

Sygn. akt: I ACa 621/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Sędzia przewodniczący:	SA Anna Cesarz (spr.)
Sędziowie:	SA Lilla Mateuszczyk SA Tomasz Szabelski
Protokolant:	stażysta Agata Jóźwiak

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2013 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **S. G., W. D. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) S. G. i W. D. oraz M. K. - prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...)**

przeciwko **Wojewódzkiemu Ośrodkowi Ruchu Drogowego w S.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Sieradzu

z dnia 7 marca 2013 r. sygn. akt I C 140/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1 i 3 w ten sposób, że:

- w punkcie 1 oddala powództwo co do kwoty 186.207,40 (sto osiemdziesiąt sześć tysięcy dwieście siedem 40/100) zł z odsetkami ustawowymi od 7 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty,

- w punkcie 3 zasądza od powodów S. G., W. D. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) S. G. i W. D. oraz M. K. - prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) na rzecz pozwanego Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w S. kwotę 3.617 (trzy tysiące sześćset siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

II. zasądza od powodów S. G., W. D. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) S. G. i W. D. oraz M. K. - prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) na rzecz pozwanego Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w S. kwotę 12.011 (dwanaście tysięcy jednaście) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z 7 marca 2013 r. Sąd Okręgowy w Sieradzu zasądził od pozwanego Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w S. na rzecz powodów S. G., W. D. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) S. G. i W. D. i M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) solidarnie kwotę 186.207,40 zł z ustawowymi odsetkami od 7 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie 16.187,73 zł z tytułu zwrotu kosztów procesu.

Wyrok ten zapadł na podstawie następujących ustaleń faktycznych Sądu I instancji:

1 czerwca 2010 r. pozwany zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą: budowa budynku o funkcji administracyjno-usługowej z wykorzystaniem istniejącej bryły, parkingu samochodów osobowych i placu manewrowego wraz z urządzeniami budowlanymi, oraz budowa myjni samochodowej na potrzeby własne oraz remont i przebudowa pomieszczeń w budynku administracyjno-usługowym, budowa węzła ciepłego, budowa zjazdu z drogi publicznej, budowa zewnętrznego oświetlenia placu manewrowego, wymiana przęseł istniejącego ogrodzenia.

21 czerwca 2010 r. powodowie złożyli w prowadzonym przez pozwanego przetargu nieograniczonym ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto 2.612.594,71 zł (brutto 3.187.365,55 zł) i dołączyli do niej m.in. 12 kosztorysów ofertowych.

W trakcie postępowania przetargowego powodowie złożyli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na decyzję o odrzuceniu ich oferty przez pozwanego. Wyrokiem z 27 lipca 2010 r. KIO unieważniła czynności odrzucenia oferty powodów. W odpowiedzi na odwołanie pozwany przyznał, że wartość wycenienia z pozycji 80 przedmiaru wynosiła 479,7 m² i tę ilość powód jako oferent powinien pomnożyć przez cenę 1 m² oferowanych skrzydeł drzwiowych.

17 września 2010 r. pozwany zawarł z powodami, występującymi jako konsorcjum ich firm umowę na wykonanie robót budowlanych, której „zakres rzeczowy obejmuje projekt budowlany, specyfikację istotnych warunków zamówienia i przedmiar robót stanowiące podstawę do opracowania oferty do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przeprowadzonego w dniach 21 czerwca – 6 września 2010 r. Stosownie do § 13 tejże umowy strony ustaliły łączne wynagrodzenie za wykonanie robót na kwotę 2.678.126,03 zł netto oraz 3.267.313,76 zł brutto. Jednocześnie wykonawca obowiązany był wykonać na dodatkowe zamówienie zamawiającego dodatkowe roboty, których konieczność wystąpi w toku realizacji przedmiotu umowy, a których zakres nie przekracza 15% uprzedniego zamówienia. Zakres robót dodatkowych miał być ustalony w protokole, a rozliczenie miało nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego, protokołu odbioru odrębnej umowy i faktury.

