



Sygn. akt II CSK 541/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 maja 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Iwona Koper (przewodniczący)

SSN Wojciech Katner

SSA Barbara Lewandowska (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa B. Spółki Akcyjnej w [...] przeciwko Województwu [...] o podwyższenie wynagrodzenia i zapłatę, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 11 maja 2017 r., skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 17 marca 2016 r., sygn. akt I ACa .../15,

- 1) oddała skargę kasacyjną;**
- 2) zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.200,- (siedem tysięcy dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powód B. S.A. w [...] wnosił o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Województwa [...] kwoty 1.170.215,44 zł, w tym 968.290,45 zł z tytułu wynagrodzenia za prace dodatkowe wykonane w związku z budową obwodnicy [...] oraz 201.924,99 zł z tytułu odszkodowania za szkodę poniesioną przy wykonywaniu umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa, twierdząc, że roboty uznawane przez powoda za dodatkowe wchodziły w zakres kontraktu. Kwestionował też ilość i wartość tych robót, określoną w pozwie. Zaprzeczył istnieniu podstaw do dochodzenia przez powoda odszkodowania za szkody wynikające z realizacji powyższej umowy.

Wyrokiem z dnia 20 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w [...] oddalił powództwo, a na skutek apelacji powoda Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 17 marca 2016 r. zmienił częściowo powyższy wyrok poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 882.674,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11 września 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r., oddalając powództwo i apelację w pozostałej części oraz modyfikując orzeczenie o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie zapadło w następującym stanie faktycznym, ustalonym przez Sądy pierwszej i drugiej instancji:

Pozwany zorganizował przetarg nieograniczony, zmierzający do udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pod nazwą „Budowa obejścia m. [...] w ciągu drogi wojewódzkiej numer [...]”. W ramach procedury przetargowej oferenci dysponowali przygotowanymi przez zamawiającego dokumentami w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z projektem umowy, warunkami umowy, szczegółowymi specyfikacjami technicznymi, projektem technicznym i formularzem oferty, którego prawidłowe wypełnienie wymagało dołączenia, m.in., wycenionego przedmiaru robót oraz wykazu stawek i narzutów. Dokument ten, określany jako „Wyceniony Przedmiar Robót”, stanowił zestawienie przewidzianych do wykonania robót wraz

z ich szczegółowym opisem, ceną jednostkową każdego elementu i określeniem jego wartości. W wyniku przetargu powód został wyłoniony jako wykonawca przedmiotowych robót.

W dniu 16 lutego 2010 r. strony zawarły pisemną umowę, na podstawie której pozwany powierzył powodowi do wykonania roboty budowlane, obejmujące szczegółowy zakres rzeczowy opisany w załącznikach nr 2, 3, 4 i 5 do umowy, w terminie do dnia 30 września 2011 r., za wynagrodzeniem w kwocie maksymalnej 19.756.794,34 zł brutto, ustalonej w oparciu o ofertę wykonawcy stanowiącą załącznik nr 1. Umowa (w załączniku nr 2) przewidywała możliwość dokonania jej zmian – w szczegółowo określonych warunkach i na ściśle ustalonych zasadach, w formie aneksu zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Bliższe dane określające lokalizację, przedmiot, zakres, kolejność i technologię wykonania robót były ujęte w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, rysunkach i instrukcji dla wykonawców (SIWZ). Specyfikacja przedmiotu zamówienia obejmowała 21 szczegółowo opisanych pozycji.

W myśl umowy inżynier projektu mógł polecić wykonawcy konkretną modyfikację zakresu robót, w oparciu o wcześniej sporządzony protokół konieczności, zawierający opis zmian wraz z ich wyceną i zatwierdzony przez przedstawiciela zamawiającego. Strony ustaliły m.in., że w razie konieczności wykonania robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. - dalej: p.z.p.), lub prac uzupełniających, a także w sytuacjach ściśle określonych w umowie, zawrą odrębną umowę na zasadzie art. 144 ust. 1 p.z.p. Do obowiązków umownych powoda należało ewentualne uaktualnienie dostarczonego mu projektu zmiany organizacji ruchu na czas robót oraz oznakowanie i zabezpieczenie terenu robót zgodnie z projektem, jak również wykonanie, utrzymanie w stanie nadającym się do użytku i likwidacja wszystkich robót tymczasowych, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W dniu 25 lipca 2011 r. strony podpisały aneks nr 1 do umowy, uwzględniający ustawową zmianę stawki podatku VAT w trakcie wykonywania umowy, a w konsekwencji – zmianę wynagrodzenia wykonawcy brutto do

wysokości 19.828.464,57 zł. Pozwany odrębną umową zlecił zarządzanie projektem budowy obwodnicy innemu podmiotowi (spółce jawnej), a także wyznaczył ze swej strony kierownika projektu z Wydziału Budowy i Nadzoru [...] Zarządu Dróg Wojewódzkich w [...].

Zgodnie z projektem obwodnica miała się krzyżować z istniejącą linią kolejową, co wymagało wykonania wiaduktu. W projekcie wykonawczym przewidziano, że w celu wbudowania konstrukcji wiaduktu w tor kolejowy dojdzie do zamknięcia ruchu na linii kolejowej na okres 4 do 7 dób i w tym czasie nastąpi rozbiórka nawierzchni kolejowej na odcinku 50 m, wykonanie wykopu w torowisku, wybudowanie fundamentu kruszywowego i ułożenie na nim zmontowanej już konstrukcji wiaduktu, wewnątrz której wykonawca wykona nawierzchnię kolejową. Przewidziano ułożenie nowej podsypki oraz zdemontowanych wcześniej podkładów i nowych szyn. Projekt zaaprobował zarządca linii kolejowej, zastrzegając, że przed uzyskaniem pozwolenia na budowę wiaduktu i przepustu inwestor powinien zawrzeć z PKP PLK S.A. Zakładem Linii Kolejowych w [...] umowę z sprawie zlokalizowania obiektów z udostępnieniem gruntu PKP, ustalając warunki prowadzenia robót, odbioru i dalszej eksploatacji obiektów na tym gruncie. Także według SIWZ zamawiający był zobowiązany do zawarcia z PKP umowy ustalającej zasady prowadzenia robót, udostępnienia gruntu kolejowego i sprawowania nadzoru ogólnego przez przedstawicieli PKP oraz do poniesienia kosztów związanych z realizacją tej umowy. Wykonawca natomiast zobowiązał się do ścisłego przestrzegania warunków regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu kolejowego w czasie wykonywania robót, opracowanego i dostarczonego mu przez PKP. Umowa w tym przedmiocie, pomiędzy pozwanym a PKP PLK S.A., została zawarta w dniu 1 kwietnia 2010 r.

Jednym z wymogów stawianych przez PKP w związku z budową wiaduktu była budowa kozła oporowego na czas zamknięcia toru oraz wykonanie podbicia stabilizacyjnego toru na odcinku ok. 350 m po zakończeniu prac związanych z odbudową nawierzchni kolejowej i dopuszczeniu toru do ruchu. Postawienie kozła oporowego było niezbędne w świetle § 28 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie.

Po zgłoszeniu przez wykonawcę inwestorowi potrzeby montażu kozła oporowego i wskazaniu, że prace takie nie zostały ujęte w dokumentacji projektowej, inżynier projektu ostatecznie polecił powodowi wykonanie kozła. PKP uzależniał od tego udostępnienie terenu budowy i pozwolenie na zamknięcie toru, bez czego wykonawca nie mógł prowadzić dalszych prac. Kozioł oporowy został wykonany w dniach 21 - 23 maja 2010 r., a po zakończeniu prac rozebrany na zlecenie powoda przez S. L., prowadzącego przedsiębiorstwo pod nazwą S. Usługi Budowlane i Kolejowe [...]. Wynagrodzenie dla tego przedsiębiorcy za powyższe prace wynosiło 45.585,73 zł. Ten sam wykonawca na zlecenie powoda wykonał nadto wymagane przez PKP podbicie stabilizacyjne toru na wskazanym odcinku, za wynagrodzeniem wynoszącym 34.500 zł netto. Inspektor nadzoru potwierdził wykonanie kozła oporowego i jego rozbiórkę. Projektant uznał ustawienie kozła za uzasadnione. W dniu 23 lipca 2010 r. komisja z udziałem przedstawiciela zarządcy linii kolejowej, bez zastrzeżeń, przeprowadziła ostateczny odbiór do eksploatacji prac związanych z budową wiaduktu. W protokole odbioru stwierdzono, że odebrane prace obejmują również podbicie stabilizacyjne toru na oznaczonym odcinku.

Na radach budowy w czerwcu i lipcu 2010 r. kierownik projektu informował, że oczekuje na przekazanie zweryfikowanych przez inżyniera projektu protokołów konieczności dotyczących wykonania prac związanych z kozłem oporowym i podbiciem stabilizacyjnym torów oraz rozbiórką znajdujących się na placu budowy fundamentów budynku. W dniu 16 sierpnia 2010 r. powód sporządził wniosek nr 55a na budowę i rozbiórkę kozła oporowego. W dniu 23 września 2010 r. zespół, w skład którego wchodził kierownik budowy ze strony wykonawcy, przedstawiciele inspektora nadzoru i projektant ze strony inwestora, sporządził protokół konieczności nr 2, w którym zgłoszono konieczność wykonania i rozbiórki kozła oporowego na linii kolejowej, o szacowanej wartości robót 45.585,73 zł netto. Wcześniej powód sporządził wniosek wykonawcy nr 56a, dotyczący wykonania podbicia stabilizacyjnego toru na oznaczonym odcinku, a wymieniony powyżej zespół w dniu 27 sierpnia 2010 r. sformułował protokół konieczności nr 1, zgłaszający konieczność wykonania powyższych prac o wartości szacunkowej

34.500 zł netto, które podobnie jak te związane z kozłem oporowym nie były przewidziane w dokumentacji projektowej inwestora.

