

Sygn. akt I ACa 891/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Anna Bohdziewicz (spr.)
Sędziowie :	SA Małgorzata Wołczańska SO del. Tomasz Ślęzak
Protokolant :	Małgorzata Korszun

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2014 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa M. W.

przy udziale interwenienta ubocznego D. B.

przeciwko Gminie U.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z dnia 28 kwietnia 2011r., sygn. akt I C 83/10,

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1) zasądza od pozwanej na rzecz powódki 93 339,68 (dziewięćdziesiąt trzy tysiące trzysta trzydzieści dziewięć i 68/100) złotych z ustawowymi odsetkami od 18 listopada 2006 roku;
- 2) oddala powództwo w pozostałym zakresie;
- 3) zasądza od pozwanej na rzecz powódki 6 747 (sześć tysięcy siedemset czterdzieści siedem) złotych tytułem kosztów procesu;
- 4) zasądza od pozwanej na rzecz interwenientki ubocznej D. B. 1 100 (tysiąc sto) złotych tytułem kosztów procesu;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki 500 (pięćset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

IV. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej 14 025 (czternaście tysięcy dwadzieścia pięć) złotych tytułem opłat sądowych, od uiszczenia których powódka była zwolniona;

V. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Apelacyjnego w Katowicach 2 471,97 (dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt jeden i 97/100) złotych tytułem zwrotu wydatków tymczasowo pokrytych przez Skarb Państwa.

Sygn. akt I ACa 891/11

## UZASADNIENIE

Powódka M. W. z domu B. wystąpiła z pozwem przeciwko Gminie U. domagając się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 110.000 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 lipca 2006 r. i kosztami procesu. Uzasadniając swoje żądanie powódka podała, że strony w wyniku przeprowadzonego przetargu zawarły umowę na wykonanie przebudowy (...) w U.. W trakcie prowadzonych prac okazało się, że zachodzi konieczność wykonania prac dodatkowych, co doprowadziło do opracowania projektu zamiennego, który został zrealizowany. Pomimo tego pozwana zapłaciła jedynie wynagrodzenie wynikające z zawartej umowy, natomiast odmówiła zapłaty za prace dodatkowe. W tym stanie rzeczy powódka wystąpiła ze swoimi roszczeniami na drogę postępowania sądowego, domagając się zasądzenia wynagrodzenia za wykonane prace dodatkowe.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa jako bezzasadnego. Podniosła, że strony zawarły umowę w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Pozwana podała, że strony nie zawarły umowy zmieniającej warunki umowy uprzednio zawartej, natomiast powódka miała możliwość zapoznania się z przedmiotem umowy i dokumentacją techniczną przed przystąpieniem do przetargu i zawarciem umowy.

Po raz pierwszy rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej wyrokiem z dnia 13 maja 2009 r. oddalił powództwo i orzekł o kosztach. Na skutek uwzględnienia apelacji powódki wyrok ten został uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Sąd Apelacyjny wskazał, iż z okoliczności sprawy wynika, że powódka nie wykonała prac w takim zakresie, jaki przewidywała umowa (tj. zgodnie z dokumentacją stanowiącą jej integralną część) zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz zrealizowała projekt zamienny i wykonała jeszcze inne prace. W związku z tym stwierdzono, że doszło z jej strony do świadczenia w wykonaniu nieważnej umowy, ponieważ nie doszło do zmiany umowy w formie pisemnej (wymaganej pod rygorem nieważności). W tej sytuacji wskazano na konieczność zastosowania w sprawie przepisów dotyczących świadczenia nienależnego, gdyż powódka jest uprawniona do domagania się zwrotu wartości nienależnego świadczenia zgodnie z art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Jednocześnie uznano za nietrafny pogląd Sądu pierwszej instancji, iż dopuszczenie możliwości przejścia na grunt przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśniono, że przepisy powołanej ustawy nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd odwoławczy przywołał stanowisko, jakie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawie sygn. II CSK 327/06, które to orzeczenie zapadło w analogicznym stanie faktycznym. Zaskarżony wyrok został uchylony w oparciu o art. 386 § 4 k.p.c., albowiem nie rozpoznano istoty sprawy, a nadto rozstrzygnięcie istoty wymagało przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Uznając, iż powódka wykonała swoje świadczenie w wyniku nieważnej umowy, Sąd pierwszej instancji w pierwszej kolejności miał ustalić wartość tego świadczenia. Dokonanie ustalenia w tym zakresie niewątpliwie wymagało wiedzy specjalnej, co czyniło koniecznym przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Zwrócono uwagę, iż dla wyliczenia wartości wykonanych robót może okazać się niezbędne dokonanie inwentaryzacji robót, w tym po przeprowadzeniu odkrywek prac zakrytych. W dalszej kolejności Sąd pierwszej instancji miał ustalić, czy kwota wynagrodzenia otrzymanego już przez powódkę odpowiada wartości faktycznie wykonanych przez nią prac. Następnie Sąd Okręgowy miał wydać rozstrzygnięcie stosowane do poczynionych ustaleń i orzec o kosztach procesu.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej zaskarżonym wyrokiem z 28 kwietnia 2011 r. oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanego koszty procesu, a wydane rozstrzygnięcie następująco uzasadnił:

