

Sygn. akt I AGa 323/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2023 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Baran (spr.)
Sędziowie:	SSA Paweł Rygiel SSA Marek Boniecki
Protokolant:	Michał Góral

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2023 r. w Krakowie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Uniwersytetowi (...) w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego Krakowie

z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt IX GC 1020/15

1. zmienia zaskarżony wyrok, nadając mu następującą treść:

„I. zasądza od strony pozwanej Uniwersytetu (...) w K. na rzecz strony powodowej Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 2 007 949 zł (dwa miliony siedem tysięcy dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 7 grudnia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., a od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie;

II. w pozostałym zakresie powództwo oddala;

III. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 85 075 (osiemdziesiąt pięć tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych) zł tytułem kosztów procesu;

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie od strony pozwanej kwotę 1486,63 zł, zaś od strony powodowej kwotę 911,16 zł tytułem kosztów opinii biegłego.”;

2. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 111 648 zł (sto jedenaste tysięcy sześćset czterdzieści osiem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I AGa 323/20

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 15 lutego 2023 r.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Krakowie po rozpoznaniu sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w K. przeciwko Uniwersytetowi (...) o zapłatę oddalił powództwo, zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 7 217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego i nakazał pobranie od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwoty 2 397,79 zł tytułem wyłożonych kosztów opinii biegłego.

Sąd ustalił, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) datowaną na 25 października 2010 r. Uniwersytet (...) jako zamawiający udzielił zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z Prawem zamówień publicznych, a przedmiotem postępowania i zamówienia miało być wyłonienie generalnego wykonawcy dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych związanych z realizacją (...) Centrum (...) (...) zlokalizowanego na terenie (...) (...) w K. (nr sprawy (...)). Zamówienie współfinansowała Unia Europejska w ramach Programu (...) (projekt nr (...) (...)).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał się w programie funkcjonalno-użytkowym ((...)) i koncepcji technologicznej, stanowiącymi załącznik (...) do SIWZ, a także w wynikach badań tła dynamicznego stanowiących załącznik (...) do SIWZ (pkt 3 ppkt 2 SIWZ). Wykonawca był zobowiązany do uwzględnienia w dokumentacji projektowej wymogów wynikających z technologii instalacji synchrotronowych, których parametry zostały opisane w załączniku (...) do SIWZ. Zamawiający miał na bieżąco konsultować przyjęte w projekcie rozwiązania projektowe, natomiast na etapie opracowania projektu wykonawczego przekazać wykonawcy szczegółowe informacje i dane technologiczne niezbędne dla skoordynowania projektu wykonawczego z projektem technologicznym instalacji synchrotronowych (pkt 3 ppkt 2.4).

Zgodnie z (...) (opracowanym przez J. B., zarządzającego kontraktem powołanego przez zamawiającego) objętym załącznikiem (...) do SIWZ konstrukcja nośna ścian obudowy pierścienia akumulacyjnego a także prefabrykowane elementy przekryć tunelu technologicznego, prefabrykowane elementy przekryć tunelu źródła i akceleratora elektronów oraz prefabrykowane elementy przekryć obudowy akceleratora miały być wykonane z barytobetonu (k. 228, 232). (...) nie wprowadzał wymogu wykonania konstrukcji tunelu z betonu barytowego.

Zgodnie z treścią (...) przyjęto, że przed złożeniem swojej oferty wykonawca zapoznał się m.in. z ilością i jakością robót i materiałów potrzebnych do wzniesienia budynku, z wymogami zamawiającego oraz otrzymał wszelkie inne informacje mogące mieć wpływ na jego ofertę (k. 236).

W stosunku do treści (...) datowanego na październik 2009 r., sporządzonego na potrzeby wcześniej prowadzonego, lecz unieważnionego postępowania przetargowego dotyczącego tożsamej inwestycji nastąpiło ograniczenie - lecz nie wyeliminowanie - ilości przewidzianego do użycia betonu barytowego. W programie załączonym do SIWZ z 25 października 2010 r. betonu barytowego nie przewidziano już do wykonania obudowy pierścienia akumulacyjnego (wprowadzono tu beton (...)), drzwi pomiędzy tunelem źródła i akceleratorami elektronów a tunelem technologicznym oraz drzwi pierścienia akumulacyjnego od strony linii badawczych (beton barytowy zastąpiono stalą), a także posadowienia, tuneli, konstrukcji nośnej ścian (wprowadzono beton (...)). Przyczyną tych zmian była chęć obniżenia kosztów inwestycji (celem obniżenia kosztów w (...) wprowadzono także innego typu modyfikacje, m.in. dotyczące wielkości powierzchni czy udźwigu wybranych konstrukcji).

W SIWZ szczegółowo określono przedmiot zamówienia w zakresie koniecznych prac projektowych, które miały poprzedzić prace budowlano-montażowe. Szczegółowa lista wszystkich opracowań projektowych i związanych z

projektowaniem, które wykonawca powinien wykonać jako podstawę do realizacji inwestycji, nie obejmowała - jako odrębnego - opracowania do wykonania projektu (lub innego opracowania) związanego z ochroną przed promieniowaniem. Było to nieadekwatne w kontekście niepewności co do tego zagadnienia (jego nowatorskiego charakteru) oraz w kontekście typu i wagi inwestycji – ochrona przed promieniowaniem powinna być wyodrębniona jako szczególnie wrażliwy problem do rozwiązania. W SIWZ brak też konkretnego odniesienia do wymogu uzgodnienia ochrony radiologicznej z Państwową Agencją (...).

W treści (...) podano szereg informacji dotyczących ochrony radiologicznej w (...), przy czym informacje i zalecenia miały charakter ogólny, bez szczegółowej specyfikacji materiałowej i ilościowej i bez odniesienia do konkretnych elementów budynku.

W dniu 6 grudnia 2010 r. (...) spółka z o.o. w K. i Przedsiębiorstwo (...)spółka z o.o. w K. zawarły umowę konsorcjum w celu przygotowania oferty oraz udziału w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zaprojektowania i wykonania robót związanych z realizacją (...), a jeśli oferta konsorcjum zostanie wybrana – w celu wspólnego wykonania zamówienia.

Konsorcjum obejmujące (...) spółkę z o.o. (jako lidera konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo (...)spółkę z o.o. (jako partnera konsorcjum) złożyło ofertę przetargową zamawiającemu Uniwersytetowi. Załącznik nr (...) do formularza oferty (datowany na 6 grudnia 2010 r.) zawierał wyliczoną na podstawie indywidualnej kalkulacji cenę ryczałtową oferty – roboty budowlano-montażowe wyceniono ogółem na 33 182 733,13 zł. Sporządzając ofertę konsorcjum trzymało się ściśle wymagań wskazanych w SIWZ, aby zapewnić porównywalność ofert zgłoszonych w postępowaniu przetargowym.

Spośród dwóch konsorcjantów jedynie (...) sp. z o.o. posiadała doświadczenie zawodowe wymagane przez zamawiającego.

W dniu 2 czerwca 2011 r. zawarty został aneks nr (...) do umowy konsorcjum z dnia 6 grudnia 2010 r. w związku z zawarciem umowy na realizację zamówienia publicznego z Uniwersytetem (...). Konsorcjanci postanowili, że do finansowania umowy zawartej z zamawiającym zobowiązana jest wyłącznie spółka (...) (§ 2 ust. 2 aneksu nr (...)). Nadto postanowili, że jeśli zamawiający powierzy konsorcjum wykonanie robót dodatkowych, zostaną one wykonane wyłącznie przez spółkę (...), która będzie uprawniona do otrzymania całości wynagrodzenia z tego tytułu (§ 3 ust. 4).

W dniu 7 lutego 2013 r. zawarto aneks nr (...) do umowy konsorcjum z 6 grudnia 2010 r., zgodnie z którym zakres działania konsorcjum rozszerzono o złożenie oferty i ewentualne wykonanie robót uzupełniających związanych z realizacją (...). Spółka (...) udzieliła pełnomocnictwa K. Z. do złożenia i negocjacji oferty dotyczącej wykonania robót uzupełniających.

Po otwarciu ofert w postępowaniu nr (...) oferta konsorcjum spółek (...) oraz Ł. okazała się najkorzystniejsza (jako cenę wskazano 34 650 021,27 zł netto i 44 713 026,08 zł brutto).

W dniu 24 marca 2011 r. Uniwersytet (...) (jako zamawiający) oraz konsorcjum (jako wykonawca) zawarły umowę w zakresie pełnienia funkcji generalnego wykonawcy dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych związanych z realizacją (...) w K.. Do zakresu prac objętych umową należały elementy opisane w dokumentacji postępowania przetargowego, w szczególności SIWZ (§ 1 ust. 2 umowy). Integralną częścią umowy była m.in. dokumentacja postępowania przetargowego wraz z ofertą wykonawcy (§ 1 ust. 3 lit. a). Wykonawca oświadczył, że ma odpowiednią wiedzę, doświadczenie i dysponuje stosowną bazą do wykonania przedmiotu umowy oraz zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy przy zachowaniu należytej staranności (§ 1 ust. 4). Materiały załączone do SIWZ zostały potraktowane przez strony jako materiał pomocniczy do skosztorysowania prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, zaś w złożonej ofercie wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (§ 1 ust. 6).

Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy strony ustaliły, że do bezpośrednich kontaktów mających na celu sprawną realizację zamówienia, jego bieżący nadzór oraz weryfikację i kontrolę prawidłowości i postępu prac powołani zostali: ze strony zamawiającego – M. S., T. K. i J. B., zaś ze strony wykonawcy – A. K., P. R. i M. B. (1). Osoby wskazane przez zamawiającego nie zostały upoważnione do podejmowania decyzji powodujących zmianę warunków umowy, w szczególności wzrostu kosztów, oraz zmianę zakresu inwestycji (§ 2 ust. 2 pkt 2.1.2).