Kierownik projektu zaopiniował negatywnie wniosek wykonawcy nr 56a, na podstawie którego sporządzano protokół konieczności nr 1, stwierdzając, że element „Regulacja naprężeń w torach po wykonaniu obiektu” był ujęty w specyfikacji technicznej w dziale „Roboty kolejowe” i znany powodowi przed złożeniem oferty. Podbicie torów nie było objęte tabelą elementów rozliczeniowych. Na radach budowy w październiku i listopadzie 2010 r. stwierdzano, że trwa weryfikacja protokołów konieczności dotyczących podbicia toru, budowy i rozbiórki kozła oporowego i rozbiórki niezinventaryzowanego fundamentu. W dniu 15 grudnia 2010 r. sporządzono kolejny protokół konieczności, nr 2.1, w dalszym ciągu wskazując na konieczność wykonania i rozbiórki kozła oporowego. W grudniu 2010 i styczniu 2011 r. S. L. wzywał powoda do przeprowadzenia odbioru wykonanych przez niego robót i przyjęcia wystawionej za nie faktury VAT.

Opinia biegłych w niniejszym postępowaniu potwierdziła, że zarówno wykonana przez powoda stabilizacja toru, jak i kozła oporowego, były konieczne i wynikały z warunków technicznych utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych oraz wymogów bezpieczeństwa podczas wykonywania robót związanych z budową wiaduktu. Niewykonanie stabilizacji toru byłoby niezgodne z zasadami sztuki budowlanej i uniemożliwiłoby odbiór techniczny odbudowanego toru.

Pomiędzy stronami sporna okazała się kwestia zakresu robót przygotowawczych, objętych przedmiarem i wyceną, w zakresie zdjęcia warstwy humusu z wywozem w miejsce wybrane przez wykonawcę, przy pozostawieniu części humusu do wykorzystania przy budowie. Przedmiar zakładał usunięcie warstw ziemi urodzajnej, a stawki wynagrodzenia za te roboty były zróżnicowane w zależności od grubości warstwy (do głębokości 40, 60, 70, 80 i 100 cm) i liczone od ilości metrów kwadratowych usuniętej ziemi – od 0,25 zł do 25,15 zł netto za każdy 1 m². Z tymi pracami powiązane były inne konieczne roboty, obejmujące wykonanie wykopów w gruntach wraz z transportem urobku w miejsce wybrane przez wykonawcę, wykonanie nasypów z zagęszczeniem z gruntu uzyskanego z dokopu oraz wymianę gruntów – odspojenie gruntów torfowych i gruntów

wysadzinowych zalegających na trasie projektowanej drogi wykopów, z wywozem w miejsce wybrane przez wykonawcę. Każdy z tych rodzajów prac wyceniany był w przedmiarze według szacunkowej ilości i odpowiednio zróżnicowanych stawek za każdy 1 m³. Przewidywane ilości powyższych robót ziemnych ujęte były w dokumentacji projektowej i projekcie wykonawczym, stanowiących część dokumentacji kontraktowej. W trakcie prowadzenia przez powoda robót ziemnych na bieżąco dokonywano pomiarów geodezyjnych, a przy robotach ziemnych na stałe znajdował się zespół geodetów, dokonujących pomiarów przed rozpoczęciem prac przez maszyny budowlane, a także po zakończeniu prac metodą przekrojów poprzecznych. Obmiary zdjętego humusu wykonywano na podstawie prac faktycznie wykonanych. Badania te prowadzono na zdecydowanie większej powierzchni niż w przypadku badań geodezyjnych w fazie prac projektowych. Nie dokonywano odkrywek. W czasie robót ziemnych na budowie był obecny inżynier projektu, który badał powyższe kwestie przez 3 dni.

Podczas zdejmowania humusu zauważono, że w umowie (w stanowiącej podstawę rozliczeń stron Tabeli Elementów Rozliczeniowych – TER) błędnie określono jego ilość. Okazało się, że w żadnym z miejsc nie występowała zakładana w projekcie warstwa o grubości 40 cm, a wymagająca zdjęcia ilość humusu była znacznie większa od projektowanej, co w konsekwencji zwiększyło ilość niezbędnych do wykonania robót ziemnych. W związku z tym powód przesłał pozwanemu wniosek wykonawcy nr 53, w którym wskazał na konieczność korekt ilościowych w poszczególnych pozycjach w zakresie warstw o grubości 60, 70 i 80 cm. Wskazany wyżej zespół złożony z kierownika budowy, inżyniera projektu i branżowego inspektora nadzoru, sporządził protokół konieczności nr 3 z dnia 30 sierpnia 2010 r., zgłaszając inwestorowi konieczność wykonania większej ilości prac ziemnych przy zdejmowaniu humusu z uwagi na stwierdzone w trakcie prowadzenia robót głębsze zaleganie ziemi urodzajnej w stosunku do dokumentacji projektowej. Skorygowany bilans związanych z tym pozycji w TER wskazywał na zwiększenie wartości robót o łącznie 355.487,65 zł netto. Stwierdzono, że oznaczenie faktycznych ilości będzie możliwe dopiero w toku prac.

Podczas robót ziemnych sporządzano karty obmiaru ilości zebranego humusu, zatwierdzane przez kierownika budowy, inspektora nadzoru i inżyniera

projektu odrębnie co do warstw o poszczególnej grubości 60, 70, 80 i 100 cm. Powód stwierdził nadto konieczność pogłębienia wymian gruntów przy pracach związanych z odspojeniem gruntów torfowych w stosunku do założeń przyjętych w projekcie. Także i te prace były ewidencjonowane w kartach obmiaru zatwierdzonych co do wykonania zwiększonego zakresu rzeczowego przez kierownika budowy, inspektora nadzoru i inżyniera projektu. Powód zlecił nadto wykonanie bilansu objętości gruntów geodecie, który wykazał wybranie gruntów torfowych w objętości łącznie 24.585,42 m³, podczas gdy według przedmiaru w dokumentacji kontraktowej odspojenie gruntów torfowych wraz z wywozem miało obejmować 16.069 m³. W związku z powyższym powód złożył inwestorowi wniosek wykonawcy nr 51a, informując o wykrytej w toku prac konieczności zwiększenia ilości wymienianego gruntu o około 9.000 m³ w stosunku do ilości projektowanej. Wniosek o uwzględnienie tej korekty w prowadzonych robotach zawarty został w protokole konieczności nr 4 z sierpnia 2010 r., w którym stwierdzono, że możliwość dokładnego ustalenia zakresu wymiany gruntów powstała dopiero w trakcie prowadzenia robót. Wskazano, że projekt nie zakładał wykonania badań geologicznych na etapie wykonywania prac. Jedyne badania warunków gruntowo-wodnych, na jakich oparto wyliczenia, opisuje projekt wykonawczy sporządzony na podstawie badań geotechnicznych, opracowany dla potrzeb koncepcji budowy.

Pismem z dnia 24 września 2010 r., a następnie na radach budowy w październiku i listopadzie 2010 r., zamawiający odmówił uwzględnienia robót wskazanych w protokołach konieczności nr 2 i 3 oraz wnioskach wykonawcy nr 51a i 53a, dotyczących usunięcia dodatkowych ilości humusu i zwiększonej wymiany gruntu. Odmowę motywowano niemożnością zweryfikowania wniosków na podstawie operatów geodezyjnych, gdyż inżynier projektu i wykonawca nie zgłosili przed wykonaniem prac różnic grubości warstw ziemi w stosunku do ujętych w przedmiarze robót. Inżynier projektu potwierdził jednak wykonanie powyższych robót i swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w protokołach konieczności, zweryfikowanych i pozytywnie zaopiniowanych przez nadzór autorski.

W dniu 15 marca 2011 r. podczas spotkania przedstawicieli stron, na wniosek powoda, ustalono przeprowadzenie badań laboratoryjnych grubości warstw humusu wzdłuż linii wykonywanych robót ziemnych i grubości wykonanego

nasypu. Dla potrzeb tych badań w obrębie budowy wykonano 21 odwiertów punktowych, z których 5 wskazywało na większe niż 40 cm warstwy humusu. Po wykonaniu prac ziemnych w zakresie wykopów i nasypów powód zlecił wykonanie bilansu firmie geodezyjnej. Rzeczywistą ilość wykonanych prac ziemnych związanych z wykopami i nasypami ujęto w szczegółowym bilansie z dnia 13 stycznia 2011 r., sporządzonym przez geodetę na zlecenie powoda. Na podstawie tego wyliczenia powód przedstawił inżynierowi projektu wniosek wykonawcy nr 106, który po weryfikacji przez zamawiającego został odrzucony.