W dniu 13 grudnia 2005 r. strony zawarły umowę na przebudowę (...) na cele biblioteki publicznej oraz gminne centrum informacji. Umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego. Powódka zobowiązała się do wykonania zakresu robót według dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej ogólnej i szczegółowej oraz swojej oferty. W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. Strony uzgodniły także w umowie tryb postępowania w przypadku konieczności wykonania prac dodatkowych, nieobjętych umową oraz sposób ich rozliczania. W trakcie realizacji robót pozwana zleciła wykonanie projektu zamiennego dla robót budowlanych bez instalacji. Projekt ten nie zawierał przedmiaru robót, a wartość kosztorysu inwestorskiego dla projektu zamiennego była mniejsza niż dla projektu podstawowego. Powódka wykonywała prace budowlane z projektu pierwotnego z elementami ujętymi w projekcie zamiennym. Nie przedstawiła żadnego dowodu z dokumentu na to, że jakieś prace ponad umówione zostały przez nią wykonane. Miała obowiązek informowania o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych pisemnie w terminie 7 dni – takiego dokumentu nie przedłożyła. Nie przedstawiła także książki obmiarów, w której znalazłaby się informacja o takich pracach. Z zeznań powódki wynika, że książka obmiarów nie była prowadzona, pomimo ciężącego na wykonawcy obowiązku. W dniu 19 czerwca 2006 r. został sporządzony protokół odbioru, z którego nie wynika, aby doszło do odbioru jakichkolwiek robót dodatkowych.

Sąd Okręgowy dokonując ustaleń faktycznych oparł się na opinii biegłej H. C., która stwierdziła, iż przedmiot robót wykonanych przez powódkę pokrywa się z kosztorysem inwestorskim, a z uwagi na brak dokumentacji nie jest możliwe określenie wartości ewentualnych robót nieujętych w projektach. Sąd pierwszej instancji zgodził się z biegłą, iż z wpisów do dziennika budowy nie można odczytać zakresu wykonanych robót podstawowych, zamiennych i dodatkowych.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd pierwszej instancji wskazał, iż zgodnie z regułą dowodzenia wynikającą z art. 6 k.c., na powódce spoczywał ciężar wykazania faktu wykonania robót dodatkowych nieujętych w kosztorysie podstawowym i zamiennym oraz określenia ich wartości. Zdaniem Sądu pierwszej instancji powódka winna przedstawić wpisy w dzienniku budowy, książkę obmiarów oraz pisemne informacje o konieczności wykonania tych robót. Powódka taką dokumentacją nie dysponuje, dlatego Sąd Okręgowy uznał, że nie jest możliwe ustalenie zakresu i wartości tych robót. Ponadto odwołał się do opinii biegłej H. C., z której wynikało, iż całkowity koszt wszystkich wykonanych przez powódkę robót nie przewyższa umownej kwoty ryczałtowej. Wskazał, że powołani biegli zgodnie potwierdzili ustalenia dokonane przez tę biegłą. Biegli twierdzili, iż nie są w stanie określić zakresu wykonanych robót wobec braków w dokumentacji (w tym braku książki obmiarów), a ewentualne odkrywki oraz inwentaryzacja prac zakrytych wiązałyby się nie tylko z wyłączeniem budynku z eksploatacji, ale również jego dewastacją. Biegła J. L. podkreśliła, że istotnym zaniedbaniem powódki było zaniechanie prowadzenia książki obmiarów i sporządzenia dokumentacji powykonawczej, do których to czynności zobowiązany jest kierownik budowy. Sąd Okręgowy stwierdził, że powódka przystępując do wykonania prac ponad ujęte w projekcie podstawowym i zamiennym winna ze szczególną starannością je udokumentować, a kierownik budowy zgodnie z ustawowym obowiązkiem powinien prowadzić książkę obmiarów, która jest podstawowym dokumentem stanowiącym podstawę do potwierdzenia faktycznie wykonanych robót, a łącznie z dokumentacją powykonawczą zapewnia rzetelne rozliczenie robót. Tymczasem powódka wbrew przepisom nie prowadziła takiego dokumentu. Nie poinformowała również pisemnie – wbrew postanowieniom umowy – inwestora o tym, że wykonuje prace nie ujęte w projektach. Wskazane zaniedbania, w ocenie Sądu Okręgowego, uniemożliwiały ustalenie, czy w ogóle roboty dodatkowe wykonano oraz jaka jest ich wartość. Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że skoro według twierdzeń powódki koszt wykonanych przez nią prac dodatkowych wynosi ok. 100.000 złotych, a więc jedną trzecią wartości wykonanych przez nią robót, to tym bardziej istotne było dokładne udokumentowanie robót oraz skrupulatne zawiadomienie inwestora o „niebagatelnej przecież podwyżce kosztów inwestycji”. Sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że braki w prowadzeniu dokumentacji budowlanej wynikają z zaniedbania powódki i nie można kosztem użytkownika obiektu prowadzić obecnie odkrywek wiążących się z ogromnymi kosztami, wyłączeniem obiektu z użytku i jego dewastacją. Z tego względu powództwo

