

Sygn. akt I ACa 211/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.) SSO del. Krzysztof Górski
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Gołtsche

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2014 r. na rozprawie w Szczecinie  
sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.  
przeciwko Gminie K.  
o zapłatę  
na skutek apelacji pozwanej  
od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie  
z dnia 8 października 2013 r., sygn. akt VIII GC 198/11

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

***Krzysztof Górski Agnieszka Sołtyka Mirosława Gołuńska***

Sygn. akt I A Ca 211/14

## UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy K. kwoty 192.594,31 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 7 lipca 2010 roku domagając się nadto zasądzenia kosztów procesu.

Uzasadniając roszczenie podała, że po zawarciu umowy o roboty budowlane z dnia 8 maja 2009 roku zawarła z pozwaną, na podstawie odrębnego zlecenia, umowę o dodatkowe wykonanie zjazdów indywidualnych do posesji oraz odwodnienia liniowego w obrębie obszaru, którego dotyczyły roboty budowlane za co obecnie dochodzi należnego

wynagrodzenia. Powódka, na wypadek przyjęcia, że nie doszło do zlecenia jej wykonania dodatkowych robót, jako podstawę prawną roszczenia wskazała art. 405 k.c.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki zwrotu kosztów procesu.

Zarzuciła niewłaściwość rzeczową sądu gospodarczego twierdząc, że nie prowadzi działalności gospodarczej. Dalej wskazała, że umowa stron, zawarta na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogła być zmieniona z uwagi na zakaz wynikający z art. 144 ustawy. Podkreśliła też, że przyjęte w umowie wynagrodzenie ryczałtowe nie może być podwyższone. Przyznała, że udzieliła powódce dodatkowego zamówienia na wykonanie wymiany włączów kanalizacyjnych, tablic drogowych, chodnika z kostki brukowej, elementu odwodnienia liniowego i za te roboty zapłaciła zgodnie z wystawioną fakturą. Przekonywała, że nie przyjęła oferty powódki na wykonanie robót dodatkowych z 13 października 2009 roku wyjaśniając, że dopiero po wezwaniu do zapłaty doszło do ustaleń z udziałem przedstawicieli obu stron, że powódka wykona prace dodatkowe za kwotę 52.585,50 złotych netto. Skoro powódka fakturę na tą kwotę wystawiła to według pozwanej, przez oświadczenie woli obu stron, doszło do zawarcia ugody w rozumieniu art. 917 k.c., którą została wykonana przez pozwaną.

### **Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 8 października 2013 r. :**

zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 188.116,45 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 lipca 2010 roku ( pkt I .) ustalając nadto, że pozwana ma ponieść koszty procesu na rzecz powódki, przy czym szczegółowe wyliczenie pozostawił referendarzowi sądowemu.

#### Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach :

w dniu 8 maja 2009 pozwana, jako zamawiająca, zawarła z powódką, jako wykonawcą, umowę nr (...), której przedmiotem było „zamówienie polegające na wykonaniu - Przebudowa ulic: (...) wraz ze zmianą organizacji ruchu – Etap II”. Zakresem robót objęto : rozbudowę oświetlenia ulicznego, budowę sieci kanalizacji deszczowej i przebudowę ciągów komunikacyjnych. Ten ostatni element obejmował z kolei : wykonanie nawierzchni jezdni i pieszo-jezdni z kostki brukowej – 12.356,16 m<sup>(2)</sup>, wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego – 4.621,73 m<sup>(2)</sup>, wykonanie ciągów pieszych z kostki brukowej -3.726,49 m<sup>(2)</sup>, wykonanie zjazdów indywidualnych z kostki brukowej -2.175,51 m<sup>(2)</sup>. Ustalono, że szczegółowy zakres robót określa dokumentacja projektowo-kosztorysowa oraz specyfikacja wykonania i odbioru. Wynagrodzenie ryczałtowe określono na 4.087.685,10 zł netto, 4.986.975,82 zł brutto.

Już w toku wykonywania zamówionych robót, w związku z rozbudową osiedla właściciele posesji składali do Gminy wnioski o zaprojektowanie i wykonanie zjazdów na ich teren od strony drogi gminnej bądź o zwiększenie rozmiarów tych zjazdów. Pisma z takimi wnioskami składali też za pośrednictwem powódki. Powódka informowała Gminę o istnieniu niezinventaryzowanych elementów zagospodarowania pasa drogowego, co oprócz innych przeszkód utrudniało wykonanie zadania. W konsekwencji doszło do rozmów pomiędzy powódką a pracownikami pozwanej zajmującymi się inwestycją, a w dniu 20 czerwca 2009 roku uzgodniono m.in., że powódka ma wykonać dodatkowe zjazdy, które zostaną rozliczone na podstawie inventaryzacji powykonawczej. Pozwana w notatce z tego spotkania stwierdziła, że ilość zjazdów indywidualnych w związku z podziałami działek może być większa niż przyjęta w projekcie. Wskazano, że zjazdy te należy wykonać w porozumieniu z właścicielami posesji, przy czym szerokość zjazdów ma wynosić 3 metry. Pozwana przedstawiła powódce pisma mieszkańców. Notatkę podpisali: kierownik budowy, inspektor nadzoru inwestorskiego i pracownik pozwanej odpowiedzialny za realizację inwestycji S. M.. Podpisanie tej notatki było efektem porozumienia pomiędzy pozwaną jako inwestorem a powódką jako wykonawcą. O dodatkowych zjazdach i konieczności ich wykonania była mowa również na spotkaniach na placu budowy w dniach 14 i 30 września 2009r.

Pismem z dnia 13 października 2009 r. powódka przedstawiła pozwanej kosztorys na wykonanie prac nieobjętych umową, a polegających na wykonaniu dodatkowych chodników w sięgaczu ulicy (...), poszerzaniu wjazdów i

wykonaniu dodatkowych dojeżdż do furtek. Wynagrodzenie za te prace, zgodnie z kosztorysem, zostało wyliczone na 228.229,98 zł netto i 278.440,58 zł brutto.