Protokołem konieczności nr 12 z dnia 31 marca 2011 r. wspomniany wyżej zespół zgłosił inwestorowi konieczność wykonania robót dodatkowych w zakresie 7.492,38 m³ wykopów (wzrost o 5,5% w stosunku do projektu), 148.852,71 m³ nasypów (wzrost o 8,9% w stosunku do projektu) i 22.424,02 m³ wymiany gruntu, których szacunkową wartość, zaopiniowaną przez inżyniera projektu, wyceniono na kwotę 392.446,69 zł brutto. Projektant w uwagach do protokołu nr 12 wskazał, że powyższy wzrost ilościowy wynikał ze zwiększonej w stosunku do projektu ilości gruntów organicznych, torfu oraz zwiększonej grubości warstw humusu, uzasadnionej dużą zmiennością warunków gruntowo - wodnych w ciągu obwodnicy [...]. Na kolejnych spotkaniach przedstawicieli stron i radzie budowy w marcu 2011 r. stwierdzano, że trwa weryfikacja przez inwestora protokołów konieczności przedstawianych przez wykonawcę. Ostatecznie pismem z dnia 12 maja 2011 r. Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w [...] odesłał protokół konieczności nr 12 bez akceptacji. Pismem z dnia 25 maja 2011 r. inżynier projektu nadal rekomendował przedstawicielowi zamawiającego zatwierdzenie większej ilości robót ziemnych opisanych w protokole konieczności nr 12.

Jak wynika z opinii biegłych, usunięcie warstwy humusu jest pierwszą czynnością wykonywaną na budowie drogi przed przystąpieniem do właściwych robót ziemnych, natomiast wymiana gruntu jest jednym ze sposobów wzmocnienia podłoża nośnego i taka metoda wzmocnienia została przyjęta w projekcie. Projektant, na podstawie wykonanych badań geotechnicznych (metodą odwiertów punktowych) przyjął, że grunty organiczne, czyli warstwa humusu i torfu, zalegają na głębokości 0,4 – 1,2 m. Badania geotechniczne pozwalają jedynie na dokonanie założeń teoretycznych, które nie muszą odpowiadać rzeczywistej głębokości

humusu. Z analizy profilu podłużnego w projekcie obwodnicy [...] na podstawie wyników odwiertów wynikało, że głębokość położenia humusu jest zróżnicowana (badane wartości wynosiły 0,4 m, 0,6 m i 1,0 m) i że szczegółowe dane w tym zakresie będą do uzyskania tylko bezpośrednio w trakcie wykonywania robót ziemnych. Jest to standardowa procedura w realizacji prac drogowych. Analiza dokumentacji geodety potwierdza bardzo zróżnicowany wysokościowo teren, na którym wykonywane były sporne roboty ziemne. W przyjętej przez projektanta technologii wzmocnienia podłoża gruntowego, w przypadku stwierdzenia głębszego zalegania gruntów organicznych, konieczna była ich całkowita wymiana. Ustalenie po wybudowaniu drogi rzeczywistej objętości wymienionego gruntu jest niemożliwe. Konieczność wykonania nasypu wynikała bezpośrednio z głębokości zalegania warstwy humusu i torfu, które wbrew założeniom wykazały wyższą miąższość. Bez wykonania wykopów i nasypów nie jest możliwe wybudowanie drogi, a ostateczne głębokości wykopów można zmierzyć tylko w trakcie ich wykonywania. Podczas robót ziemnych geodeta dokumentuje wszelkie nierówności terenu, podmokłe grunty, warstwy nienośne; po zakończeniu budowy zróżnicowanie i struktura podłoża są niemożliwe do stwierdzenia.

Analogiczny brak porozumienia pomiędzy stronami wystąpił w odniesieniu do robót telekomunikacyjnych, w zakresie przebudowy kabla linii napowietrznej. W specyfikacji technicznej tych prac, zawartej w dokumentacji kontraktowej, przewidziano m.in. montaż złączy i wyłączenie kabla równoległego ze złącza z użyciem jednego złącza, podczas gdy z technologii tych robót wynikało, że do ich wykonania potrzeba dwóch złączy i związanego z ich montażem większego nakładu pracy, co potwierdzili inspektor nadzoru i projektant. Potrzebę zwiększenia ilości złączy stwierdził powód po analizie technicznej przed przystąpieniem do realizacji tej części prac. Powód wykonał powyższe roboty zgodnie z wymogami technicznymi, wykonując potrzebną ilość złączy. W dniu 16 czerwca 2010 r. prace te zostały odebrane bez zastrzeżeń, a przebudowany kabel przekazano do eksploatacji TP S.A. W dniu 17 września 2010 r. powód złożył inwestorowi wnioski wykonawcy nr 62 i 63, zawierające powyższe korekty ilości materiału i robót w zakresie przebudowy kabli i montażu złączy. Wniosek jako zasadny zaopiniowali inspektor nadzoru, projektant i inżynier projektu, wnioskując o jego zatwierdzenie.

W ślad za powyższymi wnioskami wspomniany zespół protokołem konieczności nr 7 z dnia 27 września 2010 r. zgłosił konieczność wykonania powyższych prac telekomunikacyjnych, wskazując, że potrzeba wykonania dwóch, a nie jednego złącza, wynika z technologii robót.

Zamawiający zlecił Pracowni Projektowej Dróg i Mostów R. K. zaopiniowanie wniosków wykonawcy nr 62 i 63 w ramach nadzoru autorskiego. Pracownia ta poinformowała inwestora, że w projekcie wykonawczym ujęto wykonanie dwóch złączy, natomiast w kosztorysie i przedmiarze robót uwzględniono tylko jedno złącze, a drugie zostało pominięte, w związku z czym koszty tych robót powinny ulec zwiększeniu o koszty pominiętego złącza. W związku z koniecznością wykonania powyższych prac inżynier projektu polecił wykonawcy sporządzenie oferty cenowej, a powód poinformował pozwanego, że wartość przedmiotowych prac jest zamieszczona we wnioskach wykonawcy nr 62 i 63. Przeprowadzenie robót dodatkowych w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej we wskazanym zakresie było konieczne i wynikało z technologii robót oraz projektu wykonawczego.

Dokumentacja projektowa przewidywała ponadto, że projektowana obwodnica miała przecinać gazową rurę przesyłową wysokiego ciśnienia DN 500. Z tego względu projekt zakładał wykonanie przepustu oraz rury ochronnej, co wymagało zawarcia przez inwestora porozumienia z Operatorem Gazociągów Przemysłowych G. S.A. w [...]. W dniu 29 kwietnia 2010 r. powód zgłosił pozwanemu niemożność prowadzenia dalszych prac z uwagi na brak takiego porozumienia. Zamawiający ostatecznie zawarł je w dniu 11 października 2010 r., a po dokonaniu uzgodnień powód w listopadzie 2010 r. uzyskał zgodę od operatora gazociągu na rozpoczęcie robót zabezpieczających gazociąg. Zgodnie z dokumentacją kontraktową powód miał w tym zakresie wykonać rurę ochronną, natomiast projekt nie przewidywał wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego na rurociągu, poza malowaniem pędzlem farbami pokładowymi i farbą nawierzchniową. W trakcie realizacji prac operator gazociągu zażądał zastosowania izolacji zewnętrznej dla rury ochronnej DN 700 jak dla rury przewodowej DN 500, co wynikało z przyjętych w spółce G. standardów bezpieczeństwa technicznego, opracowanych w dokumencie „Wymagań technicznych dla projektantów i

wykonawców”, obowiązującym w działalności Spółki od grudnia 2006 roku. O wymaganii izolacji rury ochronnej kierownik robót poinformował inżyniera projektu, który wyraził zgodę na wykonanie tych prac. Wykonawca złożył w związku z tym wniosek nr 104, dotyczący konieczności wykonania wymaganej izolacji. Zakończenie przez powoda tych robót stwierdzono na naradzie budowy w dniu 22 lutego 2011 r. Protokołem konieczności nr 11 z dnia 10 marca 2011 r. wskazany wyżej zespół stwierdził celowość wykonania izolacji taśmą antykorozyjną z polietylenu klasy C na projektowanej rurze ochronnej DN 700, co nie było uwzględniane w dokumentacji projektowej. Załączony do protokołu wniosek wykonawcy został pozytywnie zaopiniowany przez nadzór autorski. Inżynier projektu wykonanie przedmiotowej izolacji uznał za konieczne, wskazując, że wykonanie tych prac zgodnie z wytycznymi operatora gazociągu warunkuje dokonanie przez niego odbioru technicznego. Także opinia biegłych potwierdziła, że wykonanie izolacji z taśmy antykorozyjnej rury ochronnej na rurociągu gazowym DN 500 wysokiego ciśnienia było konieczne. Bez tego elementu prac nie można byłoby kontynuować robót, ponieważ operator sieci gazowej nie dokonałby odbioru niewłaściwie zaizolowanej rury przesyłowej. Protokół konieczności nr 11 wraz z wnioskiem wykonawcy nr 104 został negatywnie zaopiniowany przez inwestora, ze wskazaniem, że izolacja rury ochronnej DN 700 była uwzględniona w materiałach przetargowych branży gazowej.