zostało oddalone, skoro powódka nie wykazała, iż wartość prac wykonanych przez nią jest wyższa ponad kwotę, którą uzyskała.

O kosztach procesu postanowiono w oparciu o art. 98 i 108 k.p.c..

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony w całości przez powódkę, która zarzuciła naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 386 § 6 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., art. 281 k.p.c., art. 285 k.p.c., art. 286 k.p.c., art. 217 § 2 k.p.c., art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 224 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c.. Apelująca w związku z naruszeniem przytoczonych przepisów sformułowała następujące zarzuty:

- niewyjaśnienia przez Sąd wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności, w szczególności nieuzasadnionym odstąpieniu od przeprowadzenia w sprawie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa i szacowania nieruchomości w celu ustalenia wartości wszystkich wykonanych przez powódkę w obiekcie pozwanej prac, w tym robót dodatkowych i zamiennych
- bezpodstawnego niezastosowania się przez Sąd pierwszej instancji do wskazań wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Apelacyjnego, dotyczących przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia wartości prac wykonanych przez powódkę oraz dokonaniu odmiennego niż ten Sąd ustalenia polegającego na uznaniu, że powódka nie udowodniła wykonania dodatkowych robót budowlanych
- bezpodstawnego oddalenia wniosku powódki o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego na okoliczność ustalenia wartości wykonanych przez nią prac, mimo że uzyskanie takiej opinii było konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy
- nieuzasadnionego przyjęcia, iż powódka nie udowodniła, że wartość wykonanych przez nią prac była wyższa ponad kwotę, którą jej wypłacono w sytuacji, gdy Sąd pierwszej instancji przez oddalenie wniosku dowodowego powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa i szacowania nieruchomości, w celu ustalenia wartości wszystkich wykonanych robót, pozbawił powódkę możliwości wykazania wielkości wzbogacenia po stronie pozwanej
- błędnej oceny materiału dowodowego, w wyniku której Sąd pierwszej instancji uznał, że oświadczenia złożone w toku sprawy przez biegłego K. S., biegłą J. L. i biegłego K. M. stanowią opinie sądowe oraz że biegli ci wykonali te opinie zgodnie ze zleceniem Sądu, w sytuacji gdy oświadczenia te w istocie stanowiły bezpodstawną odmowę sporządzenia opinii, zaś twierdzenia w nich zawarte nie tylko nie były objęte zleceniem, ale i nasuwały poważne wątpliwości, co do ich wiarygodności i jako takie pozbawione były waloru dowodowego
- zaniechania rozważenia wniosków powódki o pominięcie w całości oświadczeń złożonych do akt sprawy przez biegłego K. S., biegłą J. L. i biegłego K. M. z uwagi na bezpodstawne odstąpienie przez tych biegłych od wykonania zlecenia Sądu, a nadto na wypowiedzanie się przez nich w kwestiach należących wyłącznie do oceny Sądu, a nie do oceny biegłego
- zaniechania wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia przyczyn, dla których Sąd oparł rozstrzygnięcie na oświadczeniach biegłego K. S., biegłą J. L. i biegłego K. M., mimo zakwestionowania tych dokumentów przez powódkę
- zaniechania wyjaśnienia zgłoszonych przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 27 marca 2009 r. istotnych zarzutów wobec opinii biegłej H. C. z dnia 9 marca 2009 r., przy jednoczesnym dokonaniu ustaleń mających bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcia w oparciu o treść tej opinii
- zaniechania wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy opinią biegłej sądowej H. C. a opinią biegłego W. C. w zakresie wartości prac wykonanych przez powódkę

