

Sygn. akt I ACa 879/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	<i><b><u>SSA Krzysztof Sobierajski</u></b></i>
Sędziowie:	SSA Anna Kowacz-Braun SSA Józef Wąsik
Protokolant:	st. prot. sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 5 października 2012 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki jawnej Z. W., R. B. w O.

przeciwko TOWARZYSTWU(...) A. K. W (...) z/s w N.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 25 kwietnia 2012 r. sygn. akt VII GC 74/12

***uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego.***

I A Ca 879/12

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 27 .03. 2012 r. powód (...) Sp. j. Z. W., R. B. z/s w O. domagał się zasądzenia od Towarzystwa (...)A. K. w S. z /s w N. kwoty 253 670,51 zł tytułem reszty należności za roboty budowlane wykonane przez powoda na podstawie umowy z 24.09.2009 roku. Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 28.02.2012 r. Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo. W zarzutach od nakazu zapłaty pozwany przyznał, że nie uregulował należności wynikającej z umowy i zwrócił się do powoda o nienaliczanie odsetek z uwagi na trudną sytuację finansową. W ocenie pozwanego dochodzenie przez powoda należności na drodze sądowej godzi w zasady współżycia społecznego. Powód wniósł o utrzymanie w mocy nakazu zapłaty.

Sąd Okręgowy na skutek wniesionych zarzutów utrzymał w mocy nakaz zapłaty.

Sąd ustalił, iż na podstawie umowy nr (...) z 24.09.2009r. powód zobowiązał się do dokończenia rozbudowy schroniska (...) w N. w zakresie wykonania robót wykończeniowych za wynagrodzeniem 635.270,31 zł plus VAT. W dniu 28.09.2009r. strony spisały notatkę służbową, w której ustaliły zakres robót koniecznych do wykonania po stwierdzeniu nieścisłości w księdze przedmiarów, w wyniku czego powód złożył wniosek o udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe. Sporządzono aneks do umowy i określono wartość wynagrodzenia za te szczegółowo opisane roboty na kwotę 328 640,73 zł. Powód przekazywał zamawiającemu roboty w kilku etapach wystawiając za nie faktury VAT. Wszystkie protokoły odbiorów częściowych zostały potwierdzone przez pozwanego. W dniu 28.12.2010r. pozwany dokonał odbioru końcowego robót, w którym ustalono, że pozwany jest zobowiązany do zapłaty kwoty 325 029,78 zł, na którą to kwotę opiewała faktura VAT (...) z 30.12.2010r. Pozwany potwierdził saldo, gdzie wykazano, że z faktury (...) pozostała do zapłaty kwota 28 640,73 zł, a z faktury (...) – kwota 325 029,78 zł, a na dzień 30.12.2010 r. saldo wynosiło 253 670,51 zł. Na prośbę zamawiającego, powód wyraził zgodę na rozłożenie płatności na trzy równe raty i nienaliczanie odsetek z tytułu nieterminowej zapłaty. Pozwany na poczet zaległości uiścił jedynie 100 000 zł i nie uczynił zadość wezwaniu do zapłaty pozostałej sumy.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy uznał zarzuty pozwanego za nieuzasadnione. Powodowa spółka wykonała objęte umową i aneksem do niej roboty budowlane i zasadnie domaga się umówionego wynagrodzenia w kwocie objętej sporem na podstawie art. 647 kc. Pozwany nie kwestionował wykonania robót, a nawet uznał powództwo, postulował jedynie o przedłużenie terminu płatności i nienaliczanie odsetek za opóźnienie. Pozwany nie spełnił warunku odstąpienia przez wykonawcę od żądania odsetek, nie spłacił bowiem całości rat w terminie. Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu pozwanego, iż żądanie strony powodowej jest niezgodne z zasadami współzycia społecznego, gdyż powód wykonał świadczenie umowne, za które należy mu się wynagrodzenie, zatem nie czyni ze swego prawa użytku sprzecznego z tymi zasadami w rozumieniu art. 5 kc. Sąd meriti wyjaśnił też, iż nie mógł uwzględnić wniosków dowodowych pozwanego z uwagi na treść art. 495 §3 kpc oraz 479 (14)§2 kpc w zw. z art. 479(14a) kpc. Jak wskazał Sąd, niezajomość prawa nie może być podstawą do przywrócenia terminu do złożenia wniosków dowodowych, pozwany nie wykazał też, że nie mógł skorzystać z zarzutów wcześniej, lub potrzeba ich powołania wynikła później. Tymczasem opinią dotyczącą wadliwości wykonania prac pozwany dysponował od 20.03.2012r, a wnioski wskazał po upływie ponad miesiąca, znacznie przekraczając więc termin wynikający z art.479 (14)§2 w zw. z art. 479(14a) kpc.

Apelację od powyższego wyroku, w całości, złożyła strona pozwana i wniosła o jego zmianę poprzez uchylenie nakazu zapłaty z dnia 28.02.2012r. i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji. Pozwany złożył też wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z prywatnej opinii biegłego dołączonej do akt, względnie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego.