Zgodnie z postanowieniami umowy z 17 września 2010 r. zamawiający powołał inspektora nadzoru w osobie K. Z., który był uprawniony do wydawania kierownikowi budowy jako .upelnomocnionemu przedstawicielowi pozwanego polecenia kierowane do wykonawcy.

Aneks nr (...) do umowy z 17 września 2010 r. strony uwzględniły wzrost podatku VAT z 22% do 23%.

W trakcie realizacji umowy dwukrotnie miały miejsce zamówienia na roboty dodatkowe, ulokowane przez pozwanego u powodów zgodnie z umową i ustawą o zamówieniach publicznych. Zgodnie z tymi umowami pozwany wypłacił powodom odpowiednio kwotę 46.815,18 zł netto oraz 17.432,88 zł netto. Za każdym razem umowy te poprzedzone były protokołem konieczności o wykonanie robót niezbędnych do należytego wykonania zamówienia i dokonaniem stosownych uzgodnień.

Pismem z 27 kwietnia 2011 r. pozwany potwierdził kosztorysowy charakter wynagrodzenia powodów objętego umową z 17 września 2010 r. i poinformował, że wykonane przez nich roboty (ilość i rodzaj) są potwierdzone stosownymi wpisami w dzienniku budowy.

2 sierpnia 2011 r. strony sporządziły protokół odbioru końcowego, z którego treści wynikało, iż protokół ten stanowił podstawę do wystawienia faktury końcowej po dostarczeniu kosztorysów wykonanych robót i ich weryfikacji przez inwestora.

Po zakończeniu robót budowlanych powodowie przedstawili pozwanemu 15 kosztorysów powykonawczych, zatwierdzonych przez inspektorów nadzoru pozwanego K. Z., R. A., I. B.. Łączna wartość robót budowlanych wykonanych przez powodów na rzecz pozwanego wynikająca z kosztorysów powykonawczych -po uwzględnieniu korekt naniesionych przez inspektorów nadzoru wyniosła netto 2.720.897,12 zł.

W piśmie z 29 września 2011 r. inspektor nadzoru pozwanego K. Z. na żądanie inwestora udzielił informację dotyczącą wartości końcowej należności (netto bez VAT) dla powodów jako wykonawcy robót. Zgodnie z tym wyjaśnieniem pozostała należność do rozliczenia końcowego wynosi 152.798,88 zł. Udzielając tych wyjaśnień K. Z. zastrzegł, że nie uwzględnia ono sprawdzonych kosztorysów powykonawczych, które przekazał inwestorowi.

Powodowie za roboty wykonane na rzecz pozwanego wystawili łącznie 11 faktur VAT na łączną kwotę netto 2.563.112,31 zł, z czego w treści ostatniej z tych faktur (nr (...) z 30 września 2011 r.) zawarli sformułowanie, że jest to „faktura końcowa w zakresie należności bezspornych”.

Pozwany wypłacił powodom wszystkie należności wynikające z wystawionych przez powodów faktur VAT.

15 listopada 2011 r. powodowie wezwali pozwanego do zapłaty na ich rzecz kwoty 194.075,32 zł tytułem niezapłaconej dotąd części należnego im wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych na rzecz pozwanego. W wezwaniu do zapłaty powodowie podnieśli, że z kosztorysów powykonawczych zweryfikowanych przez Inspektorów Nadzoru ustanowionych przez pozwanego wynika, iż niekwestionowana przez tych Inspektorów suma wynagrodzeń należnych wynosi netto 2.720.897,12 zł. W tej sytuacji po odliczeniu wypłaconego wynagrodzenia w łącznej kwocie netto 2.563.112,31 zł do zapłaty na rzecz powodów pozostaje jeszcze kwota 157.784,81 zł netto, czyli z podatkiem VAT w wysokości 23% kwota 194.075,32.

Pozwany pismem z 24 listopada 2011 r. odmówił zapłaty powodom kwoty objętej ich wezwaniem z 15 listopada 2011 r., stwierdzając, że inne źródła ewentualnych roszczeń pomiędzy stronami nie istnieją.

