

Sygn. akt I ACa 266/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Dorota Markiewicz (spr.)

Sędziowie: SA Beata Byszewska

SO del. Dagmara Olczak - Dąbrowska

Protokolant: st. sekr. sądowy Marta Puzkarska

po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Budownictwa (...) spółki akcyjnej
z siedzibą w W.

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt I C 311/15

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie pierwszym częściowo w ten sposób, że zasądza od Województwa (...) na rzecz Budownictwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 179 249,26 zł (sto siedemdziesiąt dziewięć tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia sześć groszy) z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty,

b) w punkcie drugim w ten sposób, że ustala, iż powód ponosi koszty procesu w 47 %, a pozwany w 53 %, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od Województwa (...) na rzecz Budownictwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 8 976,61 zł (osiem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym i znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Dagmara Olczak - Dąbrowska Dorota Markiewicz Beata Byszewska

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 23 grudnia 2014 r. powódka Budownictwo (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniosła o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym i orzeczenie w nim, ze pozwane Województwo (...) – (...) w W. ma zapłacić na rzecz powódki kwotę 338 730,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Powódka wniosła również, w przypadku złożenia przez pozwanego sprzeciwu od nakazu zapłaty, o wydanie wyroku zasądającego od pozwanego na jej rzecz kwotę 338 730,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym wydanym przez Referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie w sprawie o sygn. akt I Nc 1/15 nakazano pozwanemu Województwu (...) – (...) w W., aby zapłacił w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu na rzecz powódki Budownictwa (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 338 730,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od ww. kwoty od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty.

W sprzeciwie od wydanego w postępowaniu upominawczym nakazu zapłaty pozwany zaskarżył przedmiotowy nakaz w całości i wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 10 października 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (punkt pierwszy orzeczenia) i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (punkt drugi orzeczenia).

Z ustaleń faktycznych leżących u podstaw wskazanego orzeczenia wynika, że w dniu 24 listopada 2011 r. pomiędzy Województwem (...) – (...) z siedzibą w W. (Zamawiającym) a Budownictwem (...) S.A. z siedzibą w W. (Wykonawcą) została zawarta umowa nr (...), której przedmiotem było wykonanie zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) relacji W. – L. – K. – Ż. – S. na odcinku od 25+375 do km 32+200 oraz jej przebudowa na odcinku od km ok. 32+395 do km 37+225”. Powodowa spółka została wybrana wykonawcą przedmiotowego projektu w drodze przetargu (nr postępowania (...)). Przedkładając ofertę, w odpowiedzi na zaproszenie do wzięcia udziału w przetargu nieograniczonym, powódka zaoferowała wykonanie przedmiotowego zamówienia za łączną cenę 40 098 000 zł.

Jak odnotowano w uzasadnieniu wyroku, na podstawie przedmiotowej umowy powódka zobowiązała się do zrealizowania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ w terminie do 30 czerwca 2013 r. z uwzględnieniem terminów wynikających z Harmonogramu Robót (§ 3 umowy). Integralną częścią umowy była: oferta część II SIWZ z dnia 19 września 2011 r., warunki ogólne dla umów o wykonaniu robót budowlanych – część V SIWZ, specyfikacja techniczna – część II SIWZ i zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Sąd Okręgowy ustalił, iż pozwany opracował projekt architektoniczno – budowlany niezbędny do wykonania przedmiotu umowy. Zgodnie z pkt 1.2.5. tego projektu, zakresem projektowanych robót było poszerzenie i wzmocnienie/wymiana konstrukcji nawierzchni drogi, umocnienie poboczy kruszywem naturalnym stabilizowanym mechanicznie, przebudowa lub rozbudowa istniejących obiektów inżynierskich (przepustów) w dostosowaniu do projektu drogi, budowa nowych i rozbudowa istniejących zatok autobusowych, budowa chodników jedno lub dwustronnych w terenie zabudowanym, wykonanie odwodnienia korpusu drogowego – odwodnienie powierzchniowe na odcinku o przekroju ulicznym odwodnienie za pomocą kanalizacji deszczowej, rozbudowa skrzyżowań z drogami niższej kategorii, budowa, rozbudowa lub przebudowa zjazdów indywidualnych i publicznych na działki przyległe do drogi, rozbudowa lub zabezpieczenie, w niezbędnym zakresie, urządzeń obcych kolidujących z rozbudowywaną drogą i obiektami inżynierskimi, zniesienie barier architektonicznych w obrębie przebudowywanego odcinka drogi i przydrożnych rowach dla poprawy odwodnienia, widoczności i bezpieczeństwa ruchu drogowego, wprowadzenie oznakowania pionowego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Nadto, na podstawie zgromadzonej dokumentacji ustalono, że nawierzchnia i podłoże zostały poddane szczegółowym badaniom i analizie geotechnicznej, celem