Z uwagi na zanikowy charakter wszystkich wyżej opisanych prac, ustalenia dotyczące robót ziemnych były dokonywane w oparciu o obmiary i operaty geodezyjne, dołączone do dokumentacji technicznej budowy. Anekssem nr 2 z dnia 26 września 2011 r. strony zmieniły termin wykonania przedmiotu umowy do dnia 31 października 2011 r. Ostatecznie protokół odbioru robót do końcowego świadectwa płatności podpisano w dniu 5 grudnia 2011 r. Dokument ten potwierdzał wykonanie przez powoda, zgodnie z umową, pełnego zakresu zleconych mu prac, według kart obmiarów i innych wymienianych załączników. Stwierdzono, że wykazane w rozliczeniu roboty zostały sprawdzone pod względem technicznym i jakościowym. Zakładana wartość kontraktu wynosiła 19.828.464,59 zł, wartość robót odebranych od powoda - 19.650.409,27 zł,

a według dotychczasowego stanu rozliczeń do zapłaty na rzecz powoda przypadła kwota 1.815.668,77 zł.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2012 r., doręczonym w dniu 10 sierpnia 2012 r., powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1.170.215,44 zł w terminie do dnia 20 sierpnia 2012 r. z tytułu roszczeń wynikających z umowy z dnia 16 lutego 2010 r. Na żadaną kwotę składało się wynagrodzenie za prace dodatkowe za wykonanie podbicia stabilizacyjnego toru, wykonanie i rozbiórkę kozła oporowego, zdjęcie dodatkowej warstwy humusu, odspojenie większej niż według założeń projektu ilości gruntów torfowych, wykonanie dodatkowych wykopów i nasypów, prace przy sieci telekomunikacyjnej w zakresie nieprzewidzianym w dokumentacji kontraktowej, izolację taśmą antykorozyjną rury ochronnej na rurociągu gazowym wysokiego ciśnienia, w łącznej kwocie 968.290,45 zł brutto. Powód zażądał ponadto odszkodowania w wysokości łącznie 201.924,99 zł z tytułu dłuższego niż zakładany czasu realizacji umowy w wyniku konieczności wykonania powyższych prac dodatkowych oraz kosztu wydłużenia okresu pracy sprzętu i ludzi o 32 dni.

Pozwany uznał roszczenia powoda jedynie do wysokości 4.221,75 zł netto z tytułu usunięcia warstwy humusu o grubości 40 cm, prosząc o wystawienie mu faktury VAT na tę kwotę. Pozostałe żądania powoda uznał za nieuzasadnione. Wartość netto spornych robót budowlanych w zakresie prac ziemnych, ustalona przez Sądy obu instancji w oparciu o opinię biegłego, wynosiła łącznie 636.608,50 zł netto (wyliczona według stawek jednostkowych z oferty powoda - łącznie 757.844,12 zł netto), a wartość pozostałych prac dodatkowych - ogółem 91.000,49 zł netto.

Sąd Okręgowy, oddalając powództwo w całości, przyjął, że powód dowodowo wykazał wykonanie wskazywanych ilości robót ziemnych, jednak umowa stron i SIWZ zakres prac potrzebnych do wykonania zadania inwestycyjnego określały w sposób otwarty, przez co nie można przyjąć, że powód miał obowiązek wykonania tylko prac wyszczególnionych w zestawieniu zawartym w przedmiarze robót. Sąd pierwszej instancji uznał, że podejmując się wykonania określonego w umowie obiektu (obwodnicy [...]) powód miał wykonać wszystkie prace budowlane potrzebne do realizacji przedmiotu umowy, choćby nie zostały

one wprost przewidziane w SIWZ. Powód jako profesjonalista winien był zakładać, że badania geotechniczne, którymi posłużył się inwestor przy formułowaniu SIWZ, nie są dostatecznie precyzyjne do określenia rzeczywistego rozmiaru prac ziemnych potrzebnych do budowy drogi. Wykonawca winien przewidzieć, że dokumentacja do SIWZ może być obciążona błędem i odpowiednio do tego kalkulować cenę. Z tych względów, w ocenie Sądu Okręgowego roboty wykonane przez powoda jako „dodatkowe” w istocie należy zaliczyć do robót objętych umową, koniecznych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a jedynie w niej niewyszczególnionych.

Sąd pierwszej instancji uznał, że w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione przesłanki z art. 632 § 2 k.c. do podwyższenia wynagrodzenia umownego, a uwzględnienie żądania powoda byłoby niezgodne z art. 144 ust. 1 p.z.p. Strony dopuszczały wprawdzie w umowie możliwość zlecenia wykonawcy robót dodatkowych i uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p., jednak w rozpoznawanej sprawie tryb określony w tej ustawie nie został zachowany, bowiem przedkładane przez powoda protokoły konieczności nie doprowadziły do zawarcia odrębnej umowy na sporne roboty. Jako podstawę rozstrzygnięcia oddalającego powództwo wskazano przepis art. 647 k.c. w zw. z art. 471 k.c., kwalifikując umowę stron jako umowę o roboty budowlane. Rozważano też możliwość zastosowania w sprawie art. 405 k.c., nie znajdując jednak do tego odpowiednich podstaw. Sąd Okręgowy uznał, że nawet gdyby istniała możliwość potraktowania wartości spornych prac jako świadczenia nienależnego, to zachodziłby przypadek określony w art. 411 pkt 1 k.c., uniemożliwiający wykonawcy dochodzenie zwrotu świadczenia, bowiem powód nie wykazał wysokości ewentualnego bezpodstawnego wzbogacenia, a świadcząc wiedział, że nie jest do tego zobowiązany w omawianym zakresie. Za niezasadne uznano również roszczenie odszkodowawcze.

Oceny tej, w zakresie roszczenia o zwrot kosztów robót dodatkowych, nie podzielił Sąd Apelacyjny przy rozpoznaniu apelacji powoda, zmieniając częściowo zaskarżony wyrok poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 882.674,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11 września 2012 r., a oddalając powództwo (i apelację) w pozostałym zakresie. Sąd drugiej instancji

zaakceptował i uznał za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Podzielił też ocenę tego Sądu, że ustalone przez strony wynagrodzenie na rzecz powoda miało charakter mieszany, zawierający elementy ryczału – poprzez wyznaczenie kwoty maksymalnej i wynagrodzenia kosztorysowego – z uwagi na wycenę poszczególnych prac niezbędnych do wykonania umowy i określenie ich zakresu ilościowego według dokumentacji technicznej. Maksymalna kwota wynagrodzenia dotyczyła wyłącznie robót wymienionych w przygotowanej przez pozwanego Tabeli Elementów Rozliczeniowych, a ostateczna wysokość tego wynagrodzenia miała stanowić sumę iloczynu jednostek obmiarowych i cen jednostkowych wskazanych w wycenie opartej o przedmiar robót.

Sąd drugiej instancji wskazał, że wykonanie każdej innej, nieujętej w TER roboty związanej z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją wymagało zawarcia umowy o roboty dodatkowe, w oparciu o protokół konieczności i po uzgodnieniu wynagrodzenia z pozwanym. Taki tryb przewidziany w umowie głównej wskazywał na dopuszczenie przez strony możliwości wystąpienia prac dodatkowych i ich odrębnej wyceny oraz wnioskowania przez wykonawcę o dodatkową zapłatę, przy czym umowa nie określała górnego pułapu wartości robót nieprzewidzianych w chwili zawierania kontraktu. Uzgodnione w umowie wynagrodzenie należy odnosić jedynie do ustalonego w niej zakresu świadczenia wykonawcy, a za prace wykonane dodatkowo dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Brak porozumienia co do wysokości wynagrodzenia za takie roboty nie pozbawia wykonawcy prawa do uzyskania wynagrodzenia, skoro strony jednoznacznie nie wyłączyły możliwości żądania zapłaty za prace nieujęte w umowie. Pozwany wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 354 § 1 i 2 k.c. bezzasadnie odmówił współpracy z powodem przy wykonywaniu umowy, nie uwzględniając jej celu oraz zasad współżycia społecznego, postrzeganych w kontekście zasad uczciwego obrotu. Z tego względu, skoro wszystkie prace dodatkowe powoda były konieczne do prawidłowego wykonania zobowiązania, to odmowa ze strony pozwanego zawarcia dodatkowej umowy była nieuzasadniona, a brak zapłaty za te prace jest równoznaczny z uzyskaniem przez niego kosztem

powoda świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 2 k.c., którego wartość wyznacza kwota, jaką pozwany musiałby zapłacić za ich wykonanie.

Wartość wykonania kosztów oporowego Sąd Apelacyjny uznał za zasadną do wysokości faktury wystawionej powodowi przez firmę S., która wykonała go za kwotę 41.407,40 zł netto. Wartość wszystkich prac przewidzianych w dokumentacji, a nieobjętych Tabelą Elementów Rozliczeniowych i przedmiarem, wynosiła 86.822,09 zł netto. Sąd drugiej instancji uwzględnił również wynagrodzenie za dodatkowe prace ziemne, wskazując, że różnica pomiędzy ilością tych prac w projekcie i w rzeczywistości była istotna (wahała się od kilkunastu do ponad 50%) i w znacznej mierze wynikała ze specyfiki warunków gruntowo-wodnych w miejscu wykonania umowy, która mogła być nieznana powodowi, zwłaszcza że projekt na etapie prowadzenia robót nie zakładał prowadzenia badań geologicznych. Z tych względów nie ma podstaw do przyjęcia, że profesjonalny charakter działalności powoda uzasadniał powinność założenia, w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego, tak znacznych odstępstw ilościowych na niekorzyść wykonawcy. Określając na kwotę 636.608,50 zł netto wartość i zakres wykonanych przez powoda prac ziemnych ponad ilości objęte przedmiarem, Sąd drugiej instancji kierował się wyceną zawartą w opinii instytutu. Strony nie dokonały ustaleń umownych w tym zakresie, a wycena biegłych opierała się na cenach z Katalogu Nakładów Rzeczowych z pierwszego kwartału 2010 roku.

Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu Sądu pierwszej instancji, że wykonując sporne roboty dodatkowe powód był świadomy tego, iż spełnia świadczenie nienależne. Powód uzyskał bowiem potwierdzenie konieczności wykonania tych prac ze strony przedstawiciela pozwanego, podjął wszystkie niezbędne procedury przewidziane w kontrakcie w celu zawarcia umów dodatkowych i miał prawo liczyć na nie. W realizację przedmiotu umowy zainwestował znaczne środki własne, a brak wykonania spornych prac dodatkowych uniemożliwiłby mu w ogóle wykonanie zobowiązania wobec inwestora, co wskazuje na działanie powoda w warunkach przymusu ekonomicznego i tym samym wyłącza stosowanie art. 411 pkt 1 k.c.

Do wartości spornych robót dodatkowych netto Sąd drugiej instancji doliczył podatek VAT, w stawce 22% co do kozła oporowego i podbicia torów oraz 23% w odniesieniu do pozostałych prac, stosownie do mającej miejsce zmiany ustawowej w tym zakresie w czasie wykonywania poszczególnych robót dodatkowych. O odsetkach orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c., poczynając od dnia wniesienia pozwu, gdyż czynność ta była poprzedzona wezwaniem do zapłaty. Żądanie w zakresie dalej idącym, jako niezasadne, Sąd Apelacyjny oddalił.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku powód oparł na obu podstawach przewidzianych w art. 398³ § 1 k.p.c. W ramach podstawy pierwszej wskazał na naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 31 ust. 1 p.z.p. oraz na bliżej określone postanowienia umowy stron, § 28 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, a także wskazane w skardze dokumenty techniczne, poprzez ich błędną wykładnię i uznanie spornych robót za dodatkowe; naruszenie art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. przez uznanie zobowiązania z tytułu usunięcia ziemi urodzajnej w oznaczonej części za niewykonane; naruszenie art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT w zakresie robót wykonanych w 2010 roku; naruszenie art. 410 § 1 i 2 k.c., art. 405 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. przez ich błędne zastosowanie i uznanie, że w zakresie przedmiotowych robót pozwany uzyskał kosztem powoda określone kwoty, podczas powód gdy ich faktycznie nie poniósł; naruszenie art. 411 pkt 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. przez ich błędne zastosowanie i uznanie, że wobec przedmiotowych robót nie zachodzi przesłanka wyłączająca ich zwrot jako nienależnych świadczeń.

Zarzucając naruszenie przepisów postępowania skarżący podnosił naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 k.p.c., art. 382 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W konkluzji skargi powód wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku w części co do punktu I ppkt 1, 3 i punktu III oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie powództwa, a także obciążenie powoda kosztami postępowania przed Sądem pierwszej i drugiej instancji oraz

rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego, ewentualnie - o uchylenie zaskarżonego wyroku w tej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód wnosił o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., skuteczne podniesienie w skardze kasacyjnej naruszenia przepisów postępowania wymaga wykazania, że wytknięte sądowi drugiej instancji uchybienia mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Wymogu tego nie spełniają zarzuty objęte drugą podstawą skargi kasacyjnej, wniesionej przez pozwanego w rozpoznawanej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może być uznany za usprawiedliwiony wtedy, gdy kwestionowane uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji nie zawiera wszystkich elementów określonych w tym przepisie, a braki w tym zakresie są tak istotne, że zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej co do przyczyn faktycznych i prawnych, które legły u jego podstaw (v. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2000 r., I CKN 272/00 - LEX nr 1222308, z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00 - LEX nr 54362, z dnia 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15 - LEX nr 2021936, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 293/12 - OSNC 2012, nr 12, poz. 148). Takich mankamentów nie można przypisać uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które dostatecznie odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny spełnił wymóg powyższego przepisu w zakresie przedstawienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, przytaczając oraz dzielając w całości obszerne i szczegółowe ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Aprobując w części także ocenę prawną tego Sądu, Sąd Apelacyjny wskazał, z jakich przyczyn w oznaczonym zakresie prezentuje ocenę odmienną oraz na jakich faktach opierał wyrażone przekonanie o częściowej zasadności powództwa, uzasadniającej zmianę zaskarżonego wyroku w tym zakresie. Sposób rozumowania Sądu drugiej instancji jest możliwy do zrekonstruowania tak co do podstawy faktycznej, jak i co do oceny prawnej powództwa.

Nie można zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 382 k.p.c. w odniesieniu do ustaleń faktycznych Sądu drugiej instancji dotyczących rzeczywistego zakresu wykonanych przez powoda robót ziemnych. Powołany przepis stanowi ogólną dyrektywę kompetencyjną, wyrażającą (wraz z art. 381 k.p.c.) istotę postępowania apelacyjnego. Nie może on, co do zasady, być podstawą zarzutu kasacyjnego, bez jednoczesnego wskazania tych przepisów normujących postępowanie rozpoznawcze, którym uchybił sąd drugiej instancji przy rozpoznawaniu apelacji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 1999 r., II CKN 109/98 - LEX nr 1633857, z dnia 9 czerwca 2005 r., III CK 674/04 – LEX nr 180851, z dnia 12 czerwca 2013 r., II CSK 634/12 - LEX nr 1363015, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 504/99 - OSNC 2000, nr 1, poz. 17). Żadnego z takich przepisów powód nie wskazał, co zarzut powyższy czyni postawionym błędnie.

Sąd drugiej instancji nie gromadził własnego materiału dowodowego, lecz oparł się w całości na materiale dowodowym zgromadzonym przez Sąd pierwszej instancji, dokonując jedynie jego odmiennej oceny prawnej, do czego był uprawniony jako sąd merytorycznie rozpoznający sprawę (v. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98 - OSNC 1999, nr 7 - 8, poz. 124). Takie postępowanie Sądu Apelacyjnego nie stanowiło naruszenia normy kompetencyjnej, o której mowa w art. 382 k.p.c. Zarzut skarżącego w tym zakresie ma w istocie na celu polemikę z ustaleniami faktycznymi Sądu Okręgowego, podzielonymi w całości przez Sąd drugiej instancji, co w postępowaniu kasacyjnym jest niedopuszczalne (art. 398³ § 3 k.p.c.). Przywołane wyżej orzecznictwo dopuszcza możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 382 k.p.c. w razie wykazania, że sąd drugiej instancji bezpodstawnie pominął część materiału dowodowego zebranego przez sąd pierwszej instancji i że uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Sytuacja taka nie zachodzi w omawianej sprawie. Sąd drugiej instancji w całości inkorporował bowiem materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, co wyraźnie zaznaczył w motywach swojego rozstrzygnięcia. Żaden z elementów tych ustaleń nie został pominięty, a jedynie - z przyczyn wskazanych - spotkał się z odmienną oceną prawną.

W zakresie kwestionowanych przez skarżącego robót ziemnych oba Sądy oparły się na dowodach z zeznań świadka T. J. - geodety, prowadzącego bieżącą obserwację i pomiary podczas prowadzenia tych robót przez powoda. Uwzględniono także szczegółowy bilans objętości gruntów bezpośrednio po zakończeniu prac ziemnych, ustalając, że miały one znacznie szerszy zakres niż badania geodezyjne prowadzone przez zamawiającego w fazie projektowej, co potwierdziły także zeznania pozostałych świadków. Jak wynika z materiału dowodowego, w marcu 2011 roku [...] Laboratorium Drogowe w [...] wykonało na terenie przedmiotowej budowy 21 odwiertów w celu zbadania grubości warstw humusu, w miejscach sugerowanych przez pozwanego. Całość robót ziemnych w toku ich prowadzenia była ewidencjonowana w kartach obmiaru, zatwierdzanych przez przedstawicieli zamawiającego. Sądy pierwszej i drugiej instancji uwzględniły ponadto przeprowadzony przez Sąd Okręgowy dowód z opinii instytutu naukowego, tj. [...] Uniwersytetu Technologicznego w [...], z której wynikało, że przyjęta przez powoda metoda ustalenia rzeczywistej głębokości warstwy humusu na terenie budowy oraz objętości wykonanych robót ziemnych w oparciu o wyniki pomiarów geodezyjnych, była prawidłowa i pozwalała na ustalenie realnego zakresu wykonanych prac. Sądy przy dokonywaniu ustaleń w tej kwestii kierowały się także danymi wynikającymi z protokołów konieczności, sporządzanymi w oparciu o dokumentację geodezyjną i karty obmiarów, stanowiące dokumenty zatwierdzone przez uprawnionego do tego inżyniera projektu. Twierdzenia powoda o wykonaniu przez niego ustalonej w sprawie zwiększonej w stosunku do założeń projektu ilości prac ziemnych, na tej podstawie znalazły odpowiednie potwierdzenie dowodowe. Szczegółowo wykazane zostały też zarówno przyczyny braku możliwości precyzyjnego określenia ilości tych robót w projekcie, a tym samym w przedmiarze robót, jak i metody zbadania jej po zakryciu przedmiotowych robót.