- zaniechania wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd uznał zarzuty do opinii biegłej H. C. za nieuzasadnione, przy jednoczesnym przyjęciu wskazanej w tej opinii wartości prac za prawidłową
- dokonania oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie w sposób dowolny, z naruszeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, prowadzącej do błędnego ustalenia, że kwota jaką pozwana wypłaciła powódce pokrywa również wynagrodzenie za wykonane przez nią roboty zamienne oraz że ustalenie wartości robót dodatkowych nie jest możliwe z uwagi na braki w dokumentacji budowlanej i wysokie koszty opinii sądowej
- ustalenia sprzecznie z materiałem dowodowym, iż w trakcie realizacji umowy sporządzony został kosztorys do wykonanego na zlecenie pozwanej projektu zamiennego, opiewający na kwotę 327.162,64 złotych w sytuacji, gdy w rzeczywistości kosztorys, na który powołuje się Sąd, został sporządzony w trakcie postępowania przez biegłą H. C. i nazwany przez nią bezpodstawnie kosztorysem inwestorskim
- nierozpoznania wniosku powódki o wyłączenie biegłego K. M., złożonego w piśmie procesowym z dnia 11 marca 2011 r.

W związku z powyższymi zarzutami apelująca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji ewentualnie o uzupełnienie postępowania przez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i szacowania nieruchomości na okoliczność ustalenia wartości robót budowlanych wykonanych przez powódkę w obiekcie pozwanej, a następnie o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa i zasądzenie na rzecz powódki od pozwanej zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za obie instancje.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji.

#### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Sąd odwoławczy uwzględnił wniosek apelującej o uzupełnienie materiału dowodowego na etapie postępowania apelacyjnego przez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia wartości prac wykonanych przez powódkę w związku z realizacją II etapu prac remontowych prowadzonych w obiekcie tzw. (...). Na potrzebę przeprowadzenia takiego dowodu wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego. Sąd pierwszej instancji, ponownie rozpoznający sprawę, dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa w celu ustalenia wartości robót wykonanych przez powódkę (postanowienie na k. 1720 akt). Należy jednak przyznać rację apelującej, że kolejni powołani przez Sąd pierwszej instancji biegli nie sporządzili opinii zgodnie ze zleceniem Sądu, który ostatecznie odwołał się do wydanej uprzednio opinii, a sporządzonej przez biegłą H. C.. Biegły K. S. ograniczył się do zapoznania z aktami oraz zawartymi w nich opiniami biegłych W. C. oraz H. C. i złożył pisemne oświadczenie, że zgadza się z wnioskami biegłej (k. 1748 akt), przy czym stanowisko to nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Biegły podtrzymał swoje stanowisko na rozprawie twierdząc, iż bez książki obmiarów nie jest w stanie ustalić zakresu wykonanych robót, a nadto wskazując na trudności związane z ewentualnym prowadzeniem odkrywek (k. 1753 akt). Biegła J. L. przedstawiła przede wszystkim swoje rozważania odnośnie do obowiązków stron wynikających z zawartej umowy (k. 1767 akt), co z pewnością nie wchodziło w zakres złecone opinii. Podzieliła stanowisko biegłej H. C. oraz biegłego K. S., również ograniczając się do analizy akt sprawy oraz w istocie odmawiając wydania opinii. Podobnie biegły K. M. odwołał się do opinii biegłej H. C., aprobując wnioski jej opinii (k. 1793-1795 akt) oraz przedstawiając swój pogląd, co do bezzasadności roszczenia powódki z uwagi na ustalone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe. Należy zatem stanowczo stwierdzić, że żaden z powołanych biegłych nie wykonał opinii zgodnie z otrzymanym zleceniem. Natomiast biegli, wykraczając poza zakres złecone opinii, w nieuprawniony sposób przedstawiali swoje rozważania i oceny, co do wzajemnych obowiązków stron z powołaniem na łączącą ich umowę. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż w okolicznościach sprawy Sąd odwoławczy stanął na stanowisku, iż powódka zrealizowała swoje prace w wykonaniu nieważnej umowy, co czyni bezzasadnym odwoływanie się przez biegłych do postanowień umowy, charakteru ustalonego w niej wynagrodzenia (ryczałtowe) i podważanie celowości wydania opinii. Ponadto zgodnie z art. 386 § 4 k.p.c. Sąd pierwszej instancji był związany oceną prawną i wskazaniem, co do dalszego postępowania

wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji. Wobec tego za słuszne należy uznać zarzuty apelującej, że nie zostały zrealizowane wskazania, co do postępowania, a Sąd pierwszej instancji w rzeczywistości oparł swoje ustalenia i rozważania na opinii biegłej H. C., która to opinia została wydana przed wyrokowaniem w sprawie po raz pierwszy. Poza tym należy zwrócić uwagę, że opinia ta była rozbieżna z opinią wydaną przez W. C., do czego Sąd pierwszej instancji w żaden sposób się nie odniósł. Z tych wszystkich względów został przeprowadzony na etapie postępowania odwoławczego dowód z opinii biegłego, a ustalenia wynikające z tego dowodu zostaną przedstawione w dalszej części uzasadnienia.