zebrania informacji i określenia rzeczywistego stanu techniczno – wytrzymałościowego nawierzchni jezdni i podłoża oraz podjęcia stosownych decyzji co do zakresu planowanej rozbudowy nawierzchni. W projekcie wskazano, że zwierciadła wód gruntowych występują miejscowo na głębokości ok. 2,5 m. Opracowanie pt. „Dokumentacja geotechniczna warunków gruntowo-wodnych podłoża pod przebudowę drogi wojewódzkiej nr (...) relacji W. – L. – K. – Ż. – S. – (...) (...)” zawierającą szczegółową analizę warunków gruntowo – wodnych stanowiła integralną część projektu architektoniczno – budowlanego.

Posiłkując się opinią biegłego, Sąd pierwszej instancji zauważył, że dokumentacja projektowa przekazana przez pozwanego w zakresie badań geologiczno – inżynierskich oraz geotechnicznych dotyczyła jedynie modernizacji i przebudowy drogi, a pomijała całkowicie problematykę budowy kanalizacji deszczowej oraz pompowni, będących odrębnymi obiektami budowlanymi. W dokumentacji brak było informacji w zakresie badań dla innych obiektów niż gródka tzn. dla sieci kanalizacji deszczowej projektowanej i układanej na głębokości ok 4,5 m oraz dla pompowni na głębokościach 5,9 m i 7,6 m. Przedmiotowe badania geotechniczne nie obejmowały i nie uwzględniały miejsc i sposobu posadowienia wszystkich realizowanych obiektów budowlanych, w tym pompowni (...) i (...). Nadto, jak odnotowano, w dokumentacji projektowej pozwany określił technologię robót polegającą na deskowaniu ścian wykopów, jednak ze względu na warunki geologiczne powódka zmuszona była do zmiany technologii wykonania koniecznych robót na technologię zastosowania ścianek szczelnych.

Na podstawie zeznań świadków Sąd Okręgowy ustalił, że w czasie trwania procedury przetargowej powódka nie powiadomiła pozwanego o niezupełności dokumentacji projektowej czy niewystarczającym do przygotowania odpowiednio skalkulowanej oferty materiale.

W zakresie ustaleń dotyczących treści łączącego strony stosunku umownego zwrócono uwagę, że zgodnie z § 2 pkt 2 umowy, kwota umówionego wynagrodzenia zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost ze Specyfikacji technicznej (zał. nr 2 do umowy), jak również nieujęte w Specyfikacji technicznej, a niezbędne do wykonania zadania, tj. m.in. wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty wykonania, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy, obsługę geodezyjną, wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji podwykonawczej, czasowej organizacji ruchu, w tym również ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Strony oświadczyły, że wszelkie roboty i prace dodatkowe warunkujące prawidłowe wykonanie umowy objęte są wynagrodzeniem ryczałtowym, określonym w ust. 1. Zgodnie natomiast z § 2 pkt 3 wykonawca nie może odmówić wykonania robót, których nie przewidział w ofercie, a które były do przewidzenia, lub w odniesieniu do wykonania których nie uzyskał jednoznacznego wymogu w projekcie, o ile okażą się one niezbędne dla uzyskania efektu realizacyjnego zawartego w projekcie, zgodnie ze sztuką budowlaną. Za wyżej dokonane roboty wykonawca nie może żądać od zamawiającego dodatkowej zapłaty ani żądać z tytułu jej wykonania przesunięcia terminu odbioru.

W związku z wykonaniem prac nieskalkulowanych w wynagrodzeniu ryczałtowym, w dniu 28 marca 2014 r. powódka wystawiła pozwanemu notę obciążeniową na kwotę 338 730,50 zł, na którą to składały się: koszty wykonania zabezpieczenia wykopu ściankami szczelnymi z grodziec stalowych dla pompowni, osadnika i separatora w wysokości 294 776,08 zł, koszty wykonania studni głębinowych wraz z pompowaniem wody w kwocie 27 207,24 zł, koszty wykonania dokumentacji badań podłoża w wysokości 6 000 zł oraz koszty wykonania projektu wykonawczego zabezpieczenia wykopu pod przepompowanie w wysokości 10 747,18 zł. W odpowiedzi na wystawienie noty obciążeniowej pozwany pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r. i 16 kwietnia 2014 r. poinformował powódkę, że roboty objęte przedmiotową notą były robotami tymczasowymi, niezbędnymi do wykonania robót podstawowych zawartych w projekcie, za które w świetle zapisów umowy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Przedmiotowy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, zwłaszcza umowy nr (...), projektu architektoniczno – budowlanego, specyfikacji technicznej i kosztorysów ofertowych, a także w oparciu o opinie biegłego sądowego z zakresu budownictwa, które uznał za w pełni wiarygodne. Pozostałe dowody, w tym z zeznań świadków, Sąd pierwszej instancji ocenił jako nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy. Jakkolwiek w sprawie dopuszczono dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność weryfikacji wartości

robót wskazanych w kosztorysie ofertowym z dnia 28 marca 2014 r., tym niemniej, biorąc pod uwagę przesądzoną zasadę, wyliczenia te okazały się nie mieć znaczenia w dla merytorycznego rozstrzygnięcia.