Zgodnie z opinią biegłego z zakresu budownictwa B. O. wszystkie roboty wykonane przez powodów objęte kosztorysami powykonawczymi zweryfikowanymi przez inspektorów nadzoru pozwanego były konieczne do prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego objętego umową stron z 17 września 2010 r. Dodatkowo biegły wyjaśnił, że roboty przewidziane w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym a wykonane w ilościach większych niż wskazane w tych dokumentach są robotami uzupełniającymi. Wynagrodzenie za te roboty powinno wynikać z obmiaru wykonanych robót i kosztorysów powykonawczych. Jednocześnie biegły stwierdził, że roboty wykonane przez powodów zamiast robót przewidzianych w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym są robotami zamiennymi. W ocenie biegłego za roboty dodatkowe w rozumieniu art. 67 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych należy uznać te roboty, których konieczność wykonania nie mogła być przewidziana w momencie zawierania umowy czy na etapie prac projektowych. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy za roboty uzupełniające należy uznać roboty przewidziane w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym przekraczające wielkości przewidziane w tych dokumentach (tzw. nadwyżka kosztorysowa). Wartość tych robót wynosi 95.969,71 zł, a poszczególne elementy tych robót zostały podane w tabeli do pkt. B opinii. Reasumując biegły stwierdził, że w przypadku tej kategorii robót mamy do czynienia z tymi samymi rodzajowo robotami jak w kosztorysie ofertowym, z tą różnicą, iż roboty te zostały wykonane w większym zakresie niż wynikającym ze wspomnianego wcześniej kosztorysu. W rezultacie przy ustalaniu wartości tychże robót należy w pierwszej kolejności ustalić ilość oraz wartości robót wyszczególnionych

w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym (tabela do pkt.A). Dopiero porównanie ilości robót w kosztorysach powykonawczych z ilością robót wyszczególnionych w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym pozwala na ustalenie wartości tzw. robót uzupełniających. Ponadto biegły stwierdził, że wartość robót zamiennych wykonanych przez powodów wynosi 104.271,64 zł (tabela do pkt. C opinii) zaś robót dodatkowych 76.583,93 zł (tabela do pkt. D opinii). Podsumowując biegły stwierdził, że należne powodom wynagrodzenie, zgodnie z kosztorysami powykonawczymi po weryfikacji, wynosi 2.714.500,46 zł netto i jest niższe od wypłacone przez pozwanego (2.563.112,31 zł). Biegły w trakcie przesłuchania wyjaśnił, że wykrył także błędy rachunkowe w protokołach powykonawczych na kwotę ponad 6.400 zł, która uwzględniał w dokonanych przez siebie rozliczeniach.

Na podstawie tych ustaleń Sąd Okręgowy uznał za zasadne w przeważającej części. Stwierdził, że zebrany w sprawie materiał dowodowy był w zasadzie niesporny i wynikał z przedstawionych przez strony dowodów z dokumentów potwierdzających przeprowadzenie przetargu nieograniczonego w trybie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, wyłonienie powodów jako wykonawcy do wykonania zadania wskazanego w SIWZ, zawarcie umowy robót budowlanych, zakres prac objętych ofertą powodów i umową łączącą strony, kosztorysowy charakter wynagrodzenia należnego powodom. Zgłoszone przez strony osobowe źródła dowodowe w postaci zeznań świadków potwierdziły jedynie okoliczności i stan faktyczny sprawy wynikający z przedstawionych dokumentów.