W dniu 24 sierpnia 2009 roku strony zawarły umowę nr (...) obejmującą przebudowę ulicy gminnej o długości 50 metrów na Osiedlu (...) w K.. Zakres prac obejmował wykonanie mechaniczne koryta pod drogę, warstwy odsączającej, podbudowy z kruszywa łamanego, nawierzchni wiążącej i ścieralnej z betonu asfaltowego, o powierzchni 325 m<sup>2</sup>. Wynagrodzenie za te roboty ustalono na kwotę 50.000 zł netto i 61.000 zł brutto. Pomiędzy stronami została też zawarta w dniu 15 lutego 2010 roku umowa nr (...) (poprzedzone ofertą z dnia 11 lutego 2010 roku i negocjacjami) na wykonanie: wymiany włączników kanalizacyjnych sztuk 9, tablic znaków drogowych sztuk 14, chodnika z kostki brukowej 655,51 m<sup>2</sup>, elementu odwodnienia liniowego o długości 5 metrów bieżących na Osiedlu (...) w K.. Po wykonaniu umowy powódka wystawiła fakturę nr (...) z dnia 26 lutego 2010 roku na kwotę 61.000 zł brutto, którą pozwana zapłaciła.

W dniach 28 października – 16 listopada 2009 roku przeprowadzono odbiór końcowy robót powódki wykonanych na podstawie umowy z dnia 8 maja 2009 roku. Nie stwierdzono wad ani usterek. W sprawie ilości powierzchni wykonanych przez powódkę w poszczególnych zakresach sporządzono operat powykonawczy autorstwa geodety S. K. w którym stwierdzono między innymi, że wykonane zjazdy objęły powierzchnię 4.191,9 m<sup>2</sup>. W dniu 14 grudnia 2009 roku powódka wystąpiła do pozwanej z pismem, w którym przedstawiła wykaz prac wykonanych polecenie pozwanej gminy, zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez przedstawicieli stron podczas narad koordynacyjnych. Powołała się też na wcześniejszą korespondencję z zamawiającą. Te dodatkowe prace obejmowały: wykonanie dodatkowego oznakowania oraz elementów bezpieczeństwa ruchu, wykonanie dodatkowych prac drogowych, chodników i wjazdów zgodnie ze zgłoszeniem z dnia 13 października 2009, wykonanie odwodnienia liniowego jako zalecenia z odbioru końcowego robót. Zwróciła się o potwierdzenie zgłoszonych zakresów i wartości. Do pisma dołączyła kosztorys na kwotę 270.084,87 zł netto, 329.503,54 zł brutto (podatek VAT - 59.418,67 zł). W kosztorysie przyjęto wartość robót dotyczących zwiększonej ilości zjazdów o powierzchni 2.015,490 m<sup>2</sup> na kwotę 208.216,32 zł netto, co daje wynagrodzenie za wykonanie 1 m<sup>2</sup> zjazdu w kwocie 103,31 zł. W tym czasie wartość takich robót w cenach średnich według notowań (...) wynosiła 177 zł.

Pismem z 28 czerwca 2010 roku powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 256.680,95 zł, z ustawowymi odsetkami za zwłokę, z tytułu wykonania prac dodatkowych w zakresie zwiększonej ilości powierzchni zjazdów (208.216,32 zł netto) oraz wykonania dodatkowego odwodnienia liniowego (2.177,90 zł netto). W odpowiedzi Gmina w piśmie z dnia 2 sierpnia 2010 roku podała, że powyższa kwota jest zawyżona i nie znajduje odzwierciedlenia w ustaleniach. Wskazała, że część robót w postaci ułożenia szerszych niż w projekcie dojazdów do posesji powódka ułożyła mimo jej sprzeciwu. Powołała się też na porozumienie z dnia 9 lutego 2010 roku twierdząc, że strony ustaliły w nim, że za wykonanie robót dodatkowych pozwana zapłaci jedynie kwotę 52.582,50 zł plus podatek VAT. W związku z powyższym zwróciła się o zawarcie umowy obejmującej prace dodatkowe oraz o wystawienie faktury VAT celem zakończenia sprawy i dokonania płatności. W kolejnym piśmie z dnia 14 września 2010 roku powódka podtrzymała swoje żądanie i stwierdziła, że zaoferowane przez pozwaną wynagrodzenie jest rażąco niskie, bo nie obejmuje nawet 1/5 wartości wykonanych prac. Zaprzeczyła, że dodatkowe roboty budowlane wykonała bez zezwolenia pozwanej, powołała się na ustalenia dokonane protokołem z dnia 20 czerwca 2009 roku. Pismem z dnia 15 lutego 2011 roku powódka powiadomiła pozwaną, że przesyła fakturę w związku z uznaniem kwoty 52.582,60 zł netto (64.676,48 zł brutto) jako wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Załączona do tego pisma faktura VAT nr (...) wskazała na roboty budowlane dodatkowe w postaci zwiększenia ilości koryt wykonanych mechanicznie oraz warstwy dolnej podbudowy z kruszywa łamanego. Pozwana fakturę zapłaciła.

Po tak poczynionych ustaleniach Sąd wskazał, że postępowanie w sprawie było prowadzone z uwzględnieniem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych. Dalej wyjaśnił Sąd, że ustalenia faktyczne w sprawie poczynił w oparciu o dowody pisemne, a uzupełniając na podstawie zeznań świadków zawnioskowanych przez strony zaznaczając, że w niewielkim zakresie do ustaleń wykorzystał opinię biegłego. Ponieważ dowody z dokumentów prywatnych nie były ostatecznie kwestionowane co do zgodności z prawdą zawartych w nich treści to pozwalało

uznać fakty z tych dokumentów wynikające za ustalone (art. 229 i 230 k.p.c.). Sąd podkreślił, że przedmiotem oceny było rozstrzygnięcie o skutkach zapisów we wskazanych dokumentach, w szczególności co do znaczenia oświadczeń składanych przez strony, w tym w notatkach i protokołach uzgodnień w trakcie realizacji umowy z dnia 8 maja 2009 roku, które zostały następnie potwierdzone zeznaniami świadków, zwłaszcza co do upoważnienia powódki wykonania dodatkowych zjazdów o szerokości do 3 metrów, w porozumieniu z właścicielami posesji. Dokumenty w postaci korespondencji między stronami zawierały zajmowane stanowisko w sprawie rozliczenia wykonania większej ilości niż zakładała umowa z dnia 8 maja 2009 roku zjazdów do poszczególnych posesji.

