

Sygn. akt I ACa 1201/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Adam Jewgraf

Sędziowie: SSA Beata Wolfke-Kobzar (spr.)

SSO del. Jolanta Burdukiewicz-Krawczyk

Protokolant: Beata Grzybowska

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2016 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Sportowe Spółki Akcyjnej w W.**

przeciwko **Gminie N.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt VI GC 411/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej 5.400 zł kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód – (...) S.A. w W. - domagał

się od pozwanej Gminy N. zapłaty 1.152.774,63 zł z odsetkami tytułem należności za roboty dodatkowe konieczne dla wykonania modernizacji obiektów sportowych na skutek błędów w dokumentacji projektowej i zmiany koncepcji obiektu.

Żądaniem pozwu powód objął:

- powiększenie powierzchni boiska wielofunkcyjnego (827.378,17 zł),
- powiększenie skarpy i humus przy boisku wielofunkcyjnym (10.178,96 zł),
- przestawienie słupów przy boisku do piłki plażowej (4.768,21 zł),
- dodatkowe ogrodzenie boiska do piłki plażowej (69.844,52 zł),
- wykonanie dwóch tulei w boisku do piłki plażowej (69.844,52 zł),
- dodatkowe piłkochwyty (8.180,26 zł),

- wydłużenie piłkochwyłów (3.156,91),
- montaż dodatkowych chorągiewek (1.005,16 zł)
- zmiana krzesełek na trybunie na wysokie (12.320,54 zł),
- dodatkowe malowanie trybun (181.290,56 zł);

Powód wskazał, że pozwana odmówiła sporządzenia protokołu konieczności, błędnie utrzymując, że w projekcie zamiennym zmniejszono zakres robót do wykonania, jednak wykonanie przedmiotowych prac nie było przez nią kwestionowane. Zdaniem powoda, pozwana została bezpodstawnie wzbogacona o wartość prac dodatkowych. Pozwana wniosła o oddalenie powództwa, zarzucając jego przedwczesność ze względu na niewyczerpanie procedury reklamacyjnej. Zaprzeczyła wykonaniu robót dodatkowych, tj. wykraczających poza zakres zadania, ponosząc, że wszystkie były objęte ryczałtem. Pozwana zarzuciła także, że powód nie dowiódł wysokości roszczenia, a nadto zrzekł się go w zakresie robót związanych z powiększeniem boiska wielofunkcyjnego.

Sąd Okręgowy ustalił:

Na podstawie zawartej w trybie zamówienia publicznego umowy z 28.07.2010 r. powód modernizował obiekty sportowe przy ul. (...) w N..

Przedmiot umowy obejmował wymianę powierzchni boiska do piłki nożnej na nawierzchnię z trawy syntetycznej, budowę bieżni o nawierzchni syntetycznej, montaż urządzeń lekkoatletycznych do skoków w dal, pchnięcia kulą i skoku wzwyż, ogrodzenie boiska wraz z bieżnią, wykonania dwóch boisk do piłki plażowej, modernizację trybun, oświetlenie boiska, instalację ławek dla trenera i zawodników, budowę parkingu wraz z komunikacją pieszą do wejścia głównego wraz z oświetleniem, budowę parkingu dla niepełnosprawnych, budowę ciągu pieszego od parkingu do domu wypoczynkowego wraz z oświetleniem, budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni syntetycznej o wymiarach 20m x 40m oraz ogrodzenie boiska, schody tarasowe, kanalizację deszczową, odwodnienie i sieć energetyczną. Powód podjął się także opracowania wizualizacji zespołu boisk, tj. zobrazowania ich po modernizacji.

Przedmiot zamówienia został określony przez pozwaną za pomocą projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót o charakterze poglądowym i pomocniczym (rozdział III ust. 1 SIWZ).

Według SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) podstawą ustalenia ceny przez wykonawcę miały być projekty wykonawcze oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Cena miała obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Wynagrodzenie określono jako ryczałtowe, wynosiło 4.680.377,52 zł brutto, w tym 12.200 zł za wizualizację.

Powód ustalił wynagrodzenie na podstawie przedmiaru robót i uwzględnił wszystkie prace wynikające z dokumentacji i SIWZ.

W punkcie 2.5 Ogólnych Warunków Umowy (OWU) strony dopuściły zmiany w dokumentacji projektowej za zgodą pozwanej, na wniosek powoda, ale tylko wówczas, gdy proponowane rozwiązanie jest bardziej funkcjonalne. W takim przypadku powód miał przedstawić projekt zamienny wraz z rysunkami, uzyskać akceptację nadzoru autorskiego i zatwierdzenie do realizacji.