Przechodząc do oceny merytorycznej zasadności powództwa, Sąd Okręgowy zważył na wstępie, że powódka definiuje zgłoszone roszczenie jako odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwanego w postaci dostarczenia wadliwej dokumentacji projektowej, co spowodowało konieczność dokonania robót nieobjętych wynagrodzeniem ryczałtowym, w związku z czym pozwany uzyskał korzyść majątkową.

Sąd pierwszej instancji nie miał wątpliwości, iż dokumentacja projektowa przekazana przez pozwanego w zakresie badań geologiczno – inżynierskich oraz geotechnicznych dotyczyła jedynie modernizacji i przebudowy drogi, a pomijała całkowicie problematykę budowy kanalizacji deszczowej i pompowni, będących odrębnymi obiektami budowlanymi, w związku z czym – jak stwierdzono – nie spełniała podstawowych warunków tak prawnych, jak i wynikających z wiedzy inżynierskiej, dotyczących zakresu obiektów, które powinna obejmować. Sąd Okręgowy zważył przy tym, iż badania geologiczno – inżynierskie i geotechniczne dla pompowni powinny być przeprowadzone do głębokości 15,1 m od poziomu terenu, dla drugiej pompowni do 10 m od poziomu terenu, badania dla budowy kanalizacji deszczowej do głębokości od ok. 4,2 m do ok 7,5 m. Sąd też uznał, że dokumentacja projektowa zawierająca wyniki badań przeprowadzonych do głębokości 2,4 m nie może być uznana za wystarczającą dla projektowania u budowy pompowni. Nadto, jak zauważono, dokumentacja projektowa nie wskazywała technologii robót, którą należy zastosować dla zrealizowania wykonania pompowni (...) i (...). Wykonawca miał zatem możliwość ustalenia własnej technologii wykonania robót, do czego jednak potrzebne były mu informacje dotyczące warunków gruntowo – wodnych, których jednak dokumentacja nie zawierała w wymaganym zakresie.

W interpretacji Sądu Okręgowego powódka powinna szczegółowo sprawdzić dokumentację projektową, w tym także geotechniczną, załączoną do projektu, pod kątem możliwości wykonania przez nią przewidywanych robót, jak również możliwości ich wyceny na podstawie informacji zawartych w projekcie. W jego ocenie, w razie uznania, że przedstawiona dokumentacja nie pozwala na przygotowanie oferty, powódka powinna powiadomić o tym pozwanego i zażądać od niego uzupełnienia dokumentacji, w tym przypadku o dodatkowe badania podłoża gruntowego. Powodowa spółka jednak powyższego nie uczyniła i wyceniła roboty dotyczące pompowni w oparciu o posiadany, niezupełny materiał, który uznała za wystarczający.

Taka postawa powódki, w ocenie Sądu pierwszej instancji, obarcza ją wyłączną odpowiedzialnością, co nie pozwala przyjąć, iż roboty zawarte w kosztorysie ofertowym są robotami dodatkowymi, lecz tylko pominiętymi w ofercie powódki, w związku z tym, że powódka przyjęła pierwotnie na własną odpowiedzialność inną technologię wykonania pompowni, przy jednoczesnym braku posiadania informacji, które na przyjęcie takie pozwalały. Wskazywana przez pozwanego technologia robót, polegająca na deskowaniu ścian wykopów, zdaniem Sądu Okręgowego była jedynie sugestią ze strony zlecającego, nie była natomiast dla wykonawcy wiążąca. Jeśli przyjąć, iż powódka nie mogła na podstawie dokumentacji projektowej przewidzieć wszystkich prac, które pozwalałyby jej na realizację robót podstawowych, za które trzeba uznać wybudowanie pompowni, znaczyłoby to, że złożyła ofertę na niepełny zakres robót, nie powiadamiając o tym pozwanego. Wobec powyższego – zdaniem Sądu Okręgowego – odpowiedzialność za skutki takiego działania pozostaje jedynie po stronie powódki.