Poza sporem pozostaje, że pozwana gmina ogłosiła przetarg na przebudowę budynku (...) i przystosowanie jej na potrzeby biblioteki publicznej oraz gminnego centrum informacji. Powódka przystąpiła do tego przetargu i zaoferowała wykonanie prac za kwotę 360.000 złotych netto. Przy sporządzaniu kosztorysu prac powódka opierała się na dokumentacji i przedmiarze robót przedstawionych przez pozwaną. Powódka oglądała też obiekt, na którym miały być prowadzone prace, ale nie dokonała weryfikacji przekazanych jej danych, działając w zaufaniu do rzetelności inwestora. W wyniku przeprowadzonego przetargu w dniu 13 grudnia 2005 r. doszło do zawarcia umowy między stronami. Przedmiotem zawartej umowy była przebudowa budynku tzw. „(...)” w U. na cele biblioteki publicznej i gminnego ośrodka informacji - II etap. Wykonawca (powódka) zobowiązała się do wykonania na rzecz zamawiającego (pozwana) zakresu robót według dokumentacji projektowej, SIWZ, specyfikacji technicznej ogólnej i szczegółowej oferty wykonawcy (§ (...) umowy), przy czym wymienione dokumenty stanowiły integralną część umowy. Tymczasem bezspornie w trakcie wykonywania umowy doszło do opracowania projektu zamiennego, który w efekcie stanowił podstawę realizacji robót. Strony nie zawarły umowy na piśmie dotyczącej realizacji przebudowy według projektu zamiennego. Zamawiający nie zlecił też jednoczesnego opracowania kosztorysu robót, które miały być wykonane zgodnie z projektem zamiennym. Umowa z 13 grudnia 2005 r. regulowała kwestie związane z wykonaniem prac dodatkowych, równocześnie wskazując, że dodatkowymi są takie roboty, które nie zostały przewidziane w dokumentacji technicznej, których nie można było przewidzieć, a których wykonanie jest niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy ((...) umowy). Wykonawca zobowiązał się do wykonania prac dodatkowych na podstawie protokołu konieczności potwierdzonego przez inspektora nadzoru i zaakceptowanego przez zamawiającego, a rozliczenia za wykonanie tych prac miało się odbyć protokołem powykonawczym. Strony podpisały tylko jeden aneks do umowy i dotyczył on wyłącznie zmiany terminu wykonania umowy (aneks nr (...) z 23 lutego 2006 r.). Poza sporem pozostaje też, że pomimo zmienionego zakresu robót nie został sporządzony żaden protokół konieczności. Przyczyny zmiany zakresu robót były różnorodnego rodzaju. Częściowo zmiany wynikały ze zmiany koncepcji zamawiającego (np. likwidacja komina na poddaszu, zmiana w zakresie ilości i sposobu urządzenia toalet), częściowo z gorszego stanu poszczególnych elementów budynku, co ujawniło się dopiero w trakcie prowadzonych prac (np. zły stan podwalin, ścian, konieczność zmiany sposobu wykonania elewacji). Wskazane prace musiały być wykonane, aby oddać obiekt w należyтым stanie technicznym oraz zgodnie z zaleceniami Konserwatora Zabytków. Sposób wykonania innych prac musiał ulec zmianie z uwagi na błędne rozwiązania przyjęte w dokumentacji projektowej (np. likwidacja schodów do piwnicy i zastąpienie ich drabiną, przeniesienie zaworu wody, przeprojektowanie podjazdu dla osób niepełnosprawnych). W efekcie powódka wykonała więcej prac niż wynikało z projektu podstawowego (stanowiącego część umowy z 13.12.2005 r.), gdyż wykonała prace opisane w projekcie zamiennym oraz takie prace, które nie były ujęte w żadnym z tych projektów, a konieczność ich wykonania wyniknęła po dokonaniu rozbiórek i odkrywek (np. wymiana desek elewacyjnych, naprawa ścian i podwalin). Powódka uzyskała jedynie ustną zgodę zamawiającego na wykonanie poszczególnych prac. W związku z wykonaniem prac dodatkowych były sporządzone notatki przez inspektora nadzoru oraz dokonywane wpisy w dzienniku budowy. Nie była natomiast prowadzona książka obmiarów. Rozliczenie tych prac miało nastąpić kosztorysem powykonawczym. Wykonanie prac zgodnie ze zmienionym projektem potwierdza fakt podpisania przez pozwaną protokołu końcowego w dniu 19 czerwca 2006 r. i wypłacenie powódce wynagrodzenia. W protokole odbioru zaznaczono, że rozliczenie finansowe robót dodatkowych nastąpi według odrębnego protokołu do końca czerwca 2006 r.. Nie ma sporu między stronami co do tego, iż wpłacono powódce wynagrodzenie w wysokości 439.200 złotych brutto (co odpowiada wynagrodzeniu ustalonemu w umowie z 13 grudnia 2005 r.). W czerwcu 2006 r. inspektor nadzoru W. W. dokonała rozliczenia końcowego budowy – (...), z którego wynika wykonanie prac dodatkowych o wartości 69.918,46 złotych netto.