Na wypadek zmian rozwiązań technicznych postanowiono natomiast, że pozwana sporządzi protokół konieczności i dostarczy dokumentację projektową wraz ze zleceniem wykonania. Jeśli zaś zmiany rozwiązań technicznych miałyby powodować wzrost kosztów inwestycji, roboty miano traktować jako dodatkowe i mogły być wykonane na dodatkowe zamówienie, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp.

W projekcie i SIWZ dopuszczono też możliwość odstępstw realizacyjnych w zakresie rozwiązań materiałowych (za zgodą inspektora nadzoru), niewielkich korekt poziomu posadowienia płyty boiska, jeśli wyniknie to z rodzaju warstw

gruntu ujawnionego po odkrywcze całego terenu, korekt trasy ogrodzenia i lokalizacji bramy i furtek, zmian układu przewodów drenazowych i korekty lokalizacji oświetlenia parku i boisk.

Zakres i rodzaj robót określono w projekcie budowlanym z czerwca 2009 r., objęto nim obszar 3053 m², w tym boisk do piłki nożnej z trawy syntetycznej o wymiarze 100m x 62m wraz z pasmami bocznymi o szerokości 1m, łącznie 6400m², oraz powierzchnię poliuretanową bieżni lekkoatletycznej dwóch półkul pomiędzy boiskiem do piłki nożnej a bieżnią z rozbiegiem do skoczni w dal oraz rozbiegiem do skoków wzwyż - łącznie 7485,12m².

W październiku 2010 r. pozwana wprowadziła zmiany do projektu w zakresie wymiarów płyty boiska piłkarskiego, wymiarów i lokalizacji piłkochwyłów, obrysów ogrodzenia zespołu boisko – bieżnia, lokalizacji rzutni do pchnięcia kulą oraz skoczni wzwyż, powierzchni nawierzchni boiska z trawy syntetycznej oraz nawierzchni poliuretanowej bieżni oraz pól za bramkami i posadowienia boiska wielofunkcyjnego z poziomu 423,20 m n.p.m. na 422,60 m n.p.m. Co do projektu zamiennego

nr 1 autor oświadczył, że zmiany nie są istotne i nie jest potrzebne opracowanie projektu zamiennego ani uzyskanie zmiany decyzji na budowę.

Przekazanie terenu budowy nastąpiło 13.08.2010 r., lecz wówczas powód nie przystąpił do robót.

W dniu 26.01.2011 r. strony aneksowały umowę ze względu na zmianę stawki VAT i wzrosło do 4.702.577,84 zł brutto, w tym 12.300 zł za wizualizację. Prace podjęto po przerwie trwającej do marca 2011 r. i na wniosek powoda przesunięto termin ich zakończenia do 31.10.2011 r. co umotywowano oczekiwaniem na dostawę krzesełek na trybuny. Strony odbywały narady koordynacyjne. Na naradzie 11.10.2010 r. pozwana wyraziła zgodę na dostosowanie rzędnych płyt boiska wielofunkcyjnego do rzędnej terenu oraz pozostawienie starego drenażu i wypłylenie nowego drenażu przy zachowaniu niezmięnionej ceny ryczałtowej. Projektant miał w ciągu 5 dni przekazać projekt wykonawczy, zaś powód zobowiązał się do 19.10.2010 r. podać kalkulację na zmianę wielkości płyty trawiastej boiska i zmiany drenażu wraz z ewentualnym zagęszczeniem.

Na naradzie 25.10.2010 r. powód zgłosił potrzebę podania przez projektanta ostatecznych rzędnych boiska wielofunkcyjnego, po czym miał przedłożyć kalkulację kosztów z projektu zamiennego. W dniu 30.10.2010 r. powód otrzymał projekt zamienny, następnie przedstawił kosztorys różnicowy na roboty dodatkowe wynikłe ze zmiany wymiarów boiska, określając różnicę na 827.378,17 zł brutto. Kierownik biura inżyniera kontraktu stwierdził brak podstaw dla zlecenia robót dodatkowych uznając, że w rezultacie wartość robót uległa zmniejszeniu w stosunku do projektu pierwotnego.

W sierpniu 2011 r. pozwana rozliczyła prace, których powód nie wykonał i określiła ich wartość na 147.069,19 zł zaproponowała kompensatę z robotami uznanymi za dodatkowe (instalacja elektryczna, tuleje pod chorągiewki dla boiska do piłki nożnej i tuleje na boisku do piłki plażowej, odpowiednio 15.461,76 zł, 1.005,16 zł, 1.388,58 zł).

Pełnomocnik zarządu powoda, pełniący funkcję Dyrektora Regionu Południowo-Zachodniego, złożył 4.11.2011 r. oświadczenie o zrzeczeniu się całości roszczenia o roboty dodatkowe i zamienne, polegające na wykonaniu ponad zlecony zakres poliuretanowych pól (...) na części obiektu.