Jakkolwiek przed rozpoczęciem wykonywania robót wykonawca nie sprawdza dokumentacji projektowej w zakresie wskazanych w niej warunków wodnych, bowiem nie ma takiej możliwości, to jednak – jak uznał Sąd Okręgowy – sprawdzaniu przez wykonawcę podlegać powinien wynikający z dokumentacji projektowej zakres badań podłoża gruntowego, to znaczy wykonawca powinien sprawdzić czy dane geotechniczne ustalono dla wszystkich obiektów i elementów robót. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, iż dane te mają dla wykonawcy podstawowe znaczenie w związku z potrzebą weryfikacji czy do realizacji konkretnych prac jest przygotowany oraz koniecznością ujęcia w cenie ofertowej wszelkich robót, które będzie musiał wykonać, w tym wykonanie wykopów, ich szalowanie, pompowanie wody.

W ocenie Sądu pierwszej instancji powódka miała możliwość przewidzenia konieczności wykonania robót oraz dodatkowych czynności, o których mowa w kosztorysie z 28 marca 2014 r., na podstawie dokumentacji projektowej, która nie zawierała danych wystarczających do przyjęcia na etapie postępowania przetargowego technologii wykonania wykopów pod pompownie. Przyjęcie technologii i wycena wykonania zlecenia zgodnie z nimi leżała po stronie powódki, wobec czego, zdaniem Sądu Okręgowego, nie ma podstaw do przyjęcia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy pozwanego.

W tym stanie rzeczy, uznając odpowiedzialność powódki za konieczność dokonywania robót nieprzewidzianych w ofercie przetargowej zaproponowanej na podstawie projektu budowlanego, Sąd Okręgowy przyjął, że koszty przedmiotowych robót stanowią koszty związane z realizacją zadania, nieujęte w Specyfikacji technicznej, a niezbędne do jego wykonania, o których to mowa w § 2 pkt 2 umowy łączącej strony. Wobec nieskorzystania z uprawnienia do zwrócenia pozwanemu uwagi na istnienie ewidentnych braków w dokumentacji, zwłaszcza geologicznej i geotechnicznej, wykonawca powinien był – zdaniem Sądu pierwszej instancji – liczyć się z możliwością wykonywania dodatkowych robót, za które nie będzie mu się należało ani dodatkowe wynagrodzenie, ani podniesienie ryczałtu. Wobec powyższego żądanie odszkodowawcze powódki uznano za niezaskłujące na uwzględnienie.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy zważył, iż zaistnienie po stronie powódki konieczności dokonania robót nieprzewidzianych w czasie przedstawienia oferty przetargowej nie miało wpływu na istniejący obowiązek wykonania umowy. Biorąc natomiast pod uwagę sam tryb zawierania umowy, tj. przetarg nieograniczony regulowany prawem zamówień publicznych, w przypadku gdyby powódka skorzystała ze swoich uprawnień (do skierowania zapytania, zasygnalizowania błędów w zakresie przedstawionego projektu budowlanego) i w toku postępowania przetargowego wskazała urealnione koszty, odpowiednio powiększone np. do kwoty żądanej pozwem, zdaniem Sądu Okręgowego nie można uznać, iż w takim wypadku jej oferta zostałaby wybrana. Na marginesie jedynie zauważono, iż koszty wynikające z wyliczeń powódki, będące podstawą żądania zasądzenia dochodzonej niniejszym pozwem kwoty, znacząco przewyższają koszty, które na podstawie szczegółowej analizy akt sprawy obliczył biegły z zakresu budownictwa. W świetle powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, nie ma podstaw do uwzględnienia żądania na podstawie art. 405 k.c. Okoliczności sprawy mogą natomiast wskazywać, że próba dochodzenia roszczenia tytułem bezpodstawnego wzbogacenia, może stanowić próbę obejścia przepisów dotyczących postępowania przetargowego w zakresie zamówień publicznych.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Na koszty strony pozwanej złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 7 200 zł obliczone na podstawie § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych i ponoszenia przez Skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Z 2013 r., poz. 49 z późn. zm.).

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powódka, zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości oraz zarzucając mu:

1) sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez przyjęcie, że:

a) dokumentacja projektowa nie wskazywała technologii robót, podczas gdy w projekcie w punkcie 8.3 Roboty ziemne wskazano: „Roboty ziemne należy wykonać (...). Przewody kanalizacyjne układać w wykopie wąskoprzestrzennym, umocnionym wypraskami”;

b) powstanie po stronie powodowej konieczności wykonania robót nieprzewidzianych w czasie przedstawiania oferty przetargowej nie ma wpływu na istniejący obowiązek wykonania umowy, podczas gdy konieczność wykonania tych robót jest efektem wadliwości projektu, a więc niewłaściwego wykonania umowy przez pozwaną, co skutkować winno ustaleniem odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie pozwanej bądź alternatywnie obowiązkiem zwrotu równowartości odniesionej przez pozwaną korzyści na podstawie art. 405 k.c.;

c) ustalenie, że powódka miała możliwość przewidzenia konieczności wykonania robót oraz dodatkowych czynności, o których mowa w kosztorysie z 28 marca 2014 r. na podstawie dokumentacji projektowej (która nie zawierała danych wystarczających do przyjęcia na etapie postępowania przetargowego technologii wykonania wykopów pod pompownię), podczas gdy żaden z podmiotów tworzących, zatwierdzających, akceptujących i analizujących projekt (projektant, urzędnicy, inwestor, pozostali uczestnicy postępowania przetargowego) nie dostrzegł, iż projekt nie nadaje się do realizacji w kształcie w jakim został finalnie skierowany do realizacji;