Sąd zauważył, że stanowisko pozwanej do roszczeń powódki za wykonanie robót dodatkowych jest zawarte jedynie w piśmie z 2 sierpnia 2010 roku, w którym brak argumentu, że wartość dodatkowych zjazdów należy pomniejszyć z uwagi na zestawienie całościowe wykonanych robót. Dlatego też, dodatkowo mając na uwadze zeznanie E. D. jako świadka, Sąd uznał, że pismo jego autorstwa z dnia 19 lipca 2010 roku (jako inspektora nadzoru) w sprawie kwoty należnej powódce w ramach rozliczenia końcowego niczego nie przesądza. Między stronami było niesporne, że powódka wykonała roboty stwierdzone protokołem odbioru podpisanym 16 listopada 2009 roku, pozwana nie zakwestionowała danych z załącznika do geodezyjnego operatu powykonawczego odnoszących się do ilości powierzchni wykonanych robót w poszczególnych zakresach, w tym powierzchni całkowitej wykonanych zjazdów. To uzasadniało przyjęcie, że skoro pozwana nie kwestionowała powierzchni wykonanych przez powódkę zjazdów to biegły sądowy mógł przyjąć tak określoną powierzchnię dla ustalenia wartości robót obejmującej wykonanie dodatkowych zjazdów. Sąd przy tym zauważył, że pozwana nie kwestionowała kwot podanych przez powódkę jako należnego jej wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

Sąd podkreślił, że przy pomocy dowodów osobowych, a mianowicie zeznań m.in. świadków S. M. i J. K. ustalił fakt wykonania przez powódkę dodatkowych zjazdów. Jednocześnie Sąd przyjął, że pozwana nie wykazała by strony umówiły się, że wynagrodzenie za dodatkowe zjazdy zostanie zbilansowane z wartością pozostałych prac. Pozwana nie przedstawiła żadnych twierdzeń o istnieniu takiego zbilansowania, a więc o tym, że zakres ilościowy innych robót wymienionych w umowie z dnia 8 maja 2009 roku był mniejszy niż wskazany w jej treści, nie przedstawiła też żadnych wyliczeń pozwalających na weryfikację twierdzenia o zbilansowaniu prac w różnych zakresach zamówienia.

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych, po omówieniu dowodów będących ich podstawą, po wyliczeniu dowodów którym Sąd nie dał wiary ze wskazaniem przyczyn takiej oceny, dokonując kwalifikacji prawnej ustalonego stanu faktycznego, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że roszczenie powódki wynika z umowy o roboty budowlane. W umowie tego typu wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.).

Uznał jednocześnie Sąd, że fakt zawarcia umowy z 8 maja 2009 roku w procedurze zamówienia publicznego nie oznacza, iż powódka nie otrzymała zlecenia robót wykraczających poza wskazaną umowę. Według Sądu skoro w umowie z dnia 8 maja 2009 roku nie zastrzeżono rygору nieważności dla jej zmian to brak podstaw dla przyjęcia że niedochowanie formy pisemnej umowy na prace dodatkowe (art. 648 k.c.) ma inny skutek niż wynikający z art. 74 § 1 k.c. Przyjął też dalej Sąd, że fakt zlecenia wykonania dodatkowych zjazdów przez powódkę został stwierdzony pisemną notatką z 20 czerwca 2009 roku.

W konsekwencji uznał Sąd, że powódka była uprawniona do żądania wynagrodzenia za powierzchnie dodatkowo wykonanych zjazdów. Skoro w §2 umowy z dnia 8 maja 2009 roku precyzyjnie wskazano ilości i powierzchnie poszczególnych robót, umówione wynagrodzenie ryczałtowe mogło dotyczyć tylko tego zakresu. Powódka w tym procesie nie dochodziła podwyższenia ustalonego ryczałtu, lecz wynagrodzenia za dodatkowe prace nie objęte nim.

Co do ilości dodatkowych zjazdów - o ich ilości świadczy dowód w postaci załącznika do operatu powykonawczego. Wskazał Sąd, że prawdziwości danych z tego operatu pozwana nie kwestionowała, zaś biegły sądowy ten dokument uznał za element procedury zgłoszeniowej, odpowiadającym wymaganiom w aspekcie przyjętego

obiegu dokumentów w procesach budowlanych. Podkreślił przy tym Sąd ,że sama pozwana w dniu 20 czerwca 2009 roku zadeklarowała ,że wykonania dodatkowych zjazdów nastąpi na podstawie inwentaryzacji powykonawczej. Zauważył Sąd ,że powódka wskazała nawet minimalnie mniejszą ilość wykonanych dodatkowo zjazdów niż wynika to z inwentaryzacji powykonawczej (odpowiednio - 2.015,49 m<sup>2</sup> do 2.016,90 m<sup>2</sup>). Co do wartości tych robót za miarodajny uznał Sąd kosztorys przedstawiony przez powódkę zauważając ,że nie został on przez pozwaną zakwestionowany co do cen jednostkowych (które były sporo niższe niż średnie ceny takich samych robót ). Powódka uwzględniła w pozwie upust w kwocie 1.230,98 zł toteż należało go uwzględnić w wysokości należnego powódce wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych zjazdów. Wynagrodzenie powódki Sąd powiększył o VAT, zauważając że sama pozwana częściowo płacąc za wykonane roboty dodatkowe uwzględniła VAT jako składnik wynagrodzenia. Tak wyliczone wynagrodzenie należało pomniejszyć o udzielony przez wykonawcę upust oraz wypłaconą już przez pozwaną kwotę 64.676,48 zł. Oznacza to ,że powódce przysługuje wynagrodzenie w kwocie 188.116,45 złotych ,za wykonanie dodatkowych zjazdów o powierzchni 2.015,49 m<sup>2</sup> {208.216,32 + VAT=254.023,91- (64.676,48-1.230) }.

Skoro roszczenie powódki wynikało z rozszerzenia umownego zakresu robót , w wyniku ustaleń z 20 czerwca 2009 roku , to według Sądu pierwszej instancji brak było podstaw dla stosowania w sprawie jako podstawy roszczenia powódki przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu .

Sąd nie podzielił twierdzeń pozwanej ,że strony zawarły ugodę w sprawie rozliczenia robót dodatkowych za zapłatą kwoty 64.676,48 zł. zgadzając się całkowicie z powódką , iż wystawiając fakturę na taką kwotę jednoznacznie wskazała ona , że czyni to wobec uznania przez pozwaną roszczenia za roboty dodatkowe do tej wysokości .

W ocenie Sądu brak było podstaw dla podzielenia twierdzeń pozwanej o całościowym zbilansowaniu robót na podstawie umowy z dnia 8 maja 2009 roku .Po pierwsze - pozwana nie przedstawiała takiego argumentu w korespondencji z powódką, a po drugie - nie podała danych umożliwiających porównanie wykonanych przez powódkę robót z zakresem wymienionym w umowie z dnia 8 maja 2009. W związku z powyższym nie można było też uwzględnić zmniejszenia wynagrodzenia w sposób wskazany w opinii biegłego sądowego.

Sąd przyjął ,że bezzasadne było roszczenie powódki o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie dodatkowego odwodnienia , szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając .

Rozstrzygając o kosztach procesu , z uwagi na minimalne przegranie sprawy przez powódkę ( 3 % ) , Sąd postanowił obciążyć nimi w całości pozwaną pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

***Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła pozwana zaskarżając powyższe orzeczenie w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie pierwszym .***

Zaskarżonemu orzeczeniu pozwana zarzuciła naruszenie przepisów :

1) art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nieprawidłowe zastosowanie art. 648 § 1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że umowa o roboty budowlane zawarta w trybie ustawy prawo zamówień publicznych przez podmiot zobowiązany do stosowanie ustawy bez wymaganej formy pisemnej nie jest umową nieważną, a forma pisemna takiej umowy zastrzeżona jest wyłącznie dla celów dowodowych, co umożliwia prowadzenie dowodu z osobowych źródeł dowodowych na jej zawarcie w sytuacji, gdy istnieje początkowy dowód na piśmie w postaci notatki podpisanej przez inspektora nadzoru inwestorskiego ;

2) art. 917 k.c. w zw. z art. 60 k.c. przez przyjęcie, że pomiędzy stronami nie doszło do ugody w zakresie obejmującym przedmiot sporu, w sytuacji gdy w opisie stanu faktycznego Sąd I instancji ustalił, iż powódka pismem z dnia 15 lutego 2011 r. powiadomiła pozwaną, że przesyła fakturę w związku z uznaniem kwoty 52.582,60 zł netto jako „wynagrodzenie za roboty dodatkowe” (str. 5 uzasadnienia wyroku) ;

3) art. 233 § 2 k.p.c. przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i ich ocenę jednostronnie niekorzystną dla pozwanej, w szczególności przypisanie nadmiernego znaczenia opisowi faktury VAT nr (...), a pominięcie treści pisma

pełnomocnika pozwanej z dnia 2 sierpnia 2010r. , które stanowiło podstawę zawarcia porozumienia oraz wystawienia faktury przez powódkę ;

4) art. 95 k.c. w zw. z art. 26 ust. 1 i art. 31 i art. 46 ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie gminnym przez przyjęcie, iż sporządzanie różnego rodzaju notatek i protokołów przez pracowników urzędu oraz osoby wykonujące wobec pozwanego usługi mogło doprowadzić do zawarcia ważnej umowy o roboty budowlane pomiędzy stronami ;

5) art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż pozwany mógł zawrzeć ważną umowę o roboty budowlane o wartości prawie 190 tys złotych w sposób sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych czy też celem obejścia ustawy

6) art. 647 k.c. przez przyjęcie, że doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane w części nieobjętej projektem dostarczonym przez pozwanego powodowi .

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów ,odpowiednio uzasadnionych , pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i oddalenie powództwa w całości ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania , w każdym razie o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych za obydwie instancje.

Powódka w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego . Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych powódka m.in. podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko ,iż miało miejsce zawarcie przez strony ugody mocą której by doszło do rozliczenia robót dodatkowych. Powódka również podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko by w razie uznania przez Sąd ,że strony jednak nie zawarły umowy o roboty dodatkowe żadaną kwotę Sąd zasądził na podstawie art. 405 k.c. czyli w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu .

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

apelacja pozwanej okazała się nieuzasadniona i jako taka podlegała oddaleniu.

Zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. sąd II instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania. Tak więc dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod jego kontroli na podstawie przepisu szczególnego . Co do stosowania prawa materialnego przez sąd drugiej instancji to powyższe nie może być wiązane z zakresem zarzutów apelacyjnych; ich rola sprowadza się tylko do uwypuklenia istotnych, zdaniem skarżącego, problemów prawnych, do przekonania sądu drugiej instancji co do ich oceny oraz "ułatwienia" kontroli instancyjnej. Sąd odwoławczy instancji ustala podstawę prawną orzeczenia niezależnie od zarzutów podniesionych w samej apelacji.

Pozwana w apelacji nie zarzucała nieważności postępowania , a Sąd Odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził . Pozwana w apelacji sformułowała zarzuty naruszenie przepisów prawa procesowego, jak i materialnego. Z zasady w pierwszej kolejności sąd odwoławczy ocenia zarzuty procesowe , gdyż dopiero prawidłowo ustalony stan faktyczny umożliwia dokonanie oceny prawnej zgłoszonego w sprawie żądania.

Przed oceną poszczególnych zarzutów apelacyjnych pozwanej Sąd Apelacyjny stwierdza , że Sąd pierwszej instancji zasadniczo , na podstawie przedstawionego przez strony materiału dowodowego , w sposób prawidłowy ustalił stan faktyczny , w tym chronologię poszczególnych wydarzeń istotnych w płaszczyźnie podstawy faktycznej powództwa. Ustalenia te Sąd Odwoławczy akceptuje i czyni integralną częścią uzasadnienia swojego rozstrzygnięcia , stąd nie ma potrzeby ich powielania , w każdym razie w całości . Już tylko dla porządku Sąd zauważa ,że apelująca w zarzutach apelacyjnych oraz częściowo w ich uzasadnieniu błędnie podawała ( za powódką i Sądem pierwszej instancji ) , że notatka z czerwca 2009 r. powstała 20 , gdy tak naprawdę jest ona z dnia 23 czerwca 2009 r., co wynika wprost z jej treści (k. 69 ) , jak i z pisma powódki z dnia 16.08.2011 r. (k. 104).

Sąd Okręgowy pomimo zasadniczo prawidłowo ustalonych faktów dokonał ostatecznie jednak błędnej kwalifikacji stanu faktycznego sprawy. Stąd ostatecznie zasadne było odniesienie się od razu do części zarzutów naruszenia prawa materialnego. Co do zasady w razie zarzucenia naruszenia prawa materialnego w grę mogą wejść błędy przy wyborze normy prawnej która powinna być zastosowana w konkretnej sprawie, błędy w zastosowaniu danej normy prawnej do ustalonego przez sąd I instancji stanu faktycznego oraz błędy w wykładni normy prawnej. Błędna wykładnia polega na mylnym zrozumieniu treści zastosowanego przepisu. Ta postać naruszenia obejmuje także ustalenie treści ogólnych pojęć prawnych, do których należą zasady współżycia społecznego. Naruszenie prawa materialnego polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu oznacza, że Sąd po wyjaśnieniu treści i znaczenia wybranego przepisu prawnego dokonuje subsumcji, tj. podciągnięcia ustalonego stanu faktycznego pod ten przepis i określenia skutków prawnych z tego przepisu wynikających w konkretnym wypadku.