Skarżący zarzucił wyrokowi naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na jego treść, a to art. 479 (14)§2 kpc w zw. z art. 479 (14a) kpc poprzez nieuwzględnienie wniosków dowodowych pozwanego jako spóźnionych oraz błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na przyjęciu, że pozwany uznał powództwo, oraz że jest winien powodowi kwotę 253 670,51 zł z odsetkami, podczas gdy to powód jest winien pozwanemu kwotę 138 135,25 zł, którą pozwany zapłacił powodowi nienależnie. W uzasadnieniu apelacji podniesiono, że wyrok zapadł w oparciu o niekompletną dokumentację dołączoną do pozwu. Jak wynika z opinii technicznej wykonanych prac wykończeniowych, to pozwany posiada wobec powoda nadpłatę, jako że powód wykonał zleczone mu roboty wbrew zasadom sztuki i z opóźnieniem. Podniesiono też wykonanie prac nieobjętych zamówieniem, na własne ryzyko. W ocenie skarżącego, rozliczenie końcowe odbyło się wbrew zasadom prowadzenia rozliczeń finansowych zadań inwestycyjnych, z pominięciem kwot wskazanych w umowie i aneksie do niej. Podniesiono także, że skorzystanie z opinii technicznej przedstawionej przez stronę pozwaną jest niezbędne do ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy, podobnie jak dołączenie do akt kompletnej dokumentacji budowy.

W odpowiedzi na apelację powód wniosł o jej oddalenie.

Podczas rozprawy apelacyjnej pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko, natomiast powód ostatecznie wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania .

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja musiała skutkować uchyleniem wyroku, jednak z przyczyn innych, niż wskazane w jej zarzutach.

Stan faktyczny sprawy w przeważającej mierze pozostawał bezsporny, jednak Sąd Okręgowy nie ustalił okoliczności pominiętych przez same strony, a istotnych z punktu widzenia ważności aneksu do umowy , z którego powód wywodzi część swojego roszczenia.

Procedura przetargowa, w wyniku której doszło do wyboru strony powodowej jako wykonawcy robót budowlanych na rzecz strony pozwanej odbyła się pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007/223/1655) . Zgodnie z jej art. 67 ust 1 zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zgodnie z art. 144 ust . 1 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Stosownie do ust. 2 powołanego przepisu, zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.

Jak wskazuje się w doktrynie, zamówienie dodatkowe to zamówienie wykraczające poza przedmiot zamówienia określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezbędne do jego prawidłowego wykonania, którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia na etapie prowadzenia procedury udzielania zamówienia podstawowego i jest udzielane w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego.

Tymczasem Sąd Okręgowy nie przeprowadził dowodów, mających wykazać, czy aneks do umowy został sporządzony zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Słusznie wskazano, że zasady prekluzji dowodowej wyrażone w art. 495 §3 kpc oraz 479 (14)§2 kpc w zw. z art. 479(14a) kpc nie pozwalały Sądowi na spóźnione ich dopuszczenie na wniosek strony. Należy jednak podkreślić, iż sankcja nieważności wyrażona w art. 144 ust 2 powołanego aktu prawnego stanowi prawo materialne, które Sąd bierze pod uwagę z urzędu. Na podstawie dowodów znajdujących się w aktach i przeprowadzonych przez Sąd meriti nie można było o tym przesądzić, bowiem istota sporu wszczętego przez spółkę (...) dotyczyła nieuiszczenia zapłaty za wykonane prace. Z tej przyczyny należało zastosować w sprawie art. 232 kpc pozwalający Sądowi na dopuszczenie dowodów z urzędu, nawet jeśli były one zgłoszone przez stronę zbyt późno. Trzeba bowiem pamiętać, iż prekluzja dowodowa stanowi jedynie dyscyplinujące ograniczenie dla stron postępowania, nie wiąże zaś samego Sądu.

Bazując na zebranych w I instancji materiale dowodowym Sąd Okręgowy nie był w stanie ustalić , czy zawarcie aneksu do umowy było prawidłowe w świetle powołanych przepisów. Uwagę składu orzekającego powinno natomiast zwrócić powołanie się przez strony na przepis art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych w treści aneksu oraz niektóre roboty dodatkowe, za których wykonanie powód domagał się wynagrodzenia. Już bowiem po analizie zamieszczonych w aktach faktur VAT budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, czy inwestycje, takie jak montaż instalacji gazowej, czy centralnego ogrzewania (k. 21) istotnie były niemożliwe wcześniej do przewidzenia. Podobne obiekty

nasuwają się po zapoznaniu się z opinią techniczną, której włączenia w poczet materiału dowodowego domagała się strona pozwana. Jest w niej mowa o planowaniu już na początku procedury przetargowej wykonania instalacji przeciwpożarowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002r., malowania pomieszczeń i budowy oczyszczalni ścieków. W notatce służbowej z dnia 28.09.2009r. konieczność budowy pomieszczenia na kompresor oczyszczalni ścieków pojawia się natomiast jako nowa okoliczność. Podobnie przebudowa okien dachowych klatek schodowych zgodnie z wymogami przeciwpożarowymi, o której mowa w tym piśmie zdaje się być wynikiem uprzedniej nieścisłości w zakresie robót, podczas gdy na podstawie obowiązujących w tej dziedzinie przepisów instalacje przeciwpożarowe powinny być kompleksowo ujęte już w projekcie budowlanym, z którymi wykonawcy przystępujący do przetargu musieli się zapoznać. Na uwagę zasługuje też zaledwie 4- dniowy od podpisania umowy termin, w którym wykryto rzekomo niedające się przewidzieć okoliczności.

