

Sygn. akt VII AGa 923/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący SSA Ewa Zalewska (spr.)

Sędziowie: SA Tomasz Wojciechowski

SO (del.) Paweł Iwaniuk

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2019 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. w Z.

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 27 października 2016 r., sygn. akt XX GC 1356/13

I. prostuje w zaskarżonym wyroku oznaczenie strony pozwanej w ten sposób, że oznacza stronę pozwaną jako (...) każdorazowo w odpowiednim przypadku;

II. oddala apelację;

III. zasądza od (...) W. na rzecz Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. w Z. kwotę 8.100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 923/18

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. w Z. pozwem z dnia 13 listopada 2013 r. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) W. kwoty 1.542.138,67 zł wraz z odsetkami i kosztami procesu. Na kwotę roszczenia składały się wynagrodzenie z tytułu wykonania robót dodatkowych w kwocie 761.280 zł oraz waloryzacji wynagrodzenia w kwocie 780.858,67 zł.

W uzasadnieniu powód wskazał, iż strony zawarły umowę o roboty budowlane, w trybie postępowania przetargowego. Z dokumentacji wynikało, że zamknięty zostanie ruch tramwajowy na ul. (...), po czym w trakcie realizacji zadania Zarząd (...) wskazał, iż ruch tramwajowy na tym odcinku musi być bezwzględnie utrzymany, czasowo przynajmniej na jednym torze. Zaszła zatem konieczność wykonania, a następnie rozbiórki toru mijankowego, co nie było objęte przedmiotem zamówienia. Podał, że kosztorys nie został zatwierdzony, pomimo iż były to roboty dodatkowe. Nadto

wskazał, że wynagrodzenie umowne podlegało waloryzacji, zaś pozwany odmawia zapłaty w tym zakresie wskazując, iż uchylone zostało rozporządzenie mające stanowić podstawę waloryzacji. Powód wskazał, że pomimo zawezwania do próby ugodowej, strony nie doszły do porozumienia.

Pozwany (...) W. w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu. Zakwestionował to, że w dokumentacji przetargowej została przewidziana możliwość całkowitego zamknięcia ruchu tramwajowego. Wskazał, że powód wiedział, iż warunkiem prowadzenia robót było utrzymanie ruchu tramwajowego, zaś techniczna kwestia zorganizowania ruchu należała do niego jako wykonawcy. Zarzucił, że powód mógł na etapie składania oferty pozyskać aktualne zlecenia w tym zakresie w stosownych instytucjach miejskich. Ostatecznie pozwany zakwestionował to, że wykonanie i rozbiórka toru mijankowego oraz demontaż tymczasowej sieci trakcyjnej stanowiły roboty dodatkowe. Wskazał, że prace zostały wykonane w ramach przedmiotu umowy. Zakwestionował także roszczenie w zakresie waloryzacji prezentując odmienne od powoda rozumienie sposobu waloryzacji.

W toku sprawy strony podtrzymywały swoje stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 27 października 2016 r. w punkcie pierwszym zasądził od pozwanego (...) W. (...) (...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Usług (...) sp. z o.o. w Z. kwotę 1.542.138,67 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 grudnia 2013 r. do dnia zapłaty i w punkcie drugim obciążył kosztami procesu pozwanego, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło po dokonaniu przez Sąd Okręgowy ustalenia następującego stanu faktycznego.

Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. działa na polskim rynku od 1990 r. Zajmuje się wykonawstwem oraz remontem mostów, wiaduktów drogowych i kolejowych, estakad, kładek dla pieszych oraz obiektów specjalnych. (bezsporne).

Przedmiotem postępowania przetargowego w trybie zamówień publicznych było wykonanie przebudowy ul. (...) w W. - Etap I - P. Wiaduktu nad Torami (...) i ul. (...). Elementem dokumentacji przetargowej były projekty, które przewidywały, że w trakcie budowy w fazie I ruch kołowy i tramwajowy po starym wiadukcie miał zostać utrzymany bez zmian, zaś w fazie II, która obejmowała wykonanie wiaduktu i równocześnie prowadzenie ruchu kołowego po nowo wykonanym wiadukcie, przy zamkniętym ruchu tramwajowym. Wskazano, że przyjmuje się, iż równocześnie na czas budowy filarów obu wiaduktów zlokalizowanych w międzytorzu tramwaju w ul. (...), ruch tramwajowy w tej ulicy będzie zamknięty, ruch tramwajowy w ciągu ul. (...) będzie zamknięty na czas rozbiórki starego wiaduktu i wykonania kolidujących z tym ruchem robót. Kwestia ta podobnie została wskazana w opisach technicznych Projektów Wykonawczych oraz Projektów Konstrukcyjnych Wiaduktu Wschodniego. Zamawiający dopuszczał całkowite zamknięcie ruchu i organizację ruchu zastępczego, kołowego (specyfikacja istotnych warunków zamówienia, k. 24 i nast., projekty, k. 206 verte, 215, 226, zeznania B. D., zeznania J. Ż., reprezentanta pozwanego).

W trakcie postępowania przetargowego oferenci składali zapytania dot. dopuszczalności zamknięcia całkowitego ul. (...) na czas rozbiórki starego wiaduktu i wykonania fundamentów w rejonie ulicy. Zamawiający wskazał, że z uwagi na prace kolidujące z ruchem tramwajowym należy założyć zamknięcie tego ruchu. Wskazał także, że tymczasowa organizacja ruchu leży po stronie wykonawcy (k. 261).

Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o. o. złożył ofertę. Założył, że zorganizuje zastępczy ruch kołowy, którego koszt przewidział na kwotę 320.000 zł (bezsporne, k. 469, zeznania M. B. (1)).

W wyniku rozstrzygnięcia przetargu, w dniu 12 października 2009 r. Wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. zawarł z Zamawiającym (...) W. - (...) (...) umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową ul. (...) w W. - Etap I - P. Wiaduktu nad Torami (...) i ul. (...), za wynagrodzeniem ryczałtowym 64.815.203,41 zł. W zakresie przedmiotu zamówienia były roboty drogowe, rozbiórki nasypów, rozbiórki budowlane, roboty mostowe, w tym budowa wiaduktu zachodniego, wyburzenie obiektu nad ul. (...), budowa wiaduktu środkowego i wschodniego, przełożenie istniejących mediów, przebudowa kanalizacji, przebudowa wodociągu w ul. (...), przebudowa kabli elektroenergetycznych, przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej oraz kabli

trakcyjnych, roboty drogowe na odcinkach ziemnych oraz wiadukcie, przebudowa sieci gazowej z niskiego ciśnienia na średnie, przebudowa oświetlenia, wykonanie zasilania wind, zieleń i roboty ogrodnicze, budowa odwodnienia torowiska tramwajowego oraz jezdni, etapowanie realizacji przedsięwzięcia, wprowadzenie stałej organizacji ruchu. Obowiązkiem wykonawcy było wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną, zasadami wiedzy technicznej, przepisami Prawa Budowlanego, decyzjami i uzgodnieniami. Do obowiązków wykonawcy należała czasowa organizacja ruchu w czasie realizacji robót (umowa z dnia 12 października 2009 r., k. 168 i nast.).

Z uwagi na to, że projekt zakładał realizację umowy w ciągu 2 lat, na skutek zapytania oferenta, wprowadzono mechanizm waloryzacji (zapytanie ofertowe, k. 253). W umowie strony ustaliły, że kwota wynagrodzenia brutto miała podlegać dwukrotnej waloryzacji. Pierwsza waloryzacja kwoty brutto miała nastąpić po upływie I kwartału 2010 r., a druga po upływie IV kwartału 2010 r. Podstawą każdej z waloryzacji miały być zmiany cen produkcji budowlano - montażowej w poszczególnych kwartałach roku, ogłaszane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie § 12 ust. 6 Rozporządzenia. Pierwsza waloryzacja miała dotyczyć każdej z części wynagrodzenia brutto ustalonego według zasad określonych w punkcie VI.2 OWU, płatnych w II, III i IV kwartale 2010 r., a druga waloryzacja miała dotyczyć każdej z części wynagrodzenia brutto ustalonego według zasad określonych w punkcie VI.2 OWU, płatnych po upływie IV kwartału. Maksymalna łączna kwota wysokości waloryzacji nie mogła przekraczać 5% wynagrodzenia brutto tj. kwoty 3.935.727,41 zł (k. 177). Strony ustaliły zmiany umowy na piśmie pod rygorem nieważności (umowa k. 168 i nast.).

Po kilku miesiącach od rozpoczęcia robót przez wykonawcę doszło w dniu 13 stycznia 2010 r. do spotkania koordynacyjnego, którego celem było ustalenie harmonogramu i zakresu prac na 2010 r. Wykonawca wskazywał na potrzebę zamknięcia ruchu tramwajowego w ul. (...) na okres 6 tygodni. Przedstawiciel Zarządu (...) ((...)) wskazał, iż ruch tramwajowy w ul. (...) musi być bezwzględnie utrzymany, czasowo przynajmniej na jednym torze. Związane było to z koniecznością dowozu mieszkańców z okolic B. do metra oraz przewidywanym w tym okresie zamknięciem ruchu tramwajowego na al. (...) II. To stanowisko zostało podtrzymane przez przedstawiciela spółki (...), który wskazał na konieczność budowy tymczasowego objazdu lub nowej trasy tramwajowej (notatka ze spotkania koordynacyjnego, k. 314).

Na spotkaniach koordynacyjnych, które miały miejsce od 20 stycznia 2010 r. dokonywano ustaleń w zakresie organizacji tymczasowego ruchu. Nie było zgody spółki (...) na zamknięcie ruchu tramwajowego. Wykonawca przedstawił tymczasowe rozwiązanie ruchu tramwajowego. Uzgodniono, że ruch tramwajowy nie zostanie całkowicie zamknięty, lecz zostanie poprowadzony tymczasowym torem objazdowym - mijankowym (notatki z dnia 26 stycznia, 1 lutego, 9 lutego 2010 r., k. 320 i nast., zeznania świadka R. G., zeznania M. B. (1), zeznania J. Ż., reprezentanta pozwanego).

Strony zawierały aneksy do umowy w przedmiocie robót zamiennych, oraz dodatkowych (bezsporne).

Doszło do zamknięcia dla ruchu kołowego i pieszego ul. (...). Zaistniała konieczność wykonania dodatkowych projektów tymczasowej organizacji ruchu w zakresie wykonania objazdów dla ul. (...) oraz z uwagi na skierowanie ruchu pieszego do przejścia podziemnego biegnącego od ul. (...) na ul. (...), a także wykonania objazdów ul. (...). Strony zawarły aneks nr (...), który dotyczył wykonania robót dodatkowych m.in. wykonania projektów wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu zatwierdzonej przez Inżyniera (...) W. w związku z zamknięciem ulicy (...) (k. 183 i nast.). Wynagrodzenie z tego tytułu zostało Wykonawcy zapłacone (faktura wraz z potwierdzeniem zapłaty k. 373 i nast.)

Wykonawca zgłaszał potrzebę zawarcia aneksu dot. wykonania toru mijankowego, który miał zapewnić ruch tramwajowy (zeznania świadka R. G. oraz reprezentanta powoda).

Wykonawca zawarł z T. K., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) oraz Zakładem Usług (...) S.A. umowy, których przedmiotem było wykonanie tymczasowej sieci trakcyjnej wraz z demontażem (kopie umów k. 338 i nast.).

Tor objazdowy w ul. (...) został wykonany i odebrany protokołem z dnia 25 kwietnia 2010 r. (protokół, k. 360). W listopadzie 2010 r. dokonano rozbiórki toru mijankowego, zaś demontaż sieci trakcyjnej został wykonany w listopadzie 2010 r. (zeznania M. B. (1)).

Zakład Usług (...) S.A. obciążył wykonawcę fakturami Vat nr (...) na kwotę 159.000 zł netto (193.980 zł brutto) za prace związane z wykonaniem sieci trakcyjnej w ul. (...) oraz fakturą Vat o nr (...) na kwotę 15.000,00 zł netto (18.300,00 zł brutto) obejmującą prace związane z wykonaniem sieci trakcyjnej w ul. (...).

T. K. obciążył wykonawcę fakturą Vat o nr (...) na kwotę 425.000,00 zł netto (518.500,00 zł brutto) za wykonanie i rozbiórkę toru mijankowego w ul. (...) oraz fakturą Vat (...) na kwotę 25.000 zł netto (30.500 zł brutto) za refakturowane koszty wykonania projektu toru mijankowego. Faktury zostały zaspokojone przez wykonawcę (faktury, 363 i nast.).

W dniu 15 listopada 2010 r. dokonano odbioru torów docelowych oraz sieci trakcyjnej w ul. (...) (protokół odbioru, k. 378).