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określono jako ryczałtowe, niepodlegające waloryzacji oraz uwzględniające wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu umowy, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania, w tym również koszty usunięcia wad w zakresie rękojmi i gwarancji (§ 3 ust. 1). Zgodnie z ofertą wykonawcy wynagrodzenie określono na kwotę 34 997 108,80 zł netto, a 42 696 472,74 zł brutto (§ 3 ust. 2). Cena ryczałtowa miała nie podlegać zmianie (§ 3 ust. 4). Zamawiający został jednak uprawniony do tego, by w uzgodnieniu z wykonawcą zarządzić wprowadzenie czynności i robót zamiennych o ekwiwalentnej wartości do wykonywanego zakresu umowy poprzez podpisanie stosownego aneksu. Ustalenie wykonania robót zamiennych w ramach umowy miało skutkować osobną wyceną każdej takiej modyfikacji przy szczegółowo określonych zasadach wyliczania wynagrodzenia (§ 4 ust. 2-3).

Rozpoczęcie realizacji umowy nastąpiło w dniu jej podpisania, zaś jej zakończenie miało nastąpić najpóźniej do 24 sierpnia 2013 r. (§ 5 ust. 1).

Wykonawca zobowiązał się do używania materiałów wyłącznie o jakości odpowiadającej normom wynikającym z załącznika(...) do SIWZ, dokumentacji technicznej, projektowej oraz specyfikacjach technicznych (§ 10 ust. 1).

Zgodnie z § 22 ust. 2 wszelkie zmiany umowy wymagały zgody stron w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Nadto za niedopuszczalne uznano zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy (chyba, że zamawiający dopuścił taką zmianę w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany).

Zamawiający zapewnił wykonawcy wsparcie merytoryczne m.in. poprzez zatrudnienie specjalistów z różnych branż.

Pismem z datą 21 czerwca 2011 r. J. B., odnosząc się do pisma (...) spółki z o.o. z 31 maja 2011 r., dotyczącego przekazanej dokumentacji koncepcyjnej (...), stwierdził, że przekazana koncepcja nie w pełni odpowiada założeniom przyjętym w (...). W załączeniu do pisma przedłożono uwagi do projektu koncepcyjnego.

W lipcu 2011 r. biuro (...) spółka z o.o. w K. opracowało koncepcję wielobranżową dla inwestycji obejmującej powstanie (...). W zakresie odnoszącym się do promieniowania elektromagnetycznego zalecany materiał winien zostać potwierdzony w specjalistycznych obliczeniach związanych z ochroną radiacyjną, a w konsekwencji zatwierdzony (wraz z grubością osłon) przez Państwową Agencję (...).

W dniu 14 listopada 2011 r. M. B. (2) sporządził niepodpisaną notatkę na temat szacowanego poziomu promieniowania wokół tunelu akceleratora liniowego.

Zarządzający kontraktem J. B. wystosował do (...) sp. z o.o. pismo z datą 15 listopada 2011 r., informując o potrzebie opracowania projektu technicznego w zakresie ochrony radiologicznej (...), w tym tunelu technologicznego, tunelu źródła i akceleratora elektronów oraz pierścienia akumulacyjnego, jako podstawy do szczegółowego projektu wykonawczego, który winien uzyskać akceptację Państwowej Agencji (...).

Wytyczne Państwowej Agencji (...) wskazywały na większą grubość przegród barytowych niż zakładana w projektach przetargowych.

Od końca listopada 2011 r. do czerwca 2012 r. J. K. na zlecenie wykonawcy dokonywał obliczeń grubości ścian i materiału, którego należało użyć przy budowie ścian. W czerwcu 2012 r. J. K. ukończył raport pt. „(...) (...) Centrum (...)”. Projekt określał poziom koniecznej ochrony radiologicznej w obiekcie i izolacyjność radiacyjną poszczególnych przegród w pomieszczeniach budynku. Późniejszy projekt wykonawczy konstrukcji obiektu zrealizowany na zlecenie

powoda uwzględnił wytyczne zwarte w opracowaniu J. K., a przy tym okazało się, że oferta powoda na realizację inwestycji nie wystarcza na sfinansowanie rzeczywiście wymaganych kosztów ochrony radiologicznej w planowanej inwestycji.

W grudniu 2013 r. J. K. sporządził opracowanie dotyczące grubości osłon przed promieniowaniem jonizującym pomieszczeń przeznaczonych do instalacji liniowego akceleratora elektronów i pierścienia akumulacyjnego w (...) Centrum (...) w K.. Celem opracowania było przedstawienie procesu związanego z obliczeniem grubości osłon chroniących przed promieniowaniem jonizującym dla pomieszczeń synchrotronu. Ostateczny projekt ochrony radiologicznej został pozytywnie zaopiniowany przez Państwową Agencję (...) – pismo z datą 9 lipca 2012 r.

Spółka (...) przesłała zamawiającemu pismo z 13 lutego 2012 r., wskazując, że zgodnie z uwagą zarządzającego projektem, zawartą w piśmie z 21 czerwca 2011 r., w miejsce opisanej w SIWZ osłony z betonu lekkiego powinna być wprowadzona osłona z betonu barytowego jako osłona pierścienia akumulacyjnego. Wykonawca wskazał, że w trakcie konsultacji projektu wykonawczego inwestor wprowadził wymogi odbiegające od SIWZ (poszerzenie tunelu technologicznego, wprowadzenie w funkcji obiektu dostępu osób z populacji oraz poszerzenie tunelu w rejonie usytuowania działła) i powodujące wzrost kosztów ponad ustalone ryczałtowe wynagrodzenie wyliczone na bazie danych z SIWZ.

W toku wymiany korespondencji, w tym poczty elektronicznej, uzgadniano zakres i koszt prac związanych z modyfikacjami dotyczącymi konstrukcji (...). W piśmie z 28 lutego 2012 r. wykonawca stwierdził, że aktualnie przeanalizowane modyfikacje wymagają użycia dodatkowo ok. 950 m³ betonu barytowego, co może wiązać się z dodatkowymi kosztami o wartości ok. 2,6-2,7 mln zł.

W wyniku prowadzonej korespondencji J. B. przygotował propozycję rozliczenia robót uzupełniających co do dodatkowej powierzchni i barytu. Zgodnie z projektowanym rozliczeniem miało dojść do zmniejszenia ilości betonu zwykłego o 40,09 m³ i do zwiększenia ilości betonu barytowego o 985,92 m³. Projekt rozliczenia robót uzupełniających J. B. przesłał e-mailem w dniu 26 października 2012 r. m.in. do M. S. (U(...)) i M. Ś. (spółka (...)).

Nie istniała możliwość, by jeszcze przed podpisaniem umowy na realizację zamówienia publicznego ustalić wymogi co do osłonności takie, jak ostatecznie przyjęto w budowanym (...), co wynikało z pionierskiego charakteru tej inwestycji.

W dniu 28 maja 2012 r. Przedsiębiorstwo (...)sp. z o.o. (jako odbiorca) oraz (...) sp. z o.o. (jako dostawca) zawarły umowę na dostawy betonu towarowego. W ramach umowy dostawca zobowiązał się dostarczyć odbiorcy beton barytowy na potrzeby budowy (...) w K.. Wielkość dostaw ustalono na ok. 1500 m⁽³⁾, a wartość brutto na ok. 4 700 000 zł. Umowę zawarto do dnia 12 października 2012 r.

W dniu 11 lipca 2012 r. wystawiono fakturę pro forma nr (...), zaś 13 lipca 2012 r. wystawiono fakturę VAT nr (...) dokumentującą opłacenie przez odbiorcę zaliczki w kwocie 1 500 000,01 zł.

W ramach prac nad korektą ilości betonu zwykłego oraz barytowego sporządzono niedatowane tabelaryczne zestawienie, zgodnie z którym ilość betonu zwykłego miała zmniejszyć się o 30,49 m³, zaś ilość betonu barytowego miała zwiększyć się o 985,92 m³. Sporządzono również tabelaryczną kalkulację średniej ilości stali w elementach żelbetowych do zestawienia dodatkowych ilości betonu, która została podpisana przez kierownika robót M. Z., a także sprawdzona przez R. S. w dniu 27 listopada 2012 r. Sporządzono niedatowane rysunki techniczne, podpisane przez R. S..

Spółka (...) opracowała kosztorys na roboty żelbetowe w tunelu (podpisany przez R. S. z datą 29 listopada 2012 r.) o wartości netto 3.625.766,48 zł.

W załączeniu do e-maila z dnia 18 grudnia 2012 r. przesłanego do M. Ś. oraz J. B. B. B. przesłał kosztorysy, w tym kosztorys na roboty żelbetowe w tunelu (o wartości netto 3 422 999,84 zł) oraz na roboty żelbetowe w ringu (o wartości minus 243 395,58 zł netto). Kosztorysy zostały opracowane przez spółkę (...).

Kosztorysy (k. 85-95, k. 106-114) wykazują szereg nieprawidłowości.

Sporządzony został niepodpisany i nieparafowany kosztorys, mający dotyczyć ścian z betonu barytowego w tunelu o wartości 757 528,50 zł netto.

Sporządzono datowany na 11 lutego 2013 r. protokół konieczności dotyczący wykonania robót zamiennych na budowie (...) zgodnie z § 4 ust. 2 umowy z dnia 24 marca 2011 r. Strony postanowiły wprowadzić ekwiwalentne roboty zamienne wynikające z wprowadzenia niezbędnej technologii ochrony przed promieniowaniem i funkcjonalności zamówienia. Zmiana sposobu ochrony miała nastąpić przez zastosowanie warstwy z betonu barytowego w miejsce pokrycia ścian i stropów tunelu źródła i akceleratora elektronów oraz wnętrza pierścienia akumulacyjnego farbami ekranującymi (np. (...)). Zmiana rodzaju osłon wynikała z opracowanego przez J. K. projektu technicznego w zakresie ochrony radiologicznej.

W dniu 12 lutego 2013 r. Uniwersytet (...) oraz działające jako konsorcjum (...) sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. zawarły aneks nr (...) do umowy z 24 marca 2011 r., jako podstawę ku temu powołując § 4 pkt 2 przedmiotowej umowy. Zgodnie z § 1 ust. 1 aneksu nr (...): „[w] miejsce rozwiązań zaproponowanych w zakresie ochrony przed promieniowaniem jonizującym w SIWZ i jej załącznikach stanowiących opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca wykona osłony z betonu barytowego, dobierając ich grubość do wymogów ochrony przed promieniowaniem”. Strony ustaliły, że wzrost kosztów związany z robotami zamiennymi nie wpłynie na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy z uwagi na jego ryczałtowy charakter. Nadto strony oświadczyły, że realizacja robót zamiennych objętych aneksem nie będzie przedmiotem wzajemnych roszczeń finansowych w przyszłości (§ 2).