W przedmiotowej sprawie Sąd dopuścił się naruszenia prawa materialnego przez niezastosowanie właściwych przepisów, w tym regulacji z ustawy Prawo zamówień publicznych. Stąd należy zacząć od przytoczenia przepisów tej ustawy mających tu zastosowanie. Podstawowa umowa łącząca strony jest z dnia 8 maja 2009 r. Oznacza to, że umowa łącząca strony została zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawa zamówień publicznych (Dz.U. 2013.907 j.t.), obowiązującej od 2 marca 2004 roku. Art. 10. 1 ustawy stanowi, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. W tej sprawie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, w wyniku wyboru oferty przez zamawiającą Gminą. Integralną częścią umowy były: SIWZ wraz z załącznikami, oferta przetargowa wykonawcy oraz kosztorys wykonawcy. Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy zgodnie z projektem. Wynagrodzenie za wykonany przedmiot umowy miało charakter ryczałtowego. W § 2 umowy dokładnie określono przedmiot umowy, a w zakresie w przebudowy ciągów komunikacyjnych podano, że polega to m.in. na wykonaniu zjazdów indywidualnych z kostki brukowej - 2 275,51 m<sup>2</sup>.

Przepis art. 139 prawa zamówień publicznych stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Ustawa wymaga więc by umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Zwykła forma pisemna jest zaś zachowana, gdy na dokumencie sporządzonym w dowolny sposób pod treścią oświadczenia woli złożony zostanie przez stronę własnoręczny podpis (konstytutywny element formy pisemnej). Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.).

Oznacza to, że Sąd pierwszej instancji błędnie przyjął, iż nie zachowanie formy pisemnej na ewentualne roboty dodatkowe nie skutkuje nieważnością takiej umowy, skoro prawo zamówień publicznych jednoznacznie wymaga, pod rygorem ad solemnitatem, zawarcia umowy w formie pisemnej. Zresztą z treści samej umowy z 8.05.2009 r. wynika również, że wszelkie jej zmiany wymagają dla swojej ważności, pod rygorem nieważności, formy pisemnej (§17 umowy, k.177).

Art. 144 ust 1 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy przez strony) stanowił, że zakazuje się zmian 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 dokonana z naruszeniem tego przepisu jest nieważna - ust. 2 (poczynając od dnia 29.01.2010 r. istotna zmiana umowy podlega unieważnieniu). Zmiana umowy w sprawach zamówień publicznych w oparciu o art. 144 ustawy wymaga również formy pisemnej. Wskazany przepis określa sytuacje, w których strony mogły dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do zmiany umowy dochodzi jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez

wszystkie jej strony. Komentowany przepis nie przyznaje wykonawcom jakiegokolwiek roszczenia o zmianę zawartej umowy.

W przedmiotowej sprawie jest niesporne, że powódka i pozwana gmina takiej pisemnej zmiany umowy z 8.05.2009 r., w oparciu o wskazaną wyżej normę prawną, nie dokonały.

Co do zawarcia umowy o roboty dodatkowe w zakresie zjazdów indywidualnych z kostki brukowej :

w ocenie Sądu Apelacyjnego strony takiej umowy też nie zawarły. W każdym razie powódka nie wykazała faktu zawarcia takiej umowy o roboty dodatkowe bądź zawarcia umowy o roboty zamiennie. Umowy takiej nie stanowi w żadnym wypadku pisemny notatka z dnia 23 czerwca 2009 roku. Została ona wprawdzie opatrzona datą, nosi podpisy określonych osób, nie są to jednak osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu zamawiającej Gminy i wykonawcy, wykonującej roboty spółki.

Dla uzasadnienia powyższego zasadnym jest przypomnienie, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym ( Dz.U. 2013 . 594 j.t.) organem wykonawczym gminy jest wójt (art. 26 ust 1), wójt kieruje też bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje ją na zewnątrz (art. 31). Oświadczenia woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający z jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną osobą. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez nią upoważnionej (art. 46). Z kolei powodową spółkę reprezentuje zarząd (por. k. 14).

W umowie z 8.05.2009 r. (k. 177-§17) strony wprawdzie postanowiły, że ze strony zamawiającego osobą odpowiedzialną za kontakty z wykonawcą jest inspektor J. K. (pracownik Urzędu Gminy), a ze strony wykonawcy - M. W. (kierownik budowy) to nie oznacza jednak by te osoby były uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu odpowiednio - inwestora i wykonawcy. Uzgodnienia zawarte w notatce z 23.06.2009 r. czynili: L. M. (inżynier budowy, pracownik powódki), E. D. (inspektor nadzoru inwestorskiego) i S. M. (pracownik Urzędu Gminy, kierownik planowania i inwestycji i gospodarki komunalnej). Żadna z tych osób nie była umocowana do składania oświadczeń woli czy to za powodową spółkę, czy za pozwaną gminę, które by prowadziły do zmiany umowy z dnia 8.05.2009 r. czy też do zawarcia nowej umowy o roboty dodatkowe. Dotyczy to również osoby E. D. Inspektor nadzoru inwestorskiego wprawdzie reprezentuje inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, z przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej oraz wykonuje inne obowiązki przewidziane w art. 25 ustawy z dnia 7.07.1994 r. -Prawo budowlane (Dz.U.z 2010 r., Nr 243,poz.1623 ze zm.), ale nie jest on też uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu inwestora.

Tak jak to prawidłowo wywodziła pozwana w przypadku wystąpienia potrzeby wykonania robót dodatkowych zlecenie ich wykonania powinno się odbyć nie przez zmianę umowy głównej lecz poprzez udzielenie dodatkowego zlecenia z wolnej ręki, w oparciu o regulacje zawarte w przepisie art. 67 ust 1 ustawy z 29.01.2004 r. .Dodać trzeba, że wskazany przepis nie stanowi przy tym podstawy do żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, a rola sądu w zakresie jego stosowania sprowadza się do oceny dopuszczalności zmian umowy wprowadzonych dobrowolnie przez strony lub też do oceny dopuszczalności przymusowej modyfikacji umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego w trybie orzeczenia sądowego na podstawie przepisów k.c., które mają zastosowanie do tych umów w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych.

Pozwana przyznała, że zawarła w tym trybie z powódką dwie umowy, a mianowicie z dnia 15.02.2010 r. (jej przedmiotem było wykonanie włączów kanalizacyjnych, tablic drogowych, chodnika z kostki brukowej i elementu odwodnienia liniowego) oraz z dnia 24 sierpnia 2009r. (jej przedmiotem była przebudowa ulicy gminnej o długości 50 mb.na Osiedlu (...) w K.). Obie te umowy zostały wykonane oraz rozliczone między stronami i nie są przedmiotem oceny Sądu w tym procesie..