Powodowy wykonawca sporządził kosztorys wykonania, w tym wykonania i rozbiórki toru mijankowego oraz przedstawił do zatwierdzenia pozwanemu jako zamawiającemu w dniu 4 listopada 2010 r. (kopie wniosków k. 383 i nast.). Inspektor Nadzoru (...) Tramwajowych odmówił zatwierdzenia kosztorysów wskazując, że pozycje te powinny zostać zamieszczone w pozycji 16 kosztorysu ofertowego (pismo z dnia 22 listopada 2010 r. k. 402 i nast.). Zamawiający 17 marca 2011 r. zwrócił kosztorysy bez akceptacji (pismo, k. 467).

Koszt opracowania i wprowadzenia oraz likwidacji tymczasowego ruchu tramwajowego w ciągu ulicy (...) odpowiada kwocie 642.000,00 zł netto (761.280,00 zł brutto), co wynika z opinii biegłego k. 640 i nast.

Wykonawca pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. i 15 marca 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia umownego, już po zakończeniu rozliczenia budowy (pismo k. 479 i 481). Zamawiający odmówił zapłaty kwoty należnej tytułem waloryzacji (pismo z dnia 30 kwietnia 2012 r., k. 486).

W II kwartale 2010 roku wskaźnik waloryzacji wyniósł 0,3%, zaś w roku 2011 w I kwartale -0,20%, III kwartale 0,70%, IV kwartale 0,30 %, a w roku 2012 w I kwartale -0,10% (bezsporne, k. 540 i nast., k. 496). Kwota waloryzacji wynagrodzenia z tytułu wykonanej umowy to 780.858,67 zł (zestawienie k. 495-496).

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie dokumentów oraz ich odpisów, których wiarygodności i mocy dowodowej nie kwestionowała żadna ze stron, a Sąd nie znalazł również ku temu przesłanek z urzędu. Ustaleń stanu faktycznego Sąd dokonał także w oparciu o zeznania świadków oraz opinię biegłego.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Bezsporne w niniejszej sprawie było zawarcie pomiędzy (...) W. jako zamawiającym, a Przedsiębiorstwem Usług (...) sp. z o.o. jako wykonawcą, umowy z dnia 12 października 2009 r. Została ona zawarta w wyniku wyboru oferty powoda, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Była to więc umowa zawarta w trybie ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej: PZP).

Strony zawarły umowę o roboty budowlane, o jakiej mowa w art. 647 k.c.

Umowa stanowiła o wynagrodzeniu ryczałtowym. Zgodnie z art. 629 k.c. (który ma zastosowanie w niniejszej sprawie) wynagrodzenie kosztorysowe oparte jest na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, zaś w art. 632 § 1 k.c. przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (por. wyrok SN z dnia 20.11.1998 r., II CKN 913/97, Lex nr 138655).

Sąd Okręgowy wskazał, że jeżeli strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z systemów wynagrodzenia uregulowanych w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło (ryczałtowy lub kosztorysowy), to w drodze analogii należy stosować właściwe przepisy dotyczące tej umowy. Nie sprzeciwia się temu art. 656 § 1 k.c. W przepisie tym nie przewidziano odpowiedniego stosowania do umowy o roboty budowlane przepisów o umowie o dzieło normujących wynagrodzenie przyjmującego zamówienie tylko dlatego, że założeniem przy uchwalaniu przepisów kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane było regulowanie wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych przez przepisy szczególne. W konsekwencji do umów o roboty budowlane mogą mieć zastosowanie w drodze analogii przepisy umowy o dzieło regulujące sposób ustalenia wynagrodzenia tj. art. 629 i 632 k.c. (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 22.10.2010 r., VI ACa 352/10, Lex nr 653580, wyrok SN z dnia 20.11.2008 r. III CSK 184/08, Lex nr 479317, uchwałę 7 sędziów SN z dnia 29.09.2009 r. III CZP 41/09, OSNC 2010, Nr 3, poz. 33).

Sąd Okręgowy wskazał, że z art. 632 § 1 k.c. wynika, iż jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Zdaniem Sądu I instancji uznać należało, że w toku robót prowadzonych przez powoda doszło do zmiany zakresu prac koniecznych do wykonania przedmiotu umowy. Sąd w tym zakresie oparł się na zeznaniach świadków oraz strony powodowej. Sąd wskazał, że R. G., kierownik budowy zeznał, iż (...), już po wejściu wykonawcy na budowę, nie zgodziło się na organizację ruchu z wyłączeniem linii tramwajowej na ul. (...) albowiem chciano utrzymać transport miejski do metra, bo obok była również inwestycja, która powodowała zamknięcie linii tramwajowej. Zgody na zamknięcie nie udzieliły także (...). Z tej przyczyny doszło do skorygowania planów albowiem projektowano na etapie umowy, że ruch tramwajowy będzie zamknięty.

M. B. (1) zeznał, że uzgodnienia z (...) oraz (...) dokonywane są na etapie rozpoczęcia prac. Zeznał, iż nie uzyskano zgody na zamknięcie ruchu tramwajowego, choć ze specyfikacji wynikało, że ruch tramwajowy zostanie utrzymany. Zeznał wprost, iż w kosztorysie uwzględniono koszty ruchu kołowego, gdyż w specyfikacji Istotnych Warunków przewidziano wstrzymanie ruchu tramwajowego.

Świadek B. D., pracownik strony pozwanej zeznała, że w warunkach ofertowych uwzględniono, iż na czas rozbiórki i budowy fundamentów tory mogą być zamknięte, pod warunkiem zapewnienia autobusów, które miały przewozić pasażerów. Wskazała wprost, że zamawiający zakładał, że ruch będzie można zamknąć.

Świadek J. Ż., kierownik projektu i inspektor nadzoru mostowego zeznała, iż z uwagi na przedmiot umowy ruch musiał być zamknięty z uwagi na technologię. Nie było zgody na zamknięcie ruchu tramwajowego.

Reprezentant powoda zeznał, że założone zostało przez wykonawcę, iż ruch tramwajowy zostanie zamknięty, a po 3 miesiącach od rozpoczęcia budowy okazało się że jest konieczność utrzymania ruchu tramwajowego. Zeznał, że na etapie przygotowywania oferty nie było uzgodnienia w zakresie warunków prowadzenia inwestycji.

Powyższe zeznania w ocenie Sądu Okręgowego korespondowały z dokumentacją przetargową stanowiącą załączniki do umowy, jak projekty i opisy techniczne, z której wynika, że zamawiający przewidywał zamknięcie ruchu, a wybór organizacji ruchu był pozostawiony wykonawcy. Zamawiający zakładał, że ruch będzie można zamknąć, skoro na wyraźne pytanie oferenta nie wskazał, iż będzie konieczności zapewnienia ruchu tramwajowego.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód jako wykonawca zasadnie zakładał, że wykonanie przedmiotu umowy może nastąpić przy zapewnieniu transportu kołowego, skoro nie było wymogów w tym zakresie, a wykonawca posiadać miał dowolność w wyborze zapewnienia komunikacji. Sąd Okręgowy stwierdził, że nie jest uprawnione przerzucanie obowiązku dokonania uzgodnień w tym zakresie na oferenta, przed złożeniem oferty, jak wskazuje pozwany. Powód, przed podpisaniem umowy z zamawiającym, nie posiadał bowiem umocowania do dokonywania uzgodnień w zakresie przedmiotu umowy. Nie sposób także przyjmować, iż wykonawca powinien był zakładać, iż ruch będzie trzeba utrzymać, skoro wiążących wytycznych w tym zakresie nie wskazywała dokumentacja przetargowa.

Sąd Okręgowy wskazał, że jednoznaczny i stanowczy brak zgody (...) i spółki (...) na zamknięcie ruchu tramwajowego ujawniony został po rozpoczęciu wykonywania przedmiotu umowy, co wynika wprost z notatek z porad oraz zeznań świadków R. G. i M. B. (1). Zdaniem Sądu I instancji oczywistym jest, iż bez uzyskania takiej zgody wykonawca nie mógł zamknięcia ruchu dokonać. Wykonanie toru mijankowego niezbędne było do wykonania przedmiotu umowy w ujawnionych okolicznościach. Uznać zatem w ocenie Sądu Okręgowego należało, że były to konieczne roboty dodatkowe, nieobjęte umową.

Nadto Sąd Okręgowy wskazał, że w trakcie wykonywania przedmiotu umowy ujawnione zostały inne roboty dodatkowe związane z organizacją ruchu, co znalazło wyraz w aneksie nr (...) do umowy.

Sąd Okręgowy stwierdził, że wykazane zostało w sprawie, iż prace polegające na budowie, a następnie demontażu toru mijankowego zostały wykonane, gdyż świadczy o tym protokół odbioru i nie było to kwestionowane w sprawie. Powód wykazał, iż zawarł w tym przedmiocie umowy, a roszczenia z tego tytułu zaspokoił.

Sąd Okręgowy wskazał, że na okoliczność wartości wykonanych prac dodatkowych dopuszczony został dowód z opinii biegłego, kotrą to opinie, łącznie pisemną i ustną, należało zdaniem Sądu Okręgowego uznać za prawidłową i rzetelną w całości, w sposób logiczny i uporządkowany odpowiadającą na postawione pytania, z wnioskami końcowymi, które zostały wyprowadzone z jasno przedstawionych, przekonujących argumentów, w szczególności, że strony nie kwestionowały tej opinii.

Sąd Okręgowy stwierdził, że faktem jest, iż pomiędzy stronami nie został zawarty aneks do umowy, który zmieniałby jej warunki, co do wykonania toru mijankowego i kwoty wynagrodzenia, a wszelkie zmiany wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. Ponadto, co istotne, umowa została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami PZP, a w świetle art. 144 ust. 1 i 2 tej ustawy, w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy, zakazane były zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tego przepisu byłaby nieważna.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że regulacja zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego ma zastosowanie do wszystkich tych umów, które zostały zawarte w wyniku rozstrzygnięcia postępowań prowadzonych w trybach, w których występują oferta, ogłoszenie o zamówieniu lub SIWZ. Strony aneksu do umowy nie zawarły, chociaż powód o to wnosił, co wynika z zeznań świadka R. G. i reprezentanta powoda. Sąd Okręgowy zaznaczył, że za takowy aneks nie można uznać notatek sporządzanych podczas spotkań oraz protokołu odbioru czy kosztorysu. W szczególności nie zostały one podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania (...) W., zaś powód nie wykazał, a w zasadzie nawet nie podnosił, aby osoby, które podpisywały te dokumenty, były uprawnione do reprezentowania pozwanego w zakresie zmiany umowy. Stąd zdaniem Sądu protokoły i notatki stwierdzają jedynie konieczność wykonania określonych prac.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powodowi niewątpliwie zostały zlecone konkretne prace dodatkowe, które wykonał, co jednak nie zmienia faktu, iż nie został spełniony wymóg formalny ważności takiej zmiany. Do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 PZP może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Przepis ten nie przyznaje natomiast wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 PZP nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357¹ k.c., który z mocy art. 139 ust. 1 PZP ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez PZP. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy (por. wyrok SN z dnia 4.02.2011 r., III CSK

143/10, Lex nr 785535). Takiego roszczenia strona powodowa nie zgłaszała. Przyjąć zatem należało zdaniem Sądu I instancji, że strony niniejszego procesu nie zmieniły ważnie i skutecznie umowy.

Sąd Okręgowy stwierdził, że nie miał w niniejszej sprawie zastosowania również art. 632 § 2 k.c., w świetle którego, jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Uzasadniając powyższy pogląd, Sąd Okręgowy wskazał, że wynagrodzenie ryczałtowe to określane z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła, wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Generalną zasadą jest, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia, bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac (por. np. R. Pruszkowski, *Omyłki rachunkowe oraz błędy w obliczeniu ceny ofertowej*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2008, Nr 6, s. 42 i n.). Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, co do zasady, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie (por. wyrok SN z dnia 27.07.2005 r., II CK 793/04, „Gazeta Prawna” 2005, nr 146, s. 21).

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że przesłankami żądania przyjmującego zamówienie opartego na art. 632 § 2 k.c. (klauzuli tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków) są:

- 1) wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy o dzieło),
- 2) brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków,
- 3) zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu,
- 4) związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie.