Zgodnie z kosztorysem robót zamiennych stanowiącym załącznik nr (...) do w/w aneksu kwota rozliczeń z zamawiającym zmniejszyła się łącznie o 1.104.208,55 zł netto oraz jednocześnie zwiększyła się łącznie o 1.106.335,24 zł netto (w tym o kwotę 757 528,50 zł netto z tytułu wprowadzenia warstwy betonu barytowego). W efekcie powstała różnica w kwocie 2 127,35 zł (zgodnie z kalkulacją sporządzoną w treści załącznika), co do której wykonawca oświadczył, że traktuje ją jako upust udzielany zamawiającemu. Strony postanowiły, że zgoda zamawiającego na realizację robót zamiennych nie znosi obowiązku zapewnienia przez wykonawcę ochrony przed promieniowaniem jonizującym w zakresie wynikającym z funkcji obiektu (§ 1 ust. 4 aneksu nr (...)).

Ostatecznie do budowy hali eksperymentalnej oraz dwóch tuneli użyto ok. 1 400 m³ betonu barytowego.

W dniu 3 stycznia 2013 r. sporządzono protokół konieczności dla potrzeb zlecenia prac uzupełniających w ramach realizacji (...), powołując się przy tym na pkt 20 SIWZ, umożliwiający udzielenie zamówienia uzupełniającego. Zgodnie z protokołem zaistniała konieczność zwiększenia powierzchni użytkowej wynikająca z korekty wymiarów pomieszczeń, których nie można było przewidzieć na etapie postępowania przetargowego (modyfikacje wynikały w szczególności ze zmian dokonanych w projekcie szwedzkiego synchrotronu (...)(...) w L., z którym należało zachować zgodność technologiczną).

W dniu 14 lutego 2013 r. Uniwersytet (...) oraz konsorcjum spółek (...), w trybie postępowania z wolnej ręki zawarły umowę na realizację robót uzupełniających związanych z budową (...), a dotyczącą projektu współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach (...) (nr (...)). Zakres zamówienia powierzonego konsorcjum jako wykonawcy objął prace projektowe i roboty budowlano-montażowe z uwagi na konieczne zwiększenie powierzchni pomieszczeń technologicznych (§ 1 ust. 2 umowy). Załącznik nr (...) do umowy przedstawiał zestawienie porównawcze zwiększonej powierzchni (...) oraz powierzchni obliczonej według (...). Łącznie powierzchnia miała wzrosnąć o 335,45 m⁽²⁾.

Z tytułu realizacji umowy z 14 lutego 2013 r. wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe (niepodlegające zmianom, w tym waloryzacji, i uwzględniające wszystkie koszty realizacji umowy) w kwocie 2 982 000 zł netto (3 667 860 zł brutto) - § 4 ust. 1-4. Realizacja umowy miała zakończyć się najpóźniej do dnia 24 sierpnia 2013 r. (§ 6 ust. 1). Przedstawicielami zamawiającego do realizacji umowy zostali J. B., M. S. oraz T. K., przy czym osoby te nie były upoważnione do podejmowania decyzji powodujących zmianę warunków umowy, w szczególności wzrostu kosztów i zmiany zakresu inwestycji (§ 3 ust. 2). Strony uzgodniły, że część wynagrodzenia za przedmiot tej umowy stanowi zapłatę za wbudowanie zwiększonej ilości betonu barytowego – nie można jednak określić, jaka część umownej kwoty stanowi zapłatę za beton barytowy, ponieważ strony nie sporządziły stosownego kosztorysu w tym zakresie.

Zamawiający nie zamawiał żadnej innej powierzchni oprócz objętej zamówieniem uzupełniającym z 14 lutego 2013 r.

Zamawiający i wykonawca prowadzili narady koordynacyjne w dniach 19 stycznia 2012 r., 6 lutego 2012 r., 13 lutego 2012 r., 20 lutego 2012 r., 27 lutego 2012 r., 5 marca 2012 r., 12 marca 2012 r., 19 marca 2012 r., 16 lipca 2012 r., 23 lipca 2012 r., 30 lipca 2012 r., 13 sierpnia 2012 r., 20 sierpnia 2012 r., 27 sierpnia 2012 r., 3 września 2012 r., 10 września 2012 r., 17 września 2012 r., 23 października 2012 r., 25 lutego 2013 r., 4 marca 2013 r. oraz 11 marca 2013 r.

Podczas narady przeprowadzonej w dniu 11 marca 2013 r. stwierdzono, że w dniu 6 marca 2013 r. inwestorowi przekazano zamienną ostateczną decyzję zatwierdzającą zamienny projekt budowlany wraz z egzemplarzem projektu.

W dniu 26 czerwca 2013 r. (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne (...) sp. z o.o. zawarły porozumienie o rozwiązaniu umowy konsorcjum z dnia 6 grudnia 2010 r., dotyczącej wspólnego wykonania zamówienia publicznego związanego z realizacją zadania pn. „(...) Centrum (...) (...)”. Jak podały strony porozumienia, sytuacja ekonomiczna spółki (...) nie pozwala na dalsze angażowanie się w proces realizacji zadania (motyw nr(...)porozumienia). Z dniem 30 czerwca 2013 r. umowa konsorcjum została rozwiązana, zaś wszystkie prawa i obowiązki wynikające z kontraktu zawartego z Uniwersytetem (...) przejęła spółka (...) (§ 1 ust. 1-2 porozumienia). Pozostałe wynagrodzenie z tytułu realizacji kontraktu miało przysługiwać wyłącznie spółce (...), zaś spółka (...) zrzekła się pozostałej części wynagrodzenia (§ 2). (...) sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa Przedsiębiorstwu (...) sp. z o.o. do reprezentowania całego konsorcjum w sporach lub postępowaniach sądowych dotyczących realizacji kontraktu (§ 3).

W dniu 1 lipca 2013 r. Uniwersytet (...) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne (...) sp. z o.o. zawarły aneks nr (...) do umowy z dnia 24 marca 2011 r., zgodnie z którym ustalono, że spółka (...) przejęła wszelkie prawa i obowiązki wynikające z umowy z zamawiającym (§ 1 ust. 1 pkt 1.1). Termin zakończenia realizacji umowy przesunięto na 20 grudnia 2013 r. (§ 1 ust. 1 pkt 1.5). Strony podkreśliły, że zawarcie przedmiotowego aneksu nie wpływa w żaden sposób na wysokość wynagrodzenia wykonawcy, którego ryczałtowa wartość nie ulega jakimkolwiek zmianom (§ 2).

Strona powodowa nadała do Uniwersytetu (...) pismo z 5 września 2013 r., stwierdzając, że zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją powierzchnia użytkowa (...) wzrosła o 519,28 m⁽³⁾, zaś koszty z tego tytułu nie zostały zrekomensowane wykonawcy. Nadto w związku z koniecznością zwiększenia parametrów przegród chroniących od promieniowania w stosunku do wymogów SIWZ została zwiększona grubość ścian i stropów, co wymagało zwiększenia ilości użytego betonu barytowego. Jak podała spółka, zamawiający uregulował już dodatkowe wynagrodzenie z tytułu zwiększenia powierzchni tunelu technologicznego i związanej z tym dodatkowej ilości betonu barytowego, jednak nie została rozwiązana kwestia zwiększenia powierzchni laboratoryjno-technicznej. Zgodnie z obliczeniami spółki (...) łączny koszt robót z tytułu zwiększenia powierzchni, który nie został uregulowany przez zamawiającego, wyraża się w kwocie 3.142.981,36 zł.

Udzielając odpowiedzi w piśmie z 21 października 2013 r., Uniwersytet (...) stwierdził, że pismo strony powodowej z 5 września 2013 r. traktuje jako bezpodstawne w kontekście aneksu nr (...) z 12 lutego 2013 r. do umowy z 24 marca 2011 r. Uniwersytet podał, że aneks nr (...) wprowadził roboty zamienne, zaś umowa z 14 lutego 2013 r. (nr (...)) zobowiązała wykonawcę do wykonania dodatkowych 335,45 m⁽²⁾ powierzchni, za którą zamawiający winien zapłacić

3.667.860 zł brutto. Żadnej dodatkowej powierzchni inwestor u wykonawcy nie zamawiał, nadto zawarta umowa ma charakter ryczałtowy.

Pismem z 8 kwietnia 2014 r., odpowiadając na pismo powodowej spółki z 24 marca 2014 r., pozwany podtrzymał stanowisko zawarte w poprzedniej korespondencji i uznał za bezzasadne roszczenie w kwocie 4 131 877,34 zł z tytułu wykonania dodatkowych robót budowlano-montażowych. Pozwany wskazał, że w projekcie budowlanym z września 2011 r. przedstawionym zamawiającemu, w zestawieniu tabelarycznym została podana powierzchnia zgodna z (...), tj. 7 392,15 m². W trakcie weryfikowania projektu budowlanego zamiennego ze stycznia 2013 r. ujawniona została powierzchnia netto 7 911,43 m² – jak wywnioskował pozwany, na etapie projektu budowlanego powód wprowadził poprawki jedynie do zestawienia powierzchni i opisu, bez dokonania korekty na rysunkach projektu. Na tym etapie realizacji nie było już możliwe dokonanie korekt powierzchni do wielkości zamówionej, gdyż obiekt był wybudowany. Jeśli zamawiający został wprowadzony w błąd i nie był świadom, że realizowana powierzchnia jest większa niż zamówiona, nie może ponosić kosztów z tego tytułu. Ponadto pozwany stwierdził, że nie znajduje uzasadnienia dla żądań generalnego realizatora inwestycji dotyczących dodatkowego wynagrodzenia za beton barytowy. Użycie betonu barytowego było przewidziane w programie funkcjonalno-użytkowym, a nadto zostało zbilansowane w ramach aneksu nr (...) z 12 lutego 2013 r. do umowy z dnia 24 marca 2011 r.

