

Sygn. akt VI ACa 603/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Maciej Kowalski

Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)

Sędzia SO (del.) – Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: – sekr.sąd. Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko m. (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 31 stycznia 2013 r.

sygn. akt XX GC 608/06

1. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, tj:

- w punkcie I – w ten sposób, że oddala powództwo o zapłatę kwoty 1.849.800 zł (jeden milion osiemset czterdzieści dziewięć tysięcy osiemset) wraz z ustawowymi odsetkami;

- w punkcie II – w ten tylko sposób, że zasądzoną kwotę 1.522.575 zł (jeden milion pięćset dwadzieścia dwa tysiące pięćset siedemdziesiąt pięć) obniża do kwoty 1.359.564 zł (jeden milion trzysta pięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset sześćdziesiąt cztery) z ustawowymi odsetkami od tej kwoty liczonymi od dnia 13 kwietnia 2006 r. do dnia zapłaty oraz oddala powództwo w pozostałej części;

- w punkcie IV - w ten tylko sposób, że zasądzoną kwotę 7.378,65 zł (siedem tysięcy trzysta siedemdziesiąt osiem złotych 65/100) obniża do kwoty 3.344 zł (trzy tysiące trzysta czterdzieści cztery);

- w punkcie V - w ten tylko sposób, że zasądzoną kwotę 42.500 zł (czterdzieści dwa tysiące pięćset) obniża do kwoty 17.000 zł (siedemnaście tysięcy);

- w punkcie VI - w ten tylko sposób, że zasądzoną kwotę 43.217 zł (czterdzieści trzy tysiąc dwieście siedemnaście) obniża do kwoty 7.344 zł (siedem tysięcy trzysta czterdzieści cztery);

- w punkcie VII - w ten tylko sposób, że zasądzoną kwotę 43.217 zł (czterdzieści trzy tysięcy dwieście siedemnaście) obniża do kwoty 35.856 zł (trzydzieści pięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt sześć)

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz

m.(...) W. kwotę 61.080 zł (sześćdziesiąt jeden tysięcy osiemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 603/13

UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wnosił o zasądzenie od pozwanego miasta (...) W. na jego rzecz kwoty 3.962.482,32 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 24 marca 2005 r. do dnia zapłaty. Jako podstawę faktyczną roszczenia wskazał okoliczność, że strony łączyła umowa o budowę obiektu stacji metra przy Placu (...) z torami odstawczymi. Protokołem odbioru częściowego robót z dnia 22 marca 2005 r. inwestor zastępczy odebrał roboty budowlane wykonane przez powoda w okresie od 26 lutego do 22 marca 2005 r., których wartość wynosiła 3.962.482,32 zł (z podatkiem VAT). Pomimo, że faktura na tę kwotę została przyjęta przez pozwanego, nie zapłacił on dochodzonej pozewem kwoty.

Pozwane miasto (...) W. wносиło o oddalenie powództwa, podnosząc że w aneksie nr (...) do umowy strony ustaliły, iż odbiór częściowy wszystkich robót w obrębie stacji i torów odstawczych, z wyłączeniem robót drogowych i ogrodniczych, nastąpi w dniu 19 lutego 2005 r. Ponieważ przedmiotowe roboty zostały odebrane w dniu 22 marca 2005 r., powód przekroczył umówiony termin o 31 dni. Dlatego na podstawie pkt 16.1.c OWU (w brzmieniu wynikającym z aneksu nr (...)) powód jako wykonawca jest obowiązany zapłacić pozwanemu karę umowną w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia, tj. kwotę 5.734.390 zł. Ponieważ pozwany potrafił przysługującą mu wierzytelność z tytułu kary umownej z wierzytelności powoda dochodzonej pozewem, obie wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej.

Następnie powód rozszerzył powództwo, ostatecznie domagając się zasądzenia od pozwanego na jego rzecz łącznie kwoty 7.927.227,25 zł z ustawowymi odsetkami od kwot: 3.962.482,32 zł od dnia 23 kwietnia 2005 r. (tytułem zapłaty całości wierzytelności objętej fakturą o numerze (...)), 1.771.897,68 zł od dnia 1 lipca 2005 r. (tytułem zapłaty części wierzytelności objętej fakturą o numerze (...)) i 2.192.847,25 zł od dnia 11 stycznia 2006 r. (tytułem zapłaty za roboty dodatkowe i zwrotu poniesionych kosztów, w tym: 659.365,17 zł - tytułem zapłaty za dobrojenie elementów konstrukcji torów odstawczych dwupoziomowego parkingu; 329.469,20 zł - tytułem zwrotu kosztów utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót, w tym kosztów ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej, monitoringu sąsiednich budynków; 640.029,80 zł - tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez powoda w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę, w tym kosztów przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dodatkowej dzierżawy dźwigu; 53.412,39 zł - tytułem zwrotu kwoty wydatkowanej w związku z wzrostem stawki podatku za wycinkę drzew; 37.787,01 zł - tytułem zwrotu kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...); 33.418,86 zł - tytułem zwrotu kosztów realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu; 192.063,38 zł - tytułem zwrotu kosztów zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi; 247.301,44 zł - tytułem zapłaty za zatrudnienie kadry kierowniczej w okresie od czerwca do sierpnia 2006 r.).

Pozwane miasto (...) W. wносиło o oddalenie powództwa także w pozostałym zakresie, podnosząc że brak jest podstaw do zapłaty powodowi powyższych kwot.

Wyrokiem z dnia 31 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.849.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2005 r. do dnia zapłaty z tytułu należności za

wykonanie robót, oraz kwotę 1.522.575 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 kwietnia 2006 r. do dnia zapłaty z tytułu wykonanych robót dodatkowych i poniesionych kosztów, zaś w pozostałej części oddalił powództwo.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 14 października 2002 r. (...) S.A. z siedzibą W. jako wykonawca i miasto (...) W. jako zamawiający zawarli umowę o budowę obiektu stacja metra (...) Plac (...) z torami odstawczymi, przy czym jej integralną częścią były „Ogólne warunki umowy” (OWU). Umowa była dziewięciokrotnie zmieniana aneksami. Pierwszy aneks z dnia 4 marca 2003 r. zmienił zasady wynagrodzenia wykonawcy, a także określił na nowo zamawiającego jako miasto (...) W., w imieniu którego działało (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.. Kolejne aneksy dotyczyły harmonogramu prac, terminów ich odbioru, a także zmian ceny umownej.

Najistotniejsze zmiany wprowadził aneks nr (...) z dnia 30 listopada 2004 r. Z jego preambuły wynikało, że wprowadzenie wykonawcy na budowę nastąpiło w dniu 10 września 2003 r., po otrzymaniu przez inwestora w dniu 3 września 2004 r. ostatecznej decyzji z dnia 25 sierpnia 2003 r. o pozwoleniu na budowę oraz po zamknięciu dla ruchu ul. (...) w dniu 6 października 2003 r., co spowodowało opóźnienie w rozpoczęciu wykonywania przez powoda robót wymienionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Wskazano również, że opóźnienie to spowodowało, że terminy zakończenia robót przesunęły się na okres zimowy. Ponieważ zamawiający nie dysponował ostateczną decyzją o pozwoleniu na rozbudowę przystanków autobusowych w rejonie Placu (...), strony zgodnie postanowiły, że terminy poszczególnych odbiorów, a także zakończenia prac i odbioru końcowego, ulegną przesunięciu. Termin odbioru częściowego wszystkich robót w obrębie stacji (...) i torów odstawczych, z wyłączeniem robót drogowych i ogrodniczych, ustalono na dzień 19 lutego 2004 r. Datę zakończenia przedmiotu zamówienia ustalono na dzień 30 kwietnia 2005 r., natomiast odbiór końcowy ustalono na dzień 31 maja 2005 r.