Zdaniem Sądu Okręgowego żadna z powyższych przesłanek nie zaistniała w niniejszej sprawie. Wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy o dzieło) może przybrać postać zaskakującej zmiany podatków i ceł, ale również cen materiałów i innych czynników koniecznych do wykonania dzieła, bez względu na to, czy są one wynikiem zarządzenia właściwego organu państwowego. W każdym wypadku rzeczywista istotna zmiana stosunków obejmuje wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane). Nie można mówić o zmianie stosunków, a tym bardziej nadzwyczajnej zmianie w niniejszej sprawie. Poza tym przepis ten chroni przyjmującego zamówienie jedynie przed rażącą stratą. Utraty dochodu, w szczególności niewielkiego w relacji do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie można utożsamiać z „rażącą stratą” w rozumieniu tego przepisu (por. wyrok SN z dnia 18.09.1998 r., III CKN 621/97, OSP 1999, Nr 1, poz. 9), z tym, że nie musi to być koniecznie strata, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy czy groziła mu upadłością (por. wyrok SN z dnia 15.11.2006 r., V CSK 251/06, „Rzeczpospolita” 2006, Nr 289, s. F5). Poniesienie „rażącej straty” musi być rozpatrywane w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą umową o dzieło lub o roboty budowlane. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że, ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego zaś być stratą „rażącą”, o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c. (por. wyrok SN z dnia 15.11.2006 r., V CSK 251/06, Lex nr 278677).

Sąd Okręgowy wskazał, że kwota dochodzona pozwem to 761.280 zł, co stanowi zaledwie niewielki procent wynagrodzenia określonego w umowie. Już samo takie porównanie wskazuje w ocenie Sądu I instancji, że nie można tu mówić o „rażącej” stracie, a, co najwyżej, o stracie. Przede wszystkim jednak powód w żaden sposób nie wykazał, pomimo spoczywającego na nim obowiązku dowodzenia, że uwzględniając zakres prowadzonej przez niego

działalności wskazana kwota spełnia znamiona pojęcia rażącej straty. Sąd Okręgowy podkreślił, że zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, przy czym samo twierdzenie strony nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę to twierdzenie zgłaszającą (wyrok SN z dnia 22.11.2001 r., I PKN 660/00, „Wokanda” 2002, Nr 7-8, s. 44). Sąd Okręgowy uznał, że powód, poza własnymi twierdzeniami, nie próbował jednak nawet okoliczności tej udowodnić, zaś – jak wskazano wyżej – porównanie tej kwoty do wysokości wynagrodzenia uzasadnia wnioszek, że przesłanka ta nie została spełniona.

W konsekwencji, z uwagi na brak zachowania formy aneksu do umowy, Sąd Okręgowy uznał, że nie mieliśmy tu do czynienia z ważnie zawartą umową w odniesieniu do robót dodatkowych. Z tych względów roszczenia dochodzonego na podstawie nieważnej umowy powód nie mógł więc skutecznie dochodzić.

Niemniej w ocenie Sądu Okręgowego nie można mówić o niezasadności powództwa. Sąd I instancji wskazał, że jeżeli nie zaistnieją przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c., przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia, jednak słusznie wskazano w judykaturze, przy rozpatrywaniu analogicznej sprawy, a więc w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego i przysługiwania wynagrodzenia za prace dodatkowe jedynie w razie sporządzenia przez strony pisemnego aneksu określającego zakres i wartość robót, gdy zachodzi nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy, co 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 i nie sprzeciwia się temu zasada wyrażona w art. 321 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy zaznaczył, że wskazanie przez powoda przepisów prawa materialnego nie jest wymagane – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – to jednak nie pozostaje bez znaczenia dla przebiegu i wyniku sprawy, skoro pośrednio określa także okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu (por. wyrok SN z dnia 23.02.1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, Nr 9, poz. 152). Jeżeli powód domaga się zasądzenia określonej kwoty pieniężnej na podstawie umowy zawartej z pozwanym, sąd – stwierdziwszy nieważność tej umowy – może uwzględnić powództwo na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa (por. wyroki SN z dnia: 7.11.2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844, 11.03.2010 r. IV CSK 401/10, niepubl., 2.02.2011 r., II CSK 414/10, Lex nr 738545).

Sąd Okręgowy podkreślił to, że w postępowaniu cywilnym obowiązuje zasada, według której powód ma określić żądanie oraz jego podstawę faktyczną (art. 187 § 1 k.p.c.), a do sądu należy rozważenie możliwych podstaw prawnych powództwa, choćby niewskazanych przez powoda (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Jeżeli została przez powoda dowiedziona podstawa faktyczna, wcześniej wskazana w pozwie, zgodnie z art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. i z zachowaniem wymagań dowodowych, pozwalająca na rozstrzygnięcie sporu między stronami w sposób przewidziany prawem, to art. 321 k.p.c. nie stoi na przeszkodzie zastosowania przez sąd rozpatrujący sprawę innej podstawy prawnej, niż ta podana przez powoda przy wszczęciu postępowania, chyba że zgłaszający roszczenie żądałby rozstrzygnięcia wyłącznie na gruncie tej, wskazanej przez siebie podstawy prawnej. Innymi słowy, jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości bądź w części, to należy je w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przytoczona przez niego okazała się błędna. Rekwalfikacja prawna dopuszczalna jest także, gdy strona zastępowana jest przez profesjonalnego pełnomocnika, w szczególności, jeżeli sprawa jest skomplikowana (por. wyroki SN z dnia: 29.06.2010 r., I PK 33/10, Lex nr 621136, 21.04.2010 r., V CSK 345/09, Lex nr 603192 i 16.09.2009 r., II CSK 189/09, „Palestra” 2009, Nr 11-12, s. 276).

Sąd Okręgowy stwierdził, że w rozpoznanej sprawie przedmiotem żądania była równowartość robót wykonanych przez powoda i zdaniem Sądu Okręgowego nie ma przeszkód – ze względu na to, że podstawa faktyczna jest taka sama – do zastosowania art. 405 k.c., zgodnie z którym 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. Warunkiem tego jest, aby w okolicznościach sprawy podstawa faktyczna roszczenia o wynagrodzenie umowne nie różniła się w sposób istotny od podstawy świadczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Chodzi bowiem nie tylko o związanie sądu wolą powoda, który jest kreatorem procesu, lecz także o zachowanie równej pozycji procesowej stron i o to, aby środki obrony zastosowane przez pozwanego stosownie do zgłoszonego przez powoda roszczenia

o wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy, umożliwiały mu obronę także przed niezgłoszonym, a przyjętym przez sąd roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. W sytuacji, gdy podstawą zasądzenia należności było bezpodstawne wzbogacenie pozwanego kosztem powoda, powód, zgodnie z art. 6 w zw. z art. 410 § 1 i art. 405 k.c., powinien wykazać, jakie roboty budowlano-remontowe, wzbogacające pozwanego, wykonał na jego rzecz i jaka jest wartość tego wzbogacenia. Natomiast pozwany, który zarzuca wadliwe wykonanie robót, powinien wykazać istniejące wady oraz to, w jakim stopniu wpłynęły one na wartość jego wzbogacenia (por. wyroki SN z dnia: 1.12.2010 r., I CSK 64/10, Lex nr 811813, 12.03.1998 r. I CKN 522/97, OSNC 1998/11/176).

Sąd Okręgowy uznał, że dokładnie z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Powód wniósł o zasądzenie kwot wynikających z robót dodatkowych, których obowiązek wykonania powstał w trakcie realizacji umowy i które zostały wykonane i odebrane. Roboty dodatkowe zostały wykonane prawidłowo. Potwierdzone to zostało protokołem odbioru. Niezależnie więc od przyjętej podstawy prawnej, obrona pozwanego byłaby tożsama.

Sąd Okręgowy wskazał, że strona pozwana nie podnosiła żadnych zarzutów w odniesieniu do jakości prac wykonanych przez powoda, a zarzuty pozwanego sprowadzały się do twierdzeń, że zakres świadczenia mieścił się w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto bezsporne było, że pozwany zapłacił powodowi całą kwotę wynikającą z umowy, a oczywistym jest, że by tego nie uczynił, gdyby prace nie zostały wykonane w całości. Poza tym o prawidłowości robót wykonanych przez powoda świadczą protokoły odbioru.

Sąd Okręgowy wskazał, że nawet w sytuacji, gdy umowa, na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane, jest nieważna, od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac sąd może zasądzić wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyrok SN z dnia 7.11.2007 r., II CSK 344/07, „Monitor Prawniczy” 2007, Nr 24, s. 1339). Bezspornie strona pozwana korzysta z tego, co wykonał powód. Wartość prac ponad kwotę wynagrodzenia ustalonego w umowie (a więc za część prac dodatkowych) stanowi nic innego, jak właśnie wartość, o jaką wzbogacił się pozwany. Zdaniem Sądu I instancji uznać należało, że gdyby na etapie postępowania przetargowego ujawniona została konieczność utrzymania ruchu tramwajowego, cena ofertowa uwzględniałaby prace konieczne w tym zakresie. Zatem roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, wykonane bez ważnej umowy, ze względu na naruszenie ustawy o zamówieniach publicznych jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia – art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego w sprawie widać więc wyraźnie, że z uwagi na wykonanie prac dodatkowych doszło do wzbogacenia pozwanego, a zatem brak aneksu do umowy nie zwalnia pozwanego z obowiązku zapłaty kwoty, w odniesieniu do której pozwany bezpodstawnie się wzbogacił. Sąd I instancji wskazał, powołując się na wyrok SN z dnia 23.11.1998 r., II CKN 58/98, Lex, nr 55389, że dla zastosowania art. 405 k.c. znaczenie ma istnienie pewnego stanu obiektywnego w postaci wzbogacenia po jednej stronie i zubożenia po drugiej stronie. Powszechnie przyjmuje się przy tym, że bez znaczenia pozostaje, w wyniku jakiego zdarzenia wzbogacenie to nastąpiło. Może to być działanie wzbogaconego, zubożonego, osoby trzeciej, a także jakiegokolwiek inne zdarzenie, w wyniku którego nastąpiło przesunięcie korzyści z majątku zubożonego do majątku wzbogaconego i tym zdarzeniem w niniejszej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego jest wykonanie robót dodatkowych w stosunku do zakładanych, powodujących przekroczenie pierwotnie przewidzianego wynagrodzenia.

Sąd I instancji powołał się na art. 322 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli m.in. w sprawie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2006 r. (II CSK 108/05, OSP 2007, nr 3, poz. 29), Sąd Okręgowy stwierdził, że w obowiązującym stanie prawnym, stosownie do treści art. 316 § 1 k.p.c., sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, a zatem pod pojęciem „niemożliwości” z art. 322 k.p.c. nie należy rozumieć już tylko niemożliwości rozumianej w sensie obiektywnym, lecz także niemożliwość ściśłego ustalenia szkody na podstawie materiału dowodowego przedstawionego przez powoda do oceny przez sąd. W takim razie sąd, nie mając obowiązku przeprowadzenia uzupełniających dowodów z urzędu, powinien, kiedy fakt poniesienia szkody jest bezsporny, podjąć próbę ustalenia jej wysokości na podstawie oceny „opartej na rozważeniu

wszystkich okoliczności sprawy”. Ponadto Sąd Okręgowy dodał, że w wyroku z dnia 21.11.2008 r. (V CSK 207/08, Lex nr 484684) Sąd Najwyższy wskazał, że w sytuacji, gdy szkoda jest bezsporna, a tylko nie została w procesie wykazana jej wysokość, sąd powinien, mając do dyspozycji materiał dowodowy zgromadzony na chwilę zamknięcia rozprawy, ustalić jej ostateczną wysokość i temu celowi służyć art. 322 k.p.c., który zezwala sądowi na zasądzenie kwoty odszkodowania lub bezpodstawnego wzbogacenia w wysokości ustalonej przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy. Sąd nie może zaś, mając wątpliwości, jaka ma być ostateczna wysokość odszkodowania lub kwoty do zwrotu, oddalić w całości powództwa, jeżeli poza sporem jest, że powód poniósł szkodę lub pozwany bezpodstawnie się wzbogacił. Powód, który nie przeprowadził dowodu, z którego nie wynika precyzyjnie, jaką szkodę poniósł, lecz z okoliczności sprawy wynika niezbicie, iż należy mu się odszkodowanie, naraża się na to, że sąd, wyrokując na podstawie art. 322 k.p.c., ustali jego odszkodowanie w mniejszej kwocie niż mu się rzeczywiście należy. Taka sytuacja nie upoważnia jednak sądu do oddalenia powództwa (por. również wyrok SN z dnia 23.01.2008 r., V CSK 388/07, Lex nr 515715, wyrok SN z dnia 15.10.2004 r., II CK 475/03, Lex nr 133460, czy wyrok SN z dnia 30.05.2000 r., IV CKN 919/00, Lex nr 52536).