Z uwagi na niejasny charakter materiałów przetargowych w przedmiocie opisu wymogów dotyczących wykonania zabezpieczeń przeciwradiologicznych, a także późniejsze rygorystyczne ustalenie tych wymogów na etapie realizacji inwestycji, w celu należytego wykonania umowy powód musiał wykonać pewien zakres robót wykraczający ponad wymogi przedstawione w SIWZ, a następnie uzgodnione umownie między stronami.

Wartość prac wykonanych przez powoda przy zabudowie betonu barytowego ponad zakres robót wynikający z SIWZ i (...) wynosi 701 925,44 zł netto (863 368,29 zł brutto).

W dniu 16 stycznia 2014 r. sporządzono protokół konieczności dotyczący wykonania robót dodatkowych na budowie (...). Zakres robót dodatkowych niezbędnych dla zakończenia całości inwestycji skategoryzowano jako wykonanie uzupełniającej instalacji sprężonego powietrza, okablowania dla gniazd obsługujących technologię maszyny, dodatkowej instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia technologiczne synchrotronu oraz dodatkowej instalacji chłodu technologicznego zasilającej urządzenia technologiczne synchrotronu. W treści protokołu zawarto wnioski o udzielenie generalnemu realizatorowi inwestycji zamówienia dodatkowego na powyższy zakres robót, wskazując na ścisłą łączność zamówienia podstawowego i dodatkowego.

W dniu 4 lutego 2014 r. na stronie internetowej Uniwersytetu (...) umieszczono ogłoszenie dotyczące zamiaru zawarcia umowy w przedmiocie dodatkowych robót budowlano-montażowych przy realizacji (...). W trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki zamierzano udzielić zamówienia spółce (...).

W dniach od 7 do 17 lutego 2014 r. odbyły się negocjacje w ramach postępowania o zamówienie publiczne na wyłonienie wykonawcy dodatkowych robót budowlanych z udziałem zamawiającego i wykonawcy.

W dniu 19 lutego 2014 r. Uniwersytet (...) jako zamawiający oraz strona powodowa jako wykonawca zawarli umowę na realizację dodatkowych robót budowlanych związanych z budową (...). Strony ustaliły ryczałtowe i niepodlegające zmianom wynagrodzenie dla wykonawcy na kwotę 5 920 000 zł netto (7 281 600 zł brutto) (§ 4 ust. 1-4 umowy). Umowa miała zostać zrealizowana najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2014 r. (§ 6 ust. 1).

Wykonawca nie składał wniosku o podpisanie aneksu w przedmiocie robót dodatkowych innych niż określone w umowie z dnia 19 lutego 2014 r.

W dniu 30 kwietnia 2014 r. spisano protokół końcowy odbioru robót. W odbiorze brali udział przedstawiciele inwestora (Uniwersytetu (...)) oraz wykonawcy (spółki (...)) przy udziale zarządzającego kontraktem (w tym m.in. B. B.). Zgodnie z protokołem roboty zostały wykonane zgodnie z zamówieniem (pkt 5.2) i w terminie (pkt 5.6). Komisja

nie miała żadnych dodatkowych uwag i stwierdziła zaistnienie przesłanek do dokonania odbioru przedmiotu umów (pkt 5.7).

Powodowa spółka nie kierowała do Rektora Uniwersytetu (...) żadnych zgłoszeń co do nieuiszczonych należności na rzecz wykonawcy zamówienia publicznego obejmującego realizację (...). Również z innych źródeł Rektor nie otrzymał informacji dotyczących żądania objętego powództwem w niniejszym postępowaniu.

W dniu 25 lipca 2014 r. pozwany zawarł umowę z (...) spółką jawną (jako wykonawcą) w przedmiocie zamówienia publicznego dotyczącego dostawy przez wykonawcę do zamawiającego określonych elementów stalowych. Zamówienie mieściło się w ramach projektu (...) i opiewało na 103.387,11 zł brutto. Przyczyną dokonania przedmiotowego zamówienia było wykonanie przez powoda ściany tunelu pierścienia akumulacyjnego bez osłony z ołowiu przewidzianej w projekcie technicznym w zakresie ochrony radiologicznej autorstwa J. K. z czerwca 2012 r.

Zgodnie z ekspertyzą techniczną instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...) wykonaną na zamówienie Uniwersytetu (...) w K. przez rzeczoznawcę budowlanego M. M. w maju 2017 r. projekt wykonawczy przedmiotowej instalacji jest niezgodny z prawem budowlanym, zaś błędy projektowe i wykonawcze w instalacji są zagrożeniem życia ludzkiego i mienia. Szkada poniesiona przez Uniwersytet (...) w związku z wadliwym zaprojektowaniem i wykonaniem instalacji wynosi 9 986 084,54 zł brutto. Potwierdzają to kosztorysy koniecznych robót wykonane na zlecenie pozwanego.

Oświadczeniem z 31 stycznia 2018 r. Uniwersytet (...) w K. złożył Przedsiębiorstwu (...)sp. z o.o. w K. oświadczenie, zgodnie z którym niezależnie od braku podstaw powództwa w niniejszej sprawie Uniwersytet składa oświadczenie o potrąceniu ewentualnej wierzytelności dochodzonej w tym postępowaniu z wierzytelności przysługującej Uniwersytetowi (...) z tytułu szkody powstałej w wyniku rażąco wadliwego zaprojektowania i wykonania instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji, która wynosi 9 986 084,54 zł brutto. Przedmiotowe oświadczenie o potrąceniu zostało doręczone pełnomocnikowi spółki (...) w obecności prezesa zarządu tej spółki w dniu 1 lutego 2018 r.

Sąd Okręgowy zważył, że zgodnie z art. 405 k.c. kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Stosownie zaś do art. 498 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym (§ 1). Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (§ 2).

W niniejszej sprawie w dniu 24 marca 2011 r. strony zawarły umowę w przedmiocie wykonania zamówienia publicznego obejmującego prace projektowe oraz budowlano-montażowe przy budowie (...), w której przewidziano wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. Aneks nr (...) z 12 lutego 2013 r. do tej umowy przewidywał roboty zamienne, niepowodujące wzrostu wynagrodzenia należnego wykonawcy. W dniu 14 lutego 2013 r. strony zawarły umowę na roboty uzupełniające, również przewidującą wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy zamówienia.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wg powoda pozwany nie wypłacił mu części wynagrodzenia, należnego za roboty dodatkowe. Pozwany zaś twierdził (m.in. k. 792), że umowa z 14 lutego 2013 r. wraz z aneksem nr (...) miała w całości rozliczać żądanie wykonawcy, dotyczące zapłaty za beton barytowy. Sąd przywołał zeznania świadka M. S. (k. 463), że umowa z 14 lutego 2013 r. wraz z aneksem opiewa na zawyżoną wartość, ponieważ strony miały na celu skompensowanie powodowi kosztów użycia materiałów – i że to powód zaproponował tę formę. Pozwany formułował nadto szereg innych zarzutów względem żądania powoda, w tym dotyczących legitymacji procesowej powoda, ryzyka leżącego po stronie wykonawcy zadania publicznego czy ryczałtowego, a więc niezmiennego charakteru ustalonego wynagrodzenia.

Zgodnie z opinią biegłego sądowego T. B. (1) wartość prac wykonanych przez powoda przy zabudowie betonu barytowego ponad zakres robót wynikający z SIWZ i (...) wynosi 863 368,29 zł brutto.

Co do legitymacji czynnej powoda jako jednego z dwóch konsorcjantów Sąd wskazał, że w dniu 6 grudnia 2010 r. (...) spółka z o.o. oraz strona powodowa zawarły umowę konsorcjum w celu przygotowania oferty w postępowaniu przetargowym, a ostatecznie w celu wspólnego wykonania zamówienia. Umowa konsorcjum nie została uregulowana przez ustawodawcę jako odrębna umowa nazwana. Konsorcjum może być spółką cywilną, stanowić jej podtyp lub mieć charakter samodzielny, za czym przemawiałyby zwłaszcza brak majątku wspólnego, więzi organizacyjnych oraz tymczasowy charakter współpracy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14). W przypadku, gdy z treści konkretnego stosunku prawnego będzie wynikało, że umowa konsorcjum wykazuje istotne cechy spółki cywilnej, należy do niej stosować przepisy kodeksu cywilnego o spółce cywilnej. Natomiast jeżeli takich cech nie będzie wykazywać, należy ją zakwalifikować jako umowę nienazwaną, zbliżoną do spółki prawa cywilnego i wówczas przepisy o spółce cywilnej stosować, co do zasady, per analogiam. SN w wyroku z 23 września 2016 r. wskazał, że z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną zawiązaną na podstawie art. 860 k.c., a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p., którego zawarcie nie musi skutkować powstaniem majątku wspólnego uczestników konsorcjum. Wskazano, iż nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej (por. wyroki SN z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14).

W niniejszej sprawie w dniu 2 czerwca 2011 r. zawarty został aneks nr (...) do umowy konsorcjum z dnia 6 grudnia 2010 r. Strony postanowiły, że jeśli zamawiający powierzy konsorcjum wykonanie robót dodatkowych, zostaną one wykonane wyłącznie przez spółkę (...), która będzie uprawniona do otrzymania całości wynagrodzenia z tego tytułu. W dniu 7 lutego 2013 r. zawarto aneks nr (...) do umowy konsorcjum, zgodnie z którym zakres działania konsorcjum rozszerzono o złożenie oferty i ewentualne wykonanie robót uzupełniających związanych z realizacją (...). W dniu 26 czerwca 2013 r. konsorcjanci zawarli porozumienie o rozwiązaniu umowy konsorcjum. Z dniem 30 czerwca 2013 r. umowa konsorcjum została rozwiązana, zaś wszystkie prawa i obowiązki wynikające z kontraktu zawartego z Uniwersytetem (...) przejęła powodowa spółka (§ 1 ust. 1-2 porozumienia). Pozostałe wynagrodzenie z tytułu realizacji kontraktu miało przysługiwać wyłącznie tej spółce, zaś spółka (...) zrzekła się pozostałej części wynagrodzenia (§ 2). (...) sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa powodowi do reprezentowania całego konsorcjum w sporach lub postępowaniach sądowych dotyczących realizacji kontraktu (§ 3). Z kolei w dniu 1 lipca 2013 r. Uniwersytet (...) oraz powód zawarły aneks nr (...) do umowy z dnia 24 marca 2011 r., zgodnie z którym ustalono, że strona powodowa przejęła wszelkie prawa i obowiązki wynikające z umowy z zamawiającym (§ 1 ust. 1 pkt 1.1).