2) naruszenie art. 405 k.c., poprzez brak jego zastosowania w sytuacji, gdy niewątpliwie po stronie pozwanej doszło do przysporzenia majątkowego poprzez spełnienie świadczenia przez powódkę niebędącą do tego zobowiązaną, a więc bez tytułu prawnego;

3) naruszenie art. 632 § 2 k.c., poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy powód poniósł rażącą stratę na skutek okoliczności, których nie mógł przewidzieć, a pozwany uchyła się od pokrycia tej straty.

Mając na uwadze powyższe, powodowa spółka zażądała przeprowadzenia dowodu z opinii innego niż dotychczas biegłego, na okoliczność ustalenia czy powódka miała możliwość przewidzenia konieczności wykonania robót oraz dodatkowych czynności, o których mowa w kosztorysie z 28 marca 2014 r., na podstawie dokumentacji projektowej oraz wadliwości bądź prawidłowości dokumentacji projektowej. W konkluzji apelacji skarżąca sformułowała żądanie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obydwie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja częściowo zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych z zebraniem materiałem dowodowym jest bezzasadny, przy czym zauważyć trzeba, że nie może on stanowić samoistnego zarzutu apelacji, bowiem rezultat w postaci sprzeczności ustaleń faktycznych z zebraniem materiałem dowodowym może być jedynie następstwem błędnej oceny dowodów. Tymczasem skarżący, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika procesowego, w ogóle nie sformułował takiego zarzutu. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07 (OSNC 2008/6/55), że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Zatem wobec niepodniesienia zarzutu naruszenia prawa procesowego Sąd Apelacyjny nie jest władny analizować oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy, a tym samym nie jest możliwe wyprowadzenie wniosku, że ustalenia faktyczne poczynione przez ten Sąd są sprzeczne z materiałem dowodowym.

Nawet gdyby przyjąć, że w zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z zebraniem materiałem dowodowym mieści się zarzut nieprawidłowej oceny dowodów, nie sposób go podzielić. Ogranicza się on bowiem do wskazania zapisu w części opisowej projektu dotyczącej metodologii robót ziemnych. Kwestia ta jednak była przedmiotem szczegółowej analizy Sądu pierwszej instancji, a wcześniej badania przez biegłego sądowego, który bardzo wyraźnie wskazał na treść SIWZ stanowiącej integralną część umowy stron. Ze Specyfikacji jednoznacznie zaś wynika, że metody wykonania robót wykopu powinny być dostosowane do głębokości wykopu, danych geotechnicznych oraz posiadanego sprzętu mechanicznego, a zakres odwodnienia wykopu zostanie określony podczas realizacji inwestycji, przepompownia ścieków winna być wykonana według instrukcji montażu producenta (k 101 – 102). Również przy określeniu sprzętu do wykonania zewnętrznych sieci stwierdzono, że wykonawca w zależności od potrzeb zapewni określony sprzęt do robót ziemnych i wykończeniowych, przy czym w skład tego sprzętu wchodzi szalunki (stalowe wypraski).

Powyższe sformułowania i wymienienie wyprasek w nawiasie – jako alternatywy dla szalunków - potwierdza wniosek Sądu Okręgowego, że umowa nie narzuciła wykonawcy jednej technologii w zakresie wykonania pompowni i przepompowni, a stwierdzenie części opisowej projektu, iż przewody kanalizacyjne należy układać w wykopie wąskoprzestrzennym, umocnionym wypraskami, odnosić się może jedynie do robót kanalizacyjnych wykonywanych na poziomie objętym badaniami geotechnicznymi dołączonymi do SIWZ i projektu. Nie ma podstaw do przyjęcia, że projekt winien określać metodologię wykonania robót i takowej na ma zwłaszcza w odniesieniu do prac na głębokości nieobjętej badaniami geotechnicznymi czyli do prac obejmujących budowę pompowni i przepompowni.