Czynności odbiorowe rozpoczęto 25.01.2012 r. i 14.05.2012 r. pozwana dokonała protokolarnego odbioru inwestycji, przy czym do odbioru pozwana przedstawiła kosztorys dotyczący części robót.

W toku odbioru nie stwierdzono wad i potwierdzono wykonanie robót zgodnie z projektem wraz z wprowadzonymi w nim nieistotnymi zmianami.

W dniu 16.05.2012 r. pozwana przedstawiła powodowi końcowe świadectwo płatności, bez uwzględnienia wynagrodzenia za roboty wykonywane przez powoda jako dodatkowe. Zmiany projektowe dotyczące boiska do piłki

nożnej z bieżnią przewidywały przesunięcie rodzajów nawierzchni z trawy syntetycznej oraz powierzchni z poliuretanu w ramach wydzielonego terenu boiska piłkarskiego wraz z bieżnią lekkoatletyczną. Zwiększono powierzchnię boiska do piłki nożnej ze sztucznej trawy z $6400\text{m}^{(2)}$ do $7410,65\text{m}^{(2)}$, natomiast powierzchnię poliuretanowej bieżni lekkoatletycznej i półkuli zmniejszono z $7485,12\text{m}^{(2)}$ do $6477,21\text{m}^{(2)}$. Opisana zmiana skutkowałą zmniejszeniem kosztów wykonawstwa, ponieważ według kosztorysu poliuretan był droższy od trawy syntetycznej. Nadto w związku ze zmianą lokalizacji wodociągu (...) powód wniósł o zgodę na wyprofilowanie skarpy – jej poszerzenie i humusowanie, co miało kosztować 10.178,96 zł. Na naradzie 7.06.2011 r. pozwana zaproponowała przeniesienie ogrodzenia wzdłuż boiska wielofunkcyjnego o odległość ustaloną na podstawie inwentaryzacji, co miało być robotą zamienną wobec robót związanych z budową chodnika z projektu podstawowego. Ostatecznie inwestor nie zgodził się na te zmiany.

Na naradzie 12.09.2011 r. odrzucono wniosek powoda o zmianę materiałów do wykonania ogrodzenia boiska wielofunkcyjnego i kierownik zapewnił, że nie będzie występował z roszczeniem dotyczącym poszerzenia ogrodzenia przy boisku wielofunkcyjnym. W kosztorysie omyłkowo oznaczonym jako dotyczący piłkochwyłów powód przedstawił koszty robót dodatkowych dotyczących boiska wielofunkcyjnego, określając je na 69.844,52 zł. W dniu 2.02.2012 r. kierownik projektu inżyniera kontraktu poinformował pozwaną, że zakres rzeczowy obejmował $290,93\text{m}^2$ powierzchni utwardzonych, ale ze względu na ukształtowanie terenu możliwe było wykonanie chodnika i podjazdu jedynie na $280,73\text{m}^2$. Różnicę wyrównano poszerzeniem chodnika wzdłuż parkingu.

Na naradzie 18.07 i 1.08.2011 r. powód wniósł o zmianę wyceny piłkochwyłów w związku ze zmianą ich długości, szacując koszt na 8.179,13 zł. Wniósł również o zmianę materiału do wykonania piłkochwyłów oraz zmianę ich konstrukcji, na co pozwana ostatecznie nie wyraziła zgody. Powód szacował te zmiany na 3.156,91 zł brutto.

W okresie kwiecień – czerwiec 2011 r. dyskutowano kwestię oświetlenia (przestawienie masztów oświetleniowych), sporządzono w tym zakresie projekt zamienny, zmiany nie spowodowały wzrostu kosztów.

W lipcu 2011 r. pozwana zleciła powodowi ustawienie dodatkowych dwóch tulei na boisku do piłki plażowej wskazując, że są to prace dodatkowe. Powód je wycenił na 2.328,41 zł, pozwana skorygowała wycenę, po czym uzgodniono sposób posadowienia tulei i ustalono że pozwana zapłaci za ich przedłużenie.

Z początkiem sierpnia 2011 r. kierownik projektu inżyniera kontraktu poinformował powoda, że bez koniecznej zgody powiększył boisko. Powód te prace wycenił na 1.516,92 zł.

We wrześniu 2011 r. powód przedstawił wniosek o zmianę wymiaru konstrukcji i poszycia ogrodzenia boiska do siatkówki plażowej w celu ujednoczenia wyglądu ogrodzenia i piłkochwyłów stwierdzając, że nie wpłynie to na koszt inwestycji.