W ocenie Sądu Okręgowego strona powodowa ma legitymację czynną w niniejszej sprawie. Odpowiednie stosowanie przepisów k.c. o spółce cywilnej – jako uzupełniające zasady funkcjonowania konsorcjum, zawieranego wszak na zasadzie swobody umów – nie oznacza przełamania unormowań wybranych przez strony na rzecz przymusowego stosowania przepisów o spółce cywilnej. Strony umowy konsorcjum z dnia 6 grudnia 2010 r. wspólnie podjęły się wykonania zamówienia publicznego, jednak nie zaistniał pomiędzy nimi stosunek współwłasności łącznej (właściwy spółce cywilnej), a strony szczegółowo określiły swoje procentowe udziały w konsorcjum i zasady rozliczeń zysku (§ 3 ust. 1, § 10 umowy konsorcjum; k. 374v, k. 376v). Tym samym do relacji stron niewątpliwie nie da się wprost ani odpowiednio zastosować instytucji współwłasności łącznej związanej m.in. z brakiem określonych ułamkowo udziałów przynależących do współwłaścicieli. Nadto strony poprzez wyraźne oświadczenia zdecydowały o przejściu wszelkich umownych praw i obowiązków wynikających z relacji umownej z zamawiającym na spółkę (...).

Sąd dodał, że pomimo uzgodnienia przez strony, że spółka (...) udziela spółce (...) pełnomocnictwa do reprezentowania całego konsorcjum w sporach lub postępowaniach sądowych dotyczących realizacji kontraktu, zapis ten jest nieważny jako sprzeczny z ustawą (art. 58 § 1 k.c.), ponieważ osoba prawna może być pełnomocnikiem procesowym tylko jeśli pozostaje ona z mocodawcą w stałym stosunku zlecenia, a przedmiot sprawy wchodzi w zakres

tego zlecenia (art. 87 § 1 k.c.) – uchwała SN w składzie 7 sędziów z dnia 23 września 1963 r., III CO 42/63. Nie niweczy to jednak faktu przejścia na spółkę (...) całości praw i obowiązków przysługujących pierwotnie obydwu konsorcjantom w związku z kontraktem zawartym z pozwanym Uniwersytetem.

Sąd stwierdził, że w przepisach dotyczących spółki cywilnej nie ma postanowień upoważniających poszczególnych wspólników do samodzielnego dochodzenia praw przysługujących spółce, ale nie stoi to na przeszkodzie, aby strony umowy konsorcjum umownie uregulowały przejście praw i obowiązków na jednego z konsorcjantów. Według judykatury nawet w przypadku spółki cywilnej wierzycelność pieniężna stanowiąca składnik majątku wspólnego po rozwiązaniu spółki cywilnej może być dochodzona przez byłego wspólnika w części odpowiadającej jego udziałowi w tym majątku, bez względu na stanowisko pozostałych wspólników (wyrok SN z dnia 10 lutego 2004 r., IV CK 12/03). Tym bardziej zatem legitymację procesową w niniejszej sprawie ma spółka (...), której nigdy nie łączył stosunek współwłasności łącznej z drugim konsorcjantem, a która przejęła ogół praw i obowiązków przysługujących indywidualnie drugiemu konsorcjantowi w związku z realizacją zamówienia publicznego.

Podstawą dla roszczeń dochodzonych przez powodową spółkę nie może być umowa zawarta z pozwanym Uniwersytetem. Strona powodowa argumentowała, że umowy zawarte z Uniwersytetem (...) zostały uzupełnione poprzez oświadczenia złożone przez określone osoby czy też poprzez zatwierdzenie kosztorysów sporządzonych przez stronę powodową. Z tą argumentacją nie można się zgodzić, bowiem zarówno w treści umowy z dnia 24 marca 2011 r., jak i w treści umowy na roboty uzupełniające z 14 lutego 2013 r. wskazano osoby reprezentujące zamawiającego (tj. M. S., T. K. i J. B.), przy czym jednoznacznie ustalono, że osoby te nie są upoważnione do podejmowania decyzji powodujących zmianę warunków umowy, w szczególności wzrostu kosztów, oraz zmianę zakresu inwestycji. Dodatkowo J. B. jako świadek sam zeznał, że nie był uprawniony do decydowania w kwestiach finansowania. Podobnie co do swoich uprawnień zeznał świadek B. B.. Jeżeli powód nie uwzględnił tych okoliczności w podejmowanych przez siebie działaniach i we wnioskach wyciąganych z działań przedstawicieli pozwanego, to skutki stąd wynikające obciążają wyłącznie powoda. Warunki realizacji zamówienia publicznego, w tym wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy zakres inwestycji, mogły zostać zmienione wyłącznie na podstawie zgodnego oświadczenia wykonawcy oraz zamawiającego, reprezentowanych przez odpowiednio umocowane osoby. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, a wiążące dla stron pozostały postanowienia umowy z 24 marca 2011 r. oraz z 14 lutego 2013 r. wraz z aneksami.

Powód twierdził, że ewentualnej podstawy swoich roszczeń upatruje w instytucji bezpodstawnego wzbogacenia zaistniałego po stronie pozwanego. Jest poza sporem to, że wynagrodzenie należne powodowi na podstawie umów zawartych z pozwanym Uniwersytetem miało charakter ryczałtowy. Powód podnosił, że wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy wyłącznie prac objętych umowami zawartymi z pozwanym, podczas gdy powód wykonał prace wykraczające poza umówiony zakres – w związku z czym należy mu się dodatkowe wynagrodzenie. Pozwany z kolei twierdził, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje całość prac wykonanych przez powoda, a które powód sam wycenił, składając ofertę w postępowaniu przetargowym. Sąd uznał, że światło na powyższy spór rzuca opinia biegłego sądowego T. B. (1), który stwierdził, iż wartość prac wykonanych przez powoda ponad zakres robót wynikający z SIWZ i (...) wynosi 863 368,29 zł brutto. Wiąże się to z przyjęciem, iż treść SIWZ oraz (...) nie określała zakresu niezbędnych prac w sposób jasny i wyczerpujący.

Sąd Okręgowy przywołał wyrok SA w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, zgodnie z którym ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego. Jak dalej wskazuje SA w treści uzasadnienia

przywołanego wyroku, gdyby przyjąć inne założenie, nieuczciwy inwestor mógłby ustalić korzystne dla siebie warunki płatności za prace, mając świadomość konieczności ich wykonania i nie informując o tym wykonawcy robót (nie ujmując ich w dokumentacji lub wadliwie je określając), który konieczności wykonania tych prac nie mógłby przewidzieć.

W kontekście powyższego należy przyjąć, że pewien poziom ryzyka związany m.in. z nowatorskim charakterem inwestycji obejmującej budowę (...) spoczywał nie tylko na wykonawcy (jak argumentuje pozwany), ale również na zamawiającym. Zamawiający, formułując nie w pełni precyzyjną i nie w pełni adekwatną do inwestycji treść dokumentacji przetargowej, jak to ocenił biegły sądowy (niezależnie od tego, na ile sporządzenie wyczerpującej dokumentacji było w tamtym czasie w ogóle możliwe), musiał liczyć się z tym, że ewentualne zmiany w wymogach inwestycji będą obciążały również jego jako wymagające od wykonawcy nieprzewidywanych wcześniej prac. Należy przyjąć, że strony na etapie podpisywania umów, a także na etapie odbioru końcowego robót nie wyrażały żadnych wątpliwości czy zastrzeżeń co do ewentualnych zaległych rozliczeń. Brak podstaw do przyjęcia, że powód zgłaszał pozwanemu dodatkowe roszczenia na tamtych etapach współpracy. Nie pozbawia to jednak powoda roszczeń, co do których mógł powziąć wiedzę w późniejszym okresie, a czego efektem stało się niniejsze powództwo.

Wobec tego należy uznać, że powodowi przysługuje względem pozwanego wierzytelność w kwocie 863 368,29 zł, wynikająca z wykonania przez powoda prac wykraczających poza zakres umówiony i opłacony przez pozwanego wynagrodzeniem ryczałtowym. Podstawą prawną żądania od pozwanego tej kwoty jest art. 405 k.c., zgodnie z którym przesłankami bezpodstawnego wzbogacenia jest uzyskanie przez daną osobę korzyści majątkowej kosztem innej osoby oraz brak podstawy prawnej do nabycia takiej korzyści. Pierwsza z przesłanek wyraża się w uzyskaniu przez pozwanego Uniwersytet rezultatów prac powoda o określonej dodatniej wartości majątkowej. Spełnienie drugiej z przesłanek opiera się zaś na przyjęciu, że przedmiotowe prace wykonane przez powoda nie miały podstawy w umowach zawartych z pozwanym, a zarazem były konieczne dla należytego wykonania zamówienia publicznego. Pozwany wzbogacił się więc o efekty prac niedających się przewidzieć na etapie ustalania wynagrodzenia ryczałtowego należnego powodowi; z kolei kalkulacja rzeczowego wynagrodzenia wykonana przez powoda nie mogła uwzględniać prac nieprzewidywanych i niewynikających z dokumentów przetargowych.

Pozwany podniósł zarzut ewentualny potrącenia wierzytelności dochodzonej w tym postępowaniu przez powodową spółkę z wierzytelności przysługującej Uniwersytetowi (...) z tytułu szkody, powstałej w wyniku rażąco wadliwego zaprojektowania i wykonania instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji, która wynosi 9 986 084,54 zł brutto. Przedmiotowe oświadczenie o potrąceniu zaadresowane na stronę powodową zostało doręczone pełnomocnikowi spółki (...) w obecności prezesa zarządu tej spółki w dniu 1 lutego 2018 r.