Dla możliwości oceny powyższego zarzutu nie ma znaczenia argument skarżącego, że nie mógł podnosić zarzutów dotyczących błędnych, jego zdaniem, ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, w sytuacji, gdy powództwo zostało oddalone. Do czasu prawomocnego zakończenia postępowania w sprawie strona winna się liczyć z możliwością odmiennej oceny dowodów i zmiany rozstrzygnięcia w instancji odwoławczej, co oznacza powinność zwalczania niekorzystnych dla niej

ustaleń w toku całego postępowania. Analiza materiału sprawy wskazuje, że skarżący w odniesieniu do spornych robót ziemnych (podobnie jak odnośnie do prac w branży kolejowej i teletechnicznej) przede wszystkim konsekwentnie kwestionował roszczenie powoda co do zasady, powołując się na brak zmiany pisemnej umowy i brak podstaw do kwalifikowania spornych robót jako dodatkowe. Pozwany podważał też zasadność wskazywanych przez powoda stawek jednostkowych za zdejmowanie ziemi urodzajnej oraz ilości rzeczywiście odspojonego torfu, a także negował rzetelność pomiarów dokonywanych przez wykonawcę. Sądy oceniły te zarzuty negatywnie, podnosząc m.in., że po ujawnieniu się zasadniczych rozbieżności pomiędzy zakładaną w projekcie i SIWZ ilością humusu do zdjęcia oraz ilością wykopów i nasypów a zakresem tych robót, który w rzeczywistości okazał się niezbędny do wykonania zobowiązania, wykonawca dokonywał na budowie obmiarów w sposób nakazany mu przez inżyniera projektu stosownym wpisem do dziennika budowy (v. wpisy do dziennika budowy k. 1302 - 1311). Przyczyny powodujące trudność w ścisłym określeniu rozmiarów prac tego rodzaju przed ich rzeczywistym wykonaniem ustalono w oparciu o dowód z opinii instytutu naukowego.

Wbrew zarzutowi skargi Sąd drugiej instancji miał na względzie przeprowadzony na wniosek pozwanego dowód z dokumentacji z wykonania badań archeologicznych (v. k. 996 - 1045), dowód z zeznań świadka T. J. (geodety) połączony z okazywaniem mu przedstawionych przez skarżącego zdjęć - co wynika z protokołu rozprawy z dnia 24 czerwca 2013 r. (v. k. 1241 i nast.), a także dowód z dokumentacji fotograficznej pozwanego (v. k. 1238 - 2140). Sąd Apelacyjny oparł zaskarżone rozstrzygnięcie na całości zgromadzonego materiału dowodowego, ustosunkowując się także do kwestii obmiarów. Z przedstawionych względów ustalenia te nie mogły być zakwestionowane ponownie w ramach postępowania kasacyjnego.

Art. 139 ust. 1 p.z.p. nakazuje stosowanie wprost przepisów k.c. w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy (p.z.p.) nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno - gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli

istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Podnosząc w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. pozwany twierdził, że ich bezpodstawne zastosowanie przez Sąd Apelacyjny wynikało z nieuwzględnienia, iż zapłata za usunięcie ziemi urodzajnej na bliżej oznaczonym odcinku robót już nastąpiła, a powód dochodził z tego tytułu roszczenia „podwójnie”. Pozwany nie przedstawił na tę okoliczność w postępowaniu przed Sądami pierwszej i drugiej instancji dowodu spełnienia świadczenia, pomimo że to na nim jako dłużniku spoczywał obowiązek wykazania takiej okoliczności. Powyższy zarzut umotywowany został ponowieniem argumentacji pozwanego, kwestionującej prawidłowość ustaleń obu Sądów w zakresie ilości usuniętego humusu, powierzchni oraz grubości poszczególnych warstw oraz przyjmowanych stawek za każdy 1 m² ziemi. Skarżący odwoływał się w tym względzie nie do konkretnie wskazanych dowodów, lecz zarzucał w skardze, że wielokrotnie zwracał uwagę Sądu Okręgowego („na rozprawie i w piśmie z dnia 8 lipca 2013 r. s. 6 - 7”), że dochodzona należność co do powierzchni 4644 m² była już rozliczona. Twierdzenie to skarżący opierał na tezie, że powód nie wykonał robót zakwalifikowanych jako usunięcie humusu o grubości warstwy 40 cm, a w zamian za nie doszło do usunięcia ziemi o grubszej warstwie, takim samym sposobem mechanicznym. Wykonawca rozliczał te prace w zależności od grubości warstwy, niezależnie od lokalizacji wystąpienia poszczególnej grubości warstwy humusu, w tym również w miejscach, gdzie pierwotnie ustalono grubość warstwy 40 cm. Skarżący twierdził, że w ten sposób wykonawca otrzymał wynagrodzenie za niektóre lokalizacje, w których miała się znajdować warstwa ziemi urodzajnej o powyższej grubości (40 cm), podczas gdy w tych lokalizacjach nastąpił wzrost humusu z 40 cm do 60 cm i został on rozliczony w kilku innych kartach obmiaru - o numerach 13, częściowo nr 147, częściowo nr 238, a należność wymieniona w karcie obmiaru nr 240 stanowiąca podstawę roszczeń została już uiszczona na podstawie karty obmiaru nr 14.

Powyższe zarzuty również odnoszą się do sfery ustaleń faktycznych Sądów pierwszej i drugiej instancji, z których wynika, że do zakresu prac uznanych za dodatkowe i dotąd nierozliczonych, należało m.in. usunięcie warstwy ziemi urodzajnej o grubości warstwy 70 cm, ujęte w karcie obmiaru nr 240. Sądy

orzekające poczyniły szczegółowe ustalenia faktyczne dotyczące zakresu wykonanych robót, sposobu ich ewidencjonowania przez wykonawcę, kontroli robót zanikowych w trakcie budowy, przyjętej przez inwestora procedury weryfikacji protokołów konieczności. Oparciem dla tych ustaleń były nie tylko zgromadzone dokumenty i zeznania świadków biorących udział w czynnościach na budowie w trakcie realizacji umowy, ale przede wszystkim opinia instytutu naukowego. Zarzut naruszenia art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. wynika z polemiki skarżącego z poczynionymi w postępowaniu rozpoznawczym ustaleniami faktycznymi, na których oparł się również Sąd drugiej instancji. Tak postawiony, daje pozór zarzutu naruszenia prawa materialnego, za którym pozostaje aktualna kwestia stanu faktycznego, ustalonego w rozpoznawanej sprawie sprzecznie z twierdzeniami faktycznymi skarżącego, a którym Sąd Najwyższy pozostawał związany na zasadzie art. 398¹³ § 2 k.p.c. Poprzez wskazanie na niewłaściwe, jego zdaniem, ustalenie przez Sądy pierwszej i drugiej instancji ilości ziemi urodzajnej w ramach robót nieprzewidzianych w umowie i dotąd niezapłaconych przez zamawiającego, pozwany nie wykazał naruszenia reguł wykonywania zobowiązań, określonych w art. 354 § 1 k.c.

Analogicznie ocenić należy podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. Przepis art. 321 § 1 k.p.c. nie mógł zostać naruszony przez Sąd Apelacyjny, a jedynie przez Sąd pierwszej instancji, bowiem odnosi się on do postępowania rozpoznawczego przed tym Sądem. Brak powiązania naruszenia normy w nim zawartej z art. 391 § 1 k.p.c. wskazuje na wadliwe postawienie tak skonstruowanego zarzutu. W konsekwencji niesłusznie skarżący zarzucił naruszenie art. 386 § 1 k.p.c. w tym zakresie.

Niezasadne były zarzuty naruszenia prawa materialnego w postaci art. 65 § 1 i 2 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. i art. 31 ust. 1 p.z.p. oraz § 28 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 151, poz. 987 ze zm.). Umowa zawarta przez strony została zawarta w oparciu o przepisy o zamówieniach publicznych. Art. 31 ust. 1 p.z.p. stanowi, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej

wykonania i odbioru robót budowlanych. Pozwany przygotował prawem wymagane dokumenty - SIWZ i dokumentację projektową, które stanowiły dla powoda podstawę do formułowania treści oferty. Sąd drugiej instancji nie dopuścił się naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c., dokonując wykładni umowy stron z uwzględnieniem całości okoliczności, w tym znacznego stopnia skomplikowania samego przedmiotu umowy, którego wykonanie stanowiło proces, złożony z bardzo wielu elementów. Ustalenia dokonane w sprawie, w tym wynikające z dowodu z opinii instytutu, wykazały, że złożoność i specyfika przedmiotu zamówienia niemożliwym czyniły ścisłe określenie ilości zakładanych robót oraz że strony musiały liczyć się z ewentualnością zmian w technologii ich wykonania lub koniecznością przeprowadzenia prac dodatkowych, wynikających np. z wymogów gestora sieci gazowej czy zarządcy linii kolejowej.

Taką interpretację woli stron prawidłowo Sąd Apelacyjny wyprowadził z treści samej umowy, która w świetle dokumentów integralnie ze sobą połączonych i tworzących treść stosunku umownego stron, określała przewidywane do wykonania roboty i ich wartość według Tabeli Elementów Rozliczeniowych i przedmiaru sporządzonego przez wykonawcę stosownie do zawartości SIWZ i dokumentacji projektowej, ale jednocześnie z góry dopuszczała zawarcie umowy dodatkowej na prace w umowie głównej nieujęte, a konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Temu celowi służyło zamieszczenie w kontrakcie bardzo szczegółowej procedury wprowadzania zmian do zakresu rzeczowego umowy. Niezasadnie skarżący zarzucał wadliwą wykładnię w tym względzie punktu 2.5.3 warunków umowy, który stanowił, że w przypadku, gdy zachodzi potrzeba wykonania robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., nieobjętych zamówieniem podstawowym, inżynier projektu sporządza protokół konieczności zgodnie z pkt 2.5.1.1, w razie potrzeby kierownik projektu dostarcza dodatkową dokumentację projektową, a na wykonanie robót dodatkowych strony zawrą odrębną umowę.