Strony ustaliły cenę umowną za wykonanie robót w wysokości 109.470.220,25 zł (z podatkiem VAT). Cena ta obejmowała kwotę 1.342.000 zł netto z tytułu przyspieszenia wykonania robót określonych w § 2 pkt 5.1 umowy do dnia 28 grudnia 2004 r. Aneksem tym wprowadzono nowy harmonogram rzeczowo-finansowy, a także zapisy dotyczące zabezpieczenia i kar umownych.

Już w czasie podpisywania aneksu nr (...) istniały wątpliwości co do możliwości dotrzymania przez wykonawcę wskazanych w nim terminów, ponieważ obejmowały one dwa okresy zimowe na przełomie lat 2003/2004 i 2004/2005. Wykonawca podpisał aneks mając świadomość, że dotrzymanie zastrzeżonych w nim terminów może być nierealne, gdyż liczył na odbiór stacji przez zamawiającego i możliwość usunięcia ewentualnych wad w późniejszym terminie.

Faktyczne rozpoczęcie robót miało miejsce w dniu 6 października 2003 r. Z powodu rozpoczęcia prac budowlanych z 81 dniowym opóźnieniem i wejścia w okres zimowy, opóźnieniu uległy również inne prace, które powinny być wykonywane zgodnie z harmonogramem, lecz z uwagi na warunki atmosferyczne nie mogły być realizowane. Z uwagi na niskie temperatury musiały zostać wstrzymane roboty kamieniarskie i roboty drogowe, mróz spowodował również opóźnienie w zadaszaniu wind. Występowały też inne przeszkody, na przykład zaakceptowany projekt nie przewidywał instalacji wodno-kanalizacyjnej w pawilonach handlowych, czego nie dostrzegli ani zamawiający, ani wykonawca. Zaś w trakcie odbioru architekt zmienił kolor stropów i wykonawca musiał pomalować je ponownie.

Starając się zabezpieczyć przed odpowiedzialnością kontraktową, we wrześniu 2003 r. wykonawca zwrócił się do zamawiającego z propozycją przesunięcia terminu zakończenia robót na dzień 30 maja 2005 r., jednakże nie uzyskał na to zgody. Kolejną próbę przesunięcia terminu zakończenia prac powód podjął we wrześniu 2004 r., jednakże przesłany przez niego nowy harmonogram prac nie został przez pozwanego zaakceptowany.

Latem 2004 r. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zwróciło się do wykonawcy o zmianę projektu poprzez uwzględnienie w nim dwupoziomowego parkingu samochodowego nad torami odstawczymi. Zlecenie wykonania tego projektu w trybie zamówienia „z wolnej ręki” zostało potwierdzone protokołem z dnia 14 października 2004 r. Zlecenie to opóźniło zakończenie całości prac o miesiąc, albowiem wymagało wzmocnienia stropów i słupów nośnych żelbetowych. Mimo,

że do zawarcia umowy ostatecznie nie doszło, powód wykonał zlecone prace, a inwestor zastępczy odebrał je bez zastrzeżeń.

Protokołem odbioru częściowego z dnia 22 marca 2005 r. pozwany reprezentowany przez inwestora zastępczego (...) Sp. z o.o. odebrał roboty budowlane wykonane przez powoda w okresie od 26 lutego do 22 marca 2005 r. Na tej podstawie wykonawca w dniu 24 marca 2005 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 3.962.482,32 zł brutto. Faktura ta została przyjęta przez pozwanego, lecz nie została zapłacona.

Z uwagi na konieczność skorzystania z wiadomości specjalnych, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność: obliczenia wartości robót wykonanych przez powoda zgodnie z umową i wskazania jaka kwota z tego tytułu pozostała do zapłaty, oszacowania wartości robót dodatkowych wykonanych przez powoda i wskazania czy były one niezbędne do realizacji umowy, a także określenia kosztów poniesionych przez powoda na skutek opóźnienia robót, o ile nastąpiło ono z przyczyn nie leżących po stronie powoda, oraz wskazania jakie było powstałe opóźnienie i z jakich przyczyn wystąpiło. Opinię początkowo sporządził biegły sądowy T. K., jednakże z uwagi na zgłoszony przez pozwanego zarzut ogólnikowości jej wniosków i braku ich uzasadnienia, na zgodny wniosek stron Sąd Okręgowy zlecił wykonanie opinii innemu biegłemu.

Opinię będącą podstawą ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji sporządził biegły sądowy R. B.. Wskazał w niej, że przyjęcie przez wykonawcę terminów wykonania robót określonych w aneksie nr (...) było błędem, który jednoznacznie miał wpływ na opóźnienie wykonania robót. Stwierdził, że opóźnienia powstałe w toku wykonywania prac budowlanych nastąpiły zarówno z przyczyn leżących po stronie powoda, po stronie pozwanego, jak i z przyczyn niezależnych od stron. Opóźnienia obciążające powoda powstały z powodu zalania maszynowni gotowych schodów ruchomych i zbyt późnego otrzymania zezwolenia na eksploatację schodów ruchomych. Biegły wyliczył to opóźnienie na 20 dni. Natomiast opóźnienia obciążające pozwanego dotyczyły: zbyt późnej akceptacji materiału na wibroizolację torowiska tramwajowego, zbyt późnego podjęcia decyzji o dobrojeniu konstrukcji nad torami odstawczymi dla realizacji parkingu podziemnego, przebudowy przystanków komunikacji miejskiej, a także zbyt późnego wystąpienia do Urzędu Dozoru Technicznego o rozpoczęcie procedury wydania zezwoleń na użytkowanie urządzeń transportu pionowego. Biegły wyliczył to opóźnienie na 69 dni. Natomiast opóźnienia niezależne od stron biegły wyliczył na 207 dni.

W opinii uzupełniającej biegły sądowy R. B. obliczył, że uwzględniając zaistniałe opóźnienia oraz wzajemne roszczenia z tytułu kar umownych, kwota należna powodowi powinna wynosić 3.408.033,77 zł. Zdaniem biegłego roboty dodatkowe zostały zlecone powodowi na podstawie umów zawieranych z (...) Sp. z o.o., działającym jako inwestor zastępczy na rzecz inwestora miasta (...) W., w trybie zamówień „z wolnej ręki”.