W konsekwencji Sąd Okręgowy stwierdził, że chociaż art. 322 k.p.c. posługuje się określeniem „sąd może zasądzić”, a nie „zasądzi”, nie oznacza to dowolności ze strony sądu co do tego, czy orzekać na podstawie tego przepisu, czy nie. Dokonując wyboru co do kierunku swego działania sąd jest związany określonymi okolicznościami danej sprawy, co oznacza, że stanowić będzie uchybienie art. 322 k.p.c. niezastosowanie go wtedy, gdy na podstawie okoliczności rozpoznawanej sprawy należało go zastosować. Przepis ten wprowadza swoistą – w stosunku do ogólnie obowiązującej, czyli odwołującej się do ustaleń na podstawie dowodów – przesłankę zasądzenia odpowiedniej sumy, która jest oceną sądu opartą na rozważeniu okoliczności danej sprawy. Rozważeniu przez sąd podlegają nie tylko dowody, ale także okoliczności, które nie będąc wystarczającymi dla udowodnienia wysokości żądania, mogą być rozważone jako przesłanki określenia „odpowiedniej” sumy. Wszystkie te okoliczności, podlegające wartościującej ocenie sądu, dokonywanej z uwzględnieniem zasad logiki i doświadczenia, stanowią dla sądu podstawę wydania wyroku przy zastosowaniu art. 322 k.p.c. Tylko więc w sytuacji, gdy brak jest nie tylko dowodów, ale i jakichkolwiek innych okoliczności mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości szkody (wartości bezpodstawnego wzbogacenia) obronić można będzie tezę o braku podstaw do zastosowania art. 322 k.p.c. Zatem w sprawach o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia dopuszczalne jest zasądzenie określonej kwoty na podstawie tego przepisu (por. wyrok SN z dnia 15.04.1999 r., I CKN 574/98, Lex nr 1214450, wyrok SA w Poznaniu z dnia 24.05.2006 r., I ACa 1299/05, Lex nr 214249).

W ocenie Sądu Okręgowego z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Skoro prace dodatkowe zostały przez powoda wykonane, to zasądzeniu na rzecz powoda podlegała kwota, o jaką strona pozwana się wzbogaciła bez podstawy prawnej. Nie było bowiem możliwe, bez wykonania toru mijankowego, wykonania przedmiotu umowy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie ww. przepisów zdaniem Sądu Okręgowego zasądzić należało na rzecz powoda kwotę 761.280 zł, która stanowi wartość bezpodstawnego wzbogacenia.

W kwestii żądania kwoty 780.858,67 zł z tytułu waloryzacji, Sąd Okręgowy wskazał na wstępie, że pozwany zarzucał, iż roszczenie w tym zakresie jest nienależne albowiem doszło do uchylenia rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2009 r., które wskazane zostało w umowie, jako podstawa ogłaszanych wskaźników GUS. Nadto zarzucał, iż waloryzacja może dotyczyć jedynie wierzytelności, które nie są zapłacone i dotyczyć przedmiotu umowy, który nie był zrealizowany od 30 marca 2010 r. oraz 31 grudnia 2010 r.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii stosowania klauzul waloryzacyjnych, jednak do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. W myśl zaś art. 358¹ § 2 k.c. strony mogą zastrzec w umowie, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie według innego niż pieniądz miernika wartości. Zgodnie z tym przepisem strony, licząc się z istniejącym albo przewidywanym wzrostem cen, mogą postanowić, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie w relacji do innego niż pieniądz (polski) miernika wartości. Umowne klauzule waloryzacyjne mogą być oparte na różnego rodzaju miernikach wartości, takich, jak: złoto, waluty obce, określone grupy dóbr konsumpcyjnych, określone grupy materiałów (tzw.

klauzule indeksowe). Omawiany przepis nie wprowadza żadnego ograniczenia, co do rodzaju umów, w których klauzule waloryzacyjne mogą być zastrzegane. Mogą zatem być one stosowane także w umowach zawieranych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy wskazał, że przedmiotowa umowa o roboty budowlane była zawierana na czas z góry oznaczony. W przypadku inwestycji długoletnich istnieje wiele czynników, które mogą mieć wpływ na koszty wykonawcy, a tym samym na wysokość wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy np. inflacja, rządowa zmiana podatków, innych opłat ponoszonych przez wykonawcę, wzrost cen materiałów budowlanych, wzrost płac minimalnych. W umowie przewidziano mechanizm automatycznego dostosowania umowy do zmienionych warunków niezależnych od woli stron w postaci klauzuli indeksacyjnej opartej na wskaźnikach zmian cen. Podstawę indeksacji cen stanowił wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS.

Sąd Okręgowy uznał, że bez wpływu na sprawę pozostaje fakt, iż doszło do uchylenia rozrządzenia Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie warunków i trybu udzielania kredytów i pożyczek za środków Krajowego Funduszu Mieszkaniowego oraz niektórych wymagań dotyczących lokali i budynków finansowanych przy udziale tych środków, które zostało uchylone wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw, na której podstawie obecnie publikowane są wskaźniki zmiany cen produkcji budowlano-montażowej. Zdaniem Sądu Okręgowego uznać należało, że zmiana podstawy publikacji wskaźnika nie ma znaczenia dla ważności i istnienia klauzuli waloryzacyjnej.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że strony pozostawały w sporze odnośnie do sposobu obliczenia waloryzacji. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia miała nastąpić po upływie I kwartału 2010 r., a druga po upływie IV kwartału 2010 r. Pierwsza waloryzacja miała dotyczyć każdej z części wynagrodzenia brutto, płatnych w II, III i IV kwartale 2010 r., a druga każdej z części wynagrodzenia płatnych po upływie IV kwartału 2010 r.

Przyjąć zatem należało w ocenie Sądu Okręgowego, że waloryzacja wynagrodzenia za kwartały II, III i IV 2010 r. powinna nastąpić przy uwzględnieniu kolejnych wskaźników publikowanych, dla każdego z kwartałów, po jego upływie, jak również w zakresie wynagrodzenia płatnego po IV kwartale, w oparciu o wskaźnik za ten kwartał. Takie rozumienie postanowień dot. waloryzacji zapewnia zabezpieczenie przed ryzykiem zmiany wartości świadczenia umownego. Uwzględniając, że składnikiem wynagrodzenia umownego był też koszt materiałów, produktów, robocizny, czyli cen nośników kosztów, mechanizm waloryzacji dostosowuje wynagrodzenie do zmiennych warunków rynkowych. Potwierdził to zeznający w sprawie świadek M. G., świadek M. B. (2), który był autorem tego postanowienia w umowie, zeznał, że celem wprowadzenia waloryzacji były obawy z niepewnością rynku, po to by obniżyć ryzyko dla wykonawców.

Zdaniem Sądu Okręgowego uznać należało, że nowe ceny dotyczyły wyłącznie robót wykonywanych, za które płatność następowała w terminach wskazanych (czyli płatnych po...).

Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że waloryzacja miała dotyczyć niezapłaconych kwot wynagrodzenia, czy wynagrodzenia za roboty niezrealizowane we wskazanych terminach. Wskazać należy, iż waloryzacji podlegały kwoty wynagrodzenia wskazane na fakturze, które winny zostać załączone do żądania waloryzacji. Skoro faktury wystawiane były w oparciu o protokoły potwierdzające wykonanie zakresu robót nie sposób przyjmować, że wykonawca mógł dysponować fakturami za przedmiot jeszcze nie wykonany. Sąd I instancji odmówił przymiotu wiarygodności zeznaniom świadka M. B. (2) w zakresie, w jakim świadek ten zeznał, że waloryzacja dotyczyła wynagrodzenia za roboty, które miały być wykonane. Zdaniem Sądu Okręgowego takie rozumienie waloryzacji wypacza jej sens, gdyż zasadą jest waloryzowanie świadczenia wykonanego, z którego wynika obowiązek zapłaty, a nie przyszłego. Zasadnicze znaczenie ma bowiem termin wykonania zobowiązania, skoro waloryzacja jest sprzężona z cenami usług i artykułów.

Sąd Okręgowy stwierdził, że uznać należało, iż w punkcie 3.5.1. OWU wskazane zostały terminy początkowe, w jakich należy dokonać waloryzacji, nie zaś wysokości wskaźników waloryzacji i rozumieć należy, iż waloryzacja miała być płatna w dwóch transzach, co potwierdził zeznający w sprawie świadek M. G. i częściowo M. B. (2)

wskazując, iż kontrakt przewidywał dwukrotną waloryzację. Inne rozumienie tego postanowienia byłoby w ocenie Sądu Okręgowego sprzeczne z wykładnią literalną oraz nielogiczne, pozostające w oderwaniu od mechanizmu, jakim jest waloryzacja, niwelująca wahania cen w poszczególnych okresach.

Sąd Okręgowy przyjął, że skoro zatem w II kwartale 2010 r. wskaźnik waloryzacji wyniósł 0,3%, a w kolejnych kwartałach 2010 r. pozostał na niezmiennym poziomie to wynagrodzenie wykonawcy podlegało waloryzacji, jak w kwartale II tj. o 0,3 % oraz uwzględnić należało, że w kolejnych kwartałach 2011 r. i 2012 r. wskaźnik wzrastał.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wysokości wynagrodzenia z tytułu waloryzacji, uznając go za zbędny w sprawie. Pozwany przedstawił tabelaryczne zestawienie faktur za poszczególne lata wraz z wskazanymi wysokościami wskaźnika waloryzacji. Na tej podstawie zdaniem Sądu Okręgowego uznać należało, że zgodnie z umową powód uprawniony jest do żądania 780.858,67 zł z tytułu waloryzacji.

Odnośnie odsetek żądanych przez powoda od należności głównej, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 481 § 1 k.c., jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Takie odsetki należały się powodowi od zasądzonej kwoty zgodnie z żądaniem pozwu. Uznać bowiem należało, iż wymagalność roszczenia powoda powstała z dniem doręczenia odpisu pozwu wraz z załącznikami, co miało miejsce w dniu 17 grudnia 2013 r. (k. 527) Uwzględniając zatem termin niezbędny do zaspokojenia roszczenia Sąd Okręgowy stwierdził, że pozwany pozostaje w opóźnieniu od dnia 31 grudnia 2013 r.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie I sentencji.

O obowiązku poniesienia kosztów procesu przez pozwanego Sąd ten orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., obciążając nimi w całości stronę przegrywającą czyli pozwanego.

Od powyższego wyroku strona pozwana wniosła apelację, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a to:

- art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego w szczególności zeznań świadka J. Ż. oraz skierowanego do zamawiającego w toku postępowania przetargowego pytania nr 7 z dnia 14 maja 2009r. oraz odpowiedzi na to pytanie i uznanie, że na etapie postępowania przetargowego nie została ujawniona konieczność utrzymania ruchu tramwajowego, w sytuacji gdy z prawidłowej oceny materiału dowodowego wynika, że po stronie pozwanego wyrażono potrzebę zorganizowania przez powoda ruchu tymczasowego, co wiązało się z kwestią zamknięcia ruchu tramwajowego, która była ściśle związana z technologią wykonania robót w miejscu ich wykonania – technologią, która przesądzała o konieczności zamknięcia ruchu tramwajowego w tym miejscu – co faktycznie miało miejsce w niniejszej sprawie. Kwestia ta nie dotyczyła zaś całkowitego wyłączenia ruchu tramwajowego, bowiem funkcjonowanie komunikacji publicznej miało odbywać się w ramach tymczasowej organizacji ruchu, za której zorganizowanie odpowiadał powód, na podstawie łączącej strony umowy. Wskazane naruszenie doprowadziło do błędnego uznania, iż wykonanie toru mijankowego miało charakter prac dodatkowych, nie objętych umową oraz błędnego zasądzenia kwoty 761.280,00 zł od pozwanego na rzecz powoda z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia;

- art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego w szczególności Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i uznanie, że wykonanie toru mijankowego miało charakter prac dodatkowych, nie objętych umową, w sytuacji gdy z prawidłowej oceny materiału dowodowego wynika, że tor mijankowy został wybudowany w celu zapewnienia czasowej organizacji ruchu, a z treści Specyfikacji Istotny Warunków Zamówienia wynika, że to do powoda należało opracowanie, uzgodnienie i wprowadzenie czasowej organizacji ruchu wraz z wykonaniem i uruchomieniem jej technicznych elementów oraz jej utrzymanie przez cały czas trwania budowy, wraz z niezbędnymi jej zmianami zależnymi od cyklu realizacji budowy;

- art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i uznanie, że ruch tramwajowy, o którym mowa w dokumentacji technicznej do umowy nr (...) z dnia 12 października 2009r. nie został zamknięty, w sytuacji w której z materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że ruch tramwajowy, którego zamknięcie było konieczne dla wykonania robót, został zamknięty. Z prawidłowej oceny materiału dowodowego wynika ponadto, że tor mijankowy został wykonany właśnie w związku z zamknięciem ruchu tramwajowego, o którym mowa w dokumentacji technicznej, a powód wykonał tor mijankowy w ramach leżącego po stronie powoda obowiązku zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu;

- art. 322 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie bezsporne jest bezpodstawne wzbogacenie pozwanego, jak również poprzez ustalenie zasądzonej sumy tj. 761.280,00 zł bez dokonania rozważań w zakresie wszystkich okoliczności sprawy;

- art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego tj. zeznań świadka M. B. (2), jak również Ogólnych warunków umowy nr DZP/12/PN/7/09 z dnia 12 października 2009r. i odmowę przymiotu wiarygodności zeznaniom świadka M. B. (2) w zakresie, w jakim świadek ten zeznał, że waloryzacja dotyczyła wynagrodzenia za roboty, które miały być dopiero wykonane, w sytuacji gdy z prawidłowej oceny dowodów wynika, iż pierwszej waloryzacji miały podlegać prace wykonane po I kwartale 2010r. tj. płatne w II, III i IV kwartale 2010r. a waloryzacja ta miała być dokonana po upływie I kwartału 2010r., natomiast drugiej waloryzacji podlegać miały prace wykonane po upływie IV kwartału 2010r.