Art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (uchylony z dniem 28 lipca 2016 r., ale obowiązujący w chwili kontraktowania przez strony), do którego odwoływał się przytoczony zapis umowy, dopuszczał możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia 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.

Ustalenia faktyczne obu Sądów wskazują, że powód stosował się do powyższych postanowień umowy - zgłaszał właściwym osobom ze strony zamawiającego okoliczności uzasadniające zmiany, przedstawiał ich zakres, sporządzane były protokoły konieczności i składane wnioski wykonawcy do pozwanego. Dokumenty te każdorazowo były pozytywnie zaopiniowane i zaakceptowane przez nadzorujących przebieg budowy przedstawicieli zamawiającego - inżyniera projektu, projektanta, nadzór autorski. Przedstawiciele pozwanego pracujący przy obsłudze zamówienia rekomendowali pozwanemu uwzględnienie protokołów konieczności i wniosków wykonawcy. Z ustaleń faktycznych wynika nadto, że bez spornych prac nie byłoby możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami projektu, przepisami prawa i zasadami prawidłowej sztuki budowlanej. Prace te były niezbędne do realizacji umowy. Poza sporem pozostaje też okoliczność, że zostały one w całości wykonane przez powoda i odebrane bez zastrzeżeń przez pozwanego. Trafnie przy tym zwrócono uwagę na fakt, że prace zabezpieczające prawidłowe i bezpieczne wykonanie wiaduktu kolejowego, a także związane z rodzajem zabezpieczenia rurociągu gazowego, w myśl umowy stron obciążające, co do zasady, powoda jako niezbędne do wykonania obwodnicy, zostały skonkretyzowane co do technologii i zakresu, a tym samym ich kosztów, w odrębnych umowach zawartych przez pozwanego z PKP i z operatorem gazociągu dopiero po zawarciu umowy przez strony i rozpoczęciu robót przez powoda. Wszystko to wskazywało na spełnienie się hipotezy zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) p.z.p. oraz w punkcie 2.5.3. warunków umowy, jednak po wyczerpaniu przewidzianej w niej procedury do zawarcia odrębnej umowy nie dochodziło w przypadku żadnego ze zgłoszeń.

W sytuacji faktycznej ustalonej w sprawie zasadnie przyjęto, że brak dodatkowej umowy stron za prace wykonane przez powoda a nieobjęte umową nie pozbawia wykonawcy prawa do wynagrodzenia. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy, która z braku zachowania właściwej formy stała się nieważna. Dotyczy to także sytuacji braku umowy jako podstawy określonego świadczenia, które, spełnione, przybiera charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 1 k.c. Uzasadnienie dla takiej tezy wynika z odesłania zawartego w art. 139 ust. 1 p.z.p., a także założenia, że strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy, jest bezpodstawnie wzbogacona (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12 – LEX nr 1293945, z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04 - LEX nr 519298, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 527/06 – LEX nr 238947, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07 – LEX nr 388844, z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07 - LEX nr 453070, z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12 - LEX nr 1311808).

Art. 29 ust. 1 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa dopuszcza jednak, w warunkach określonych w art. 144 ust. 1 (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy przez strony), zmiany umowy. Możliwość skorzystania ze zmiany, i to w trybie udzielenia dodatkowego zamówienia z wolnej ręki, przewidziana w umowie stron, uwzględniała stopień skomplikowania przedmiotu umowy i wynikającą z tego trudność w ustabilizowaniu z góry zakresu świadczenia wykonawcy zgodnie z wymogiem art. 140 p.z.p. Zakres ten powinien być co do zasady tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w jego ofercie. W orzecznictwie podkreśla się przy tym, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej (v. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12 – LEX nr 1311808) ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami.

W tym kontekście za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia § 28 ust. 1 wyżej powołanego rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia

10 września 1998 r. Przepis ten stanowi, że w końcu toru nie połączonego z innym torem powinien być usytuowany kozioł oporowy. Skarżący pomija jednak, że zgodnie z § 2 rozporządzenia, jego przepisy stosuje się przy projektowaniu i robotach budowlanych budowli kolejowych. Z kolei z § 28 ust. 2 pkt 1 - 3 rozporządzenia wynika, że w torach mogą być stosowane trzy różne rodzaje kozłów oporowych, a § 28 ust. 3 - 6 formułują określone wymagania techniczne dotyczące ich konstrukcji i montażu. Nie można w tej sytuacji zgodzić się z tezą, że powód jako profesjonalista w robotach budowlanych różnych rodzajów, powinien uwzględnić powyższe roboty w sposób pozwalający na precyzyjne określenie w ofercie ich zakresu i wartości. Pozwany dopiero w trakcie wykonywania umowy stron zawarł stosowną umowę z gestorem terenu linii kolejowej. W umowie tej PKP skonkretyzowały wymagania, jakich spełnienia domagają się w związku z przebudową wiaduktu. Wtedy możliwe było określenie zakresu rzeczowego przedmiotowych prac branży kolejowej, których powód, przygotowując projekt i SIWZ z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia - także nie skonkretyzował, zanim nie zostały one przedstawione w umowie z PKP.

Umowa o roboty budowlane zawarta w trybie przepisów o zamówieniach publicznych ma charakter umowy wzajemnej. Przepisy ustawy, zawierające szczególne regulacje ograniczające swobodę kontraktowania, mają na celu zapewnienie zasady ekwiwalentności świadczeń obu stron, równego i uczciwego traktowania wykonawców. Konstrukcja umowy stron, dopuszczająca mechanizm dokonywania jej zmiany w określonych przypadkach, zachowuje w tym względzie równowagę, bowiem z jednej strony respektuje wymagania i ograniczenia ustawy, z drugiej umożliwia zachowanie ekwiwalentności świadczeń w sposób uwzględniający również złożoną naturę (właściwość) nawiązywanego stosunku prawnego i zasady uczciwego obrotu.

Co do zasady nie ma zatem przeszkód do skutecznego domagania się przez wykonawcę od zamawiającego, w określonych warunkach faktycznych, wynagrodzenia za roboty nieprzewidziane w umowie zawartej w oparciu o przepisy ustawy o zamówieniach publicznych. Skarżący niezasadnie podważał kwalifikację spornych prac jako nieobjętych umową, twierdząc, że były one w całości przewidziane w umowie stron. Wykonawca w punkcie 4 warunków umowy przyjął

na siebie obowiązek wykonania ustalonego w niej przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej oraz specyfikacjami technicznymi oraz w uzgodnionym terminie, wraz z ewentualnym uaktualnieniem projektu organizacji ruchu na czas robót – dostarczonego przez realizatora umowy – oraz oznakowaniem i zabezpieczeniem terenu robót zgodnie z projektem, a także wykonaniem, utrzymaniem w stanie nadającym się do użytku oraz likwidacją wszystkich robót tymczasowych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie był w tym czasie skonkretyzowany zakres rzeczowy takich robót. Nie sposób przyjąć, że w punkcie tym mieściły się prace o wartości, mającej istotny wpływ na poziom ekwiwalentności świadczeń obu stron i że te zapisy umowy zwalniały zamawiającego z obowiązków w tym zakresie na etapie projektowania, kontraktowania, a także w fazie realizacji umowy. Takiemu rozumieniu treści umowy przeczy zapis zawarty w pkt 4.3.2 SIWZ, w którym zamawiający przyjmował na siebie zobowiązanie do zawarcia umowy z PKP Zakładem Linii Kolejowych w [...] ustalającej warunki prowadzenia robót wskazanych w SIWZ oraz na udostępnienie gruntu kolejowego i sprawowanie nadzoru ogólnego przez przedstawicieli PKP PLK, wraz z poniesieniem kosztów związanych z realizacją tej umowy. Warunki udostępnienia przez PKP gruntu kolejowego zostały sformułowane, jak wynika z ustaleń, w marcu 2010 r., po zawarciu umowy przez strony. Dopiero wtedy możliwe stało się szczegółowe oznaczenie zakresu rzeczowego prac wykonywanych na gruncie PKP, z dostosowaniem ich do wymogów gestora tego terenu. Wcześniejsze oceny w tym zakresie mogły mieć charakter jedynie prognozy, ale nie pewności co do wymaganego standardu prac.

Taka sama sytuacja wystąpiła w odniesieniu do zabezpieczenia fragmentu gazociągu. Przewidziany w umowie stron sposób izolacji rury okazał się niewłaściwy dla operatora sieci przesyłowej, który odebranie prac w tym zakresie uzależnił od wykonania izolacji w innej technologii, zgodnej z wewnętrznymi standardami i procedurami tego operatora.