Według biegłego wykonane przez powoda prace dodatkowe obejmowały: montaż dodatkowych sygnalizatorów kierunkowych na ul. (...), zastosowanie wzmocnienia masztu MS-OŚ z wysięgnikiem o długości 10 m, montaż latarni sygnałowych ulicznych z ekranami kontrastowymi, wymianę soczewek ogólnych na kierunkowe w latarniach, wymianę pakietu LK6 tradycyjnego na LK6 L., montaż dodatkowych pętli indukcyjnych w ulicy (...) i dodatkowego detektora dla pętli indukcyjnych, ułożenie dodatkowego kabla, wykonanie warstwy wibroizolacyjnej z maty podtłuczniowej w odtwarzanym w ramach realizacji przedmiotu umowy nr (...), rozbudowę dźwiękowego systemu ostrzegawczego o stację (...) Plac (...), szereg ekspertyz i projektów technicznych związanych ze stanem technicznym budynków mieszkalnych SM (...) sąsiadujących z budową stacji metra, zabezpieczenie nadproży i ścian w piwnicach, wzmocnienie stropów w piwnicach wraz z udrożnieniem wentylacji grawitacyjnej, wymianę stropu nad piwnicą nr 25 w budynku nr II, izolację zewnętrzną ścian piwnic od strony ul. (...), montaż i okablowanie systemu zdalnego sterowania urządzeniami energetycznymi podstacji trakcyjno-energetycznej stacji (...) plac (...), wykonanie projektu i budowę kanału w ul. (...) według specyfikacji technicznej, wykonanie ekspertyzy związanej z ruchem transportu miejskiego w okresie budowy stacji metra (...) Plac (...) oraz w czasie eksploatacji przyszłej stacji, wykonanie projektów i budowę podziemnego dwupoziomowego parkingu samochodowego w przestrzeni nad torami odstawczymi. Za część wykonanych robót dodatkowych pozwany zapłacił powodowi, lecz nie za wszystkie.

Według biegłego uzasadnione koszty poniesione przez powoda oraz wartość wykonanych przez niego robót dodatkowych obejmowały następujące kwoty:

- 415.069,07 zł - tytułem kosztów dobrojenia elementów konstrukcji torów odstawczych dwupoziomowego parkingu. Biegły wskazał, że wykonawca na zlecenie pozwanego wbudował 40,61 ton stali żebrowej w postaci półfabrykatów, lecz zakupił łącznie 93,15 ton stali. (...), która nie została wbudowana, pozwany przeznaczył na złom. Ponieważ tak dużą ilość stali powód zakupił częściowo na własne ryzyko, biegły koszty zakupu stali podzielił między strony po połowie;
- 169.918,67 zł - tytułem kosztów utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót, w tym kosztów: ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej i monitoringu sąsiednich budynków. Biegły wskazał, że w tym zakresie opóźnienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego;
- 380.906,15 zł - tytułem kosztów poniesionych przez powoda w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę, w tym kosztów: przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dodatkowej dzierżawy dźwigu. Według biegłego koszty przestoju zostały spowodowane w części przez pozwanego, było to co najmniej 21 dni;
- 1.522.575 zł - łącznie tytułem: wzrostu stawki podatku za wycinkę drzew, kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), kosztów realizacji zleceń PIP i Sanepidu, zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, zatrudnienia kadry kierowniczej w miesiącach czerwiec-sierpień 2006 r.

Pomimo zgłoszonych przez pozwanego zastrzeżeń do opinii biegłego sądowego R. B., iż nie zawierają one uzasadnienia opartego na stanie faktycznym i prawnym oraz są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, Sąd Okręgowy uznał je za wyczerpujące i rzetelne. Ponadto podstawą ustalenia stanu faktycznego sprawy były dowody z dokumentów oraz z zeznań świadków.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Jako okoliczność niesporną Sąd pierwszej instancji wskazał fakt, że roboty objęte umową z dnia 14 października 2002 r. (zmienioną aneksami) zostały przez powoda wykonane w całości i odebrane przez pozwanego. Spór dotyczył jedynie rozliczenia za roboty objęte odbiorem częściowym z dnia 22 marca 2005 r. (należności z faktur o numerach (...)), a także roboty dodatkowe i koszty związane z wydłużeniem procesu inwestycyjnego. Wykonawca w pozwie dochodził dwóch roszczeń: kwoty 5.734,380 zł tytułem pozostałej części wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy z dnia 14 października 2002 r. (jako podstawę prawną tego roszczenia powód wskazał art. 471 k.c.), oraz kwoty 2.192.847,25 zł tytułem należności za roboty dodatkowe i poniesione koszty związane z ich wykonaniem (jako podstawę prawną tego roszczenia powód wskazał art. 471 k.c., ewentualnie art. 405 k.c. i następne). Natomiast pozwany podniósł zarzut potrącenia przysługującej mu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnościami powoda.

Sąd Okręgowy miarkował należną pozwanemu karę umowną, z uwagi na konieczność wykonania przez powoda robót dodatkowych, co według biegłego mogło trwać 10-11 dni. Sąd pierwszej instancji za udowodniony przyjął okres 10 dni i wskazany przez pozwanego czas opóźnienia wykonania robót pomniejszył z 31 do 21 dni, co skutkowało zmniejszeniem kwoty kary umownej. Sąd Okręgowy wskazał, że cena umowna z kontraktu łączącego strony wynosiła 92.490.000 zł, zaś pomnożenie jej przez 0,2% i 21 dni opóźnienia dało kwotę 3.884.580 zł należnej pozwanemu kary umownej.

Ponieważ powód dochodził zapłaty kwoty 5.734.380 zł tytułem pozostałej części wynagrodzenia za wykonanie umowy z dnia 14 października 2002 r., której pozwany nie kwestionował, lecz dokonał potrącenia z niej wierzytelności z tytułu kary umownej, Sąd Okręgowy uznając potrącenie za skuteczne odjął od kwoty 5.734.380 zł kwotę 3.884.580 zł i otrzymał kwotę 1.849.800 zł, którą wraz z odsetkami zasądził od pozwanego na rzecz powoda w punkcie pierwszym wyroku. Jako podstawę prawną zasądzenia tej kwoty Sąd pierwszej instancji wskazał § 4 umowy z dnia 14 października 2002 r. w związku z art. 484 k.c. i art. 498 k.c.

Natomiast w punkcie drugim wyroku Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.522.575 zł wraz z odsetkami. Kwotę tę Sąd pierwszej instancji wyliczył na podstawie opinii biegłego sądowego, który

zakwestionował część kosztów podanych przez powoda. Były to koszty związane z: dobrojeniem elementów konstrukcji torów odstawczych dwupoziomowego parkingu (zamiast kwoty 659.365,71 zł biegły wskazał kwotę 415.069,07 zł), utrzymaniem placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót, w tym koszty: ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej i monitoringu sąsiednich budynków (zamiast kwoty 329.469,20 zł biegły wskazał kwotę 169.918,67 zł) i koszty poniesione w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę, w tym koszty: przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dzierżawy dźwigu (zamiast kwoty 640.029,80 zł biegły wskazał kwotę 380.906,15 zł). Natomiast pozostałe koszty: związane ze wzrostem stawki podatku za wycinkę drzew, projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu, zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, oraz zatrudnienia kadry kierowniczej w miesiącach od czerwiec do sierpnia 2006 r., biegły sądowy uznał za prawidłowo określone przez powoda.