Przesłankami potrącenia ustawowego uregulowanego w art. 498 k.c. są: wzajemność wierzytelności, jednorodzańowość świadczeń, wymagalność obu wierzytelności oraz możliwość dochodzenia ich przed sądem. Nie ma wątpliwości, że wierzytelność przysługująca stronie powodowej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia oraz wierzytelność przysługująca pozwanemu z tytułu szkody poniesionej w związku z pracami wykonanymi przez powoda mają charakter wierzytelności wzajemnych (strony są dla siebie nawzajem wierzycielem i dłużnikiem). Nie budzi wątpliwości jednorodzańowość świadczeń, ponieważ przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze. Obie wierzytelności są również wymagalne, albowiem obaj wierzyciele mogą żądać ich spełnienia. Nadto obie wierzytelności są zaskarżalne (nie wynikają z zobowiązań naturalnych etc.).

Niezależnie od przesłanek potrącenia ujętego jako czynność materialnoprawna (powodująca umorzenie wierzytelności), Sąd Okręgowy rozważył także potrącenie rozumiane jako czynność procesowa (wyrażająca żądanie oddalenia powództwa z powołaniem się na wygaśnięcie roszczenia powoda wskutek dokonanego potrącenia). Wskazał, że w stanie prawnym obowiązującym do 6 listopada 2019 r. podniesienie zarzutu potrącenia było możliwe w każdym momencie procesu (zob. wyrok SN z dnia 9 marca 2016 r., II CSK 354/15). O ile zaś podstawą zarzutu potrącenia jest twierdzenie pozwanego, że dochodzona od niego wierzytelność uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego najpóźniej w chwili zgłoszenia zarzutu, to dopóki twierdzenie to nie zostanie wykazane, dopóty pozwany

ani sąd nie mogą przyjmować, że retroaktywny skutek potrącenia nastąpił. W związku ze zgłoszeniem zarzutu potrącenia sąd z reguły nie ogranicza się do badania samego faktu potrącenia, lecz ze względu na kwestionowanie przez powoda spełnienia przesłanek z art. 498 k.c. bada zasadność potrącenia (wyrok SA w Krakowie z dnia 26 maja 2017 r., I ACa 1724/16). Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie: w trakcie rozprawy w dniu 1 lutego 2018 r. powód zaprzeczył wszystkim twierdzeniom strony pozwanej, na którym oparte jest oświadczenie powoda o potrąceniu. Powód nie przedstawił jednak żadnych środków dowodzących lub choćby uprawdopodobniających niezasadność roszczenia pozwanego, przedstawionego do potrącenia. Z kolei pozwany, powołując się na swą wzajemną wiarygodność, przedłożył ekspertyzę techniczną instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...), a nadto kosztorysy koniecznych robót wykonane na zlecenie pozwanego. Te dokumenty wskazują, że szkoda poniesiona przez Uniwersytet (...) w związku z wadliwym zaprojektowaniem i wykonaniem instalacji przez powoda wynosi 9.986.084,54 zł brutto.

W świetle powyższego należy uznać, że podniesienie przez pozwanego zarzutu potrącenia było dopuszczalne, a roszczenie przedstawione do potrącenia jest zasadne. Tym samym roszczenie przysługujące powodowi z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia podlega całkowitemu umorzeniu, zaś roszczenie odszkodowawcze przysługujące pozwanemu ulega umorzeniu do kwoty 9.122.716,25 zł (tj. 9.986.084,54 zł minus 863.368,29 zł).

Wobec skutecznego podniesienia zarzutu potrącenia przez pozwanego powództwo podlegało oddaleniu.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, które to rozporządzenie znajduje zastosowanie do niniejszej sprawy jako wszczętej przed dniem 1 stycznia 2016 r.

W związku z oddaleniem powództwa w całości należy uznać, że pozwany wygrał proces i należy mu się zwrot kosztów postępowania od strony powodowej. Pozwany poniósł koszty procesu: 7 200 zł (wynagrodzenie pełnomocnika) oraz 17 zł (opłata skarbową) – łącznie 7 217 zł.

Nadto w sprawie pozostały nierozliczone wydatki poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa, tj. 2 397,79 zł, która to kwota odpowiada wynagrodzeniu biegłego w zakresie przewyższającym zaliczkę w kwocie 30 000 zł opłaconą przez powoda. Kwota 2 397,79 zł podlega ściągnięciu od powoda jako przegrywającego proces.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona powodowa, zaskarżając go w odniesieniu do wszystkich punktów, jednakże w odniesieniu do punktu I w części, tj. w zakresie oddalenia żądania zasądzenia kwoty 2 007 948,11 zł.

W apelacji wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwoty 2 007 948,11 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty, zmianę orzeczenia o kosztach procesu przed sądem I instancji poprzez zasądzenie ich od strony pozwanej na rzecz powoda oraz zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie:

1. art. 6 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie wskutek przyjęcia, że w przypadku przedstawienia roszczenia do potrącenia i dokonania potrącenia roszczenia z roszczeniem dochodzonym w postępowaniu to na powodzie spoczywa obowiązek udowodnienia, że roszczenie takie pozwanemu nie przysługuje, podczas gdy to pozwany winien udowodnić roszczenie przedstawiane do potrącenia – zarówno co do istnienia, jak i wysokości);
2. art. 471 k.c. w zw. z art. 361 § 2 k.c. poprzez ich nieprawidłową wykładnię i uznanie powstania po stronie pozwanej roszczenia odszkodowawczego z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, chociaż po stronie pozwanej nie doszło ani do poniesienia straty, ani utraconych korzyści;

3. art. 498 § 1 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie polegające na tym, że sąd uwzględnił potrącenie roszczenia podniesionego przez stronę pozwaną, które – gdyby istniało i zostało wykazane przez pozwanego – nie było wymagalne, bowiem pozwany nigdy wcześniej nie podnosił roszczenia odszkodowawczego i nie wzywał do zapłaty odszkodowania;

4. art. 244 i 245 k.p.c. poprzez ustalenie faktu w postaci wykonania projektu wykonawczego instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...) rzekomo w sposób niezgodny z prawem budowlanym oraz istnienia rzekomych błędów projektowych i wykonawczych w instalacji, stanowiących zagrożenie życia ludzkiego i mienia a także wysokości rzekomej szkody powstałej u pozwanej na podstawie dokumentów prywatnych tj. ekspertyzy M. M. z maja 2017 r. i kosztorysu inwestorskiego wskaźnikowego do ekspertyzy technicznej instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji - (...) z 17 maja 2017 r.;

5. art. 278 § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i dokonanie ustaleń dotyczących projektu wykonawczego i wykonania instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...) oraz ustaleń dotyczących wysokości rzeczonyj szkody pozwanego, wymagających wiedzy specjalnej, w oparciu o w/w dokumenty prywatne, bez wniosku o dowód z opinii biegłego i bez przeprowadzenia takiego dowodu;

6. art. 327⁽¹⁾ § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjęcia przez Sąd I instancji, przy akceptacji opinii biegłego, że dodatkowe ilości betonu barytowego zostały rozliczone umową z 14 lutego 2013 r. w kwocie 1 018 023,70 zł netto;

7. art. 247 k.p.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i dopuszczenie dowodu z zeznań świadków także ponad osnovę dokumentu – umowy z 14 lutego 2013 r.;

8. art. 227, 278 § 1, 285 § 1 i 3, 286, 235² § 1 pkt 2-5 k.p.c. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i przerwanie prowadzenia dowodu z opinii biegłego;

9. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłową ocenę dowodów, skutkującą błędami w ustaleniach faktycznych, polegającymi na przyjęciu, że:

- pozwanej przysługuje względem powoda roszczenie odszkodowawcze,

- kwota wierzytelności wynikająca z wykonanych przez powoda prac wykraczających poza umówiony i objęty ryczałtem zakres wynosi tylko 863 368,29 zł, podczas gdy wynosi ona co najmniej 2 007 948,11 zł,

- strona powodowa nie kierowała do pozwanej żadnych roszczeń oraz że podpisując umowy i aneksy oraz protokół końcowego odbioru robót z 30.4.2014 r. strony miały (a przynajmniej wyrażały) przekonanie o tym, że rozliczają wszystkie należności związane z wykonanymi pracami i użytymi materiałami,

- kosztorysy dotyczące robót żelbetowych w tunelu i w ringu przedstawiają szereg nieprawidłowości,

oraz na odmowie wiarygodności zeznaniom świadka M. Ś. w zakresie tego, że powód ustnie domagał się przysługującej mu zapłaty za beton barytowy ponad już rozliczoną ilość, zarazem bojąc się upomnieć o to w treści aneksów do umów.

Apelujący oświadczył, że szereg spornych pomiędzy stronami kwestii Sąd Okręgowy rozstrzygnął w sposób zgodny ze stanowiskiem strony powodowej, która kwestionuje orzeczenie tylko w zakresie wysokości należnej jej kwoty oraz w kwestii potrącenia roszczeń pozwanej. W apelacji podkreślono prawidłowość ustalenia, iż doszło do wbudowania dodatkowych ilości betonu barytowego, za który stronie powodowej należy się dodatkowe wynagrodzenie a podstawą prawną wynagrodzenia są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Apelujący nie podzielił natomiast stanowiska Sądu Okręgowego, iż:

- dodatkowe ilości betonu barytowego zostały rozliczone Aneksem nr (...) do umowy głównej w kwocie 757 528,50 zł netto oraz na podstawie umowy z 14 lutego 2013 r. w kwocie 1 018 023,70 zł,

- do rozliczenia pozostała kwota 701 925,44 zł netto (863 368,29 zł brutto),

- stronie pozwanej przysługuje roszczenie odszkodowawcze, które zostało zgłoszone do potrącenia i które w dacie potrącenia było wymagalne.