Powódka twierdziła, że w trakcie wykonywania robót budowlanych objętych umową podstawową z maja 2009 r. oraz umowy o roboty dodatkowe ustalono wykonanie dodatkowych zjazdów do posesji. I to na podstawie rozmów,

uzgodnień z inwestorem , z jego przedstawicielami sporządzono notatkę z dnia 23 .06.2009 r. w której strony ustaliły m.in. , że inwestor potwierdza ,iż ilość zjazdów indywidualnych w związku z podziałami działek może być większa niż przyjęta w projekcie. Należy wykonać dodatkowe zjazdy ,które zostaną rozliczone inwentaryzacja powykonawczą. Ewentualne dodatkowe zjazdy wykonawca wykona w porozumieniu z właścicielem terenu. Parametry zjazdu zostaną rozliczone po sporządzeniu geodezji powykonawczej.

W wyniku takich uzgodnień pismem z dnia 13 .10.2009 r. powódka złożyła Gminie ofertę na wykonanie prac dodatkowych w zakresie ustalonym w trakcie narad roboczych oraz właśnie w notatce z 23 .06.2009 r. , załączając jednocześnie kosztorys dodatkowy na kwotę 278 440,58 zł brutto . Do zawarcia umowy w trybie zamówień publicznych jednak nie doszło. Potem miała miejsce wymiana pism między stronami , w tym pisma powódki - z 14.12.2009 r., z 28.06.2010 r., z 14.09.2010 r. i z 15.02.2011 r. oraz pismo pozwanej z dnia 2.08.2010 r. W tym ostatnim piśmie pozwana (reprezentowana przez radcę prawnego ) powołała się na fakt zawarcia przez strony w dniu 9.02.2010 r. porozumienia w którym miano ustalić wynagrodzenie za wykonane dodatkowo roboty na kwotę 52 582,50 zł netto plus podatek VAT, z ofertą podpisania dodatkowej umowy (k.94). W reakcji na powyższe powódka jednoznacznie oświadczyła ,że wartość dodatkowych robót w żadnym razie nie odpowiadała proponowanej przez Gminę kwocie twierdząc ,że nie jest to nawet 1/5 należnego jej wynagrodzenia ( k. 97). Z kolei w piśmie z dnia 15.02.2011 r. powódka podała ,że wystawia fakturę na uznaną przez Gminę kwotę 52 582,60 zł netto , w samej fakturze z 15.02.2011 r. wyliczyła za jakie konkretne roboty rzeczona faktura jest wystawiona.

Pozwana zarzuciła Sądowi pierwszej instancji ,że ten uchybił przepisowi art. 233 § 2 k.p.c. przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny jednostronnej, niekorzystnej dla niej , w szczególności przez przypisanie nadmiernego znaczenia opisowi faktury VAT nr (...), a pominięcie treści pisma jej pełnomocnika z dnia 2 sierpnia 2010r. , które stanowiło podstawę zawarcia porozumienia oraz wystawienia faktury przez powódkę .

Tak sformułowany zarzut jest chybiony. Omawiana faktura zawiera datę wystawienia , numer , jest podpisana, wynika z niej przez kogo została wystawiona , w sposób jednoznaczny wskazuje jakich usług zrealizowanych przez powódkę dotyczy. Faktura VAT jest dokumentem księgowym, rozliczeniowym, wystawianym przede wszystkim dla celów podatkowych. Jest także jednym z dowodów źródłowych, stwierdzających dokonanie danej operacji gospodarczej. Zgodnie z treścią art. 245 k.p.c. tak jak każdy dokument prywatny, faktura jest dowodem tego, że określona osoba złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie. Gdyby były wątpliwości za jakie usługi faktura była wystawiona to powyższe staje się jasne po uwzględnieniu treści wcześniejszej korespondencji między stronami, w szczególności pisma z 15.02.2009 r. Stąd zarzut pozwanej naruszenia reguł oceny dowodów z art. 233 k.p.c. jest chybiony. Tylko bowiem w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak min. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27.09.2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906). W tej sprawie żadna z tak opisanych sytuacji nie miała miejsca. Pozwana zarzucając nieprawidłową ocenę wskazanej faktury w istocie dążyła do narzucenia własnej oceny tego dokumentu prywatnego, nie mającej w żadnym wypadku oceny obiektywnej, nawet w powiązaniu z treścią jej pisma 2.08.2010 r.

W sprawie jest niesporne ,że wszystkie roboty budowlane zostały odebrane protokołem odbioru końcowego z dnia 16.11.2009 r. ( o czym mowa będzie jeszcze później , przy ocenie dowodów osobowych). Niesporne jest też ,że geodeta S. K. dokonał inwentaryzacji wykonanych robót drogowych , w tym ustalił , że powódka wykonała wjazdy na posesje ( z kostki brukowej ) o powierzchni 4191,9 m<sup>2</sup> .

Powódka stanowczo zaprzeczyła by zawarła z pozwaną ugodę w lutym 2010 r., z kolei pozwana ograniczyła się do przedłożenia pisma z 2.08.2010 r. w którym na takie porozumienie się powoływała , bez wskazania - kto za strony do takiego porozumienia miał stawać , w jakiej formie zostało ono zawarte oraz jaka w ogóle była jego treść. Powyższe nie zostało uzupełnione również na etapie postępowania apelacyjnego. Stąd prawidłowa jest ocena Sądu pierwszej

instancji ,że faktu zawarcia porozumienia ( ugody ) mocą którego strony dokonały rozliczenia wykonanych przez powódkę robót dodatkowych nie wykazano.

Sąd pierwszej instancji oceniając zebrane w sprawie dowody osobowe oraz z dokumentów doszedł do wniosku ,że strony nie zawarły też umowy o zbilansowaniu robót z umowy z 8.05.2009 r. z robotami dodatkowymi wykonanymi na podstawie w szczególności uzgodnień z 23.06.2009 r. Taka ocena i wnioskowanie do niej prowadzące należy ocenić jako prawidłowe , bez potrzeby powtarzania argumentacji Sądu Okręgowego . Dodać jedynie należy ,że strony mogły zawrzeć umowę o roboty zamiennie czego jednak nie uczyniły. Umowa taka powinna również mieć formę pisemną. W apelacji pozwana nie przedstawiła żadnej argumentacji dla wykazania by , wbrew ustaleniom Sądu pierwszej instancji , doszło do zbilansowania - poprzez zawarcie określonej umowy - robót z umowy podstawowej z robotami dodatkowymi , których potrzeba wykonania zaistniała dopiero później. Twierdzenia świadków ,że Gmina tego oczekiwała to zbyt mało dla przyjęcia zawarcia takiej umowy.