Zarzut sprzecznych ustaleń faktycznych z treścią zgromadzonego materiału dowodowego jest dodatkowo wadliwie skonstruowany w pkt 1) lit. b). Wniosek, iż powstanie po stronie powodowej konieczności prac będących przedmiotem niniejszej sprawy, nie ma wpływu na obowiązek wykonania umowy, to nie ustalenie faktyczne, lecz konstatacja Sądu Okręgowego mieszcząca się w sferze rozważań prawnych, bowiem jest to ocena treści umowy stron oraz dołączonych do niej dokumentów. Poza sporem pozostaje okoliczność, że w myśl § 2 ust. 3 umowy stron Wykonawca nie może odmówić wykonania robót, których nie przewidział w ofercie, a które były do przewidzenia, lub w odniesieniu do wykonania których nie uzyskał jednoznacznego wymogu w projekcie, o ile okażą się niezbędne dla uzyskania efektu realizacyjnego zawartego w projekcie zgodnie ze sztuką budowlaną; za wyżej dokonane roboty Wykonawca nie może żądać od Zamawiającego dodatkowej zapłaty ani żądać z tytułu jej wykonania przesunięcia terminu odbioru. Zatem przy założeniu, że powódka mogła przy dołożeniu należytej staranności właściwej dla profesjonalisty w robotach budowlanych przewidzieć określone prace niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia i je zrealizowała, nie należy jej się wynagrodzenie przewyższające umówiony ryczałt.

Sąd Okręgowy poczynił zatem prawidłowe ustalenia faktyczne, tyle że wywiódł z nich błędne wnioski na skutek wadliwego zastosowania prawa materialnego w postaci art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Podkreślić przy tym trzeba, że – odmiennie od zarzutów naruszenia prawa procesowego – prawidłowość zastosowania prawa materialnego sąd odwoławczy bada z urzędu, niezależnie od zarzutów podniesionych przez strony.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl zaś art. 31 ust. 1 prawa zamówień publicznych zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Rację ma skarżąca, podnosząc, że wobec opisanych braków w dokumentacji technicznej opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący ani jednoznaczny, bowiem na podstawie tej dokumentacji nie sposób było ustalić, jakie warunki geotechniczne występują na głębokościach, na których miały powstać pompownia i przepompownia, co skutkowało niepewnością co do technologii ich wykonania i zakresu niezbędnych prac.

W zbliżonym stanie faktycznym skład orzekający w sprawie Sądu Najwyższego o sygn.. akt IV CSK 363/18 w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. (LEX nr 2691628) stwierdził m. in.:” Jeżeli badanie (geologiczne) wykonuje inwestor, ryzyko obciąża wyłącznie jego, a nie wykonawcę. W związku z tym, na podstawie przeprowadzonych badań, w dokumentacji, na podstawie której zostaje złożona oferta, powinien zostać jednoznacznie określony przedmiot umowy. Jeżeli inwestor wykona (z jakiegokolwiek powodu, np. zbyt wysokich kosztów) jedynie częściowe badania, to dokumentacja powinna zawierać stosowną informację w tym przedmiocie. Jeżeli zatem zamawiający zaznaczył miejsca, w których występuje woda, co oznacza konieczność wykonania odwodnienia, z dokumentacji powinno wprost (i jednoznacznie) wynikać, że są to jedynie przykładowe miejsca, a wykonawca powinien wziąć pod uwagę wystąpienie wody również w innych miejscach. Nie jest wystarczające zaznaczenie, że wykonawca ma wykonać wszystkie roboty niezbędne do wykonania obiektu (przedmiotu umowy), gdyż jeżeli zostają wskazane miejsca, w których niezbędne jest wykonanie odwodnień, oznacza to, że powinny zostać one wykonane w tych właśnie miejscach.”. Sąd Apelacyjny stanowisko powyższe podziela. Niewątpliwie zaś w analizowanej sprawie badań dotyczących wszystkich miejsc, w których należało przeprowadzić odwodnienie, zamawiający nie przedstawił w dokumentacji technicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niesporna jest bowiem obecnie konkluzja opinii biegłego, iż w dokumentacji załączonej do SIWZ brak było badań geotechnicznych dla głębokości przewidzianej dla pompowni i przepompowni. W świetle rozdz. III pkt 6 ppkt 6.3 SIWZ Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za sprawdzenie otrzymanego od Zamawiającego przedmiotu robót i Specyfikacji technicznej (k 29), ale zgodnie z literalną wykładnią tego zapisu sprawdzenie to ograniczone być musi do dokumentów przedłożonych oferentowi. Niewątpliwie opisany brak wyżej stanowił uchybienie projektanta, a w konsekwencji zamawiającego i jakkolwiek wedle biegłego J. Ł. był on widoczny na pierwszy rzut oka dla profesjonalnego oferenta, to jednak skutkował niekompletnością opisu przedmiotu zamówienia. Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego tego opisu w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nie mogą być następnie przerzucane na wykonawcę.