W sierpniu 2011 r. pozwana zaleciła powodowi montaż 6 chorągiewek na boisku do piłki nożnej, co nie było przewidziane w projekcie, kosztorys na te prace opiewał na 1.005,16 zł. Pozwana odmówiła uwzględnienia tej kwoty wskazując, że znany był powodowi wymóg uzyskania Certyfikatu (...), co wiązało się z koniecznością montażu chorągiewek.

W kwietniu 2011 r. doszło do zmian projektowych bramy elektrycznej, powód wycenił prace w tym zakresie na 30.806,01 zł, pozwana zweryfikowała koszt na 15.461,76 zł i mimo zapowiedzi powód nie odniósł się do tej korekty na kolejnej naradzie.

Z inicjatywy pozwanej doszło także do zmian wysokości krzeseł na trybunach, różnica wyniosła 12.320,54 zł.

Według umowy naprawa trybun miała obejmować likwidację ubytków przez uzupełnienie powierzchni pionowych i poziomych masą trwale elastyczną na styku tych powierzchni, przy zachowaniu odpowiedniego spadku.

We wrześniu 2011 r. pozwana zapowiedziała powodowi, że oczekuje jednolitego koloru trybun po remoncie, następnie powód usuwał wady trybun i w październiku 2011 r. je pomalował, co wycenił na 181.290,56 zł.

Na wezwanie do zapłaty 1.121.968,62 zł za roboty dodatkowe pozwana oświadczyła, że nie przedstawiono jej kompletnej dokumentacji potwierdzającej uznanie robót za dodatkowe. Powołała się także na zrzeczenie się roszczeń za roboty dodatkowe i zamienne polegające na wykonaniu poliuretanowych pól (...) ponad zlecony zakres.

W wyniku złożonego przez Burmistrza Gminy N. zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przez kierownika budowy przestępstwa poświadczenia nieprawdy w dokumentacji budowlanej i antydatowania dokumentów początkowo postępowanie umorzono, a po podjęciu na nowo Prokurator skierował akt oskarżenia do sądu.

W ofercie złożonej w związku z zamówieniem pozwanej powód błędnie wskazał ilość powierzchni z trawy syntetycznej jako 6.183.900 m² za cenę łączną 525.631,50 zł, przy cenie jednostkowej 85 zł. Miało być 6400 m² i wówczas cena jednostkowa zmalała do 82,13 zł. To samo dotyczy powierzchni z poliuretanu.

Powód wykonywał roboty na podstawie projektu zamiennego nr 2 rysunek 2 z października 2010 r.

Przy takich ustaleniach Sąd Okręgowy uznał żądanie pozwu za uzasadnione jedynie co do kwoty 12.320,94 zł, dotyczącej zmiany wysokości krzesełek na trybunach, kwoty 15.461,76 zł, dotyczącej zmian w branży elektrycznej oraz kwoty 2328,41 zł związanej z montażem dwóch tulei. W pozostałym zakresie Sąd oddalił żądanie jako bezzasadne.

Sąd Okręgowy przyjął wprawdzie dopuszczalność kwalifikacji robót formalnie niezaakceptowanych przez inwestora jako jego bezpodstawnego wzbogacenia, ale tylko wówczas, gdy rzeczywiście nie mieściły się w zakresie wyznaczonym umową i gdy rzeczywiście nie mieściły się w zakresie wyznaczonym umową i w ryczałcie i gdy wykonawca wykaże wykonanie tych robót. Zdaniem Sądu Okręgowego, powód nie sprostował temu obowiązkowi, ponieważ nie przedstawił obmiarów ani innej dokumentacji powykonawczej, a ze względu na charakter prac zamiennych ich rozmiar nie jest już możliwy do ustalenia i dlatego powołana biegła opierała się na hipotetycznym założeniu wykonania tych prac w ilości ustalonej przez powoda.

Ostatecznie Sąd za biegłą przyjął, że powód realizował zadanie w oparciu o projekt zamienny 2 w wersji 2 i w zakresie zmian rodzaju nawierzchni właściwym byłoby wyliczenie zawarte w sporządzonej przez biegłą tabeli nr 1 do opinii z 29.01.2015 r., tj. przy przyjęciu wykonania podbudowy pod nawierzchnię z poliuretanu. Sąd dalej wskazał, że jako cenę jednostkową tej nawierzchni należałoby przyjąć 83,04 zł/m², zaś trawy sztucznej – 82,13 zł, co wynika m.in. z niedoszacowania oferty przez powoda, i w takim wypadku różnica między ostateczną wartością robót a przewidzianą pierwotnie wyniosłaby 27.660,80 zł na korzyść powoda. Tym samym Sąd Okręgowy zdyskwalifikował wyliczenia przedstawione przez biegłą na rozprawie 28.04.2015 r. w tabelach nr 1 i 2. Sąd Okręgowy przyjął jednak w końcu, że, po pierwsze, powód nie dowiódł faktycznego wykonania robót, po drugie - powołując się na zeznania świadków - że zmiana rodzaju i rozmiaru nawierzchni zmniejszyła koszt tych prac, a po trzecie, że pełnomocnik powoda zrzekł się roszczenia w tym zakresie.