W umowie z 8.05.2009 r. strony określiły dokładnie przedmiot umowy za które ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie takie stanowi określoną sumę pieniężną, która w trakcie realizacji zamówienia publicznego nie może być podwyższona. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że zostaje ono ustalone z góry, bez konieczności przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia publicznego, bez oceny rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac . Przy takim wynagrodzeniu to wykonawca ponosi ryzyko, ale i ciężar odpowiedzialności wykonania wszystkich prac niezbędnych do należytej realizacji zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. Żądanie podwyższenia wynagrodzenia (podwyższenia wysokości ryczałtu) przez wykonawcę robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego jest związane z jej zmianą. Dopuszczalność zmiany umowy w zakresie modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego wymaga kumulatywnego spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy (art. 144 ust. 1 p.z.p.) oraz podwyższenia wynagrodzenia (art. 632 § 2 k.c.). Strony mogą jednak również przy wynagrodzeniu ryczałtowym w umowie o roboty budowlane zastrzec dodatkowe wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych. Zamawiający może liczyć się z możliwością wykonania robót dodatkowych, które nie były objęte opisem przedmiotu zamówienia publicznego. Wówczas ma możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego. W umowie z 8.05.2009 r. strony nie zastrzegły dodatkowego wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

W tym procesie powódka dochodziła wynagrodzenia za roboty dodatkowe, które nie były objęte umową podstawową z ustalonym wynagrodzeniem ryczałtowym .Roboty za które powódka dochodziła wynagrodzenia nie miały też charakteru robót uzupełniających czy zamiennych .Były to po prostu roboty spowodowane zmianą sytuacji faktycznej już po zawarciu umowy majowej ,wskutek wniosków kolejnych właścicieli nieruchomości o wykonanie zjazdów z ulicy do ich posesji. Wnioski te były składane zarówno bezpośrednio do burmistrza jak i też do wykonawcy. To ,że dodatkowe zjazdy miały być wykonane przez wykonawcę wynika zarówno z przedłożonych dokumentów prywatnych , jak i z dowodów osobowych. Świadek S. M. zeznał ,że dokumentacja związana z umową była przygotowana ok. 2 lata wcześniej i w momencie przystąpienia do budowy konieczne było wykonanie większej ilości zjazdów do posesji. Wprost potwierdził ,że to on uzgodnił z kierownikiem budowy ,że zjazdy mają być wykonane do wszystkich posesji , a nie tylko do tych objętych projektem , jak i to że ponad zakres pierwotnej umowy wykonano kilkanaście zjazdów - niektóre bardzo krótkie ,inne dłuższe. Dodatkowe ustalenia w sprawie zakresu robót zostały spisane w protokołach z porad. Świadek ten też potwierdził ,że inwestor nie kwestionował przekazanego przez wykonawcę obmiaru powykonawczego oraz tego ,że przedmiotem odbioru końcowego były wszystkie prace wykonane przez powódkę , tj. również te dodatkowe. Z kolei świadek J. K. ( wyznaczony ze strony zamawiającego do kontaktów z wykonawcą) zeznał , że był on umocowany do uczestniczenia w naradach z wykonawcą oraz do dokonania odbioru robót. Nie podejmował więc decyzji co do zakresu robót. Potwierdził jednak , że już w trakcie wykonywania robót, w toku częstych posiedzeń rad budowy uzgodniono ,że mają być wykonane zjazdy do wszystkich posesji , mimo tego ,iż ilość budynków w chwili rozpoczęcia robót była większa niż określona w projekcie będącym podstawą zamówienia publicznego. Świadek K. w swoich zeznaniach zaznaczył ,że jakość prac wykonanych przez powódkę była bardzo

wysoka. Gmina nie zgłaszała też jakichkolwiek zastrzeżeń do dokumentacji powykonawczej przedstawionej przez powódkę. J. K. zaś przedłożoną dokumentację powykonawczą w skład której wchodziły - geodezja powykonawcza, atesty, aprobaty techniczne, świadectwa jakości materiałów, obmiary zawierające zestawienie ilościowe wbudowanych materiałów, oceniał jako prawidłową. Z kolei z dokumentu określonego jako notatka ze spotkania w dniu 23.06.2009 r. (k. 69 i dalsze) tj. z narady na placu budowy z udziałem osób działających za zamawiającego i wykonawcę wynika wprost, że wówczas ustalono wykonanie dodatkowych zjazdów, które miały zostać rozliczone inwentaryzacją powykonawczą. Z dokumentu tego wynika wykonanie pewnych prac zamiennych - pkt 2 i 3 notatki, nie dotyczyło to jednak samych zjazdów do posesji. Do tego świadek S. M. zeznał w jego ocenie miało miejsce ograniczenie pierwotnego zakresu robót aczkolwiek nie przybrało ono formalnego uregulowania. Przejawiać się miało to jedynie w tym, że Gmina nie kwestionowała przy odbiorze tego, iż niektóre prace zostały wykonane w ograniczonym zakresie w stosunku do pierwotnego umownego zakresu robót.

Potwierdzeniem, że wykonanie dodatkowych robót, poza objętymi umową z dnia 8.05.2009 r., miało miejsce jest ostatecznie zapłata przez Gminę K. faktury z 15.02.2011 r. (k. 98). Przy tym akceptacja przez Gminę zapłaty wynagrodzenie dodatkowego jedynie do kwoty 52 582,50 zł wynikała zapewne z treści art. 4 pkt 8) prawa zamówień publicznych. Przepis ten stanowił bowiem, że ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro (obecnie - 30 000 euro). Z kolei wystawienie faktury na wskazaną powyżej kwotę, o czym mowa była już wyżej, nie świadczy o tym by powódka ostatecznie przystąpiła na taką kwotę jako rozliczenie całości dodatkowych robót.

Umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i nast. k.c., zmianie ulega jedynie rygor pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy, gdyż zamiast wymaganej w art. 648 § 1 k.c. w związku z art. 74 § 1 k.c. formy pisemnej ad probationem znajduje zastosowanie forma pisemna ad solemnitatem. Forma ta obowiązuje również w odniesieniu do uzgodnienia wykonania robót dodatkowych w ramach jednej inwestycji realizowanej po udzieleniu zamówienia publicznego.