Jako podstawę prawną zasądzenia na rzecz powoda kwoty 415.069,07 zł tytułem dobrojenia elementów torów odstawczych dwupoziomowego parkingu, Sąd Okręgowy wskazał art. 405 k.c. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że pozwany zlecił wykonawcy zaprojektowanie i wykonanie dwupoziomowego parkingu, lecz ostatecznie nie doszło do zawarcia umowy wykonawczej. Jednakże pozwany uzyskał kosztem powoda korzyść w postaci uzbrojonych elementów, które mogą stać się podstawą do wybudowania parkingu dwupoziomowego. Bez uzbrojenia realizacja tego przedsięwzięcia nie byłaby możliwa, bądź wymagałaby poniesienia wysokich kosztów. Sąd Okręgowy odwołał się do wyrażonego w judykaturze poglądu, że w sytuacji, gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. akt II CSK 414/10).

Natomiast podstawą prawną zasądzenia na rzecz powoda pozostałej kwoty wynikającej z wykonania przez niego robót dodatkowych i poniesienia związanych z tym kosztów, był art. 471 k.c. Sąd Okręgowy zasądził w całości następujące dochodzone przez powoda kwoty: 53.412,39 zł - wynikającą ze wzrostu stawki podatku za wycinkę drzew, 37.787,01 zł - tytułem zwrotu kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), 34.418,86 zł - wynikającą z realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu, 192.063,38 zł - tytułem zwrotu kosztów zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, 240.000 zł - wynikającą z zatrudnienia kadry kierowniczej w miesiącach od czerwca do sierpnia 2006 r. Ponadto Sąd pierwszej instancji, uwzględniając żądanie powoda w części, zasądził poniższe kwoty: 169.918,67 zł (zamiast 329.469,20 zł) - tytułem kosztów utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót, w tym kosztów: ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej i monitoringu sąsiednich budynków, oraz 380.906,15 zł (zamiast 640.029,80 zł) - tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę, w tym koszty: przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dzierżawy dźwigu.

Na podstawie opinii biegłego sądowego Sąd Okręgowy ustalił, że leżącymi po stronie pozwanego przyczynami opóźnień, które wpłynęły na powstanie dodatkowych kosztów po stronie powoda, były:

- ponad 2-miesięczne opóźnienie w akceptacji materiału przewidzianego na wibroizolację torowiska tramwajowego. Opóźniona decyzja inwestora spowodowała opóźnienie złożenia zamówienia na materiał przez wykonawcę, co było przyczyną opóźnienia odtworzenia torowiska i pasa robót drogowych w pasie przyległym do torowiska;
- znaczne opóźnienie powstałe w wyniku podjęcia przez zamawiającego decyzji o dobrojeniu konstrukcji nad torami odstawczymi, celem umożliwienia późniejszej realizacji parkingu podziemnego. Prace te miały być wykonane jako roboty dodatkowe;
- znacznie opóźnione wprowadzenia wykonawcy na teren przebudowy przystanków komunikacji miejskiej, które miało miejsce około miesiąca po uprawomocnieniu się pozwolenia na budowę;

- opóźnione wystąpienie zamawiającego do Urzędu Dozoru Technicznego o rozpoczęcie procedury wydania zezwoleń na użytkowanie urządzeń transportu pionowego, pomimo zakończenia ich montażu w lutym 2005 r.

W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy oddalił powództwo jako niezasadne.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł pozwany miasto (...) W..

Apelacją z dnia 7 marca 2013 r. pozwany zaskarżył wyrok w części zasądzającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.849.800 zł wraz z odsetkami (punkt I wyroku) i kwotę 1.522.575 zł wraz z odsetkami (punkt II wyroku) oraz w punktach IV, V i VI i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa, ewentualnie o uchylene wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Wyrokowi Sądu Okręgowego pozwany zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności przepisów art. 405 k.c. i następnych, art. 471 i art. 472 k.c., art. 484 k.c. oraz przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 71, art. 72 i art. 74, ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664) - m.in. przez przyjęcie:

- że wystąpiły przesłanki zmniejszenia wysokości kary umownej naliczonej przez pozwanego zgodnie z treścią umowy z dnia 14 października 2002 r.;

- że zachodzą podstawy do zasądzenia na podstawie art. 471 k.c. kosztów związanych z wykonaniem przez powoda robót dodatkowych, ponieważ kwoty te „wynikają z opóźnienia z winy pozwanego”;

- że dodatkowe koszty po stronie powoda powstały z przyczyn leżących po stronie powoda i z powodu nienależytego wykonania przez pozwanego zobowiązań określonych w umowie z dnia 14 października 2002 r.;

- że pozwany uzyskał korzyść majątkową w wysokości wyliczonej przez biegłego sądowego R. B. i zasądzonej na rzecz powoda kwoty dotyczącej dobrojenia elementów torów odstawczych, z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia;

2) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału - m.in. przez przyjęcie:

- że okres opóźnienia w wykonaniu przez powoda robót wymienionych w § 2 pkt 5.1 umowy z dnia 14 października 2002 r. (zmienionej zgodnie z treścią § 1 aneksu nr (...)), za który przysługują pozwanemu kary umowne, wynosi 21 dni;

- że pozwany zlecił powodowi zaprojektowanie i wykonanie dwupoziomowego parkingu i dobrojenie elementów torów odstawczych oraz uzyskał korzyść majątkową w związku z dobrojeniem elementów torów odstawczych w wysokości kwoty wyliczonej przez biegłego sądowego R. B. i zasądzonej przez Sąd;

- że powód wykonał roboty dodatkowe, za które przysługują powodowi kwoty dochodzone przez powoda;

- że powodowi przysługują kwoty wyliczone przez biegłego sądowego R. B. z tytułu utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonania robót, w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę, w związku z przestojem sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej oraz dzierżawy dźwigu;

- że opóźnienia określone przez biegłego sądowego R. B. dotyczące m.in. akceptacji przez pozwanego materiału na wibroizolację torowiska tramwajowego, decyzji pozwanego o dobrojeniu konstrukcji nad torami odstawczymi, wprowadzenia powoda na teren przebudowy przystanków komunikacji miejskiej oraz wystąpienia pozwanego do Urzędu Dozoru Technicznego o rozpoczęcie procedury wydania zezwoleń na użytkowanie urządzeń transportu pionowego, leżą po stronie pozwanego i wpłynęły bezpośrednio na powstanie dodatkowych kosztów po stronie powoda;

3) naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności:

- przepisów art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, nierozważenie całego zebranego w sprawie materiału oraz zbyt jednostronne rozważenie twierdzeń powoda dotyczących zasadności jego roszczeń i przyjęcie stanowiska biegłego sądowego R. B. przedstawionego w opinii z dnia 15 grudnia 2011 r. i opinii uzupełniającej z dnia 30 listopada 2012 r., z jednoczesnym nierozważeniem i pominięciem twierdzeń i dowodów przedstawionych przez pozwanego;

- przepisów art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku oraz niewskazanie podstawy faktycznej wyroku i przyczyn, dla których Sąd pominął i odmówił wiarygodności dowodom przedstawionym przez pozwanego.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wnosił o oddalenie apelacji oraz zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanego zasługuje na uwzględnienie częściowo, tj. w zakresie zasądzonej w punkcie pierwszym zaskarżonego wyroku kwoty 1.849.800 zł wraz z odsetkami oraz zasądzonej w jego punkcie drugim kwoty 163.011 zł wraz z odsetkami. Natomiast apelacja ta podlega oddaleniu w części obejmującej zasądzoną w punkcie drugim zaskarżonego wyroku kwotę 1.359.564 zł wraz z odsetkami.