Co do wynagrodzenia za dodatkowe ogrodzenie boiska wielofunkcyjnego Sąd Okręgowy również wskazał na brak dowodu wykonania tych prac, a nadto podniósł, że na naradzie strony uzgodniły, że prace te zostaną zrealizowane jako zamienne i powód zdeklarował, że nie zgłosi roszczenia z tego tytułu.

Za nieudowodnione uznał też Sąd Okręgowy wykonanie profilowania i humusowania skarpy. Jeżeli idzie o chorągiewki Sąd również wskazał na niewykazanie ich montażu, co jest o tyle istotne, że pozwana utrzymywała, iż zamontowała je inna firma.

Uwzględnienie prac dotyczących piłkochwyłów tylko w zakresie zmiany ich długości Sąd uzasadnił sprzeciwem pozwanej wobec propozycji zmiany ich konstrukcji. Podobnie ocenił Sąd roszczenie dotyczące powiększenia boiska

do piłki plażowej; tu Sąd także podniósł, że powód nie wykazał faktycznej powierzchni boiska. Postawienie słupów oświetleniowych Sąd potraktował jako roboty zamienne, co do których powód nie dowiódł, by podwyższyły koszt wykonawstwa.

Co do malowania trybun Sąd Okręgowy przyjął, że miało służyć uzyskaniu jednolitej ich kolorystyki i nie było objęte umową, jednak powód nie dowiódł ich zakresu i wartości, a z opinii biegłej wynika, że skutek tych prac nie uzasadnia przyznania za nie wynagrodzenia.

Wyrokiem z 5.05.2015 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powoda 38.920,97 zł z odsetkami od 1.02.2013 r. (punkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (punkt II), zasądził od powoda na rzecz pozwanej 3.753,90 zł kosztów procesu i nakazał mu uiścić 679,51 brakujących wydatków (punkt III i IV) i z tego samego tytułu obciążył kwotą 28,31 zł pozwaną Gminę (punkt V).

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do 613.641,17 zł, wnosząc o jego zmianę przez zasądzenie tej kwoty wraz z odsetkami i kosztami postępowania.

W apelacji powód zarzucił:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj:

1. art. 65 § 2 k.c. przez niewłaściwą wykładnię postanowień łączącej strony umowy i uznanie, że umową objęto także wykonanie pól zabramkowych z poliuretanu, tzw. pól (...), mimo że te prace nie zostały wymienione w SIWZ i nie były objęte ofertą powoda.

2. art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 98 k.c. zd. drugie, polegające na niewłaściwej interpretacji pełnomocnictwa udzielonego P. K. przez zarząd powodowej Spółki: przyjęcie, że było to pełnomocnictwo rodzajowe, co według Sądu przesądza o skuteczności oświadczenia P. K. o zrzeczeniu się roszczenia za nawierzchnię pól (...).

I. naruszenie przepisów postępowania cywilnego, tj:

1. art. 232 k.p.c. przez uznanie, że powód nie wykazał ilości i zakresu prac dodatkowych, tymczasem złożone przy pozwie kosztorysy odzwierciedlają obmiar prac, których wykonanie nie było przez pozwaną kwestionowane, 2. art. 233 § 1 k.p.c. przez:

- bezpodstawne przyjęcie, że powód nie wykazał wykonania robót dodatkowych przy jednoczesnym stwierdzeniu, że doszło do zmian w dokumentacji projektowej, a realizacja spornych robót została wykazana innymi dowodami, zwłaszcza protokołem odbioru,

- bezpodstawne przyjęcie, że powód nie wykazał dodatkowych robót o wartości 407.706,26 zł w zakresie powiększenia boiska do piłki nożnej, choć biegła na tę kwotę określiła wartość tych robót i pozwana przyznała ich wykonanie,

- bezpodstawne przyjęcie, że pola zabramkowe z poliuretanu były objęte przedmiotem umowy, co jest sprzeczne z zeznaniami J., W. i K., a także z oświadczeniem tego ostatniego oraz treścią SIWZ, stanowiących integralną część umowy,

- błędne przyjęcie, że P. K. skutecznie zrzekł się zapłaty za pola (...),

2. zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, z którego wynikało, że zmiany projektowe doprowadziły do zwiększenia nawierzchni poliuretanowej, a nie, jak przyjął Sąd Okręgowy, jej zmniejszenie, co skutkowało błędnym uznaniem, że powód nie wykonał tych robót o wartości 407.706,26 zł,

3. wyprowadzenie z dowodów błędnego, nielogicznego wniosku, że powód nie wykazał poszerzenia i humusowania skarpy, że zmiana konstrukcji piłkochwyków oraz powiększenie boiska do piłki plażowej nastąpiło pomimo sprzeciwu

pozwanej (czego pozwana nie wykazała), że postawienie słupów przy boisku do piłki plażowej nie zwiększyło kosztów inwestycji oraz, że powód nie udowodnił malowania trybun jako prac dodatkowych.