Ze stanowiska judykatury, akceptowanego w pełni przez Sąd Apelacyjny orzekający w przedmiotowej sprawie, wynika, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 kwietnia 2005 r. przyjął, że roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane, nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c. (V CK 537/04, LEX nr 519298). Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r. (II CSK 327/06, LEX nr 238947). Uznał mianowicie, że skoro między stronami nie była zawarta jakakolwiek umowa dodatkowa, chociażby nieważna, to w takiej sytuacji niewątpliwie jest, że uzyskana przez skarżącego korzyść majątkowa podlegała zwrotowi na podstawie art. 405 k.c. Takie też stanowisko zaprezentował też Sąd Najwyższy w późniejszych orzeczeniach, a mianowicie: w wyroku z dnia 7 kwietnia 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844 (stwierdził, 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); w wyroku z 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, LEX nr 453070 (przyjął tu, że roszczenie o zwrot wartości materiałów wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy o roboty budowlane nieważnej ze względu na naruszenie ustawy o zamówieniach publicznych jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia - art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.); w wyroku z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, Lex nr 1293945 (...Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy

kwalifikować jako świadczenie nienależne. Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona ) czy w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r. ,IV CSK 354/12 (Lex nr 1311808 ). W ostatnim z przywołanych orzeczeń Sąd Najwyższy odnosząc się do problemu cywilnoprawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych powtórzył ,że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów p.z.p. jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Sąd Najwyższy stwierdził też , że wyłączone jest zastosowanie przepisu art. 632 § 2 k.c. w odniesieniu do robót dodatkowych, które nie zostały objęte zakresem umowy o roboty budowlane. Orzeczenie powyższe zostało pozytywnie zgłoszone przez M. S. , w tym również w zakresie skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 Prawo zamówień publicznych( lub też wykonania robót dodatkowych bez zawarcia umowy)

**Reasumując poczynione wyżej rozważania** - umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej. Zawieranie i wykonywanie umów w trybie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych jest poddane szczególnej regulacji związanej z celem tej ustawy mającej zapewnić uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców, celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych. Oznacza to konieczność respektowania przepisów tej ustawy, która nie rzutuje jednak na kwalifikację materialno-prawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego. Tak więc w odniesieniu do umów o roboty budowlane, zawartych z naruszeniem art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub w przypadku braku nawet takiej nieważnej umowy do wzajemnych rozliczeń stron zastosowanie znajdzie art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Takie świadczenie wykonawcy należy bowiem kwalifikować jako świadczenie nienależne. Biorąc zaś pod uwagę odesłanie do przepisu art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowanie znajdą przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia. Stąd Sąd Apelacyjny ,po dokonaniu odmiennej kwalifikacji prawnej ustalonego w sprawie stanu faktycznego , uznał ostatecznie , że kwota żądana przez powódkę ma oparcie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu . Sąd drugiej instancji , podobnie jak Sąd Okręgowy przyjął , że zakres dodatkowo wykonanych robót nie był kwestionowany przez zamawiającą ,zarówno co do ilości ,jakości jak i wynagrodzenia za m<sup>2</sup> wykonania zjazdów indywidualnych z kostki brukowej. Taki wniosek jest uzasadniony z uwagi na treść - protokołu odbioru końcowego, geodezyjny operat powykonawczy , w tym załącznik z 3.11.2009 r. , treść zeznań świadków - J. K., S. M. i E. D. oraz treść opinii biegłego sądowego w powiązaniu z kosztorysem powykonawczym powódki , w szczególności co do ceny za wykonanie zjazdów oraz powierzchni dodatkowo wykonanych zjazdów. Oznacza to, że żądana przez powódkę kwota - stanowiąca bezpodstawnie wzbogacenie po stronie pozwanej gminy jako uzasadniona słusznie została zasądzona na rzecz powódki ,aczkolwiek nastąpiło to na innej podstawie prawnej niż przyjął to Sąd Okręgowy.

W wyroku przywołanym przez powódkę już w pozwie ,a następnie w odpowiedzi na apelację pozwanej Sąd Najwyższy podkreślił ,że to na sądzie orzekającym spoczywa zawsze obowiązek dokonania z urzędu subsumcji pod właściwą normę prawa materialnego roszczenia procesowego powoda. Strona nie musi wskazywać podstawy materialnej żądania, a gdy tego dokona sąd nie jest nią związany, choć to może mieć pewne znaczenie dla ukierunkowania rozpoznania sprawy. Samo wskazanie alternatywnej podstawy materialnej dochodzonego roszczenia procesowego- tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie , bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających nie stanowi przedmiotowej zmiany powództwa -art. 193 k.p.c. (zob. orzeczenie z dnia 21 maja 2009 r. V CSK 439/08, LEX nr 518121). Orzekając w sprawie Sąd drugiej instancji miał powyższy obowiązek stosowania właściwego prawa materialnego na uwadze.

Ostatecznie ,pomimo uznania zasadności części zarzutów apelacyjnych w zakresie naruszenia prawa materialnego oraz częściowo odmiennego uzasadnienia , zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

Należności uboczne w przypadku roszczenia opartego na bezpodstawnym wzbogaceniu mają oparcie w przepisie art. 455 k.c. Powódka wezwała do zapłaty w piśmie z dnia 28.06.2010 r., nadanym na pocztę w dniu 30.06.2010r . , wyznaczając Gminie termin 7- dni do zapłaty . Stąd uwzględniając termin na doręczenie przesyłki do adresatki

zasadnym było przyjęcie ,że roszczenie powódki stało się wymagalne od dnia 14.07.2010 r. Sąd pierwszej instancji orzekając o należnościach ubocznych w konsekwencji prawidłowo ustalił datę początkową naliczania odsetek ustawowych (aczkolwiek tego rozstrzygnięcia nie uzasadniał). Pozwana zresztą rozstrzygnięcia w tym zakresie nie podważała .

Pozwana nadto nie objęła zakresem zaskarżenia rozstrzygnięcia przez Sąd pierwszej instancji o kosztach procesu , postanowienie kosztowe nie podlegało więc w ogóle kontroli instancyjnej. Zasadniczo jednak uwzględniało ono wynik procesu.

W konsekwencji takich ustaleń i rozważań apelacja pozwanej, jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd drugiej instancji orzekł mając na uwadze jego wynik , w oparciu o przepisy - art. 98§1i 3, art. 99 , art. 108§1 i art. 391§1 k.p.c. z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 września 2002 r.w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t ) - § 6 i § 12 ( na koszty strony powodowej składało się wynagrodzenie jej profesjonalnego pełnomocnika procesowego).

SSO del.Krzysztof Górski SSA Agnieszka Sołtyka SSA Mirosława Gołuńska