Naruszenie prawa materialnego, a to:

- art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron w zakresie, w jakim Sąd uznał, że zamknięcie ruchu tramwajowego, o którym mowa w dokumentacji technicznej do umowy nr (...) z dnia 12 października 2009r. oznacza całkowite zamknięcie ruchu, a zatem również w zakresie ruchu tymczasowego, w sytuacji gdy z prawidłowej wykładni oświadczeń woli stron wynika, że kwestię zamknięcia ruchu tramwajowego należy wiązać z technologią wykonania robót, która przesądzała o konieczności zamknięcia ruchu, ale jedynie w miejscu wykonania robót i z pewnością nie może oznaczać, że pozwany zapewnił powoda, że ruch tramwajowy zostanie całkowicie wyłączony. Pozwany wskazywał bowiem na potrzebę zastosowania tymczasowej organizacji ruchu, wskazywał że zapewnienie tymczasowej organizacji ruchu leży po stronie powoda, jak również nigdy nie wskazał, że dopuszcza całkowite zamknięcie ul. (...).

- art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy świadczenia otrzymanego przez pozwanego tj. wykonania przez powoda toru mijankowego nie sposób uznać w świetle łączącego strony stosunku prawnego wynikającego z umowy nr (...) z dnia 12 października 2009r. za świadczenie nienależne pozwanemu, za które powodowi należy się dodatkowe wynagrodzenie.

- art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron zawartych w Ogólnych warunkach umowy nr DZP/12/PN/7/09 z dnia 12 października 2009r., pkt VI.3.5 dotyczący waloryzacji wynagrodzenia i uznanie, że waloryzacja wynagrodzenia za kwartały II, III i IV 2010r. powinna nastąpić przy uwzględnieniu kolejnych wskaźników publikowanych, dla każdego z kwartałów po jego upływie, jak również w zakresie wynagrodzenia płatnego po IV kwartale w oparciu o wskaźnik za ten kwartał, jak również uznanie, że nowe ceny dotyczyły robót wykonanych, za które płatność następowała w terminach wskazanych (czyli płatnych po...) a ponadto należało uwzględnić wzrost wskaźnika w kolejnych kwartałach 2011r. i 2012r., w sytuacji gdy z prawidłowej wykładni wynika, że waloryzacja dokonana po upływie I kwartału 2010r. miała dotyczyć każdej z części wynagrodzenia płatnych w II, III i IV kwartale 2010r., a zatem za roboty, które będą dopiero wykonane, a druga waloryzacja, miała nastąpić po upływie IV kwartału 2010r. i miała dotyczyć każdej z części wynagrodzenia płatnych po upływie IV kwartału 2010r., a zatem również za roboty, które miały być dopiero wykonane.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości ewentualnie – w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku – wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Skarżący wniósł także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Strona powodowa w odpowiedzi na apelację wniosła o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania przed Sądem II Instancji według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja była bezzasadna.

Sąd Apelacyjny aprobejuje ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oraz przyjmuje je za własne, co oznacza, że nie zachodzi konieczność ich szczegółowego powtarzania (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27.03.2012 r., III UK 75/11, z 14.05.2010 r., II CSK 545/09, z 27.04.2010 r., II PK 312/09, z 20.01.2010 r., II PK 178/09, z 08.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r. Nr 3, poz. 60).

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy zasad postępowania. Trzeba bowiem mieć na względzie, że tylko niewadliwe ustalenia faktyczne mogą być podstawą prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego.

Podkreślenia wymaga także w tym miejscu to, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przestawionymi 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. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie może z urzędu wziąć pod rozwagę uchybień przepisom prawa procesowego nieobjętych zarzutami apelacji. Obowiązkiem tego sądu jest natomiast rozpoznanie podniesionych w apelacji zarzutów odnoszących się do przepisów postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.04.2011 r., I UK 357/10, oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, mająca moc zasady prawnej z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 r. Nr 6, poz. 55). Dlatego też od profesjonalnego pełnomocnika należy wymagać szczególnej uwagi, wnikliwości, ostrożności i dokładności przy identyfikowaniu naruszeń prawa procesowego i formułowaniu związanych z tym zarzutów i ich uzasadnienia.

Skarżący zarzucił jeśli chodzi o przepisy postępowania naruszenie przez Sąd I instancji art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego oraz art. 322 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. należy stwierdzić, że nie mógł on odnieść skutku z następujących powodów.

Na wstępie rozważań w powyższym zakresie należy zaznaczyć, że skarżący nie wskazał naruszenie, którego paragrafu art. 233 k.p.c. zarzuca Sądowi I instancji, a nie jest rolą sądu odwoławczego doszukiwania się intencji skarżącego, tym bardziej, gdy jest reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika, stąd biorąc pod uwagę opis tego zarzutu i jego uzasadnienie należało uznać, że chodzi jedynie o naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.

Art. 233 § 1 k.p.c. stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że ta swobodna ocena dowodów została przekroczone, lecz w tym celu w pierwszej kolejności skarżący powinien wskazać, które konkretne dowody zostały błędnie ocenione przez sąd oraz wskazać konkretne uchybienia w zakresie oceny tych dowodów, jakich dopuścił się sąd pierwszej instancji, a które polegały na naruszeniu zasad logiki, doświadczenia życiowego czy zdrowego rozsądku. Nie jest natomiast wystarczające przedstawienie przez

skarżącego własnej wersji wydarzeń, choćby była równie prawdopodobna jak ta przyjęta przez sąd, a tym bardziej nie może odnieść żadnego skutku proste zanegowanie ustalonych w sprawie faktów i wyciągniętych z nich wniosków.

W przedmiotowej sprawie skarżący w związłym zarzucie apelacji dotyczącym naruszenia art. 233 k.p.c. podał, że naruszenie tej normy prawnej nastąpiło poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego „w szczególności” poprzez błędną ocenę zeznań świadków J. Ż. i M. B. (2) oraz dowodów z dokumentów w postaci skierowanego do zamawiającego w toku postępowania przetargowego pytania nr 7 z dnia 14 maja 2009 r., odpowiedzi na to pytanie, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumentacji technicznej do umowy nr (...) z dnia 12 października 2009 r. oraz Ogólnych warunków ww. umowy z dnia 12 października 2009 r.

Podkreślić należy, że ugruntowane jest w orzecznictwie stanowisko, iż jeśli z danego materiału dowodowego można by wysnuć także inną wersję zdarzeń to jest to za mało, aby apelacja mogła odnieść skutek. Trzeba w apelacji wykazać, dlaczego rozumowanie Sądu jest błędne jeśli chodzi o ocenę konkretnych dowodów. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z doświadczeniem życiowym. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza, zatem samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd Okręgowy przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Legalis), a tego rodzaju argumentów w apelacji pozwanego zabrakło. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, aniżeli przyjął sąd, wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmienna ocena, niż ocena sądu. W granicach swobodnej oceny dowodów rzeczą dopuszczalną, a nawet konieczną przy dowodach wzajemnie sprzecznych, jest danie wiary określonym dowodom i odmówienie wiarygodności innym, w wyniku czego ustalenia faktyczne czynione są jedynie na podstawie dowodów uznanych za miarodajne i wiarygodne, z pominięciem pozostałych. Takie postępowanie nie uzasadnia skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie dokonanej oceny wiarygodności poszczególnych dowodów, gdy jednocześnie apelujący nie wykaże - tak jak to ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy - że zastosowane przez Sąd Okręgowy kryteria oceny wiarygodności konkretnych dowodów były oczywiście błędne, bowiem według jednolitego stanowiska judykatury, możliwość zakwestionowania oceny dowodów w postępowaniu apelacyjnym jest ograniczona i sprowadza się do sytuacji, w których skarżący wykaże, że ocena ta była rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2006 r., II CK 372/05, OSP 2008, nr 9, poz. 96; z dnia 07.10.2005 r., IV CK 122/05, z dnia 27.07.2005 r., II CK 793/04, z dnia 06.07.2005 r., III CK 3/05, Sądów Apelacyjnych - w Poznaniu z dnia 10.09.2009 r., I ACa 550/09, z dnia 25.01.2006 r., I ACa 772/05, w Lublinie z dnia 25.04.2013 r., I ACa 67/13, z dnia 31.05.2011 r., I ACa 195/11, w Krakowie z dnia 05.09.2012 r., I ACa 737/12, oraz w Gdańsku z dnia 09.02.2012 r., V ACa 114/12). Natomiast same, nawet poważne, wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c. nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska. Wątpliwości w tej mierze, a także rozbieżności w orzecznictwie wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23.03.1999 r., III CZP 59/98 (OSNC 1999 r. z. 7-8, poz. 124), a następnie powtórzył w wyroku z dnia 12.04.2012 r., I UK 347/11. Reasumując, należy stwierdzić, że art. 233 § 1 k.p.c. daje wyraz obowiązywaniu zasady swobodnej oceny dowodów i może stanowić punkt zaczepienia w apelacji jedynie wtedy, gdy posługując się wyłącznie argumentami juredycznymi skarżący wykaże, że doszło do rażącego naruszenia ustanowionych w tym przepisie zasad oceny wiarygodności i mocy dowodów, a nie wówczas gdy będzie dążył jedynie do przeforsowania ustalonego przez siebie stanu faktycznego, a w konsekwencji i oceny prawnej.

Odnosząc powyższe teoretyczne rozważania do przedmiotowej sprawy należy wskazać, że skarżący, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika, w związłym zarzucie apelacji dotyczącym naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w ogóle nie podał dlaczego w jego ocenie niektóre dowody zostały ocenione przez Sąd Okręgowy z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Skarżący wskazał ogólnie, że naruszenie tej normy prawnej polegało na dokonaniu

błędnej oceny zebranego w sprawie materiału. Już tylko z tego względu zarzut ten nie mógł odnieść skutku, tym bardziej że nie został on w należyty sposób rozwinięty w uzasadnieniu apelacji.

Zarzut dotyczący błędnej oceny zebranego materiału dowodowego sprowadza się w istocie do błędnej oceny powołanych wyżej dowodów i błędnego ustalenia faktu uzgodnienia na etapie postępowania przetargowego, iż ruch tramwajowy w ciągu ul. (...) zostanie zamknięty, a następnie nastąpiła odmowa zamknięcia tego ruchu w toku realizacji prac.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy nie przekroczył zasady swobodnej oceny dowodów dokonując na ich podstawie powyższego ustalenia.