Pozwana domagała się oddalenia apelacji i zasądzenia na jej rzecz od powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

W wykonaniu zobowiązania nałożonego przez Sąd Apelacyjny powód w piśmie procesowym z 30.12.2015 r. wyjaśnił sposób wyliczenia kwoty 407.706,26 zł, żądanej za prace związane z zmianą nawierzchni na poliuretanową, wskazując powierzchnię prac i ich cenę jednostkową (tabela na k. 1554-1555).

Sąd Apelacyjny zważył:

Najpokaźniejsze wartościowo roszczenie objęte apelacją dotyczy zwiększenia terenu z nawierzchnią poliuretanową, co bez wątplenia było skutkiem zmiany dokonanej w projekcie zamiennym nr 2 rysunek nr 2 z października 2010 r., według którego powód realizował powierzone mu zadania inwestycyjne. W tej kwestii ustalenia i wnioski Sądu Okręgowego nie są wystarczająco jasne, toteż Sąd Apelacyjny dokonał ich weryfikacji w kontekście postanowień umowy stron, ustaleń i wyliczeń biegłej i innych dowodów zgromadzonych w sprawie. Powód obecnie już nie przeczy, że w pierwotnej wersji projekt budowlany, który powinien był stanowić bazę dla sporządzenia kosztorysu ofertowego, a później oferty z proponowanym wynagrodzeniem ryczałtowym, przewidywał łącznie 7.485,12m² nawierzchni z poliuretanu oraz 6.400m² powierzchni z trawy syntetycznej. Jest też niesporne, że w wyniku zainicjowanej przez pozwaną zmiany projektu łączna wielkość nawierzchni z poliuretanu zmalała do 6.477,21m², natomiast nawierzchnia ze sztucznej trawy wzrosła do 7.410,65m². Pozwana konsekwentnie twierdziła, że wskazana zmiana proporcji nie spowodowała wzrostu kosztów powoda i nie uprawnia powoda do wynagrodzenia przekraczającego ryczałt choćby dlatego, że nawierzchnia z poliuretanu jest droższa. Tak też zeznawali świadkowie, do których odwołał się Sąd Okręgowy, przyjmując ostatecznie, że zmiana skutkowałą zmniejszeniem kosztów wykonania boiska.

Powyższy wniosek nie koresponduje jednak ze stwierdzeniem Sądu, który tu odwołał się do wyliczeń biegłej, że „teoretycznie” wartość prac wzrosła o 27.660,80 zł, czyli o różnicę między wartością prac finalnie zleconych do wykonania a wartością prac nawierzchniowych, gdyby je realizowano wedle pierwotnej wersji projektu. Jednocześnie Sąd Okręgowy w rozważaniach podnosi, że powód nie doszacował tych prac, tyle że wskazuje na różnicę w ilości nawierzchni z trawy syntetycznej, zaś różnicę dotyczącą nawierzchni z poliuretanu tylko sygnalizuje, nie określając jej rozmiaru. Należy więc w uzupełnieniu ustaleń i wniosków Sądu Okręgowego wskazać, że w kosztorysie ofertowym, będącym podstawą dla ustalenia łącznego wynagrodzenia ofertowego, powód istotnie zaniżył wielkość nawierzchni z poliuretanu, ponieważ zamiast 7.485,12 m², jak w projekcie bazowym dla przetargu, przyjął 4.781 m².

dowód: projekt budowlany z maja 2009 r. – punkt 1,3,

części A, zatytułowanej „zagospodarowanie terenu” – k. 60,

kosztorys ofertowy w zakresie budowy bieżni – k. 71,

wyjaśnienia biegłej i sporządzona przez nią tabela – k. 1358 i 1441

Owo niedoszacowanie, obok nie sprecyzowanego przez Sąd Okręgowy niedoszacowania (znaczenia mniejszego) wielkości nawierzchni ze sztucznej trawy, rodził znaczące skutki dla kwalifikacji przedmiotowych prac oraz określania ich wartości.

Weryfikując kolejne warianty wyliczeń biegłej, Sąd Apelacyjny dostrzegł błędy, które wymagały korekty.