Sąd I instancji uznał, że zeznania świadków T. O. oraz R. A. mają znaczenie drugorzędne. Na plan pierwszy wysuwają się natomiast zeznania świadka K. Z., będącego z ramienia pozwanego inspektorem nadzoru budowlanego w trakcie robót budowlanych związanych z modernizacją i rozbudową WORD w S.. Świadek ten w sposób wyraźny potwierdził wykonanie przez stronę powodową wszystkich robót ujętych w protokołach powykonawczych oraz to, że roboty te były wykonane zgodnie z obowiązującymi warunkami technicznymi i sztuką budowlaną. Jednocześnie z zeznań tego świadka, który pełnił kluczową rolę w procesie inwestycyjnym, wynika, że bez wykonania przez powodów robót dodatkowych czy też koniecznych (ujętych w kosztorysach powykonawczych) nie było by możliwe oddanie obiektu do użytku tj. obiektu sprawnego i bezpiecznego. Powyższe zapatrywanie (wyrażone przez profesjonalistę z dziedziny budownictwa) jest zgodne z wnioskami wypływającymi z opinii biegłego B. O., który w trakcie przesłuchania na rozprawie 21 lutego 2013 r. stwierdził, że wszystkie roboty wykonane przez powodów objęte kosztorysami powykonawczymi zweryfikowanymi przez inspektorów nadzoru pozwanego były konieczne do prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego objętego umową stron z 17 września 2010 r. oraz, że bez wykonania tych robót nie było możliwe oddanie obiektu pozwanego do użytku, ponieważ nie uzyskano by zgody stosownych organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo powszechne takich jak np. Straż Pożarna. W tych okolicznościach w ocenie Sądu Okręgowego traci na znaczeniu fakt, iż wykonane przez powodów roboty zostały zaliczone przez biegłego do trzech różnych kategorii (roboty dodatkowe, uzupełniające czy zamiennie). Decydujące jest bowiem to, że bez wykonania tych robót nie było by możliwe oddanie obiektu pozwanego do użytku. W rezultacie wszystkie te roboty należy uznać za niezbędne i konieczne w procesie inwestycyjnym, co oznacza że inwestor winien liczyć się z koniecznością ich poniesienia. W tym miejscu należy zgodzić się z powodem, że konieczność poniesienia tego typu dodatkowego wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wprost wynika z § 12 SI WZ, gdzie mówi się, że zamawiający wypłaci wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonane roboty na podstawie zestawienia faktycznie wykonanych prac na podstawie obmiaru robót wynikających z książki obmiarów. Kosztorys powykonawczy sporządzony będzie na podstawie obmiarów robót wynikających z książki obmiarów i cen jednostkowych robót wynikających z oferty wykonawcy. W ocenie Sadu I instancji pozbawienie powodów jako wykonawców takiego dodatkowego wynagrodzenia doprowadziło do skutków niepożądanych z punktu widzenia zasad słuszności i sprawiedliwości. Także orzecznictwo SN wskazuje, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji na podstawie art. 405 w zw. z art. 647 k.c. zasądził od pozwanego na rzecz powodów kwotę 186.207,40 zł z tytułu wynagrodzenia za niezapłaconą część wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych na rzecz pozwanego z ustawowymi odsetkami od 7 grudnia 2011 r. tj. wezwania pozwanego do zapłaty (art. 455 k.c.). Powyższa kwota stanowi różnicę pomiędzy ustaloną przez biegłego wartością robót na podstawie kosztorysów powykonawczych zweryfikowanych przez inspektorów nadzoru a kwotą wypłaconą powodom na podstawie faktur VAT, powiększoną o 23% VAT. Dalej idące powództwo podlegało oddaleniu.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając go w części uwzględniającej powództwo i zarzucając:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, tj.:

- art. 405 k.c. poprzez uznanie, że przepis ten ma zastosowanie, pomimo że roszczenie ma źródło w czynności prawnej,

- art. 405 k.c. w związku z art. 67 i 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. – dalej: „PZP”) poprzez zastosowanie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia pomimo odmiennych regulacji i rygorów związanych z udzielaniem zamówień z wolnej ręki,

- art. 629 i art. 630 § 2 k.c. w związku z art. 140 PZP poprzez przyjęcie, że wynagrodzenie kosztorysowe podlega podwyższeniu na skutek wykonania robót nie objętych zakresem umówionym pomimo braku zgody zamawiającego na ich wykonanie i określonego w ofercie zakresu świadczenia.

2) naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 232 i 233 k.p.c. poprzez uznanie, że pomimo braku udowodnienia zaistnienia do tego przesłanek, wszystkie roboty objęte roszczeniem (w wysokości zweryfikowanej przez biegłego) są robotami koniecznymi;

- art. 321 k.p.c. poprzez objęcie wyrokowaniem robót uznanych przez Sąd za zamienne i uzupełniające w sytuacji, gdy roboty tej kategorii nie były objęte żądaniem pozwu.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Powodowie wnieśli o oddalenie apelacji z zasądzeniem na ich rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie. Nie można jednak, co do zasady, podzielić zarzutu apelującego, iż doszło do naruszenia art. 405 k.c. w związku z art. 67 i 139 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez zastosowanie przez Sąd I instancji instytucji bezpodstawnego wzbogacenia pomimo odmiennych regulacji i rygorów związanych z udzielaniem zamówień z wolnej ręki.