Jak wynika z art. 355 § 2 k.c., należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Nie oznacza to podwyższonej staranności przedsiębiorcy wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz chodzi o należyta staranność zawodową, której wzorce są budowane od razu z uwzględnieniem profesjonalności podmiotów, której dotyczą. Co przy tym istotne, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, oznacza staranność dostosowaną do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności w jakich działanie to następuje. Innymi słowy, nie można wymagać od przedsiębiorcy, zajmującego się profesjonalnie określoną działalnością, staranności wykraczającej poza zasady prowadzenia tej działalności. Nie chodzi tu bowiem o staranność ponadprzeciętną, ale o staranność, która jest wymagana od profesjonalisty należycie wykonującego określoną działalność gospodarczą. Mając zatem na względzie treść art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych, jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem innych okoliczności (np. ewentualnie wizji lokalnej terenu, na którym mają być wykonywane roboty), w związku z czym jeżeli dokumentacja (w tym SIWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi zamawiającemu), ryzyko nieprzewidzianych zdarzeń obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę. Trudno bowiem wymagać od wykonawcy oszacowania ewentualnego kosztu ryzyka w sytuacji, gdy nie ma on możliwości jego zidentyfikowania ani na podstawie dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego, ani na podstawie wizji lokalnej terenu, na którym roboty mają być wykonywane. To na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację. Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji. (tak: przywołany wyżej wyrok w sprawie IV CSK 363/18). Nie zostało wykazane, aby w niniejszej sprawie wizja terenu była wystarczająca dla wyprowadzenia wniosku co do warunków geotechnicznych w miejscach nieobjętych badaniami, a istotnych dla wykonania przedmiotu umowy.

Skoro brak było badań geotechnicznych i dokumentacji projektowej dla wykonania sieci kanalizacji deszczowej i pompowni, powódka rzeczywiście winna dopuszczać możliwość prac dodatkowych, ale nie była w stanie przewidzieć, jakie to konkretnie będą prace, a tym samym jaki będzie ich koszt. Powyższa konstatacja nie stoi w sprzeczności z opinią biegłego J. Ł., który skoncentrował się na oczywistości braków w dokumentacji technicznej zamawiającego, z czego wywiódł wniosek, że wykonawca winien przewidzieć, iż prace dodatkowe będą konieczne. Jednak nie jest to tożsame z możliwością przewidzenia konkretnych prac, a tylko w takim wypadku można byłoby przyjąć, że zachodzi przypadek opisany w § 2 ust. 3 umowy stron. Możliwość przewidzenia określonych prac to możliwość określenia ich zakresu i technologii, a tym samym ich skalkulowania, nie zaś jedynie możliwość założenia, że wobec braków

dokumentacji i badań jakież prace będą niezbędne. Tymczasem skoro nie było badań podłoża obejmujących miejsca, w których miały być usytuowane elementy kanalizacji deszczowej i pompowni, wykonawca przy zachowaniu opisanego wyżej miernika staranności nie mógł przewidzieć zakresu koniecznych prac, a więc także ich kosztu. Sąd Apelacyjny dostrzega, że mimo to powódka podjęła się wykonania kosztorysu i złożenia oferty ze świadomością wynagrodzenia ryczałtowego, nie zdecydowała się na złożenie zapytania czy zwrócenie uwagi na powyższe braki zamawiającemu – również bezpośrednio po dokonaniu odwiertów, jednak wobec naruszenia przez zamawiającego wymogu określonego w art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nie trafna jest konstatacja Sądu Okręgowego, iż powódka działała na własne ryzyko, za które ponosi odpowiedzialność. Nie jest bowiem sporne, że prace objęte żądaniem pozwu zostały wykonane, zatem uznać należy za niedopuszczalne również w świetle dobrych obyczajów, by zamawiający czerpał korzyści z naruszenia powszechnie obowiązującego prawa zamówień publicznych. Przy tym skoro braki w dokumentacji technicznej były widoczne na pierwszy rzut oka, zamawiający także musiał mieć ich świadomość. W świetle art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych należy bowiem przyjąć, że na zamawiającym spoczywa obowiązek podjęcia wszelkich środków w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, a więc takie jego określenie, aby nie pozostawiało możliwości interpretacji.

W powyższym kontekście istotnie zachowanie pozwanego jest sprzeczne z art. 5 k.c., jakkolwiek zarzut naruszenia tej normy prawnej co do zasady stanowić może wyłącznie zarzut obronny, natomiast nigdy nie może samoistną podstawą żądania pozwu i w związku z powyższym nie może stanowić skutecznego zarzutu apelacji powódki.

Finalnie zatem zarzuty apelującej wobec opinii biegłego J. Ł., jak i wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego na tę samą okoliczność, są bezprzedmiotowe – wobec przyjęcia, iż naruszenie przez pozwanego art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nie uzasadniało przerwania na powódkę wszelkich ryzyk związanych z koniecznością wykonania dodatkowych prac oraz że jakkolwiek braki w dokumentacji pozwalały przewidzieć, iż prace dodatkowe będą konieczne, to jednak uniemożliwiały ich sprecyzowanie dla celów kalkulacyjnych.