Na podstawie wskazanego wyżej wycinka kosztorysu ofertowego biegła prawidłowo ustaliła, że cena jednostkowa m² nawierzchni z poliuretanu wraz z podłożem, którą przyjął powód, wynosiła 203,59 zł. Było to jednak skutkiem niedoszacowania wielkości nawierzchni poliuretanowej, co - jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy i w jednym z wariantów wskazała biegła – nie może obciążać pozwanej. Należy bowiem podkreślić, że zgodnie z punktem 1 umowy,

tworzą ją wymienione w tym punkcie dokumenty według wskazanego tam pierwszeństwa i dokumentację projektową wymienioną tam na trzecim miejscu, zaś SIWZ, które – jak podnosi powód – odbiegały treścią od projektu, na piątym. Oznacza to prymat projektu nad (...) i popełniony przez powoda błąd nie może być ze szkodą dla pozwanej skorygowany przy okazji zmian w projekcie. Prawdopodobnie należy zatem założyć, że za 973.363,79 zł, bo taka była oferowana przez powoda pierwotna wartość prac na terenie pokrytym nawierzchnią z poliuretanu, powód uzyskałby 7.485,12m² takiej nawierzchni. W konsekwencji cena jednostkowa, którą wskutek własnej omyłki oferował i mógł uzyskać powód za nawierzchnię z poliuretanu wynosiła jedynie 130 zł/m², jak wariantowo przyjęła biegła w tabeli nr 1 na k. 1385.

Reasumując ten wątek, jeśli wskutek błędów w szacunkach powoda przy realizacji budowy według projektu z maja 2009 r. za 973.363,79 zł pozwana uzyskałaby 7.485,12 zł/m² nawierzchni z poliuretanu, jest logiczne, że po zmniejszeniu powierzchni poliuretanowej koszt musi być stosownie niższy, bo liczony wedle pierwotnej (błędnej) stawki, i wynosi 818.644,97 zł. W efekcie powód zaoszczędził na poliuretanie, a w istocie o 154.718,82 zł pomniejszyła się jego strata wynikła z niedoszacowania.

Trzeba tu jednak podkreślić, że w opisanych okolicznościach faktycznych strata powoda w żadnym razie nie może być utożsamiana z korzyścią pozwanej, skoro z błędu powoda pozwana miała pierwotnie odnieść jeszcze większą „korzyść”.

Z kolei co do zwwyżki kosztu nawierzchni trawiastej, której obszar wzrósł w wyniku zmiany projektu, Sąd Apelacyjny zważył:

Przy właściwej cenie jednostkowej tych prac, ustalonej przez Sąd Apelacyjny na 125,72 zł/m², z uwzględnieniem nie tylko niedoszacowania powierzchni, ale także, jak przy nawierzchni poliuretanowej, wartości podłoża, co pominęła w swoich wyliczeniach biegła, a znajduje podstawę w poświęconej tym pracom części kosztorysu ofertowego (k. 69), w wyniku zmiany projektu wartość nawierzchni z trawy syntetycznej wzrosła o 145.462,85 zł. Tym samym na zmianie proporcji obu rodzajów nawierzchni powód „zaoszczędził” 9.255,97 zł i nie może być mowy o wzroście kosztów, co byłoby konieczne dla uznania robót za dodatkowe.

W rezultacie zasadnie zarzucała pozwana, że były to bilansujące się roboty zamienne, z tytułu których powód nie ma żadnych roszczeń, a eksponowana przez niego strata, jaką odnotował w związku z przedmiotową inwestycją, wynika głównie z błędów w szacunkach, które przeniosły się na kosztorys ofertowy, przyjęty jako baza do ustalenia ryczałtów częściowych składających się na zaoferowane finalnie pozwanej wynagrodzenie ryczałtowe. W świetle powyższych ustaleń i wniosków tylko w części przydatne okazały się wariantowe wyliczenia biegłej i żadna z tabel nie oddaje prawidłowych wartości końcowych, a wyliczenie powoda, wedle którego ma do pozwanej roszczenie z art. 405 k.c. o zapłatę 407.706,26 zł z tytułu powiększenia boiska do piłki nożnej, jest oczywiście wadliwe, także dlatego, że powieliła niewłaściwe wartości jednostkowe, przyjęte przez biegłą w tabeli nr 2 na k. 1386.

Wykluczając to roszczenie należało jednak podnieść, że słusznie zarzuca powód nieprawidłową ocenę zakresu umocowania P. K.. Z treści pełnomocnictwa nie sposób wywnioskować uprawnienie do zrzeczenia się w imieniu pozwanej spółki roszczeń pozaumownych (jak tu: o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia), nawet jeśli są powiązane z umowami, do których zawarcia i zmiany upoważniony był P. K..