Sąd Okręgowy dokonał w większości prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże wadliwe są te ustalenia, które dotyczą okresu trwania opóźnienia będącego podstawą naliczenia należnej pozwanemu kary umownej, a także ilości stali wbudowanej przez powoda w związku z dobrojeniem elementów konstrukcji torów odstawczych, która stanowiła o wzbogaceniu się pozwanego. W konsekwencji ocena prawna Sądu pierwszej instancji jest także częściowo wadliwa.

W przedmiotowej sprawie niesporne jest, że (...) S.A. z siedzibą W. jako wykonawcę i miasto (...) W. jako zamawiającego łączyła umowa z dnia 14 października 2002 r. o budowę obiektu stacji metra (...) Plac (...) z torami odstawczymi, zmieniona dziewięcioma kolejnymi aneksami. Powód wykonał roboty objęte tą umową i wystawił z tego tytułu szereg faktur, które w większości zostały zapłacone przez pozwanego. (...) S.A. nie uzyskała jednak zapłaty za roboty objęte dwoma fakturami o numerach (...) (w całości) i (...) (w części) w łącznej kwocie 5.734.380 zł. Pozwany nie kwestionował faktu, że kwota ta tytułem części umówionego wynagrodzenia należy się powodowi, lecz podniósł, że na skutek potrącenia kwoty 5.734.390 zł należnej mu tytułem kary umownej, wierzytelność powoda uległa umorzeniu.

Pozwany wskazywał, że w aneksie nr (...) do umowy strony ustaliły, iż odbiór częściowy wszystkich robót w obrębie stacji i torów odstawczych, z wyłączeniem robót drogowych i ogrodniczych, nastąpi w dniu 19 lutego 2005 r. Ponieważ przedmiotowe roboty zostały odebrane dopiero w dniu 22 marca 2005 r., powód przekroczył umówiony termin o 31 dni. Dlatego na podstawie pkt 16.1.c OWU powód jako wykonawca jest obowiązany zapłacić pozwanemu karę umowną w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia, tj. kwotę 5.734.390 zł. Sąd Okręgowy uznał, że pozwanemu należy się kara umowna jedynie za 21 dni opóźnienia, tj. w kwocie 3.884.580 zł, albowiem opóźnienie w pozostałym zakresie nastąpiło z przyczyn niezależnych od powoda, w szczególności wynikających z konieczności wykonania robót dodatkowych. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał, że w ten sposób miarkował należną pozwanemu karę umowną.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji jest wadliwe. Zgodnie z treścią art. 484 § 1 k.c., w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zaś z § 2 powołanego artykułu wynika, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Tymczasem Sąd Okręgowy nie miarkował należnej pozwanemu kary umownej powołując się na wystąpienie okoliczności przewidzianych przez ustawodawcę

(tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części, bądź rażąco wygórowanie kary), a jedynie wyliczył ją za krótszy okres, niż wynosiło opóźnienie, co nie może być uznane za miarkowanie kary w rozumieniu ustawy.

Natomiast skracając z 31 do 21 dni okres, za który należy się pozwanemu kara umowna, Sąd Okręgowy naruszył punkt 16.1.c OWU w brzmieniu wynikającym z aneksu nr (...), a w konsekwencji także art. 484 § 1 k.c. Z powołanego zapisu umowy wynika bowiem, że powód jako wykonawca był obowiązany zapłacić pozwanemu karę umowną w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia, a nie zwłoki. Opóźnienie następuje także wówczas, gdy termin nie zostanie dotrzymany z przyczyn niezależnych od opóźniającego się, zaś zwłoki (opóźnienia kwalifikowanego) dopuszcza się tylko ten dłużnik, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych. Dlatego - wobec treści powołanego postanowienia umowy - za nieuprawnione należy uznać odwoływanie się przez Sąd pierwszej instancji do okoliczności, czy opóźnienie w wykonaniu robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czy też nie. Skoro zastrzeżono karę umowną na wypadek opóźnienia wykonawcy w wykonaniu robót, zaś z dokumentów w postaci łączącej strony umowy i protokołu odbioru częściowego robót wynika, iż opóźnienie wyniosło 31 dni, to ma rację pozwany twierdząc, że na podstawie pkt 16.1.c OWU powód jako wykonawca jest obowiązany zapłacić mu karę umowną w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia, tj. kwotę 5.734.390 zł.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Zastrzeżonej na rzecz pozwanego kary umownej nie można bowiem uznać za rażąco wygórowaną, skoro dzienna stawka 0,2% wartości kontraktu jest stawką stosowaną standardowo przy tego rodzaju robotach budowlanych. Brak również podstaw do powołania się na fakt wykonania przez powoda zobowiązania w znacznej części. Należy bowiem zauważyć, że treść punktu 16.1.b OWU została zmieniona aneksem nr (...) do umowy, który został przez strony podpisany w dniu 30 listopada 2004 r., a więc na 2,5 miesiąca przed umówionym terminem zakończenia robót. Początkowo w punkcie 16.1.b OWU przewidziano, że pozwanemu będzie przysługiwała kara umowna w wysokości 0,2% wartości zamówienia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, lecz aneksem nr (...) wprowadzono zapis, zgodnie z którym wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia.

Mając na uwadze datę wprowadzenia powyższej zmiany należy przyjąć, że podpisując aneks nr (...) powód zdawał sobie sprawę ze stopnia zaawansowania robót i będąc profesjonalnym podmiotem na rynku usług budowlanych, świadomie decydował się na zaostrzenie odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niedotrzymania terminu zakończenia robót. Dla oceny stanu świadomości powoda istotna jest treść preambuły do aneksu nr (...), w której strony wskazały, że przyczyną jego zawarcia było opóźnienie w rozpoczęciu wykonywania robót spowodowane opóźnieniem w uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, co skutkowało przesunięciem się zakończenia robót drogowych i na terenach zielonych na okres zimowy. Mając na uwadze powyższe uwarunkowania, strony zmodyfikowały harmonogram rzeczowo-finansowy robót oraz na nowo określiły cenę za ich realizację. Dlatego, w ocenie Sądu odwoławczego, nie byłoby słuszne miarkowanie na tej podstawie kary umownej.