Możliwość zamknięcia ruchu tramwajowego w ciągu ul. (...) wynikała wprost z dokumentacji przetargowej. Zgodnie z Projektem wykonawczym dla tymczasowego włączenia wiaduktów i tramwaju w istniejący układ drogowy (wariant III z tramwajem po wschodniej stronie) - Specjalność: Przebudowa sieci trakcyjnej, pkt. 1.13: „Organizacja i technologia robót”: -wykonanie wiaduktu środkowego i wschodniego równocześnie (bez fazowania robót), prowadzenie ruchu kołowego po nowo wykonanym wiadukcie zachodnim, przy zamkniętym ruchu tramwajowym. Przyjmuje się równocześnie, że na czas budowy filarów obu wiaduktów, zlokalizowanych w międzytorzu tramwaju w ul. (...), ruch tramwajowy w tej ulicy będzie zamknięty, - ruch tramwajowy w ciągu ul. S. będzie zamknięty na czas rozbiórki starego wiaduktu i wykonania kolidujących z tym ruchem robót”. Podobnie kwestia ta została uregulowana w opisach technicznych do (...) Wykonawczych - Konstrukcja Wiaduktów Dostosowana do Projektu Rozbudowy Stacji W., tj. Projekt Konstrukcyjny Wiaduktu Zachodniego, Tom I (Część O), „Projekt Konstrukcyjny Wiaduktu Środkowego, Tom II (Część O) oraz Projekt Konstrukcyjny Wiaduktu Wschodniego, Tom III (Część O). W każdym z powołanych wyżej projektów, w punkcie 4.1. lit b) wskazano:

„Z uwagi na brak możliwości wykorzystania wiaduktu środkowego do prowadzenia na nim ruchu tramwajowego w etapie tymczasowym, a co za tym idzie konieczność zamknięcia ruchu tramwajowego na czas budowy wiaduktu wschodniego, przyjmuje się następujące założenia robót:

a)...

b) wykonanie wiaduktu środkowego i wschodniego równocześnie (bez fazowania robót), przy prowadzeniu dwukierunkowego ruchu kołowego po nowo wykonanym wiadukcie zachodnim, i przy zamkniętym ruchu tramwajowym, co pozwoli w sposób bardzo znaczący skrócić łączny czas całej budowy. Przyjmuje się równocześnie, że na czas budowy filarów obu wiaduktów, zlokalizowanych w międzytorzu tramwaju w ul. (...), ruch tramwajowy w tej ulicy będzie zamknięty”.

Biorąc pod uwagę taki sposób uregulowania kwestii zamknięcia ruchu w dokumentacji przetargowej należy uznać, że słusznie więc Sąd I Instancji przyjął tę okoliczność jako podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Z powyższych ustaleń Sąd wyciągnął w pełni prawidłowy wniosek, że powód, przy dokonywaniu wyceny robót, mógł zasadnie zakładać zamknięcie ruchu tramwajowego w ciągu ul. (...). Trzeba zauważyć, że w toku postępowania przetargowego pozwanemu zadano m. in. pytanie związane z możliwością całkowitego wstrzymania ruchu tramwajowego w ul. (...) (pytanie nr 7 z dnia 14 maja 2009 r.). W odpowiedzi na powyższe pytanie, zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że konieczne będzie utrzymanie ruchu tramwajowego w ciągu ul. (...), w zasadzie nie odpowiedział wprost na zadane pytanie, lecz udzielił odpowiedzi wymijającej. Zamawiający nie poinformował oferentów, że w tym zakresie nastąpiła jakakolwiek zmiana w odniesieniu do warunków realizacji robót przewidzianych w dokumentacji przetargowej (zwrócił na to uwagę Sąd I Instancji na str. 8 uzasadnienia wyroku). Wybór organizacji ruchu zastępczego - przy założeniu możliwości całkowitego zamknięcia ruchu tramwajowego - pozostawiono wykonawcom.

W rezultacie Sąd Okręgowy bez naruszenia zasady swobodnej oceny dowodu z przesłuchania świadka J. Ż. oraz dowodu z dokumentu w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia miał podstawy do dokonania ustalenia, że powód mógł dowolnie zaplanować i wycenić komunikację zastępczą przyjmując, że nie będzie ona uwzględniała ruchu tramwajowego. Skarżący nie przedstawia logicznej, przekonującej argumentacji, z której

można by wnioskować, że powód był zobowiązany „zakładać, że może pojawić się potrzeba zapewnienia w tym zakresie tymczasowej organizacji ruchu także w zakresie ruchu tramwajowego”. W swojej ofercie powód wycenił wszystkie koszty utrzymania ruchu tymczasowego, słusznie zakładając jednak, że nie będzie on obejmował ruchu tramwajowego, a będzie mógł zostać zapewniony poprzez organizację tańszego ruchu kołowego.

Rację ma strona powodowa wywodząc w odpowiedzi na apelację, że pozwany usiłuje w tym zakresie przerzucić ciężar dowodu związany ze sposobem określenia tymczasowej organizacji ruchu na powoda, twierdząc, że: „pozwany nigdy nie zapewniał powoda, że w ramach ruchu tymczasowego nie będzie potrzeby zorganizowania ruchu tramwajowego” (str. 6 apelacji). Powyższe twierdzenie jest jednak o tyle nieuprawnione, że nie jest obowiązkiem strony powodowej wykazywać w toku postępowania okoliczności negatywnych, tj. takich, które nigdy nie miały miejsca (np., jakiego rodzaju zapewnień strona pozwana nie składała). Byłoby to zresztą niemożliwe, bo nie sposób dowodzić „faktów”, które się nie wydarzyły. Powód przedstawił natomiast jednoznaczne dowody, potwierdzające okoliczności pozytywne, a więc zapewnienia, które strona pozwana złożyła (w szczególności zezwalając w dokumentacji przetargowej na całkowite zamknięcie ruchu tramwajowego).

Całkowicie zaskakujące są podnoszone obecnie przez pozwanego twierdzenia, jakoby ruch tramwajowy w ciągu ul. (...) faktycznie został zamknięty na czas wykonania robót. Pozwany twierdzi (choć w toku postępowania przed Sądem I Instancji takie twierdzenie nie było podnoszone), że pomimo wykonania przez Powoda toru mijankowego i prowadzenia na nim zastępczego ruchu tramwajowego (okoliczność bezsporna) doszło do zamknięcia ruchu tramwajowego w ciągu ul. (...). Stanowisko Pozwanego pozbawione jest jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia. Ruch tramwajowy mógł bowiem zostać na czas wykonania robót albo utrzymany, albo - jak przewidziano w dokumentacji przetargowej - zamknięty. Skoro został utrzymany, poprzez wybudowanie toru mijankowego i poprowadzenie nim ruchu tramwajowego, to oznacza, że nie został on zamknięty. Brak jest tu możliwości równoczesnego zastosowania obu tych rozwiązań (tj. zamknięcia i utrzymania ruchu tramwajowego jednocześnie). Był tylko zamknięty na odcinku remontowanym, ale co do zasady był dla mieszkańców otwarty. Twierdzenie pozwanego (o zamknięciu ruchu tramwajowego w ul. (...)) stoi również w oczywistej sprzeczności ze stanowiskiem spółki (...) oraz (...), które bezwzględnie odmówiły zamknięcia ruchu tramwajowego. Przyjęcie tezy pozwanego, że ruch ten jednak został zamknięty oznaczałoby, że nastąpiło to wbrew jednoznacznym instrukcjom (...) i spółki (...), co przecież nie miało miejsca. Właśnie z uwagi na decyzje odmowne wydane przez te organy, ruch tramwajowy w ciągu ul. (...) został utrzymany.

Zarzut związany z rzekomo błędną oceną zeznań świadka J. Ż. przez Sąd I Instancji jest nieuzasadniony i niezrozumiały. Sąd Okręgowy prawidłowo wskazał, że świadek zeznała, iż ruch musiał być zamknięty z uwagi na technologię, a także iż nie było zgody na zamknięcie ruchu tramwajowego. Powyższe wynika wprost z protokołu z przesłuchania świadka (protokół z rozprawy z dnia 17 marca 2015 r.). Tymczasem według pozwanego prawidłowa ocena materiału dowodowego w postaci zeznań świadka J. Ż. miałyby prowadzić do wniosku, że „po stronie Pozwanego wyrażono potrzebę zorganizowania ruchu tymczasowego, co wiązało się z kwestią zamknięcia ruchu tramwajowego, która była ściśle związana z technologią wykonania robót (...). Kwestia ta nie dotyczyła zaś całkowitego wyłączenia ruchu tramwajowego (...)” (str. 2 apelacji). Analiza protokołu z zeznań świadka w żadnym razie nie potwierdza, by świadek w jakikolwiek sposób odnosiła się do częściowego tylko zamknięcia ruchu tramwajowego w ul. (...) (a więc by nie miała na myśli całkowitego zamknięcia ruchu tramwajowego), ani tym bardziej by świadek potwierdziła, że ruch tramwajowy w ul. (...) został zamknięty. Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny zeznań świadka w tym zakresie. Natomiast ocena dokonywana obecnie przez pozwanego nie znajduje żadnego oparcia w materiale dowodowym sprawy.

Sąd ocena ww. dowodów przedstawiona przez Sąd Okręgowy mieści się w granicach wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c. i zasługuje na pełną akceptację, a przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego, której większość argumentów jest zresztą ogólnikowa. Należy jeszcze raz podkreślić, iż Sąd II instancji może zakwestionować dokonaną ocenę materiału dowodowego sprawy jedynie wtedy, gdy jest ona nielogiczna i sprzeczna z pozostałym w sprawie materiałem dowodowym. W przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu Apelacyjnego z taką sytuacją nie mamy do czynienia (por. wyrok Sądu Apel. w Lublinie, I ACa 210/10,

2010-05-18, LEX nr 612294), gdyż Sąd Okręgowy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wyciągnął wnioski logicznie uzasadnione. Z tego względu zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny dowodów zgromadzonych w sprawie jest nieuzasadniony. Zarzuty apelacji w tym zakresie i ich uzasadnienie nie pozwalają na przyjęcie, że ocena dowodów wskazanych w apelacji dokonana przez Sąd Okręgowy była dowolna, sprzeczna z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz by była dokona w oderwaniu od dowodów, z których wynikają przeciwne wnioski.

Nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia art. 322 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie bezsporne jest bezpodstawne wzbogacenie pozwanego jak również poprzez ustalenie zasądzonej sumy tj. 761.280 zł bez dokonania rozważań w zakresie wszystkich okoliczności sprawy. Po pierwsze zarzuty naruszenia prawa procesowego mogą odnieść skutek tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że naruszenie danej normy prawa procesowego miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, co z apelacji nie wynika. Poza tym sformułowanie tego zarzutu jest dość niezrozumiałe.

Przepis art. 322 k.p.c. stanowi, że jeżeli w sprawie o naprawienie szkody, o dochody, zwrot bezpodstawnego wzbogacenia lub o świadczenie z umowy o dożywocie sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Przepis ten uprawnia, zatem sąd orzekający do zasądzenia odpowiedniej sumy według swej oceny w wypadkach utrudnień w dowodzeniu. Sąd może jednak skorzystać z powyższego uprawnienia jedynie w zakresie, w jakim trudności dowodowe dotyczą wysokości żądania. Art. 322 k.p.c. znajduje zastosowanie wtedy, gdy nie ma wątpliwości, że została wyrządzona szkoda, a jedynie ustalenie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, przy czym art. 322 k.p.c. nie jest *lex specialis* względem art. 6 k.c., a zatem nie prowadzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu. Z brzmienia art. 322 k.p.c. wyraźnie wynika, że przepis ten może mieć zastosowanie tylko wówczas, gdy „ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione”. Jednak próba dowodzenia tej wysokości, a choćby jej ogólnych ram, musi być podejmowana, a dopiero precyzyjne udowodnienie musi nie być możliwe. Jednakże skarżący nie kwestionuje tego, że ściśle udowodnienie roszczenia nie było możliwe, tylko argumentuje ten zarzut tym, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął możliwość jego zastosowania przyjmując, że w sprawie mamy do czynienia z zasadnym roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, z czym nie sposób się zgodzić z powodów, o których będzie mowa poniżej. Zastosowanie powołanego przepisu było oczywiście konsekwencją ustalenia przez Sąd, że mamy do czynienia z bezpodstawnym wzbogaceniem po stronie pozwanego, na skutek wykonania przez powoda robót nieobjętych kontraktem, a możliwość zastosowania tej normy do roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wprost wynika z jej treści. Ogólnikowa, częściowo niezrozumiała jest także argumentacja na poparcie powyższego zarzutu, że Sąd dokonał zasądzenia kwoty 761.280 zł bez dokona jakichkolwiek rozważań w zakresie wysokości zasądzonej sumy i uzasadnienia jej wysokości i co najistotniejsze skarżący w apelacji nie kwestionuje wysokości bezpodstawnego wzbogacenia ustalonej przez Sąd, a jedynie twierdzi, że Sąd nie wyjaśnił należycie, dlaczego taką kwotę zasądził. W związku z powyższym tak sformułowany zarzut naruszenia art. 322 k.p.c. nie mógł odnieść skutku, w szczególności, że ustalenie zasądzonej kwoty (761.280,00 zł) nie nastąpiło, jak twierdzi pozwany, bez dokonania jakichkolwiek rozważań w tym zakresie. Sąd obszernie wskazał dlaczego widzi potrzebę zastosowania art. 322 k.p.c., wskazał, że prace dodatkowe zostały przez powoda wykonane, że nie było możliwe wykonanie przedmiotu umowy bez wykonania toru mijankowego i stąd zasądził dochodzoną z tego tytułu kwotę tytułem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia, która w świetle niezakwestionowanych w apelacji ustaleń Sądu (k. 700 akt uzasadnienie) stanowi koszt opracowania i wprowadzenia oraz likwidacji tymczasowego ruchu tramwajowego wynikający z opinii biegłego (k. 640 i nast.).