Mimo to zarzut naruszenia art. 632 § 1 k.c. uznać trzeba za chybiony. W kontekście przesłanki „rażącej straty” wymaganej przez powyższy przepis dostrzec trzeba, że skarżący przemilczał całkowicie w apelacji opinię biegłego wyceniającego wartość prac i robót objętych przez skarżącego kosztorysem powykonawczym, która wedle biegłego jest niższa o prawie połowę od kwoty żądanej w pozwie i podtrzymywanej w apelacji. Nadto zaś porównanie kwoty wynikającej z tej opinii z wartością całego zamówienia jednoznacznie wskazuje, że koszt prac dodatkowych stanowił znikomą część wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższe nie pozwala na przyjęcie, iż powódka wykazała wymienioną wyżej przesłankę, której zaistnienie jest niezbędne dla podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Nie wystarczy bowiem dla zastosowania powyższej normy prawnej udowodnienie samej straty, która w tym przypadku jest oczywista wobec poniesienia przez powódkę kosztu dodatkowych robót, lecz niezbędne jest wykazanie, że strata ta jest rażąca, a więc bardzo znacząca z perspektywy wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia przewidzianego w umowie.

Natomiast podzielić trzeba zarzut naruszenia art. 405 k.c. Nie zostało w żaden sposób wyjaśnione, z jakich przyczyn inne oferty były wyższe od oferty powódki, a w szczególności, że wynikało to właśnie z uwzględnienia przez innych wykonawców kosztów dodatkowych prac. Oczywiście jest przy tym, że gdyby oferty pozostałych wykonawców różniły się od oferty powódki właśnie z uwagi na uwzględnienie tych prac, pozwany przedłożyłby te oferty, tym bardziej, że to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie (art. 6 k.c.), skoro z niej wywodziliby pozytywne dla siebie skutki prawne. Nie sposób więc wywodzić, że inni oferenci w swojej kalkulacji uwzględnili dodatkowe prace, a zatem, że gdyby powódka również to uczyniła, zaoferowane przez nią wynagrodzenia byłoby wyższe niż w drugiej w kolejności ofercie. Ponieważ powódka wykonała dodatkowe roboty, niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, a nieobjęte umową, zachodzi konieczność ich rozliczenia w ramach podstawy faktycznej i art. 405 k.c., ponieważ pozwany wzbogacił się kosztem strony powodowej o wartość wykonanych prac dodatkowych. Możliwość przyjęcia odpowiedzialności odszkodowawczej wywodzonej z art. 471 k.c., jak sugeruje to apelująca, jest wyłączona, ponieważ stron w przedmiotowym zakresie nie wiązała umowa.

Powódka na okoliczność wartości wykonanych prac przedstawiła jedynie kosztorys powykonawczy bez dokumentów źródłowych, faktur i rachunków. Wobec stanowiska strony pozwanej negującej żądanie pozwu również co do

wysokości słusznie Sąd Okręgowy skorzystał z wiadomości specjalnych celem weryfikacji. Z opinii uzupełniającej biegłego M. K. wynika, że wartość prac powódki to kwota 179 249,26 zł (k 475). Opinia ta nie została zakwestionowana przez żadną ze strony, dlatego też Sąd Apelacyjny uznał, że bezpodstawne wzbogacenie pozwanego zamyka się w tej kwocie, co zakreślało zakres zmiany zaskarżonego wyroku i skutkowało oddaleniem apelacji w pozostałej części. Początkowa data naliczania odsetek została ustalona zgodnie z art. 455 k.c. – data wynikająca z wezwania do zapłaty nie była przedmiotem sporu między stronami. Ponieważ powódka nie sprecyzowała na żadnym etapie postępowania rodzaju odsetek ustawowych, których się domagała, braku inicjatywy strony nie mógł też zastąpić Sąd Apelacyjny, stąd w wyroku ograniczył się do wskazania odsetek ustawowych.

Konsekwencją zmiany wyroku w części merytorycznej była zmiana rozstrzygnięcia na podstawie art. 100 k.p.c. stosownie do proporcji wygranej w procesie – powódka wygrała w 53 %, a pozwany w 47 %, przy czym koszty procesu wyliczy referendarz sądowy w Sądzie pierwszej instancji zgodnie z dyspozycją art. 108 § 1 k.p.c.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. oraz art. 100 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c., zasądzając od pozwanego na rzecz powódki zwrot opłaty od apelacji w uwzględnionej części oraz znosząc wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wobec zbliżonych proporcji wygranej i przegranej.

Dagmara Olczak-Dąbrowska Dorota Markiewicz Beata Byszewska