Ponieważ pozwane miasto (...) W. dokonało skutecznie potrącenia przysługującej mu wierzytelności z tytułu kary umownej w kwocie 5.734.390 zł, z wierzytelności powoda z tytułu części wynagrodzenia umownego w kwocie 5.734.380 zł, na podstawie art. 498 § 2 k.c. obie te wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej. Uzasadniało to zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie pierwszym i oddalenie powództwa o zapłatę kwoty 5.734.380 zł wraz z odsetkami.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji wadliwie określił także ilość stali wbudowanej przez powoda w związku z dobrojeniem elementów konstrukcji torów odstawczych, która spowodowała powstanie wzbogacenia po stronie pozwanego. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda z tego tytułu kwotę 415.069,07 zł, wskazując że jej wysokość ustalił na podstawie opinii biegłego sądowego R. B.. Z opinii uzupełniającej biegłego wynika, że faktycznie w dobrojenie elementów konstrukcji torów odstawczych wykonawca wbudował 40,61 ton stali żebrowej w postaci półprefabrykatów (k. 1566 akt). Jednakże, według biegłego, brak jednoznacznej decyzji inwestora co do wykonawstwa dwupoziomowego parkingu podziemnego utrudnił powodowi zamówienie właściwej ilości stali

zbrojeniowej i skutkowało powstaniem nadwyżki w ilości 52,54 tony. Biegły zaproponował rozłożenie tej nadwyżki na obie strony, co skutkowało obciążeniem pozwanego obowiązkiem zapłaty powodowi za 66,89 ton stali (40,62 ton plus połowa z 52,54 ton).

Sąd Okręgowy przyjął za trafną powyższą koncepcję biegłego sądowego i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 415.069,07 zł (z podatkiem VAT) tytułem zwrotu uzyskanego przez miasto (...) W. wzbogacenia na skutek wykonania przez (...) S.A. robót polegających na dozbrojeniu elementów konstrukcji torów odstawczych dwupoziomowego parkingu. Pozwany w apelacji zakwestionował przede wszystkim sam fakt uzyskania przez niego korzyści majątkowej w sytuacji, gdy do wybudowania parkingu podziemnego ostatecznie nie doszło, a więc dozbrojenie nie zostało wykorzystane. Ponadto pozwany twierdził, iż nawet gdyby wzbogacenie nastąpiło, to powód nie może domagać się zwrotu nienależnego świadczenia, ponieważ wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany (art. 411 pkt 1 k.c.). Podnosił również, że zasądzona kwota przewyższa wartość ewentualnego wzbogacenia, skoro obejmuje nie tylko stal wbudowaną, lecz także połowę stali zakupionej i zełomowanej przez powoda.

Co do samej zasady, w ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany niezasadnie kwestionuje zasądzenie na rzecz powoda zwrotu wartości korzyści uzyskanych bezpodstawnie przez pozwanego na skutek dozbrojenia elementów konstrukcji torów odstawczych. Zgodnie bowiem z art. 405 k.c., kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. W niniejszej sprawie niesporne jest, że strony nie zawarły ważnej umowy na wykonanie powyższych prac, albowiem umowa taka powinna zostać zawarta z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, tj. w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Jednakże ze złożonej do akt korespondencji wynika, że w 2004 r. strony prowadziły rokowania w przedmiocie zamiaru zlecenia (...) S.A. jako wykonawcy przez (...) Sp. z o.o. jako inwestora zastępczego realizacji parkingu nad torami odstawczymi (k. 1596-1597 i 1202-1211 akt).

Na podstawie powyższych uzgodnień powód zlecił firmie zewnętrznej opracowanie „Architektonicznego studium programowo-przestrzennego adaptacji przestrzeni rezerwowej nad torami odstawczymi na funkcję parkingową”, które zostało przekazane inwestorowi zastępczemu w dniu 25 lutego 2004 r. Pismem z dnia 27 lutego powód zwrócił się do inwestora zastępczego o potwierdzenie pokrycia kosztów prac projektowych, lecz nie uzyskał na nie wiążącej odpowiedzi. W dniu 5 marca 2004 r. powód wpisem do dziennika budowy zapytał, czy ma dozbrajać elementy konstrukcji torów odstawczych w związku z planowanym wykonywaniem parkingu, lecz odpowiedź inspektora nadzoru nie była jednoznaczna. W celu uniknięcia wstrzymania robót, a jednocześnie utrzymania możliwości realizacji parkingu dwupoziomowego, na podstawie zamiaru zlecenia, ustnych uzgodnień z nadzorem inwestorskim i pisma inwestora zastępczego z dnia 28 czerwca 2004 r., powód wbudował dodatkowo kilka ton stali, o czym poinformował kontrahenta w dniu 25 czerwca 2004 r. W odpowiedzi został poinformowany, że rozliczenie prac nastąpi w ramach umowy na realizację parkingu. Wobec braku dalszych decyzji inwestora zastępczego, powód pismem z dnia 22 lipca 2004 r. powiadomił go o konieczności wstrzymania z dniem 27 lipca 2004 r. robót konstrukcyjnych na poziomie -1 torów odstawczych (k. 1596-1597).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ulega wątpliwości okoliczność, że strony prowadziły rokowania dotyczące zlecenia powodowi realizacji parkingu dwupoziomowego, do czego ostatecznie nie doszło. Jednakże ponieważ możliwość wybudowania w przyszłości tego parkingu była ściśle powiązana z realizacją łączącej strony umowy z dnia 14 października 2002 r. w zakresie konstrukcji torów odstawczych, które w tym wypadku powinny zostać dozbrojone, powód prowadził w tym przedmiocie rozmowy z reprezentującym pozwanego inspektorem zastępczym. Z rozmów tych wynikało, że pozwany zaakceptował wariant zakładający dozbrojenie konstrukcji, skoro w piśmie z dnia 28 czerwca 2004 r. przedstawiciel inwestora zastępczego oświadczył, że w zakresie dozbrojenia elementów konstrukcyjnych torów odstawczych powinny być przewidziane niezbędne wzmocnienia w konstrukcji płyty dennej, słupów oraz stropu -1 zgodnie z zaproponowaną przez powoda koncepcją architektoniczną parkingu podziemnego na 196 miejsc, zaś rozliczenie za powyższy zakres prac nastąpi w ramach umowy na realizację parkingu lub na ogólnych zasadach określonych w łączącej strony umowie (k. 1211 akt). Skoro pozwany za pośrednictwem inwestora zastępczego zlecił powodowi dozbrojenie konstrukcji, nie może obecnie twierdzić, że powód wiedział, iż nie był do świadczenia

zobowiązany i w związku z tym nie ma możliwości domagania się zwrotu nienależnego świadczenia z uwagi na treść art. 411 pkt 1 k.c.

W apelacji pozwany akcentuje okoliczność, że nie doszło do zawarcia umowy na realizację powyższych robót w formie pisemnej, która jest wymagana pod rygorem nieważności. Jednakże w orzecznictwie trafnie wskazuje się, że z ustawa z dnia 29 czerwca 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwana dalej „p.z.p.”) nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt II CSK 248/12, Lex nr 1293945, ale także wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt IV CSK 354/12, Lex nr 1311808 i wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. akt II CSK 414/10, Lex nr 738545).

Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, że strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona. Przy tym, wadliwe jest rozumowanie pozwanego, który z faktu niewybudowania parkingu podziemnego wywodzi brak wzbogacenia. Miasto (...) W. ma bowiem wzmocnioną konstrukcję nad torami odstawczymi, która ma określoną wartość majątkową i może w każdej chwili zostać wykorzystana do budowy parkingu. Natomiast ma rację pozwany zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 405 k.c., albowiem w kategorii bezpodstawnego wzbogacenia nie mieści się ta część stali zbrojeniowej, która nie została wbudowana w konstrukcję, czyli 26,27 ton (połowa z 52,54 ton). Dlatego wartość tej stali należało odjąć od kwoty zasądzonej w punkcie drugim zaskarżonego wyroku.

Biegły sądowy R. B. do opinii uzupełniającej załączył kosztorys (k. 1599), z którego wynika, że koszt jednostkowy dozbrojenia elementów torów odstawczych wraz z narzutami wynosił 5.086,27 zł netto. Koszt ten pomnożony przez 40,62 tony (tyle faktycznie zostało wbudowane w konstrukcję) daje kwotę 206.604,30 zł netto, zaś po podwyższeniu o 22% podatek VAT jest to kwota 252.057,25 zł. Tylko tę kwotę należało zasądzić na rzecz powoda, zamiast zasądzonej kwoty 415.069,07 zł. Uzasadniało to zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie drugim poprzez obniżenie zasądzonej kwoty z 1.522.575 zł do 1.359.564 zł i oddalenie powództwa o zapłatę kwoty 163.011,82 zł wraz z odsetkami.

Natomiast w pozostałej części zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

W przedmiotowej sprawie powód domagał się zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kwoty 1.533.482,08 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe (nieobjęte umową) oraz zwrotu dodatkowych kosztów poniesionych w związku z opóźnionym przekazaniem wykonawcy placu budowy przez inwestora, w tym: 329.469,20 zł - tytułem zwrotu kosztów utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót (w tym kosztów: ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej, monitoringu sąsiednich budynków), 640.029,80 zł - tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę (w tym kosztów: przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dodatkowej dzierżawy dźwigu), 53.412,39 zł - tytułem zwrotu kwoty wydatkowanej w związku z wzrostem stawki podatku za wycinkę drzew, 37.787,01 zł - tytułem zwrotu kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), 33.418,86 zł - tytułem zwrotu kosztów realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu, 192.063,38 zł - tytułem zwrotu kosztów zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, 247.301,44 zł - tytułem zapłaty za zatrudnienie kadry kierowniczej w okresie od czerwca do sierpnia 2006 r. Powód nie wskazał podstawy prawnej żądania zapłaty dochodzonych kwot, jednakże opisując stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, akcentował okoliczność, że konieczność poniesienia powyższych kosztów wynikała z winy pozwanego.

Natomiast Sąd Okręgowy - opierając się na wnioskach wynikających z opinii biegłego sądowego R. B. - zasądził na rzecz powoda z tego tytułu łącznie kwotę 1.107.209,46 zł, w tym: 169.918,67 zł (zamiast dochodzonych 329.469,20 zł) - tytułem kosztów utrzymania placu budowy w związku z przedłużeniem terminu wykonywania robót (w tym kosztów:

ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej i monitoringu sąsiednich budynków), 380.906,15 zł (zamiast dochodzonych 640.029,80 zł) - tytułem kosztów poniesionych przez powoda w związku z opóźnionym wprowadzeniem na budowę (w tym kosztów: przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dodatkowej dzierżawy dźwigu), 53.412,39 zł - tytułem zwrotu kwoty wydatkowanej w związku z wzrostem stawki podatku za wycinkę drzew, 37.787,01 zł - tytułem zwrotu kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), 33.418,86 zł - tytułem zwrotu kosztów realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu, 192.063,38 zł - tytułem zwrotu kosztów zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, 240.000 zł (zamiast dochodzonych 247.301,44 zł) - tytułem zapłaty za zatrudnienie kadry kierowniczej w okresie od czerwca do sierpnia 2006 r. Jako podstawę prawną zasądzenia powyższych kwot Sąd pierwszej instancji podał art. 471 k.c. wskazując, że konieczność poniesienia przez powoda dodatkowych kosztów powstała z winy pozwanego.

Z kolei pozwany w apelacji podnosił, że wskazane przez powoda roboty dodatkowe i dodatkowo poniesione koszty są objęte umową stron z dnia 14 października 2002 r. i przewidzianym w niej wynagrodzeniem ryczałtowym, a w każdym razie obejmuje je podpisany przez strony aneks nr (...) do umowy. Dlatego miasto (...) W. kwestionowało zasadność domagania się przez (...) S.A. dodatkowych kwot z tego tytułu.

Kwestie dotyczące wynagrodzenia za realizację objętych przedmiotową umową robót zostały uregulowane w pkt 17 OWU. Z pkt 17.1 OWU wynika, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zostało ustalone w formie ryczałtu, na podstawie ceny określonej w ofercie. Natomiast w pkt 17.6 zastrzeżono, że w przypadku wystąpienia konieczności wykonania prac dodatkowych (prac projektowych i robót budowlanych), tj. nieprzewidzianych w przedmiocie umowy a niezbędnych do wykonania, inspektor nadzoru wspólnie z kierownikiem budowy powinni sporządzić protokół z wyszczególnieniem prac i ich ilości. Wówczas na podstawie tego protokołu i kosztorysu inwestorskiego, inspektor nadzoru inwestorskiego powinien uzyskać akceptację zamawiającego na zawarcie z wykonawcą umowy na wykonanie prac w trybie zamówienia „z wolnej ręki”. Po uzyskaniu akceptacji zamawiających powinien wysłać do wykonawcy zlecenie na rozszerzenie zakresu umownego o prace dodatkowe, zaś wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy w oparciu o ceny pochodzące z uzgodnionych cenników. Po akceptacji kosztorysu przez zamawiającego, strony powinny podpisać umowę. W niniejszej sprawie powód nie twierdził, aby doszło do zawarcia w powyższym trybie umów na roboty dodatkowe objęte przedmiotowym procesem.

Powołany pkt 17 OWU zawiera także dalsze postanowienia dotyczące zasad ustalania wynagrodzenia powoda. Zgodnie z pkt 17.10 OWU, zmiana systemu podatkowego w czasie obowiązywania umowy miała stanowić podstawę do odpowiedniego skorygowania ceny umownej. Zaś w pkt 17.11 OWU przewidziano coroczną waloryzację ceny umowy w związku ze zwyczajną ceną robocizny, materiałów i sprzętu oraz innych czynników wpływających na koszt wykonania robót, nie uwzględniając prac wykonanych do 31 grudnia 2003 r., przy czym zastrzeżono, że prace wykonywane z winy wykonawcy po upływie ustalonego w harmonogramie terminu będą podlegały waloryzacji na zasadach, jak gdyby były wykonane zgodnie z harmonogramem.