Trzeba w tym miejscu podnieść, że choć faktycznie Sąd Okręgowy nie wskazał, dlaczego właśnie ta kwota została przez niego uznana w ramach zastosowania art. 322 k.p.c. za zasadną, to jednak ostatecznie należy ją uznać za prawidłową, w szczególności, że skarżący nie postawił w apelacji zarzutu naruszenia prawa procesowego dotyczącego ustalenia przez Sąd Okręgowy kosztów robót na taką kwotę i ustalenia Sądu w oparciu o opinię biegłego ich wartości. Ważne jest także to, że w toku postępowania przed Sądem I Instancji wysokość roszczeń dochodzonych przez powoda w związku z wykonaniem robót dodatkowych nie była przedmiotem sporu. Tym samym zaskakujące jest, więc, że obecnie

pozwany zarzuca Sądowi brak ustaleń w przedmiocie wysokości zasądzonej kwoty, skoro sam w toku postępowania okoliczności tej i dowodów przedstawionych na jej poparcie nie kwestionował. Z tego względu oraz wobec tego, że Sąd I Instancji z urzędu przeprowadził dowód z opinii biegłego i biegły w oparciu o dokumenty przedłożone przez powoda w toku postępowania (kosztorysy i przedmiary robót, faktury wystawione przez podwykonawców), potwierdził zasadność dochodzonej kwoty i kwota ta wynikająca z opinii biegłego nie była nigdy przez pozwanego kwestionowana. Sąd Okręgowy dokonał w uzasadnieniu wyroku ustalenia, że koszt opracowania wprowadzenia oraz likwidacji tymczasowego ruchu tramwajowego w ciągu ulicy (...) odpowiada kwocie 761.280 zł brutto (opinia biegłego k. 640 i nast.) i to ustalenie Sądu Okręgowego nie zostało w apelacji w żaden sposób zakwestionowane. Nie były też kwestionowane dowody z dokumentów, będące podstawą tej opinii. Trzeba też zauważyć, że Inspektor Nadzoru Robót Tramwajowych odmówił zatwierdzenia kosztorysu na te roboty tylko dlatego, że pozycje te powinny w jego ocenie być zamieszczone w pozycji 16 kosztorysu ofertowego i dlatego zwrócił kosztorys bez akceptacji (pismo k. 467). W takiej sytuacji Sąd II instancji nie miał możliwości zakwestionowania tego ustalenia Sądu I instancji. Poza tym zdaniem Sądu Apelacyjnego w tych okolicznościach istniała możliwość ustalenia w oparciu o treść art. 229 w zw. z art. 230 k.p.c., mając na uwadze wynik całej rozprawy, że wartość robót, a tym samym wysokość bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego była równa kwocie zasądzonej przez Sąd Okręgowy, gdyż strona pozwana wartości tej oraz faktu wykonania robót i poniesienia z tego tytułu przez stronę powodową kosztów jak wynikające z opinii biegłego nie kwestionowała i nie kwestionuje w apelacji. Ogólne zaprzeczenie zasadności roszczenia z uwagi na to, że były to roboty objęte umową, bez wskazania np. tego, jakie pozycje kosztów są niezasadne lub np. zawyżone, nie może być skuteczne.

Sąd Okręgowy nie naruszył art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron i przyjęcie, że zamknięcie ruchu tramwajowego, o którym mowa w dokumentacji technicznej do umowy oznacza całkowite zamknięcie ruchu tramwajowego. Zdaniem pozwanego zamknięcie ruchu tramwajowego, które wyraźnie dopuszczono w projektach i opisach technicznych realizacji robót nie oznaczało „całkowitego wyłączenia komunikacji tramwajowej”. Twierdzenia pozwanego pozbawione są jakichkolwiek podstaw. Z dokumentacji przetargowej wyraźnie wynika, że ruch tramwajowy na czas wykonania robót zostanie zamknięty. Nie sposób interpretować postanowień dokumentacji w tym zakresie inaczej niż jako decyzji o całkowitym zamknięciu ruchu tramwajowego, w jakiegokolwiek jego postaci. Brak jest tam bowiem jakichkolwiek ograniczeń, które wskazywałyby na częściowe tylko zamknięcie ruchu tramwajowego np. zamknięcie go jedynie w miejscu wykonywania robót, czy też wyłączenie spod zakresu tej regulacji toru mijankowego (tymczasowego). Trzeba podkreślić, że zapisy dokumentacji w tym zakresie nie były jednoznaczne dla podmiotów przystępujących do przetargu, o czym świadczy fakt zadawania pytań przez oferentów do zamawiającego w tym zakresie. Jednakże odpowiedzi pozwanego na te pytania (vide odpowiedź pozwanego na pytanie nr 7 z dnia 14 maja 2009 r., związane z możliwością całkowitego wstrzymania ruchu tramwajowego w ul. (...) k. 261) w żadnym razie nie dowodzi, że intencją pozwanego nie było całkowite zamknięcie ruchu tramwajowego, w zasadzie odpowiedź ta nie udziela odpowiedzi na zadane pytanie. Podobnie brzmiały odpowiedzi na zapytanie nr 68 (k. 283) czy pytanie nr 11 (k. 300). Stąd podmioty przystępujące do przetargu, w tym strona powodowa, miały prawo interpretować zapisy dokumentacji zgodnie z ich literalnym brzmieniem w tym zakresie w ten sposób, że ruch tramwajowy będzie w tej ulicy w ogóle zamknięty, nie tylko na odcinku na którym wykonywane miały być roboty, a także wykonawca miał prawo uznać, że dopuszczona jest możliwość dowolnego rozwiązania przez niego ruchu tymczasowego na czas zamknięcia ruchu tramwajowego w miejscu wykonania robót, przy założeniu uwarunkowań przewidzianych w dokumentacji przetargowej i po ich uzgodnieniu (a więc przy założeniu całkowitego zamknięcia ruchu tramwajowego w ul. (...)).

Taki sposób rozumienia przez obie strony postanowień dokumentacji przetargowej na etapie jej przygotowywania, udostępnienia oferentom, a następnie podpisania umowy potwierdziła świadek J. Ż., pełniąca funkcję kierownika projektu i inspektora nadzoru. Świadek wprost wskazała: „Gdybym była wykonawcą to uznałabym, że ruch tramwajowy będzie zamknięty, ale gdyby dotyczyło to głównej ulicy (...) to złożyłabym zapytanie w tej kwestii”. Ponieważ brak w wypowiedzi świadka jakichkolwiek odniesień do częściowego zamknięcia ruchu tramwajowego, oczywistym jest, że świadek miała na myśli całkowite zamknięcie ruchu tramwajowego. Nie bez znaczenia jest także zeznanie tego świadka o treści „Być może I. należą się dodatkowe pieniądze, ponieważ odwróciliśmy im organizację ruchu” (zeznanie protokół k. 595), co koresponduje z pozostałym materiałem dowodowym, w tym z

niezakwestionowanymi w apelacji zeznaniami świadków M. B. (1) (k. 580), R. G. (k. 579) i zeznań przedstawiciela strony powodowej. Z zeznań tych osób jednoznacznie wynika, że konieczność utrzymania ruchu tramwajowego czyli brak możliwości zastąpienia go ruchem kołowym, pojawił się dopiero jakiś czas po podpisaniu umowy i wynikał z decyzji (...), gdyż w tym samym czasie była prowadzona inna równoległa inwestycja, która też ograniczała ruch tramwajowy, a chciano bardzo utrzymać choć jedną linię miejskiego transportu tramwajowego do metra. Co istotne powyższe jednoznacznie potwierdziła świadek powołany przez pozwanego B. D. (k. 581) – pracownik (...) (...), która wprost zeznała, że „W warunkach ofertowych było uwzględnione, że na czas rozbiórki i budowy fundamentów mogą być zamknięte tory tramwajowe, pod warunkiem, że będą tam załatwione autobusy, które będą przewozić mieszkańców jako tymczasowa organizacja ruchu. (...) przewidywał, że ruch tramwajowy będzie zamknięty, były takie pytania od oferentów, czy może być zamknięty...Nie przewidzieliśmy tego, że ruch będzie trzeba utrzymać. Wiedzieliśmy, że ruch będzie można zamknąć.”

Stąd nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby „Sąd dokonał wykładni rozszerzającej wolę stron, która dotyczyła zamknięcia ruchu tramwajowego jedynie w istniejącym międzytorzu tramwajowym uznając błędnie, że kwestia zamknięcia ruchu tramwajowego dotyczyła całkowitego zamknięcia ruchu tramwajów, także w ramach ruchu tymczasowego”. Sąd nie dokonał rozszerzającej wykładni warunków umowy w tym zakresie. Odniósł się jedynie do warunków związanych z zamknięciem ruchu tramwajowego w międzytorzu ul. (...) i stwierdził - w oparciu o materiał dowodowy - że ruch ten, na tym właśnie fragmencie robót, miał zostać zamknięty. Zamknięcie oznacza brak utrzymania ruchu tramwajowego w jakiegokolwiek postaci, również tymczasowej i tym samym powód jako wykonawca mógł planować poniesienie mniejszych kosztów ruchu tymczasowego tj. ruchu kołowego.

W konsekwencji niezasadności naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i zarzutu poczynienia błędnych ustaleń faktycznych, nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia art. 410 k.c. w związku z art. 405 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że mamy do czynienia ze świadczeniem nienależnym. Fakt wybudowania i rozbiórki toru mijankowego był pomiędzy stronami bezsporny. Bezsporna była do dnia zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym również wysokość poniesionych w związku z tym kosztów, która dodatkowo została potwierdzona przez biegłego. Wysokość tych kosztów ze wskazaniem, które z nich są zawyżone nie jest ponadto także kwestionowana w apelacji, a każdym razie ustalenie Sądu Okręgowego zawarte na k. 700, a także nie ma zarzutu procesowego, co do oparcia tego ustalenia na opinii biegłego. Pozwany nie zakwestionował również nigdy jakości robót wykonanych przez powoda. W tej sytuacji oraz wobec faktu, że niezaprzeczalnie pozwany skorzystał z robót wykonanych przez powoda w postaci wybudowania toru mijankowego, gdyż pozwolił on na utrzymanie ruchu tramwajowego w ul. (...), czego bezwzględnie domagała się spółka (...), a ponadto pozwany zaoszczędził na tym, że nie poniósł kosztów budowy i rozbiórki tego toru, w tym kosztów związanych z wybudowaniem i rozbiórką tymczasowej sieci trakcyjnej, które też nie były i nie są kwestionowane, ani nie był i nie jest kwestionowany fakt poniesienia tych wszystkich kosztów przez stronę powodową, to wbrew argumentom skarżącego zaistniały przesłanki zasądzenia kwoty dochodzonej pozwem od pozwanego na rzecz pozwanego na podstawie art. 410 w związku z art. 405 k.c.

Słusznie strona powodowa zwraca uwagę na to, że pozwany uzasadniając zarzut naruszenia art. 410 w zw. z art. 405 k.c. powołuje się na jedną tylko okoliczność - a mianowicie wskazuje, że tor mijankowy został wykonany przez powoda w ramach obowiązków umownych (związanych z koniecznością zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu) i nie stanowił roboty dodatkowej. Jak wynika jednak z całokształtu okoliczności sprawy, powód zaprojektował i wycenił tymczasową organizację ruchu przy założeniu zamknięcia torowiska w ul. (...), do czego był w pełni uprawniony na podstawie wymogów przewidzianych w dokumentacji przetargowej. W rezultacie wymaganie od powoda, aby w trakcie wykonywania robót zapewnił on utrzymanie toru tramwajowego w ciągu ul. (...), było wymaganiem dodatkowym, nieprzewidzianym w Umowie. Wykonanie i rozbiórka toru mijankowego, który pozwolił na utrzymanie ruchu tramwajowego niewątpliwie stanowiły, więc roboty dodatkowe. Ponieważ strony nie zawarły aneksu do Umowy, w którym uregulowałyby kwestię wynagrodzenia powoda z tytułu wykonania robót dodatkowych (pomimo nalegań ze strony powoda), Sąd I Instancji prawidłowo ocenił, że podstawą dochodzenia roszczeń przez powoda mogą być przepisy o świadczeniu nienależnym. Spełnione zostały wszystkie przesłanki, które pozwalały na uznanie roszczenia powoda za uzasadnione na podstawie art. 410 w zw. z art. 405 k.c. Powód spełnił świadczenie, do którego nie był

umownie zobowiązany, a pozwany odniósł z tego tytułu korzyść majątkową, czyli zaoszczędził wydatków na wykonanie toru mijankowego celem, jak się okazało po zawarciu umowy, wykonania zastępczego ruchu tramwajowego. W rezultacie podstawa prawna roszczeń powoda została przez Sąd prawidłowo określona.