Zdaniem strony apelującej kwota należnego jej wynagrodzenia jest taka, jaką wskazywała w postępowaniu. Biegły w opinii obliczył tę kwotę inaczej, wskazując na niższą jej wysokość (2 477 477,64 zł netto); zdaniem apelującej opinia biegłego zawierała błędy, wypunktowane w zarzutach zawartych w piśmie z dnia 9.08.2019 r. Nadto Sąd Okręgowy uznał, że z tej kwoty suma 1 018 023,70 zł netto została rozliczona w ramach wynagrodzenia za realizację umowy z 14 lutego 2013 r., z czym strona powodowa się nie zgadza. Jednakże z uwagi na długi czas trwania procesu i spodziewane dalsze przedłużenie, gdyby doszło do uchylenia wyroku i kontynuowania postępowania dowodowego, strona powodowa zdecydowała się na zakwestionowanie orzeczenia tylko w zakresie wskazanym w apelacji, tj. co do zasadności potrącenia oraz co do niezasadnego ustalenia, że 1 018 023,70 zł netto zostało rozliczone w ramach wynagrodzenia za realizację umowy z 14 lutego 2013 r.

Apelujący na rozprawie apelacyjnej wyjaśnił powstanie kwoty stanowiącej wartość przedmiotu zaskarżenia. Przedstawił stosowne wyliczenie, oświadczając, że w ten sposób ogranicza się do dochodzenia tej kwoty, która wynika z opinii biegłego. Biegły na stronie 15 opinii wskazał, że wbudowano beton barytowy - ponad umowne wynagrodzenie - o wartości 2 477 477,64 zł netto (3 047 297,50 zł brutto). Od tego należy odjąć kwotę 757 528,50 zł netto (981 760,05 zł brutto), czyli koszt betonu barytowego wyliczony jako zamienny w oparciu o aneks nr (...) do umowy, co daje kwotę 2 115 537,44 zł brutto. Następnie zaś odliczyć należy kwotę 107 522 zł brutto (87 417 zł netto), którą strona powodowa otrzymała (co przyznała). Wynikiem powyższych działań jest otrzymanie kwoty 2 007 949 zł brutto, której strona powodowa dochodzi w postępowaniu apelacyjnym.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o jej oddalenie i zasądzenie na rzecz strony pozwanej od strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego. Podtrzymała swoje stanowisko prezentowane w I instancji. Ponadto strona pozwana wniosła o:

- ponowne rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 9 października 2020 r., oddalającego wniosek pozwanego o powołanie biegłego z zakresu architektury i budownictwa na okoliczność rzeczywistej wartości robót budowlanych wykonanych na podstawie umowy z 14 lutego 2013 r. oraz wynagrodzenia dodatkowego, które powód otrzymał za wbudowanie dodatkowego (wg jego twierdzeń) betonu barytowego,

- dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego z zakresu architektury i budownictwa na okoliczności jak wyżej,

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu architektury i budownictwa na okoliczność prawidłowości zaprojektowania i wykonania instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...) oraz - w razie ustalenia wadliwości wykonania tej instalacji - obliczenia kosztu prac koniecznych do jej naprawienia lub kosztu zaprojektowania i wykonania nowej, jeżeli będzie to niezbędne dla prawidłowego działania takiej instalacji.

Strona pozwana wniosła także o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu odpowiedzi na apelację rozwinęła powyższe stanowisko oraz przedstawiła własne wyliczenie co do dodatkowo wbudowanego betonu barytowego, odnosząc się przy tym krytycznie do stwierdzeń i wyliczeń zawartych w opinii biegłego, sporządzonej w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

Nadto strona pozwana zakwestionowała samodzielną legitymację powoda do dochodzenia przedmiotowego roszczenia i podniosła zarzut nadużycia prawa. Na uzasadnienie w zakresie art. 5 k.c. podniosła, że powodowi

zapłacono za wbudowanie dodatkowego betonu barytowego na podstawie umowy z 14 lutego 2013 r. a roboty uzupełniające określono pozornie – de facto strony umówiły się o rozliczenie kosztów żądanych przez wykonawcę z tytułu dodatkowego betonu.

Sąd Apelacyjny przyjął za własne ustalenia faktyczne, poczynione przez Sąd Okręgowy z wyjątkiem ustaleń, że:

- „kosztorysy (k. 85-95, k. 106-114) wykazują szereg nieprawidłowości” – w ocenie Sądu Apelacyjnego w odniesieniu do tego ustalenia (k. 868, ostatni akapit) Sąd Okręgowy nie przedstawił szczegółowej argumentacji, opierając się (jak można sądzić) na stwierdzeniu biegłego, ale nie dokonując analizy tej kwestii; ustalenie to zresztą wobec zakresu zaskarżenia w apelacji i ograniczonego żądania pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie;

- „Strony uzgodniły, że część wynagrodzenia za przedmiot tej umowy stanowi zapłatę za wbudowanie zwiększonej ilości betonu barytowego – nie można jednak określić, jaka część umownej kwoty stanowi zapłatę za beton barytowy, ponieważ strony nie sporządziły stosownego kosztorysu w tym zakresie.” (k. 870, przedostatni akapit) – w ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na takie ustalenie, nadto zważyć należy na zmienne stanowisko strony pozwanej w kwestii robót dodatkowych począwszy od całkowitego zaprzeczenia, by miały miejsce, poprzez rozliczenie ich w ramach aneksu do pierwotnej umowy, następnie rozliczenie ich w umowie z 14.02.2013 r. aż po objęcie kwoty z tytułu takich robót zarzutem potrącenia;

- „wartość prac wykonanych przez powoda przy zabudowie betonu barytowego ponad zakres robót wynikający z SIWZ i (...) wynosi 701 925,44 zł netto (863.368,29 zł brutto)” (k. 873, akapit 2, kwotę taką przywołuje Sąd Okręgowy również w rozważaniach prawnych) – w ocenie Sądu Apelacyjnego to ustalenie – a później stwierdzenia w rozważaniach - oparte jest na opinii biegłego, jednakże dokładna jej analiza (o czym będzie mowa dalej) nie pozwala na przyjęcie tak określonej wartości robót dodatkowych;

- „Zgodnie z ekspertyzą techniczną instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji w budynku (...) wykonaną na zamówienie Uniwersytetu (...) w K. przez rzeczoznawcę budowlanego M. M. w maju 2017 r. projekt wykonawczy przedmiotowej instalacji jest niezgodny z prawem budowlanym, zaś błędy projektowe i wykonawcze w instalacji są zagrożeniem życia ludzkiego i mienia. Szkada poniesiona przez Uniwersytet (...) w związku z wadliwym zaprojektowaniem i wykonaniem instalacji wynosi 9 986 084,54 zł brutto. Potwierdzają to kosztorysy koniecznych robót wykonane na zlecenie pozwanego.” (k. 874, ostatni akapit) – w ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia zaistnienia jakiegokolwiek szkody po stronie pozwanej, zaś wymienione w tym akapicie ekspertyzy mają walor jedynie dokumentów prywatnych – o czym również będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Nadto Sąd Apelacyjny ustalił, że:

- wartość robót wykonanych przy zabudowie betonu barytowego ponad umowne wynagrodzenie wyniosła 2 477 477,64 zł netto (dowód: opinia biegłego T. B. k. 669, pozycja (...)); po ubruttowaniu kwota ta wynosi 3 047 297,50 zł;

- wg Aneksu nr (...) w zakresie robót zamiennych koszt prac z betonem barytowym wyniósł 757 528,50 zł netto (dowód: opinia biegłego k. 669, w zasadzie okoliczność niesporna); po ubruttowaniu jest to kwota 931 760,05 zł;

- powód otrzymał wynagrodzenie za prace dodatkowe nieobjęte umową w kwocie 87 417 zł netto; po ubruttowaniu kwota ta wynosi 107 522 zł (okoliczność przyznana przez powoda);

- wartość prac dodatkowych powoda w zakresie wykraczającym poza SIWZ i (...) i niezapłaconych przez stronę pozwaną wynosi 2 007 949 zł brutto.

Powyższe ustalenia, korygujące opisane wyżej ustalenia Sądu Okręgowego w tej części, w której Sąd Apelacyjny ich nie zaaprobował, oparte są na przyznaniu faktu otrzymania przez powoda kwoty 107 522 zł brutto. W pozostałej części oparte są na opinii biegłego w tej części, w której nie budzi ona wątpliwości Sądu Apelacyjnego.

Tak więc w ramach opinii zaakceptowano wyliczenie wskazane na k. 669 (w kwotach netto, które należało ubruttowić) w pozycji (...) oraz w pozycji „Beton barytowy w ramach robót zamiennych Aneks nr (...)”.

Nie można było natomiast zaakceptować pozycji „zapłata za beton barytowy Umowa(...) luty 2013”, opiewającej na kwotę 1 018 023,70 zł netto. Nie wiadomo bowiem, skąd biegły powziął takie wyliczenie, tym bardziej, że na stronie 12 swojej opinii (k. 667/v) wskazuje, że nie ma możliwości jednoznacznego określenia, jaka część umownej kwoty (z umowy z 14 lutego 2013 r., mylnie wskazanej przez biegłego w tabeli jako umowa z 4 lutego 2013 r.) jest zapłatą za wykonanie betonu barytowego. Podobnie zresztą wskazał niemożność określenia takiej kwoty w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowy (k. 870), mimo to przyjmując ją za ustaloną.

Nie było podstaw do uwzględnienia wniosków dowodowych zaoferowanych przez stronę pozwaną w postępowaniu apelacyjnym. Jako podstawę wszystkich wniosków wskazano art. 380 k.p.c., czyli ponowne rozpoznanie postanowień Sądu Okręgowego, podczas gdy nigdy w postępowaniu pierwszoinstancyjnym strona pozwana nie oferowała wniosku o dowód z opinii biegłego co prawidłowości zaprojektowania i wykonania instalacji wody chłodniczej urządzeń technologicznych i klimatyzacji oraz w razie ustalenia wadliwości wykonania tej instalacji – ustalenie kosztu prac koniecznych do jej naprawienia lub wykonania nowej. Co do tego wniosku – jest on spóźniony, nie był wcześniej zgłoszony, więc art. 380 k.p.c. nie znajduje tu zastosowania, zaś strona pozwana zdaje się poniewczasie reagować na zakwestionowanie przez apelującego zasadności zarzutu potrącenia i jego podstaw. Wniosek w tym zakresie nie mógł być uwzględniony.