Powołany w sprawie biegły inż. K. K. wydał opinię, w której ustalił wartość prac (według poziomu cen z okresu ich wykonywania) faktycznie wykonanych przez powódkę w związku z realizacją II etapu przebudowy tzw. (...) w miejscowości U., przy uwzględnieniu że powódka realizowała projekt zamienny oraz wykonała prace dodatkowe. Biegły ustalił wartość tych prac na 532.539,68 złotych brutto. Wskazał, że zakres wykonanych faktycznie prac wynika z zapisów w dzienniku budowy, które nie mogą być kwestionowane, chociaż jednocześnie zwrócił uwagę, że zapisy te są „skromne”. Poważny mankament stanowiło zaniechanie prowadzenia książki obmiarów, pomimo tak istotnych zmian w zakresie czy rodzaju wykonywanych robót. Tymczasem celem prowadzenia książki obmiarów jest rejestracja realizacji inwestycji. Kierownik budowy oraz inspektor nadzoru nie wywiązali się z tego obowiązku nałożonego przez ustawę. Zaniechanie tego obowiązku skutkuje tym, że wszelkie roboty zanikowe i zakryte (w znacznej ilości dotyczące robót dodatkowych lub zamiennych) nie zostało zwymiarowanych w czasie ich wykonywania, a obecnie z uwagi na upływ czasu są niemożliwe do jednoznacznego określenia. Wyjaśnił, że odkrywki i rozbiórki spowodowałyby ogromne koszty, jak również wyłączenie obiektu z użytkowania na parę miesięcy. Ponadto, zdaniem biegłego, nawet wówczas nie uzyska się pełnej wiedzy obmiarowej dla koniecznej wyceny. Natomiast wiedzę o zakresie faktycznie wykonanych robót posiada inspektor nadzoru, który na bieżąco obserwuje i nadzoruje roboty, oraz kierownik budowy. Z tej przyczyny, a nadto uwzględniając odpowiedzialność ciążącą na inspektorze nadzoru z racji pełnionej funkcji, biegły uznał, że dokonane przez inspektora nadzoru rozliczenie finansowo-rzeczowe jest najbardziej zbliżone do zasadnego rozliczenia inwestycji. Biegły wydał opinię w oparciu o szczegółową analizę kosztorysu ofertowego powódki w odniesieniu do kosztorysów powykonawczych i dodatkowych wykonanych przez powódkę, jak również do korekty zakresu i wartości prac dokonanej przez inspektora nadzoru inwestorskiego i dokumentacji technicznej inwestycji, a nadto dokonał oględzin obiektu. Na tej podstawie wartość wszystkich, faktycznie wykonanych przez powódkę prac w związku z realizacją II etapu przebudowy tzw. (...), według poziomu cen z okresu ich wykonania, została określona w pierwotnej opinii na 529.402,37 złotych brutto. Następnie biegły, uwzględniając po części zastrzeżenia powódki do wydanej przez niego opinii, uznał za zasadne doliczenie wartości dalszych prac (szczegółowo opisanych w opinii uzupełniającej k. 2000-2002 akt; 2571,57 zł + 22% VAT=3137,32 zł), co łącznie dało kwotę 532.539,68 złotych brutto (529.402,37+3137,32=532.539,68). W konsekwencji, po odliczeniu kwoty wypłaconej powódce, pozostaje należność w wysokości 93.339,68 złotych (532.539,68-439.200=93.339,68).