Ze stanowiska judykatury wynika, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu (tak SN w wyrokach z 29.04.2005 r., V CK 537/04, z 5.12.2006 r., II CSK 327/06).

Roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych (obecnie ustawa z 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., poz. 907), jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k.c. w związku z art. 405 k.c. (tak SN w wyroku z 5.12.2006 r., II CSK 327/06 i w wyroku z 14.03.2008 r., IV CSK 460/07).

W niniejszej sprawie strony zawarły w dniu 17 września 2010 r. umowę o roboty budowlane w trybie ustawy Prawo Zamówień Publicznych i umowa ta w § 13 pkt 2 przewidywała możliwość wykonania robót dodatkowych, których potwierdzona przez zamawiającego konieczność wystąpi w toku realizacji przedmiotu umowy, a których zakres nie przekroczy 15% uprzedniego zamówienia. Strony ustaliły, że wykonawca powinien wykonać prace dodatkowe na dodatkowe zamówienie zamawiającego udzielone z wolnej ręki, przy czym zakres tych robót miał być ustalony w protokole, a rozliczenie miało nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego, protokołu odbioru, odrębnej umowy i faktury. Zasady te były zgodne z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych .

W trakcie realizacji umowy dwukrotnie miały miejsce zamówienia na roboty dodatkowe wykonywane według wymogów przewidzianych w umowie z dnia 17.09.2010 r. Powodowie jako wykonawcy wiedzieli więc w jakim trybie może dojść do wykonania robót dodatkowych i jakie należy przy tym spełnić wymogi formalne.

Powodowie wykonali ponadto inne prace o charakterze prac dodatkowych, zamiennych i uzupełniających, co do których nie zostały zawarte umowy w formie pisemnej, nie sporządzono co do nich protokołu konieczności, nie czyniono uzgodnień na temat ich realizacji i nie uzyskano zgody zamawiającej strony pozwanej na ich wykonanie i w końcu powodowie żądając zapłaty za te prace nie wystawili na nie faktury, a także nie wyszczególnili prac, za które konkretnie domagają się wynagrodzenia.

Powodowie powoływali się na to, że uzyskali od strony pozwanej potwierdzenie, iż wynagrodzenie przewidziane w umowie z dnia 17.09.2010 r. ma charakter kosztorysowy oraz wskazali na postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o brzmieniu: „zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonane roboty na podstawie zestawienia faktycznie wykonanych prac na podstawie obmiaru robót wynikających z książki obmiarów. Kosztorys powykonawczy sporządzony będzie na podstawie obmiarów robót wynikających z książki obmiarów i cen jednostkowych robót wynikających z oferty wykonawcy. Jeżeli w toku wykonania zamówienia zajdzie konieczność wykonania prac, które nie były przewidziane w zestawieniu robót planowanych – przedmiarze robót będącym podstawą obliczenia wynagrodzenia, wykonawca może żądać odpowiedniego wynagrodzenia, przy zachowaniu tych samych norm, parametrów i standardów, cen jednostkowych i wskaźników cenotwórczych nie wyższych niż w przedłożonej ofercie”.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia formułowana jest przez zamawiającego w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi podstawę do przygotowania ofert przez wykonawców, którzy ubiegają się będą o udzielenie zamówienia publicznego.

Specyfikacja ta zawiera między innymi opis sposobu obliczenia ceny, ale nie rodzi żadnego zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia dla przyszłego, nieznanego jeszcze na tym etapie postępowania wykonawcy, który zostanie następnie wyłoniony w trybie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dopiero z umowy zawartej w sprawie zamówień publicznych na zasadzie art. 139 ustawy z 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych będzie wynikać zobowiązanie do zapłaty na rzecz konkretnego wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, a także za ewentualne wykonanie robót dodatkowych po spełnieniu określonych w umowie warunków.

Umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i nast. k.c. zmianie ulega natomiast rygor pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy, gdyż zamiast wymaganej w art. 648 § 1 k.c. w związku z art. 74 § 1 k.c. formy pisemnej ad probationem znajduje zastosowanie forma pisemna ad solemnitatem (art. 139 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych) – (tak SN w wyroku z 5.12.2006 r., II CSK 327/06). Forma ta obowiązuje również w odniesieniu do uzgodnienia wykonania robót dodatkowych w ramach jednej inwestycji realizowanej po udzieleniu zamówienia publicznego.

Pozostaje bezsporne, że powodowie nie zawarli w formie pisemnej umowy o roboty dodatkowe, również zamiennie czy uzupełniające, za które domagają się wynagrodzenia, nie prowadzili ponadto z zamawiającym żadnych negocjacji w sprawie ich wykonania.

Nie zostały spełnione inne warunki z umowy tj. nie sporządzono protokołu konieczności, a wręcz nie określono jakie konkretne prace mają zostać wykonane, wykonawca nie wystawił też faktury. Już chociażby z tych względów – niewykazania przez powodów rodzaju i ilości robót, a tym samym pozbawienie inwestora możliwości oceny konieczności wykonania tych prac, uniemożliwia przyznanie za nie wynagrodzenia.

Trudno mówić w takiej sytuacji o naruszeniu art. 629 i 630§ 2 k.c. w związku z art. 140 Prawa Zamówień Publicznych, skoro umowa pisemna na wykonanie robót dodatkowych w ogóle nie została między stronami zawarta. Możliwość

stosowania art. 630 § 2 k.c. w ogóle byłaby problematyczna w odniesieniu do umowy o roboty budowlane z uwagi na zakres odesłania przewidziany w art. 656 k.c. Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r., w sprawie III CZP 41/09 przyjął, że jedynie przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze do analogii do umowy o roboty budowlane.

Uznając, że przepis art. 630 § 2 k.c. nie miałyby zastosowania do umowy o roboty budowlane w sytuacji gdyby umowa ta była zawarta w odpowiedniej formie – to i tak przepis ten formułuje ogólną zasadę postępowania przy tego typu pracach, z której wynika, że to nie wykonawca dowolnie i swobodnie decyduje o zakresie robót na rzecz zamawiającego i stawia go w sytuacji konieczności zapłaty wynagrodzenia już po wykonaniu robót, o których wcześniej wykonawca nie informował zamawiającego i nie uzyskał jego aprobaty a odwrotnie to zamawiający obciążony ewentualnym obowiązkiem zapłaty musi najpierw wiedzieć, jakie prace dodatkowe należy wykonać, musi mieć możliwość oceny, czy te prace są konieczne i znając zakres prac i ich niezbędność – powinien wyrazić zgodę na ich wykonanie.

Takie zasady postępowania tym bardziej powinny dotyczyć robót budowlanych realizowanych w ramach sformalizowanych zamówień publicznych. Na realizację tego typu zamówień wydawkowane są środki publiczne, w związku z tym niezbędna jest przejrzystość procedur w zakresie ich wydawania i przestrzegania dyscypliny finansowej.

Zatem, chociaż przewidziane jest w orzecznictwie stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu dla roszczeń wykonawców, którzy wykonali prace dodatkowe w ramach zamówień publicznych bez ważnie zawartej umowy, ale winno się te przepisy stosować w sposób ścisły, wąski i dość rygorystycznie.

Zresztą sytuacje, które dały kanwę orzeczeń Sądu Najwyższego przewidujących możliwość oparcia roszczeń wykonawców o przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia lub nienależnego świadczenia, są przykładem takiego ograniczonego stosowania tych reguł.

W jednym przypadku zamawiający zapewniał wykonawcę, że otrzyma wynagrodzenie za prace dodatkowe, mimo braku ważnej umowy (tak SN w uz. z 29.04.2005 r., V CK 537/04), w innym - zlecono prace dodatkowe na podstawie protokołu konieczności podpisanego przez zastępczego, w sytuacji, gdy inwestor główny wiedział o zleceniu i brał udział w negocjowaniu ceny (tak SN w uz. wyr. SN z 5.12.2006 r., I CSK 327/06).