W orzecznictwie i doktrynie podnosi się, iż prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych, których podstawą będzie dostarczona dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, zamawiający winien przewidzieć katalog dopuszczalnych zmian treści istotnych postanowień umownych po wystąpieniu zawczasu przewidzianych okoliczności, warunkujących wprowadzenie tych zmian celem zabezpieczenia własnego interesu publicznego w zgodzie z art. 144 ust 1 pzp, przepisami kodeksu cywilnego i prawa budowlanego odnoszącymi się do zawartej umowy. Warunki zmian powinny mieć charakter obiektywny, a ich spełnienie powinno być uzależnione od okoliczności niezależnych od stron umowy lub nieznanymi stronom umowy w chwili jej zawierania bądź podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazuje się tu na okoliczności, których wystąpienia nie dało się przewidzieć na etapie zawierania umowy i podczas postępowania o udzielenie zamówienia, mimo dochowania staranności zawodowej, losowe i o charakterze siły wyższej, atmosferyczne, wynikające z wad opisu zamówienia ujawniających się dopiero po rozpoczęciu procesu budowlanego, wystąpieniem przeszkód utrudniających lub uniemożliwiających prowadzenie robót w zgodzie z opisem zamówienia, zasadami wiedzy technicznej i właściwymi przepisami, spowodowane zmianą przepisów lub wynikające z postępu technicznego. Za pomocą zmian istotnych warunków zamówienia nie wolno m. in. rozszerzać zakresu świadczenia. (Piotr Karkoszka „ Zamawianie z wolnej ręki uzupełniających dostaw, usług i robót budowlanych, Lex Omega 38/2012 ). Wskazuje się również, że przedmiot zamówienia dodatkowego powinien być niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego, a konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności. Niestaranność przygotowania i planowania procesu inwestycyjnego nie usprawiedliwia udzielania zamówień dodatkowych. ( Jarosław Jerzykowski...Lex Omega 38/2012).

W niniejszej sprawie po stronie powodowej bez wątpienia mamy do czynienia z profesjonalnym wykonawcą robót budowlanych. Jak zaś wynika z technicznej opinii prywatnej dołączonej do akt, w procedurze przetargowej jej uczestnicy odebrali specyfikację istotnych warunków zamówienia i mieli możliwość wyjaśnienia przez zamawiającego rozbieżności pomiędzy zapisem przedmiaru robót do wykonania oraz stwierdzonym na obiekcie stanem faktycznym (k. 145 v). Z notatki służbowej (k. 13) na okoliczność stwierdzenia nieścisłości w zakresie robót wskazanych w księdze przedmiarów wskazano jedynie ogólny zakres rzeczowy konieczny do wykonania. We wniosku o udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe podano, iż roboty dodatkowe wynikły w trakcie realizacji zadania, a ich wykonania jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (k. 14). W żadnym z tych dokumentów nie wskazano natomiast przyczyn konieczności i nieprzewidywalności prac.

Na podstawie przytoczonych dokumentów nie sposób zatem ocenić, czy spełnione zostały warunki wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, pod kątem zbadania ważności aneksu do umowy, z której strona powodowa wywodzi swe roszczenie, Sąd odwoławczy orzekł jak w sentencji na mocy art. 386 §4 kpc.

Z uwagi na to, że zaskarżenie wyroku skutkowało jego uchYLENIEM i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, zgodnie z ostatecznymi żądaniami obu stron, bezprzedmiotowe stało się rozpatrywanie przez Sąd odwoławczy zarzutów podniesionych w apelacji.

Rozpatrując sprawę ponownie, Sąd I instancji wezwie strony do przedłożenia Sądowi dokumentów przetargowych, w szczególności do dostarczenia dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, do przedłożenia przez pozwaną oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, ewentualnie ogłoszenia o zamówieniu lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Sąd wezwie też strony do przedstawienia kosztorysu ofertowego robót oraz kosztorysu powykonawczego. Konieczne stanie się też przedłożenie Sądowi księgi przedmiarów stanowiącej załącznik do przetargu oraz kosztorysu, stanowiącego załącznik do aneksu, oraz zlecenia robót ze wskazaniem ich zakresu oraz wartości i terminu wykonania, o których mowa w notatce służbowej z dnia 28 09 2009r. (k. 13).

Na podstawie tych dokumentów Sąd Okręgowy oceni, czy aneks do umowy sporządzony w dniu 10 listopada 2009r. jest zgodny z przepisem art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych, czy też zawarta umowa jest nieważna na podstawie art. 144 pzp. w brzmieniu z dnia zawarcia umowy.

Sąd Apelacyjny pozostawił Sądowi I instancji rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej na mocy art. 108 §2 kpc.