Nie był także trafny zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron w zakresie zasad waloryzacji oraz art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego w postaci zeznań świadka M. B. (2) odnoszących się do kwestii waloryzacji. W tej kwestii Sąd Apelacyjny w całości podziela rozważania Sądu Okręgowego. Uzgodniony w umowie sposób dokonywania waloryzacji stanowił przedmiot odmiennej interpretacji strony. W toku postępowania obie strony przedstawiły dowody (m.in. w postaci zeznań świadków) mające potwierdzać prezentowaną przez nie wykładnię Umowy. Sąd dokonał analizy zeznań świadków i odniósł się do nich w uzasadnieniu wyroku (str. 18-19). Zeznania świadka M. B. (2) zostały przez Sąd uznane za niewiarygodne w zakresie, w jakim świadek ten zeznał, że waloryzacja dotyczyła wynagrodzenia za roboty, które dopiero miały zostać wykonane. Zeznania te, jak stwierdził Sąd, wypaczały sens waloryzacji, ale również stały w oczywistej sprzeczności z postanowieniami umownymi. Waloryzacji podlegały, bowiem kwoty wskazane na fakturze. Oczywistym jest, że wystawienie przez powoda faktury mogło nastąpić dopiero po wykonaniu robót, a nie przed ich wykonaniem. W rezultacie zeznania świadka, w tym zakresie, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia. W pozostałym zakresie uzasadnienie zarzutu pozwanego sprowadza się do powtórzenia rozumienia zasad waloryzacji prezentowanych przez pozwanego w toku postępowania przed Sądem I Instancji. Pozwany nie wskazuje, na czym polega rzekome uchybienie Sądu. Podnosi jedynie, że Sąd nie podzielił prezentowanej przez niego argumentacji i w ten sposób rzekomo dokonał nadinterpretacji woli stron. Na czym ta nadinterpretacja miałaby polegać pozwany nie wyjaśnia, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że Sąd „w oparciu o błędne założenie, że sens waloryzacji nadany przez strony jest inny niż sens, który byłby zasadny zdaniem Sądu, uznał za zasadne nadanie klauzuli innego sensu, niż ten, który nadały same strony”. Taki zarzut nie mógł odnieść skutku, stanowi on, bowiem jedynie polemikę z oceną Sądu Okręgowego. Poza tym, skoro jak wynika z materiału dowodowego strony odmiennie rozumiały od początku treść klauzuli waloryzacyjnej, to Sąd nie mógł tym samym naruszyć art. 65 k.c. dokonując jego odmiennej wykładni, czy też, jak określa to pozwany, nadając jej odmienny sens niż nadany przez strony, ponieważ pomiędzy stronami nigdy nie było zgody, co do rozumienia „sensu” tego postanowienia umownego.

Stąd ocena dowodu z przesłuchania świadka M. B. (2) przedstawiona przez Sąd Okręgowy mieści się w granicach wskazanych w art. 233§ 1 k.p.c. i zasługuje na pełną akceptację, a przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego.

Z powyższych względów zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego podniesione przez skarżącego należało uznać za niezasadne, a ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny za prawidłowy. Z tych też względów Sąd Apelacyjny przyjmuje ustalenia Sądu I instancji w całości za własne, czyniąc je podstawą dalszych rozważań.

Nie był trafny zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. i w konsekwencji błędne określenie zakresu zobowiązania spoczywającego na stronie powodowej to jest błędnego przyjęcia, że mamy w sprawie do czynienia z robotami dodatkowymi, nieobjętymi umową, zamiast uznania przez Sąd Okręgowy, że powód poprzez zawarcie umowy zobowiązał się do wykonania wszelkich prac, które pozostawały niezbędne dla osiągnięcia określonego w niej celu, czyli także do zapewnienia ruchu zastępczego poprzez wykonanie i rozbiórkę toru mijankowego oraz zwanych z tym innych prac.

Nie stoi temu na przeszkodzie treść art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyroku z dnia 11 maja 2017 roku, sygn. akt II CSK 541/161, Sąd Najwyższy potwierdził, że co do zasady nie ma przeszkód do skutecznego domagania się przez wykonawcę od zamawiającego, w określonych warunkach faktycznych, wynagrodzenia za roboty nieprzewidziane w umowie zawartej w oparciu o przepisy ustawy o zamówieniach publicznych. Sąd Apelacyjny ten pogląd podziela. W orzecznictwie podkreśla się, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, a nieprzewidzianych w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, na podstawie, której przygotowana jest oferta wykonawcy, a wiążących się jednocześnie ze znacznymi kosztami, tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. W związku z powyższym Sąd Apelacyjny zgadza się z Sądem Okręgowym,

co do tego, że nie było przeszkód, aby powód mógł domagać się, jako wykonawca od pozwanego, jako zamawiającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, wynagrodzenia za roboty nieprzewidziane w umowie zawartej w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, niezależnie od tego, że w umowie tej było przewidziane wynagrodzenie ryczałtowe dla strony po powodowej. Za trafnością rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego przemawia także aktualne orzecznictwo KIO, prezentujące stanowisko przeciwko przerzucaniu nadmiernego ryzyka na wykonawcę w przypadku zamówień publicznych (por. wyrok z dnia 15.02.2018. KIO 173/18), zwłaszcza tego nieprzewidywalnego na etapie zawierania umowy oraz za zasadą sprawiedliwości kontraktowej, gdy wykonawcy grozi istotna strata. KIO zaznacza, że zasada swobody umów w zamówieniach publicznych nie jest absolutna. Jest ograniczona m.in. obowiązkiem zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. KIO podkreśla także, iż zamawiający ma obowiązek stosowania „zasady słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej” i nie może nadużywać swoich uprawnień, zwłaszcza taki, który jest monopolistą (art. 5 k.c.). Sąd Apelacyjny rozpoznający niniejszą sprawę w całości podziela powyższe stanowisko.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, trzeba wskazać, że w sytuacji, zatem, gdy realnie okazało się, że ruch zastępczy nie może zostać zorganizowany na zasadzie zastępczego ruchu kołowego, a wykonawca w świetle dokumentacji przetargowej miał prawo skalkulować w swej ofercie koszty biorąc pod uwagę tylko koszty ruchu kołowego, które były o połowę mniejsze (320.000 zł zamiast 761.280 zł), to nie można uznać, że taka różnica powinna być przewidziana w przez wykonawcę przy formułowaniu własnej oferty i mieści się w jego ryzyku kontraktowym i powód, jako wykonawca powinien wykonać prace także w tym zakresie w ramach uzgodnionego w umowie wynagrodzenia ryczałowego. Ustalenie ryczałowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych powoduje, co do zasady zgodnie z art. 632 § 1 k.c., że wykluczona jest, zatem możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Dotyczy to zwłaszcza takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć, jako konieczne do wykonania, mimo że dokumentacja ich nie przewiduje. Konstrukcja wynagrodzenia ryczałowego nie wyklucza jednak żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową, tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie (por. w wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. Akt I ACA 459/17). Sąd Okręgowy miał podstawy uznać, w świetle ustalonego stanu faktycznego, że w sprawie niniejszej nie miał zastosowania art. 632 § 1 k.c., Gdyż powód wykazał, że przedmiotowe prace zostały dokonane niezależnie od zakresu robót objętych umową łączącą strony i prawidłowo określił je, jako dodatkowe. Dodatkowe prace nie zostały objęte umową stron główną, strony nie zawarły też dodatkowej umowy na ich wykonanie. Prace wykonane przez stronę powodową (roboty dodatkowe) były, więc wykonane bez podstawy prawnej.

Gdyby nawet uznać, jak tego chce skarżący, że intencją zamawiającego było i wskazywała na to dokumentacja przetargowa, było to, aby ruch tramwajowy był zamknięty tylko na odcinku, na którym miały być wykonywane roboty, a ruch zastępczy miał być ruchem tramwajowym, to należałoby przyjąć, że dokumentacja przetargowa jest niejasna, nieprecyzyjna, a tym samym brak było podstaw do tego, aby wadliwości związane z niewłaściwym tj. nieprecyzyjnym przygotowaniem danych zawartych w dokumentacji przetargowej, które okazały się niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i wymagały dodatkowych, znacznych nakładów po stronie wykonawcy, miały obciążać tego wykonawcę. Nie można, bowiem twierdzić, że staranność wymagana od powodowej spółki musiała być tak daleka, że powinna ona, w szczególności, że w tej kwestii były zadawane pytania zamawiającemu i po otrzymaniu odpowiedzi na zapytanie w tej kwestii, udzielał odpowiedzi wymijających, jeszcze dodatkowo badać informacje podane przez zamawiającego w powyższym zakresie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (wyrok z dnia 27.03.2000 r., III CKN 629/98).

Nie sposób, zatem uznać trafności zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 65 par. 1 i 2 k.c. oraz art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez uznanie, że w okolicznościach faktycznych sprawy pomimo określonego przez strony ryczałowego charakteru wynagrodzenia powódka może domagać się dodatkowego wynagrodzenia, jako bezpodstawnego wzbogacenia. Prace, które wykonała powodowa spółka, były pracami, których nie mogła przewidzieć

w świetle dokumentacji przetargowej i zawartej umowy i w związku z tym, nie były one objęte zakresem robót, za które umówiono wynagrodzenie ryczałtowe.

W konsekwencji powódka niewątpliwie musiała ponieść koszty związane z realizacją umowy w większym zakresie, niż mogła to przewidzieć na etapie sporządzania oferty i kalkulacji ceny. Te okoliczności w ocenie Sądu Apelacyjnego dają pełne podstawy do stwierdzenia, że prace wykraczające poza zakres wynikający z dokumentacji przetargowej nie były objęte umową łączącą strony i nie mogą zawierać się w wynagrodzeniu ryczałtowym w umowie tej określonym. Prace wykonane przez powódkę poza umową były niezbędne dla realizacji inwestycji zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zgodne z życzeniem zamawiającego, zatem ich realizacja doprowadziła do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej kosztem powódki. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy, która z braku zachowania właściwej formy stała się nieważna. Dotyczy to także sytuacji braku umowy, jako podstawy określonego świadczenia, które spełnione przybiera charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 1 k.c.

Trzeba w tym miejscu w dodatkowo podkreślić, że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. Cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Wykonawcy nie może, bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy. Art. 29 ust. 1 stanowi, że 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 sporządzeniu oferty. Powyższe oznacza, że to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej oraz takiego udzielania odpowiedzi na pytania oferentów, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami nienależnego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji siwz, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Zamawiający nie dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przerzuca na wykonawcę ciężar na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczności ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny (por. Prawo zamówień publicznych, Komentarz, autor Jerzy Pieróg, wydanie 14, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2017, strona 244 oraz wyrok KIO z dnia 09.05.2012, KIO 809/12). Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków (por. wyrok SA w Gdańsku z dnia 05.10.2017, V ACa 380/16).

W związku z powyższym oraz wobec niekwestionowanego twierdzenia strony powodowej, że nie otrzymał on w ramach wypłaconego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianej w kosztorysie ryczałtowym kwoty 320.000 zł za wykonanie zastępczego ruchu kołowego, roszczenie strony powodowej o zwrot nienależnego świadczenia, znajdujące swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.02.2013 r., IV CSK 354/12), było w całości zasadne.

Uznając, iż zarzuty apelacji nie podważyły zarówno poczynionych przez Sąd Okręgowy istotnych dla rozpoznania sprawy ustaleń faktycznych, jak i istotnej dla rozstrzygnięcia sporu przedstawionej przez ten Sąd argumentacji prawnej, Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 385 k.p.c. apelację pozwanego oddalił, jako bezzasadną.

Pozwany jest stroną przegrywającą postępowanie apelacyjne, dlatego też w oparciu o art. 98 i 99 k.p.c., w związku z art. 108 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.100 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego. Na kwotę tę składa się wynagrodzenie pełnomocnika powoda ustalone w oparciu o § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokatów (Dz.

U. 2015, Poz. 1800). O sprostowaniu oczywistej niedokładności w wyroku Sądu Okręgowego w zakresie oznaczenia strony pozwanej orzeczono w punkcie pierwszym wyroku na podstawie art. 350 § 1 i 3 k.p.c.

Tomasz Wojciechowski Ewa Zalewska Paweł Iwaniuk