W każdym z tych przypadków zamawiający wiedział o zamiarze wykonania przez wykonawcę prac dodatkowych i to aprobował.

W niniejszej sprawie powodowie nie uzyskali zgody inwestora na wykonanie prac dodatkowych, zamiennych czy uzupełniających. Nie ma przy tym znaczenia, że wykonane przez powodów prace ujęto w kosztorysie powykonawczym i zostały one potwierdzone przez inspektora nadzoru. Po pierwsze prace te zostały ujawnione dopiero po ich zakończeniu, a nie zgłoszone zamawiającemu przed ich rozpoczęciem, po wtóre potwierdzenie inspektora nadzoru miało to znaczenie, że prace w ogóle zostały zrealizowane i że wykonano je zgodnie z obowiązującymi warunkami technicznymi i sztuką budowlaną, a w końcu inspektor nadzoru co prawda reprezentuje inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej oraz wykonuje inne obowiązki przewidziane w art. 25 ustawy z 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006r. nr 156 poz. 1118 ze zm.), ale nie jest uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu inwestora.

Kwestia prac zamiennych i uzupełniających może być brana pod uwagę, co nie narusza, wbrew twierdzeniom apelującego, art. 321 k.p.c. w związku z tym, że powodowie w pozwie nie wymienili rodzaju prac jakie wykonali ponad przedmiot umowy z 17.09.2010r., a klasyfikację taką wprowadził biegły, przy czym prace określone przez biegłego dotyczyły takiego zakresu robót, za jakie powodowie żądali wynagrodzenia.

Skoro strony nie zawarły na piśmie umowy o wykonanie prac dodatkowych, zamiennych i uzupełniających, pozostaje do rozważenia kwestia, czy powodowie mogli skutecznie w niniejszej sprawie oprzeć swoje roszczenie na przepisach dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia czy nienależnego świadczenia.

Gdy określone przesunięcie majątkowe nie jest wynikiem świadczenia, nie może powstać roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia lecz jedynie roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia na zasadach ogólnych (art. 405 – 409 k.c.) (tak SN w wyroku z 11.09.1997r., III CKN 162/97, OSNC z 1998r. nr 2, poz. 31).

W odróżnieniu od przypadku bezpodstawnego wzbogacenia sytuacje objęte art. 410 § 2 k.c., czyli kwalifikowane jako nienależne świadczenie, zakładają uzyskanie korzyści majątkowej w następstwie świadczenia, czyli zachowania zmierzającego do wykonania oznaczonego zobowiązania.

Przy ocenie, czy w ramach danego stosunku miało miejsce świadczenie rozstrzyga punkt widzenia wierzyciela: czy mógł on uważać, na podstawie rozpoznawanych okoliczności określone działanie ze świadczenie (tak SN w wyroku z 13.10.2011r., V CSK 483, LEX nr 1102551).

W tym przypadku powodowie twierdzili, że wykonywali prace konieczne w ramach inwestycji, stojąc na stanowisku, że skoro ich wynagrodzenie przewidziane w umowie z 17.09.2010r. na charakter kosztorysowy, a upewnili się co do tego u zamawiającego, to skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzono, że zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonane roboty na podstawie zestawienia faktycznie wykonanych prac wynikających z obmiaru robót i ujętych w kosztorysie powykonawczym, a oni sporządzili kosztorys powykonawczy obejmujący wszystkie wykonane prace, co potwierdził inspektor nadzoru, to oznacza, że działali w przeświadczeniu, że wykonali je w ramach zobowiązania do wykonania inwestycji stanowiącej przedmiot umowy z 17.09.2010r.

Przy świadczeniu nienależnym chodzi o świadome, celowe zachowanie. Wyodrębnienie nienależytego świadczenia jako jednego z wypadków bezpodstawnego wzbogacenia, wiąże się z okolicznością, że wzbogacenie ma swe źródło w woli zubożonego (tak Ewa Łętowska w „Bezpodstawne wzbogacenie”, wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000, str. 87 – 93).