W rozpoznawanej sprawie, na obecnym etapie postępowania kwestią sporną pozostawała wartość prac wykonanych faktycznie przez powódkę, a w dalszej kolejności wyjaśnienie, czy pozwana uzyskała kosztem powódki świadczenie nienależne, co rodziłoby po jej stronie obowiązek zapłaty odpowiedniej kwoty na rzecz wykonawcy. W celu wyjaśnienia tej okoliczności koniecznym było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na co już uprzednio wskazywano. W ocenie Sądu odwoławczego opinia biegłego inż. K. K. zasługiwała w całości na akceptację z uwagi na to, że została w sposób logiczny, przejrzysty i jest rzetelnie umotywowana. Biegły w przekonujący sposób uzasadnił swoje wyliczenia i przedstawił rzeczową argumentację na poparcie swojego stanowiska. Ustosunkował się także do podniesionych przez strony zastrzeżeń. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na stwierdzenie biegłego (na rozprawie apelacyjnej), że strony procesu realizowały umowę o roboty budowlane bez należytego respektowania unormowań i obowiązków wynikających z prawa budowlanego. Strony, jako uczestnicy procesu inwestycyjnego, miały określone obowiązki, z których się nie wywiązywały. Należy zgodzić się z Sądem pierwszej instancji, że powódka jako profesjonalista winna zadbać o należyte udokumentowanie wykonywanych robót, zwłaszcza w sytuacji, kiedy ich zakres nie odpowiadał temu, jaki wynikał z zawartej umowy. Prowadzenie książki obmiarów pozwoliłoby na rzetelne zweryfikowanie twierdzeń stron o zakresie faktycznie wykonanych prac. W książce obmiarów powinny być wpisane przez kierownika budowy wielkości wykonywanych prac (w tym zanikowych i ulegających zakryciu), następnie potwierdzone przez inspektora nadzoru (reprezentującego wszak interesy inwestora i przez niego powołanego). W przypadku dokonywania wpisów we wskazany sposób oraz ich bieżącej weryfikacji, nie ma w późniejszym okresie podstaw do ich kwestionowania, a wielkości z książki obmiarów mogą stanowić podstawę ustalenia wysokości należnego wynagrodzenia. Co prawda zgodnie z umową początkowo łączącą strony, uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe, tym niemniej powódka zdając sobie sprawę z realizacji innego projektu (zamiennego) oraz wykonywania dodatkowych prac, winna był zadbać o swoje interesy i starannie dokumentować wykonywane prace. Zakresu niektórych prac nie można obecnie ustalić ze względu na związane z tym uciążliwości oraz znaczne koszty. Negatywne

skutki zaniechań muszą w tym zakresie obciążać powódkę, gdyż istotnie nie ma racjonalnych podstaw do prowadzenia kosztownych procedur, czy nawet uszkodzenia obiektu w związku z zaniedbaniami wykonawcy robót, będącego profesjonalistą. Jednocześnie nie można zaakceptować stanowiska pozwanej, która kwestionuje opieranie się na rozliczeniu inspektora nadzoru. Z racji pełnionej funkcji w procesie inwestycyjnym inspektor nadzoru ma określone obowiązki i o ile rzetelnie się z nich wywiązuje, nie ma uzasadnionych podstaw do podważania jego wiedzy o robotach faktycznie wykonanych. Zgodnie bowiem z art. 25 prawa budowlanego inspektor nadzoru, będący jednocześnie uczestnikiem procesu budowlanego, ma obowiązek reprezentowania inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli, sprawdzania i odbioru robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikowych, potwierdzania faktycznie wykonanych robót. Wypada zwrócić uwagę, że pozwana nie sformułowała żadnych zastrzeżeń, co do pracy swojego inspektora nadzoru. Wobec tego Sąd odwoławczy podziela argumentację biegłego, że to inspektor nadzoru posiada wiedzę o zakresie i rodzaju wykonywanych robót. Ponadto pozwana także nie dopełniła swoich obowiązków przez zaniechanie formalnej zmiany zakresu umowy, a w ustalonych okolicznościach sprawy nie może budzić wątpliwości, że powódka nie realizowała projektu podstawowego, tylko projekt zamienny (wykonany na zlecenie inwestora). Wobec powyższego, Sąd odwoławczy uznał, iż opinia biegłego (podstawowa oraz uzupełniająca) dają podstawę do określenia wartości prac wykonanych przez powódkę (z wyłączeniem prac, czy wydatków które nie zostały udokumentowane). Z porównania wielkości wypłaconego wynagrodzenia oraz wartości wykonanych prac wynika, że wypłacone świadczenie jest niższe niż wartość tych prac.