Co do pozostałych wniosków dowodowych (o opinię uzupełniającą oraz o ustalenie rzeczywistej wartości robót budowlanych i wynagrodzenia strony powodowej) – wnioski są również niezasadne. Zgromadzony dotychczas materiał dowodowy – zważywszy też na ograniczenie żądania w postępowaniu apelacyjnym – jest wystarczający dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie zaskarżenia. Nie ma potrzeby prowadzenia dalszych dowodów, zaś dokonywanie całkowitego przeliczenia wartości robót dla ustalenia wysokości wynagrodzenia za prace dodatkowe nie znajduje uzasadnienia wobec treści żądania i dotychczasowych stanowisk stron.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja strony powodowej okazała się zasadna.

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., stąd konieczna była korekta ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy.

Jeśli chodzi o rozważania prawne, Sąd Apelacyjny podziela argumentację, zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dotyczącą samodzielnej legitymacji czynnej strony powodowej. Analiza istoty konsorcjum a następnie konsekwencji umów i aneksów do nich, zawartych pomiędzy konsorcjantami bez wątpliwości prowadzić musi do wniosku, że strona powodowa może samodzielnie dochodzić roszczeń wynikających z umów ze stroną pozwaną a także roszczenia opartego na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Rozważania Sądu Okręgowego są prawidłowe i w pełni akceptowane przez Sąd Apelacyjny, nie ma zatem potrzeby powtarzania tej argumentacji w tym miejscu.

Podzielić należy także stanowisko co do podstawy prawnej dochodzonego roszczenia – dodatkowego wynagrodzenia za dodatkowe prace, znajdującego uzasadnienie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu, jak również stanowisko, że nawet w wypadku wynagrodzenia ryczałtowego (a tak strony postanowiły w zawartych umowach) jest możliwe domaganie się wynagrodzenia dodatkowego za dodatkowe prace. Zważyć należy, że realizowana inwestycja była pionierska i nietypowa. Sąd Okręgowy podkreślał, że zamawiający sformułował nie w pełni precyzyjną i nie w pełni adekwatną do inwestycji treść dokumentacji przetargowej, co do której strony nie wyrażały wątpliwości w okresie zawarcia umowy. Niemniej jednak przebieg prac, pojawiające się wątpliwości oraz konieczność wprowadzania

zmian w toku ich realizacji (co przyznają obydwie strony) spowodowało konieczność modyfikacji zakresu robót i użytych materiałów. Niewątpliwie – jak wskazano wyżej – przedmiotowa realizacja nie była typowa, nie istniały krajowe wzorce i przykłady podobnych budów, na których można by się oprzeć, zaś szczególne wymogi m.in. w zakresie bezpieczeństwa z uwagi na promieniowanie generowały szereg problemów i wątpliwości, rozwiązywanych na bieżąco a niemożliwych do przewidzenia wcześniej. Jest to zatem sytuacja, w której mogły – i faktycznie pojawiły się – potrzeby wykonania dodatkowych robót, nie objętych umowami, a niezbędnych dla zrealizowania inwestycji. Właśnie ich wykonanie spowodowało wzbogacenie po stronie pozwanej.

Nie można natomiast zgodzić się z argumentacją Sądu Okręgowego odnośnie wyliczenia należnej stronie powodowej kwoty oraz zarzutu potrącenia.

Nawiązując do wcześniejszych rozważań Sąd Apelacyjny podziela pogląd apelującej strony powodowej, że wyliczenie kwoty, jaka jej się należy przy uwzględnieniu stanowiska, zawartego w apelacji przedstawia się następująco:

- kwotę 3 047 297,50 zł brutto (2 447 477,67 zł netto) wskazaną przez biegłego w pozycji (...) na k. 15 opinii (k. 669 akt) należy pomniejszyć o kwotę 931 760,05 zł brutto (757 528,50 zł netto), bezspornie wypłaconą stronie powodowej na podstawie Aneksu nr (...) do pierwotnej umowy, w wyniku czego otrzymuje się kwotę 2 115 537,44 zł brutto,

- następnie od kwoty 2 115 537,44 zł należy odjąć kwotę 107 522 zł brutto (87 417 zł netto), którą powód otrzymał – co przyznał,

- wynikiem powyższych działań jest kwota **2 007 949** zł brutto (zaokrąglona do pełnego zł).

Ostatnia z wymienionych kwot, tj. 2 007 949 zł brutto, jest należna powodowi z tytułu dochodzonego od pozwanej roszczenia opartego na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Nie było podstaw do odliczania kwoty 1 018 023,70 zł od kwoty w opinii biegłego z pozycji (...), nie wykazano bowiem, by w ramach umowy z dnia 14 lutego 2013 r. wypłacono stronie powodowej jakieś wynagrodzenie z tytułu wbudowania dodatkowego betonu barytowego. Nie wskazuje na to ani treść umowy, ani zeznania świadków. Sam biegły zresztą – jak to już wcześniej zaznaczono – w innym miejscu opinii wskazał, że nie ma możliwości jednoznacznego określenia, jaka część kwoty z tejże umowy jest zapłatą za wykonanie betonu barytowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego materiał dowodowy nie dał podstaw do przyjęcia, by w ramach umowy z 14 lutego 2013 r. zapłacono powodowi jakąkolwiek część wynagrodzenia za dodatkowe prace z betonem barytowym.

Apelujący zaznaczał, że ogranicza się w apelacji do minimalnej kwoty, jaka wynika z wyliczeń biegłego, mimo że jego zdaniem należna mu kwota jest wyższa. W takiej sytuacji nie ma podstaw do dalszego badania, czy np. pierwotnie dochodzona kwota (objęta żądaniem pozwu) była zasadna czy też nie.

Odsetki od powyższej kwoty należą się stronie powodowej od dnia doręczenia odpisu pozwu stronie pozwanej (art. 455 k.c.). Są to odsetki ustawowe do dnia 31 grudnia 2015 r., zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. odsetki ustawowe za opóźnienie, zgodnie ze zmianą brzmienia art. 481 k.c. (ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U.2015.1830).

Co zarzutu potrącenia, zgłoszonego przez stronę pozwaną, stanowisko Sądu Okręgowego jest całkowicie niezasadne.

Po pierwsze zgodzić się należy z apelującym, że doszło do naruszenia art. 6 k.c., bowiem Sąd Okręgowy niewłaściwie przyjął, na kim spoczywa ciężar dowodu w takim wypadku. Stanowisko Sądu Okręgowego co do ustawowych przesłanek potrącenia jest prawidłowe – z teoretycznego punktu widzenia, jednakże w niniejszej sprawie do uznania skuteczności zarzutu potrącenia nie mogło dojść. To strona pozwana podniosła ten zarzut i zobligowana była – dla jego skuteczności – do wykazania zaistnienia przesłanek potrącenia oraz udowodnienia zasadności samego roszczenia. Całkowicie błędne – i naruszające dyspozycję art. 6 k.c. - jest stanowisko Sądu Okręgowego, że to powód, który zaprzeczył twierdzeniom pozwanego, na których oparte jest oświadczenie o potrąceniu, winien był udowodnić lub

choćby uprawdopodobnić niezasadność roszczenia przedstawionego do potrącenia. Ten ciężar spoczywał nie na powodzie, lecz na stronie pozwanej.

Tymczasem strona pozwana w żadnym zakresie nie udowodniła istnienia roszczenia, na którym oparła zarzut potrącenia. Zaoferowała Sądowi Okręgowemu jedynie prywatną ekspertyzę i kosztorysy prac, które miałyby być niezbędne, aby przywrócić zgodność prac strony powodowej z prawem budowlanym i usunąć zagrożenie życia ludzkiego i mienia (takimi pojęciami posługuje się przedłożona przez stronę pozwaną ekspertyza). Nie zawnioskowano adekwatnych dowodów np. z opinii biegłego, tymczasem prywatna ekspertyza i kosztorys mogą być co najwyżej uzupełnieniem stanowiska strony pozwanej, a nie dowodem na zaistnienie szkody. Co więcej – do zakończenia procesu, a zatem przez szereg lat od chwili podniesienia zarzutu, nie przedstawiła strona pozwana nawet twierdzeń o tym (nie mówiąc o dowodach), by jakiegokolwiek prace związane ze wskazanymi w ekspertyzie nieprawidłowościami, zostały wykonane i ile kosztowały, co musi dziwić tym bardziej, że w ekspertyzie wskazywano na poważne zagrożenia dla bezpieczeństwa ludzi i mienia a wyliczenie rzekomej szkody opiewało na bardzo poważną kwotę.

Tak więc błędna ocena rozkładu ciężaru dowodu oraz wagi zaoferowanych przez stronę pozwaną dowodów doprowadziły do niezasadnego uwzględnienia zarzutu potrącenia i stwierdzenia, że doszło do umorzenia wierzytelności.

Wobec powyższego zaskarżony wyrok ulec musiał zmianie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Konsekwencją zmiany orzeczenia co do istoty jest zmiana rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu przed Sądem Okręgowym. Na koszty poniesione przez stronę powodową składały się: 100 000 zł opłaty od pozwu, koszty wynagrodzenia pełnomocnika obliczone wg Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r., obowiązującego w chwili wniesienia pozwu (7 200 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (17 zł) oraz koszty zaliczki na opinię biegłego (30 000 zł). Łącznie była to kwota 137 217 zł. Zważywszy, że powód utrzymał się przy swoim żądaniu w zakresie 62% - należy mu się tytułem kosztów kwota 85 075 zł (art. 100 zd. 1 k.p.c.).

Obciążenie brakującą zaliczką na poczet opinii biegłego zostało rozliczone stosownie do stopnia utrzymania się przy żądaniach.

Co do kosztów postępowania apelacyjnego, powód wygrał w tej instancji w całości, należy mu się zatem na podstawie art. 98 k.p.c. kwota 111 648 zł, na którą składa się wynagrodzenie pełnomocnika wg wartości przedmiotu zaskarżenia i na podstawie Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, obowiązującego w chwili wniesienia apelacji (11 250 zł, czyli 75 % z kwoty 15 000 zł) oraz zwrot opłaty od apelacji w kwocie 100 398 zł. Co do tej ostatniej pozycji zwrócić należy uwagę, że strona powodowa uiszczała większą od wymaganej opłatę (5% od kwoty wskazanej jako wartość przedmiotu zaskarżenia wynosi 100 398 zł, podczas gdy uiszczono 105 777 zł).