Według art. 410 § 2 k.c. świadczenie jest nienależne, między innymi, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany. Brak zobowiązania świadczącego obejmuje wszystkie wypadki nieistnienia zobowiązania z wyjątkiem nieważności (bo jest to inna kondycja), niezależnie od tego, czy zobowiązania w ogóle nie było, czy też wygasło albo nie doszło do skutku (tak Ewa Łętowska w „Bezpodstawne wzbogacenie” op. cit. str. 95).

Czyli pierwsza kondycja z art. 410 § 2 k.c. obejmuje sytuację, gdy w chwili spełnienia świadczenia brak było ważnego zobowiązania, albo świadczenie istniało, ale w mniejszym rozmiarze.

W tym przypadku powodowie wykonali część prac zamiennych i uzupełniających w stosunku do prac objętych umową i część prac dodatkowych ponad ujęte w umowie, nie zawierając żadnej, chociażby nieważnej umowy.

Powodowie działali jednak w przekonaniu, że wykonują zobowiązanie w ramach jednej inwestycji, co rozliczą w ramach kosztorysu powykonawczego.

Jednak zgodnie z treścią art. 411 pkt 1 k.c. nie można domagać się zwrotu świadczenia jeśli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany.

W tym przypadku decydujące jest założenie, że jeśli ktoś mający świadomość zarówno sytuacji faktycznej jak i prawnej, mimo to spełnia świadczenie, to nie może liczyć na jego późniejszy zwrot (tak Ewa Łętowska w „Bezpodstawne wzbogacenie” op. cit. str. 87).

Powodowie mieli wiedzę o braku powinności spełnienia świadczenia w ramach prac dodatkowych, zamiennych i uzupełniających, za które domagają się wynagrodzenia, bowiem jako profesjonaliści znali przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zawarli umowę o roboty budowlane, w której dokładnie sprecyzowano w jakich warunkach może dojść do zawarcia umowy o wykonanie robót dodatkowych, co więcej powodowie dwie takie umowy zawarli i na ich podstawie otrzymali stosowne wynagrodzenie. Mając taką wiedzę i doświadczenie powodowie część robót wykonali nie spełniając warunków z umowy z 17.09.2010r., a nawet nie uzgadniając z pozwanym, że w ogóle te prace

wykonywają i jaki będzie ich zakres, nie dając stronie pozwanej jako inwestorowi możliwości oceny czy w ogóle akceptuje wykonanie tych prac, czy mają one charakter konieczny i jakie będzie musiała zapłacić dodatkowe wynagrodzenie.

W tej sytuacji należało uznać, że powodowie spełnili nienależne świadczenie (jako jeden z wypadków bezpodstawnego wzbogacenia – art. 405 kc), ale nie mogą domagać się zwrotu jego równowartości, gdyż wiedzieli, że nie byli do tego świadczenia zobowiązani (art. 411 pkt 1 k.c.).

Zarzut naruszenia art. 411 pkt 1 k.c. nie został co prawda podniesiony w apelacji strony pozwanej, ale w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że zarzut apelacyjny może pośrednio wynikać z treści apelacji, zaś sąd apelacyjny nie jest związany zarzutami naruszenia prawa materialnego podniesionymi w apelacji.

W postępowaniu apelacyjnym sąd rozpoznaje sprawę w pełnym zakresie i o treści jego rozstrzygnięcia, jego podstawie faktycznej i prawnej, decydują ustalenia poczynione w tym postępowaniu (SN w post. z 13.06.2008r., I Cz 48/08).

Ponadto Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji powinien wziąć pod rozwagę, w granicach zaskarżenia, wszystkie naruszenia prawa materialnego popełnione przez sąd pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały wytknięte w apelacji (tak SN w post. z 4.10.2002r., III CZP 62/02, OSNC 2004 nr 1 poz. 7).

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego w zaskarżonym zakresie, oddalając powództwo co do kwoty 186.207,40 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 1.12.2011r. do dnia zapłaty, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu w postępowaniu przed Sądem I instancji należało orzec w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 99 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.