjętą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku taką wykładnię umów zawartych przez strony, w myśl której analizowany zapis odnosił się do prac nieujętych wprost w dokumentacji zawartej w SIWZ, lecz których konieczność wykonania można było przewidzieć, natomiast nie dotyczy robót nieujętych w dokumentacji i jednocześnie konieczności których wykonania nie można było przewidzieć na etapie zawierania umowy. Do takiej interpretacji przepisu art. 632 § 1 k.c. , stosowanego odpowiednio do umowy o roboty budowlane, nawiązał także Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 czerwca 2016 r.

w sprawie I ACa 619/15 (LEX nr 213712) podkreślając, że „...ukształtowanie wynagrodzenia jako ryczałtowego ma m.in. i to następstwo, iż generalnie rzecz biorąc wyklucza ono możliwość skutecznego ubiegania się przez wykonawcę o sfinansowanie przez zamawiającą realizacji przez niego prac dodatkowych, a tym bardziej zamiennych o ile ich rozmiar lub rodzaj byłby różny od tego, który został umownie określony. Założenie ustawodawcy bowiem jest takie, iż niezależnie od tego jakie koszty wykonawca rzeczywiście poniesienie, realizując przedmiot umowy, zakres jego wierzytelności z tytułu wynagrodzenia określa suma ryczałtowa. Zatem taka możliwość, skutecznego ubiegania się o ekwiwalent za nie, jakkolwiek w ustawie nie wyłączona, musi być wykładana ściśle jako możliwość zupełnie wyjątkowa, powstająca wówczas gdy te (dodatkowe prace) wykraczają poza zakres robót umówionych, a ponadto takich, które są niezbędne dla właściwego wykonania umowy i równocześnie takich, których realizacji nie można było przewidzieć, w czasie, kiedy strony kształtowały wynagrodzenie jako ryczałtowe”.

W rozpatrywanej sprawie ryczałtowy charakter wynagrodzenia, szczególny tryb zawarcia obu umów oraz rodzaj i zakres dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego w toku postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, determinowały określone obowiązki powoda jako wykonawcy na etapie zawierania i wykonywania umowy. Wypada zgodzić się z Sądem Okręgowym, że także na powodzie jako na podmiocie profesjonalnie zajmującym się pracami budowlanymi, spoczywał obowiązek wnikliwego zapoznania się i analizy dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego w procedurze przetargowej, a także powinność dostrzeżenia i wyjaśnienia ewentualnych nieścisłości lub wątpliwości co do zakresu przedmiotu prac objętych zamówieniem. Usunięciu ewentualnych wątpliwości, doprecyzowaniu i uszczegółowieniu oświadczenia woli zamawiającego służy regulacja art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Nie zwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (tak SN w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015/3/46; podobnie w wyroku z dnia 17 czerwca 2016 r. w sprawie IV CSK 674/15, LEX nr 2093753). W judykaturze podkreśla się także, że do obowiązków wykonawcy należy prawidłowe odczytanie projektu i realizacja inwestycji zgodnie z jego założeniami oraz z zasadami sztuki budowlanej. Wykonawca, jako profesjonalista, nie jest jedynie bezkrytycznym odtwórcą projektu, ale musi wykonać zadanie przy uwzględnieniu zasad wiedzy technicznej. W konsekwencji obarczającym wykonawcę błędem w sztuce budowlanej będzie zazwyczaj niedostrzeżenie wadliwości powszechnie stosowanych, czy ogólnych rozwiązań konstrukcyjnych (tak SA w Szczecinie w wyroku z dnia 14 maja 2015 r. w sprawie I ACa 231/14, LEX nr 1785784).

Bezspornie powód nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 38 ust. 1 p.z.p. Jednocześnie z opinii biegłych sądowych wprost wynika, że część prac uznanych przez powoda za dodatkowe, wynikała bądź z uważnej analizy przedmiaru robót, bądź też z wszechstronnej oceny pełnej dokumentacji przetargowej i przy wykorzystaniu wiedzy fachowej wymaganej od wykonawcy istniała możliwość przewidzenia konieczności ich wykonania już na etapie składania oferty. Jednocześnie są to roboty konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym stanie rzeczy, tego rodzaju prace nie ujęte w ofercie powoda z pewnością nie mają charakteru robót dodatkowych, stanowią integralną część przedmiotu obu umów, a ich ekwiwalentem jest uzgodnione przez strony wynagrodzenie ryczałtowe. Innymi słowy, podstawą wykonania tego typu prac były pisemne umowy stron, a powód nie może się domagać się zapłaty ich wartości w reżimie odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Ponownie także należy podkreślić, że w ramach zaskarżonego wyroku powód otrzymał wynagrodzenie za te prace, które istotnie nie wynikały z dokumentacji projektowej lub podyktowane zostały jej zmianami dokonanymi na życzenie inwestora, co czyni bezprzedmiotowymi rozważania apelującego przedstawione w końcowej części uzasadnienia apelacji.

Uzupełniając warto zwrócić uwagę, że roszczenie o zapłatę kwoty 142.004,38 zł należności głównej jest również o tyle niezasadne, iż w świetle opinii biegłych wartość wszelkich prac powoda nie ujętych w jego ofercie tj. tych możliwych do przewidzenia na etapie składania oferty oraz tych, których wykonawca nie mógł przewidzieć, jest niższa. Według biegłego sądowego z zakresu budownictwa wartość wszystkich tych robót wynosi 89.960,51 zł netto i 109.751,82 zł brutto. Przy uwzględnieniu wartości robót dodatkowych elektrycznych z opinii biegłego z zakresu instalacji elektrycznych tj. kwoty 4.011,49 zł netto i 4.894,01 brutto, wartość wszystkich prac, w tym tych, które nie

miały charakter robót dodatkowych z uwagi na możliwość i powinność ich ujęcia przez uważnego wykonawcę w ofercie w następstwie właściwej analizy dokumentacji przetargowej, zamyka się kwotą 114.645,83 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził dodatkowo od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 31.846,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty.

Zmiana rozstrzygnięcia co do istoty sporu wiązała się z koniecznością modyfikacji orzeczenia o kosztach procesu oraz o nieuiszczonych kosztach sądowych, które winny obciążać strony w proporcji odpowiedniej do zakresu, w jakim powództwo zostało ostatecznie uwzględnione. O kosztach procesu przed Sądem pierwszej instancji należało zatem orzec na podstawie art. 100 k.p.c. przy wykorzystaniu zasady ich stosunkowego rozliczenia i przy założeniu, że żądanie powoda zostało ostatecznie uwzględnione w około 60%. Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje przy tym wyliczenie ogólnych kosztów procesu na kwotę 26.062,32 zł oraz kosztów poniesionych przez każdą ze stron (powoda – 18.040,94 zł i pozwanego – 8.021,38 zł), przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

O nieuiszczonych kosztach sądowych, których prawidłowe wyliczenie przedstawił Sąd pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 100 k.p.c. przy uwzględnieniu tej samej proporcji wygranej powoda.

Apelacja powoda w pozostałym zakresie podlegała oddaleniu jako bezzasadna na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. na zasadzie ich wzajemnego rozliczenia, przy założeniu, że żądanie apelacji zostało uwzględnione w około 31,3 %. Na poniesione przez powoda koszty postępowania apelacyjnego złożyła się opłata stosunkowa od apelacji w wysokości 5.091 zł. Obie strony poniosły ponadto koszty wynagrodzenia pełnomocników procesowych w wysokości po 5.400 zł, ustalone na podstawie § 2 pkt 6 w związku z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804) w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 października 2016 r.