Trafnie też zarzuca powód błędne przyjęcie, że nie wykazał on wykonania poszczególnych rodzajów nawierzchni w ilościach określonych w drugiej wersji projektu nr 2. Pozwana rzeczywiście nie kwestionowała tej okoliczności, nadto w protokole odbioru potwierdziła wykonanie pełnego zakresu prac z projektu, co w domyśle oznaczało wskazany projekt zamienny, skoro nie ma między stronami sporu, że na jego podstawie realizowano roboty.

Niezasadne są natomiast zarzuty apelacji, o ile dotyczą pozostałych prac, za wykonanie których powód domaga się zwrotu kosztów na zasadzie art. 405 k.c.

Malowanie trybun istotnie nie było ujęte w projekcie, a tym samym w ryczałcie, co jednak nie wystarcza dla przyjęcia, że wzbogaciło ono pozwaną w tym znaczeniu, że odniosła z niego korzyść. Powód był zobowiązany wyremontować trybuny, co w założeniu projektowym miało polegać na wypełnieniu ubytków specjalistycznym materiałem.

Powinno być dla powoda oczywiste, że oczekiwanym przez pozwaną efektem tych prac było uzyskanie trybun o gładkiej i jednolitej kolorystycznie powierzchni, czyli estetycznego ich wyglądu. Powód nie wykazał, że osiągnięcie takiego rezultatu przy kompleksowym, precyzyjnym wypełnieniu ubytków właściwie dobranym materiałem było niemożliwe, ani nie uprzedził pozwanej o takim ryzyku, co jest powinnością profesjonalisty, podejmującego się określonego zadania. W tych okolicznościach ewentualność uznania malowania za prace „nadprogramową”, skutkującą wzbogaceniem pozwanej wartością tych prac, byłoby możliwe tylko wówczas, gdyby powód dowiódł, że nieformalne polecenie ich wykonania nie nastąpiło w związku z niewłaściwym efektem robót uzupełniających, co zarzuciła pozwana, tylko służyło podniesieniu estetyki trybun ponad wystarczający dla akceptowalnego wizerunku stadionu. Powód jednak tego nie wykazał, a przedstawiane w opinii biegłej fotografii (k.1283-1285) i jej spostrzeżenia wyraźnie wskazują, że malowanie miało tuszować nieusunięte nierówności i w jego wyniku nie osiągnięto w pełni tego rezultatu, a powłoka malarska okazała się nietrwała. Wymaga też przypomnienia, że jeśli powód nie zadbał o formalne zlecenie prac malarskich, co spowodowało podstawę faktyczną i prawną jego roszczenia do bezpodstawnego wzbogacenia, nie wystarczy wykazanie zubożenia powoda kosztem malowania, ale konieczna jest równowarta tym kosztom, czy choćby jakkolwiek, korzyść pozwanej.

Niezasadnie powód zarzuca wadliwość ustaleń i wniosków Sądu Okręgowego dotyczących pozostałych prac. Należy podnieść, że o ile protokół odbioru można uznać za istotny dowód poświadczający wykonanie prac zgodnie z ostatecznie realizowanym projektem zamiennym, o tyle wykazanie wykonania i zakresu prac zasygnalizowanych, a nawet uzgodnionych co do ich rodzaju na naradach roboczych, jeśli pozwana je kwestionuje, wymaga innych dowodów. Musiałby także powód dowieść, że zrodziły one po jego stronie dodatkowe koszty, a jednocześnie wzbogaciły pozwaną, w obu przypadkach ponad umówiony ryczałt i przy uwzględnianiu istoty ryczałtu, odzwierciedlonej w art. 632 k.c. Trzeba również podkreślić, że choć w orzecznictwie przyjmuje się dopuszczalność sięgnięcia do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia w odniesieniu do robót „dodatkowych”, wykonywanych w związku z umową, zwłaszcza zawieraną w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, nieuprawnione jest rozszerzenie tej możliwości na wszelkie przypadki realizacji umowy z odstępstwem od pierwotnych założeń. Prowadziłoby to do obejścia reguł prawa zamówień publicznych, a także skutków umówienia się o wynagrodzenie ryczałtowe. Nadto, jak wskazał Sąd Okręgowy, w umowie stron postanowiono, że za dodatkowe będzie się uznawać prace powodujące wzrost kosztów inwestycji i wymagają one dodatkowego zamówienia, zatem wykonując takie roboty bez dodatkowego zamówienia powód poniósł ryzyko, od którego nie może się uwolnić, sięgając po roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, zwłaszcza gdy nie były to roboty bezwzględnie konieczne i ewidentnie podnoszące wartość inwestycji dla pozwanej. Z tych przyczyn pomimo częściowo odmiennych ustaleń i ocen od zeprezentowanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny uznał wyrok za prawidłowy i oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c., orzekając po myśli art. 98 k.p.c. o kosztach postępowania apelacyjnego.

(...)