Nie jest sporna również okoliczność, że w dniu 30 listopada 2004 r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy, którym podwyższyły należne powodowi wynagrodzenie z kwoty 92.490.000 zł do kwoty 93.832.000 zł (bez podatku VAT). Jednakże z treści § 2 aneksu jednoznacznie wynika, że podwyższone wynagrodzenie obejmuje wyłącznie dodatkową kwotę 1.342.000 zł netto z tytułu przyśpieszenia wykonania robót objętych § 2 pkt 5.1 umowy do dnia 28 grudnia 2004 r. Natomiast przedmiotem aneksu nr (...) nie było wyrównanie powodowi strat poniesionych w związku z zawinionym przez pozwanego opóźnieniem wprowadzenia wykonawcy na budowę, ani zapłata za roboty dodatkowe. W aneksie tym zmieniono jedynie harmonogram rzeczowo-finansowy prac, przesuwając termin odbioru częściowego wszystkich robót w obrębie stacji (...) i torów odstawczych (z wyłączeniem robót drogowych i ogrodniczych) z dnia 14 listopada 2004 r. (k. 28 akt) na dzień 19 lutego 2005 r. (k. 77 akt). Było to związane z opóźnieniem przekazania powodowi placu budowy dla realizacji robót objętych przedmiotową umową, które nastąpiło dopiero w dniu 10 września 2003 r., lecz bez możliwości rozpoczęcia robót, z uwagi na konieczność wcześniejszego zamknięcia dla ruchu ulicy (...) (k. 216 akt). Zamknięcie tej ulicy nastąpiło w dniu 7 października 2003 r. Tymczasem aneks nr (...) do łączącej strony umowy i stanowiący jej integralną część harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 5) przewidywały wprowadzenie

wykonawcy na budowę w terminie nie późniejszym niż 7 dni od uzyskania pozwolenia na budowę, co miało nastąpić do dnia 28 lipca 2003 r.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że powód może skutecznie domagać się od pozwanego wyrównania szkody poniesionej w związku z nienależytym wykonaniem umowy z dnia 14 października 2002 r., polegającym na opóźnieniu przekazania wykonawcy placu budowy celem realizacji umowy. Zgodnie bowiem z treścią art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Ponieważ (...) S.A. nie wskazała podstawy prawnej dochodzonego roszczenia, lecz powołane przez nią okoliczności faktyczne wskazują na zamiar odzyskania tego, co straciła na skutek opóźnionego wprowadzenia na plac budowy przez inwestora, art. 471 k.c. jest odpowiednią podstawą prawną oceny roszczenia powoda.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, miasto (...) W. ponosi odpowiedzialność za opóźnienie przekazania wykonawcy placu budowy, ponieważ to ono jako inwestor było zobligowane do uzyskania w odpowiednim terminie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Tymczasem pozwany nie zachował należytej staranności, o której mowa w art. 355 k.c., nie przewidując możliwości zaskarżenia decyzji przez podmioty mające status strony w postępowaniu administracyjnym, a także konieczności podjęcia czynności związanych z zamknięciem dla ruchu ulicy (...). Dlatego nie ulega wątpliwości, że nienależyte wykonanie przez pozwanego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność.

Koszty poniesione w związku z tym przez powoda stanowią jego stratę i pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem umowy przez pozwanego. Gdyby bowiem wprowadzenie na budowę nastąpiło w terminie, nie doszłoby do przedłużenia terminu realizacji robót, a tym samym potrzeby poniesienia przez powoda dodatkowych kosztów: ubezpieczenia, obsługi geodezyjnej, monitoringu sąsiednich budynków, przestoju sprzętu i ludzi, ścianki berlińskiej, dodatkowej dzierzawy dźwigu, a także zatrudnienia kadry kierowniczej w okresie od czerwca do sierpnia 2006 r. Wysokość poniesionej szkody została przez powoda udowodniona dowodami z dokumentów, które zostały zweryfikowane przez biegłego sądowego w opiniach pisemnych i opinii ustnej. W normalnym związku przyczynowym z opóźnieniem przekazania placu budowy pozostaje też szkoda w postaci konieczności wydatkowania przez powoda wyższej kwoty na opłacenie danin publicznych za wycinkę drzew, co było związane ze wzrostem stawek opłat z tego tytułu. Gdyby bowiem powód mógł uzyskać niezbędne pozwolenia na wycinkę drzew we wcześniejszym terminie, zapłaciłby niższą kwotę daniny, którą przewidywał kalkulując ofertę dla pozwanego.

Natomiast jeżeli chodzi o roszczenie powoda obejmujące zwrot: kosztów projektu organizacji ruchu skrzyżowania ulic (...), kosztów realizacji zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Sanepidu, a także kosztów zakupu zwrotnic wraz z mechanizmami nastawczymi, to Sąd Okręgowy niesłusznie zakwalifikował je jako roszczenie odszkodowawcze, albowiem z twierdzeń powoda jednoznacznie wynika, że domaga się on od pozwanego zapłaty wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych. W tym zakresie podniesiony przez pozwanego zarzut naruszenia art. 471 k.c. zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego roszczenie w tej części również zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ pomimo, iż strony nie zawarły umów na powyższe roboty dodatkowe w trybie określonym w pkt 17.6 OWU, to z opinii biegłego sądowego R. B. wynika, że ich realizacja była konieczna dla wykonania przedmiotowej umowy i była objęta porozumieniem stron. Tymczasem w judykaturze konsekwentnie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. akt II CSK 414/10, Lex nr 738545). Zdaniem Sądu odwoławczego taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, albowiem powyższe roboty nie były objęte umową z dnia 14 października 2002 r., ich wykonania było uzgodnione z pozwanym, zaś zakres wzbogacenia pozwanego został

określony przez biegłego sądowego w powołanych opiniach. Dlatego podstawą prawną zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda powyższych kwot był art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie są zasadne zarzuty apelacji pozwanego wskazujące na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie niewszechstronnej oceny dowodów. W przedmiotowej sprawie stan faktyczny został ustalony przez Sąd Okręgowy w większości prawidłowo, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, która wymaga, aby sąd oceniał materiał dowodowy w sposób logiczny, spójny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Należy podzielić utrwalony w orzecznictwie pogląd, że do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2005 r., sygn. III CK 314/05, Lex nr 172176). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. I ACa 1053/06, Lex nr 298433).

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. I ACa 1303/05, publ. Lex nr 214251). Tymczasem pozwany w apelacji takich zarzutów nie sformułował, ograniczając się do ogólnikowego wskazania, że powołane przez niego dowody nie spotkały się z należyłą uwagą Sądu pierwszej instancji. Dlatego zarzut ten nie mógł odnieść zamierzonego skutku.

Nie ma również racji pozwany zarzucając Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej i niewskazanie podstawy faktycznej wyroku, a także nie wyjaśnienie przyczyn odmowy wiarygodności niektórym dowodom. Zgodnie z powołanym przepisem uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie powyższe elementy, przez co możliwa była jego kontrola instancyjna.

Konsekwencją zmiany rozstrzygnięcia co do meritum była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu przed Sądem pierwszej instancji, poprzez ich stosunkowe rozdzielone zgodnie regułą z określoną w art. 100 k.p.c. Koszty te zostały rozdzielone z uwzględnieniem faktu, że powód wygrał sprawę w 17%, a przegrał ją w 83%.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego były art. 385 i 386 § 1 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c., poprzez ich stosunkowe rozdzielone. Koszty te zostały rozdzielone z uwzględnieniem faktu, że apelacja pozwanego została uwzględniona w 60%.