Najistotniejszym elementem spornych prac uznanych za dodatkowe wbrew stanowisku pozwanego były prace ziemne, których zakres okazał się w rzeczywistości znacznie większy niż zakładany w umowie i SIWZ. Trafnie Sądy podkreśliły, że ani SIWZ, ani umowa stron, nie obejmowały dokładnych badań

geologicznych, pozwalających na bardziej precyzyjne (niż przy pomocy przeprowadzonych badań geotechnicznych) określenie ilości i grubości warstw ziemi urodzajnej, potrzeby odspojenia gruntów torfowych, a w konsekwencji - prac związanych z wykopami i nasypami. Opinia instytutu naukowego oraz pozostałe wskazane przez Sądy dowody potwierdziły, że rzeczywiste ilości robót z tego zakresu były możliwe do określenia dopiero in situ, podczas realnych prac w gruncie. Istotnego znaczenia w tym zakresie nabrały czynności kontrolne podejmowane w toku realizacji umowy, zwłaszcza prawidłowe dokonywanie bieżących obmiarów i odpowiednie dokumentowanie przebiegu robót. Ustalenia faktyczne w tym zakresie nie zostały skutecznie podważone przez skarżącego.

W tych warunkach trafnie w rozpoznawanej sprawie zostały zastosowane przepisy k.c. o świadczeniu nienależnym jako postaci bezpodstawnego wzbogacenia. Tym samym zarzuty dotyczące naruszenia art. 410 § 1 i 2 k.c. i art.405 k.c. w zw. art. 139 ust. 1 p.z.p. są nieuzasadnione. Uprawnienie wykonawcy do żądania zwrotu świadczenia nienależnego spełnionego w wykonaniu robót budowlanych nie wskazanych w umowie objętej reżimem prawnym ustawy regulującej prawo zamówień publicznych, znalazło wielokrotne potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki z dnia 10 października 2007 r., I CSK 234/07, LEX nr 621133, z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07 - LEX nr 388844, z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 368/14 - LEX nr 1657598).

Nie jest zasadny zarzut skarżącego co do braku bezpodstawnego wzbogacenia powoda z uwagi na niewykazanie poniesienia spornych kosztów robót dodatkowych, w tym – zapłaty faktury wystawionej powodowi przez podwykonawcę S. Powód wykazał w stopniu wystarczającym okoliczności istotne, to jest fakt wykonania tych robót jako niezbędnego elementu całości realizowanego zadania inwestycyjnego oraz fakt odbioru tych robót przez pozwanego i korzystania z ich efektów w postaci przedmiotowej obwodnicy oddanej do publicznej eksploatacji. Za ugruntowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznać należy pogląd, że w art. 410 § 1 k.c. ustawodawca przesądził, iż samo spełnienie świadczenia nienależnego jest źródłem roszczenia zwrotnego, przysługującego zubożonemu. Nie ma potrzeby ustalania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło accipiens ani

czy na skutek tego świadczenia majątek solvensa uległ zmniejszeniu. Wykazanie samego faktu spełnienia świadczenia wypełnia bowiem przesłankę zubożenia po stronie powoda, a uzyskanie tego świadczenia przez pozwanego - przesłankę jego wzbogacenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2011 r., I CSK 66/11 - LEX nr 1133784, z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 372/11 – LEX nr 1231631, z dnia 28 sierpnia 2013 r., V CSK 362/12 – LEX nr 1391375, z dnia 15 maja 2014 r., II CSK 517/13 - LEX nr 1488794, z dnia 29 listopada 2016 r., I CSK 798/15 - LEX nr 2183475).

Sąd Najwyższy nie podzielił podniesionego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia art. 411 pkt 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. Ocena Sądu Apelacyjnego, że w warunkach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie zachodziły przewidziane w tym przepisie przesłanki wyłączające możliwość żądania zwrotu świadczenia nienależnego, jest trafna. Powód, zgłaszając w toku prowadzenia robót protokoły konieczności i wnioski wykonawcy o zaakceptowanie spornych prac dodatkowych, koniecznych do wykonania przedmiotu umowy, wiedział, że prace budowlane w tym zakresie nie były objęte umową. Nie uczynił też zastrzeżenia co do zwrotu spełnionego świadczenia w tej części. Okoliczności faktyczne sporu uzasadniały jednak ocenę, że działał w warunkach swoistego przymusu ekonomicznego w rozumieniu przedstawionym przez Sąd drugiej instancji. Wszystkie sporne roboty okazały się niezbędne do realizacji umowy, a ich wykonanie warunkowało technologicznie kontynuowanie dalszych etapów budowy. Powód zaangażował w wykonywanie przedmiotowej umowy znaczne środki finansowe, a wstrzymywanie robót do czasu podpisania dodatkowej umowy z inwestorem, przy przyjętym w umowie podstawowej trybie zgłaszania i oceny konieczności robót dodatkowych, narażało go na przewidziane w niej konsekwencje popadnięcia w opóźnienie z terminowością realizacji harmonogramu prac, łącznie z zagrożeniem karami umownymi lub odstąpienia przez inwestora od umowy w wypadku zaprzestania robót. Podzielić należy zapatrywanie wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2005 r. (II CK 177/05 - LEX nr 346049), że pojęcie przymusu, o jakim mowa w art. 411 pkt 1 k.c., nie może być interpretowane w sposób zawężający. Odnosi się ono nie tylko do sytuacji, w których zubożony spełnił świadczenie w poczuciu zagrożenia egzekucją, ale

także do innych sytuacji, w których działał on w celu uniknięcia ujemnych dla niego konsekwencji mających wymiar ekonomiczny.

Niezasadne okazały się również zarzuty skargi, odnoszące się do naruszenia wskazanych w niej przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz.710 ze zm. - dalej: u. o VAT). Powód zarzucał, że stawka tego podatku przyjęta przez Sąd w zaskarżonym wyroku jest niewłaściwie zawyżona, z uwagi na nieuwzględnienie ustawowej zmiany stawki VAT, dokonanej w trakcie wykonywania umowy. Skarżący wskazuje w tym zakresie na poszczególne roboty będące przedmiotem sporu, co do których, jego zdaniem, przyjęta wysokość podatku jest błędna. O zastosowaniu stawki podatku VAT wynoszącej 22% lub 23% decydowała data wykonania poszczególnych robót. Powód w toku postępowania nie podnosił żadnych skonkretyzowanych zarzutów co do okoliczności faktycznych mających wpływ na ustalenie wysokości stawki podatku VAT. Kwestionując przed Sądem Okręgowym wartość robót ziemnych jako zawyżoną podnosił jedynie, że stawka tego podatku powinna wynosić 22% z uwagi na ich wykonanie w roku 2010. Po przedstawieniu kompleksowej opinii instytutu, określającej m.in. wysokość wynagrodzenia za prace wykonawcy, powód pośród złożonych do niej zarzutów nie podnosił kwestii podatku VAT. Nie wypowiedział się w tym zakresie także w odpowiedzi na apelację powoda od wyroku Sądu pierwszej instancji.

Z uzasadnienia Sądu Apelacyjnego wynika, że za prace związane z montażem i rozbiórką koźła oporowego (o wartości netto 41.407,40 zł) oraz podbiciem stabilizacyjnym toru (o wartości netto 34.500 zł) policzył stawkę podatku VAT wynoszącą 22%, a za pozostałe prace dodatkowe - stawkę 23%. Wskazane roboty przedstawiały łącznie wartość netto 75.907,40 zł, co przy zastosowaniu 22% stawki VAT stanowi kwotę 92.607,03 zł brutto. Wartość pozostałych robót dodatkowych, w świetle ustaleń Sądu (v.s.55 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), obejmujących montaż złączy (1.256,25 zł), wyłączenie kabla równoległego (1.664,09 zł) i izolację ochronną rury gazowej (8.994,42 zł), wynosiła łącznie 11.914,76 zł netto, a przy zastosowaniu stawki 23% podatku VAT - 14.655,15 zł brutto. Suma powyższych wartości (92.607,03 zł i 14.655,15 zł) wynosiła zatem 107.262,18 zł brutto. Ustalona przez Sądy obu instancji wartość dodatkowych robót

ziemnych, według cen katalogowych stosowanych w pierwszym kwartale 2010 roku, wynosiła 636.608,50 zł netto. Przy uwzględnieniu podatku VAT od tej kwoty według stawki 22% kwota ta wzrasta do 776.662,37 zł, a przy zastosowaniu stawki 23% - do wysokości 783.028,45 zł. Matematyczne podliczenie powyższych wartości wskazuje, że przy zastosowaniu do wartości wszystkich prac dodatkowych - poza pracami związanymi z montażem złączy, wyłączeniem kabla równoległego i izolacją ochronną rury gazowej - stawki VAT 22%, a do tych ostatnich robót - stawki wynoszącej 23%, łączna wartość tych robót wynosi 883.924,55 zł (107.262,18 zł plus 776.662,37 zł). Przy zastosowaniu do robót ziemnych stawki VAT 23% wartość ta wzrasta do kwoty 890.290,63 zł.

Nawet zatem przy przyjęciu stawki podatkowej 22% do większości ustalonych przez Sądy robót dodatkowych, w tym do całości robót ziemnych, ich łączna wartość jest wyższa od zasądzonej w zaskarżonym wyroku (882.674,43 zł). Nieprawidłowe matematyczne wyliczenie Sądu Apelacyjnego zawiera w każdym z tych wariantów omyłkę na korzyść skarżącego, co ostatecznie sam przyznaje w skardze kasacyjnej i co pozbawia go możliwości wykazania interesu prawnego w żądaniu zmiany zaskarżonego wyroku w tej części.

Z przedstawionych względów Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., orzekając o kosztach postępowania kasacyjnego w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 398²¹ k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804) w zw. z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1667).

aj

kc