W tym miejscu należy powtórzyć ocenę prawną przedstawioną przez Sąd odwoławczy rozpoznający poprzednią apelację w rozpoznawanej sprawie. Otóż bezspornie strony zawarły umowę po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa w sprawach zamówień publicznych musi być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności (chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej). Z kolei przepis art. 77 § 1 k.c. stanowi, iż uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. W konsekwencji oczywistym jest, że zmiana umowy odnosząca się do zakresu robót winna być zawarta na piśmie, pod rygorem nieważności. Poza sporem pozostawało, że strony nie sporządziły żadnych innych zmian umowy na piśmie, poza wspomnianym aneksem dotyczącym zmiany terminu wykonania umowy. Już uprzednio wyrażono przypuszczenie, że zmiana zakresu robót mogła pociągnąć za sobą zmianę ich wartości, co z kolei powinno rzutować na wysokość wynagrodzenia należnego powódce. Według twierdzeń powódki, prace zamienne nie odpowiadały wartości prac, które wynikały z projektu podstawowego, a ponadto pomimo wprowadzonych zmian część prac została już wcześniej wykonana (kwestie podnoszone w zastrzeżeniach powódki do opinii biegłej). Skoro powódka nie wykonała prac w takim zakresie, jaki przewidywała zawarta umowa (tj. zgodnie z dokumentacją stanowiącą jej integralną część), lecz zrealizowała projekt zamienny i wykonała jeszcze inne prace, to stwierdzono, że doszło z jej strony do świadczenia w wykonaniu nieważnej umowy. W tej sytuacji w sprawie znalazły zastosowanie przepisy dotyczące świadczenia nienależnego, a powódka była uprawniona do domagania się zwrotu wartości nienależnego świadczenia zgodnie z art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.. Wyjaśniono, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Stanowisko takie zajął także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawie sygn. II CSK 327/06, a przywołane orzeczenie zapadło – jak już wskazywano – w analogicznym stanie faktycznym. Nie można akceptować sytuacji, w której inwestor także w wyniku własnych zaniechań i zaniedbań odniósłby korzyść kosztem wykonawcy twierdząc, iż pomimo zmienionego zakresu robót (bynajmniej nie ograniczenia tego zakresu) powódce należy się jedynie wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie, którą należy ocenić jako nieważną.

Mając powyższe ustalenia i rozważania na względzie Sąd odwoławczy na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanej na rzecz powódki 93.339,68 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 18 listopada 2006 r.. Żądanie powódki w części zasługiwało na uwzględnienie w oparciu o art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., ponieważ powódka świadczyła w wyniku nieważnej umowy, co rodzi obowiązek rozliczenia między stronami i zapłaty przez pozwaną zasądzonej kwoty, stanowiącej różnicę między wartością wykonanych prac a zapłaconym wynagrodzeniem. Pozwana pozostaje w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, co uzasadniało żądanie zasądzenia odsetek na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. od dnia następnego po upływie terminu wskazanego w wezwaniu do zapłaty (k.



18 akt). Zgodnie bowiem z wezwaniem do zapłaty z dnia 7 listopada 2006 r., odebrany przez pozwaną w dniu 10 listopada 2006 r., spełnienie świadczenia miało nastąpić w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania do zapłaty, zatem pozwana pozostaje w opóźnieniu od 18 listopada 2006 r.. W pozostałej części powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, co czyniło również apelację bezzasadną i uzasadniało jej oddalenie w oparciu o art. 385 k.p.c.. O kosztach procesu postanowiono w oparciu o art. 100 zd. pierwsze k.p.c.. Powódka wygrała proces w ok. 85%, a jej koszty procesu wyniosły 9.572,93 złote (część opłaty od pozwu i apelacji:  $2 \times 500 \text{ zł} = 1000 \text{ zł}$ ; wydatki na opinię biegłego  $2000 + 255,93 = 2.255,93 \text{ zł}$ ; wynagrodzenie pełnomocnika i opłata od pełnomocnictwa:  $3.600 + 2.700 + 17 = 6317 \text{ zł}$ ;  $1000 + 2.255,93 + 6.317 = 9.572,93 \text{ zł}$ ). Koszty pozwanej wyniosły 9.267,63 złotych (wydatki na opinię biegłego tj. wykorzystane zaliczki:  $2.109,11 + 841,52 = 2.950,63 \text{ zł}$ ; wynagrodzenie pełnomocnika i opłata od pełnomocnictwa:  $3.600 + 2.700 + 17 = 6.317 \text{ zł}$ ;  $2.950,63 + 6.317 = 9.267,63 \text{ zł}$ ). W wyniku stosunkowego rozdzielenia kosztów powódka powinna ponieść koszty w wysokości 2.826,10 zł ( $9.572,93 + 9.267,63 = 18.840,56 \text{ zł}$ ;  $18.840,56 \times 15\% = 2.826,10 \text{ zł}$ ), a faktycznie poniosła koszty w wysokości 9.572,93 zł, co uzasadnia zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu w wysokości 6.747 złotych ( $9.572,93 - 2.826,10 = 6.747 \text{ złotych}$ ). Koszty na rzecz interwenienta ubocznego zasądzono na podstawie art. 107 zd. trzecie k.p.c. (opłata od interwencji w wysokości 1.100 złotych). O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono w oparciu o art. 100 zd. drugie k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. (część opłaty od apelacji w wysokości 500 złotych). Ponadto w oparciu o art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c. obciążono pozwaną opłatami sądowymi, od uiszczenia których powódka była zwolniona ( $3 \times 5.500 \text{ zł} \times 85\% = 14.025 \text{ złotych}$ ), oraz wydatkami na opinię biegłego, poniesionymi tymczasowo w postępowaniu apelacyjnym przez Skarb Państwa ( $2.341,97 + 130 = 2.471,97 \text{ złotych}$ ).