

Sygn. akt *I ACa 1195/17*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 maja 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

**Przewodniczący: SSA Marek Górecki (spr.)**

**Sędziowie: SA Ewa Staniszevska**

**SO (del.) Andrzej Adamczuk**

**Protokolant: starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak**

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **R. P.**

przeciwko **G. (...)**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, Wydział XIII Cywilny w Lesznie

z dnia 11 maja 2017 r. sygn. akt XIII C 1117/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

- a) w pkt 1 w ten sposób, że powództwo oddala w zaskarżonej części;
  - b) w pkt 3 w ten sposób, że zasądza od powódki na rzecz pozwanej 6.032,59 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;
- II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej 7.889 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Ewa Staniszevska Marek Górecki Andrzej Adamczuk

I ACa 1195/17

## UZASADNIENIE

Powódka R. P., po ostatecznym sprecyzowaniu żądania, wniosła o zasądzenie od pozwanej G. (...) z siedzibą w L. kwoty 103.636,70 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 25.362,60 zł od dnia 15 lutego 2012 r. do dnia zapłaty
- 76.768,30 zł od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty

- 171,63 zł od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty
- 1.334,17 zł od dnia 20 listopada 2014 r. do dnia zapłaty.

Wniosła też o zasądzenie od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na dochodzoną sumę składają się: kwota 25.362,60 zł żądana tytułem niezapłaconej w części faktury VAT nr (...) z dnia 24 stycznia 2012 r. z uwagi na jej potrącenie przez pozwaną z karą umowną, kwota 76.768,30 zł jako zapłata za roboty zamienne i dodatkowe wynikające z faktury VAT nr (...) z dnia 13 września 2013 r., oraz kwoty skapitalizowanych odsetek w wysokości 171,63 zł i 1.334,17 zł.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 11 maja 2017 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu Ośrodek Zamiejscowy w Lesznie zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 98.636,70 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 20.362,60 zł od dnia 15 lutego 2012 r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 76.768,30 zł od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 171,63 zł od dnia 8 lipca 2014 r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 1.334,17 zł od dnia 20 listopada 2014 r. do dnia zapłaty,

oddalił powództwo co do kary umownej w wysokości 5.000 zł, umorzył postępowanie w zakresie kwoty 19.420,62 zł i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Podstawą tego orzeczenia są następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 22 sierpnia 2011 r. pozwana G. (...) zawarła umowę nr (...) z konsorcjum firm: powódką - Z. (...) w L. - liderem konsorcjum i jej partnerem – (...) P. P., M. (...) w W.. Przedmiotem umowy była budowa kompleksu boisk sportowych wraz z budynkiem zaplecza socjalnego oraz urządzeniami infrastruktury technicznej w L. w ramach budowy kompleksu (...). Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiących załącznik nr 2 do umowy.

Strony wyznały termin rozpoczęcia i zakończenia prac oraz ustaliły wynagrodzenie w formie ryczałtowanej w wysokości 1.268.130,00 zł (w tym VAT). Obejmowało ono wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Zgodnie z § 5 pkt. 3 umowy niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu.

W § 8 umowy strony ustanowiły obowiązek zapłaty kary umownej przez wykonawcę m.in. za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy – w wysokości 0,4% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagały aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W dniu 5 września 2011 r., powódce został przekazany plac budowy, a roboty miały zostać zakończone w terminie trzech miesięcy licząc od tego dnia, tj. do 5 grudnia 2011 r.

W dniu 10 listopada 2011 r. doszło do spotkania pomiędzy W. (...) M. H., a pełnomocnikiem powódki M. P. oraz Inspektorem nadzoru J. R. (1) i Inspektorem do spraw Inwestycji M. W.. Ustalenia z tego spotkania zostały spisane w notatce z dnia 10 listopada 2011 r., a następnie w protokole z dnia 14 listopada 2011 r. Konieczna stała się m. in. zmiana planu zagospodarowania terenu poprzez zmianę usytuowania boisk, tj. ich rozsunęcia i położenia w tym miejscu kostki betonowej, gdyż sporządzony projekt budowlany nie przewidywał w tej kwestii żadnego rozwiązania. Inwestor zaakceptował propozycje wykonania dodatkowej opaski pod ogrodzenie i słupy oświetleniowe w miejscu rozgraniczenia dwóch boisk, co miało pozwolić na swobodny montaż słupów oświetleniowych bez konieczności ingerencji w nawierzchnię poliuretanową lub trawiastą oraz propozycję poszerzenia opaski za bramkami na szerokości boiska do piłki nożnej na szerokość do 1,3 m, co miało pozwolić na zamontowanie konstrukcji piłkochwytu poza nawierzchnią z trawy. Dodatkowo pozwana postanowiła dokonać zmiany w sposobie ogrzewania budynku szatniowo – sanitarnego.

Strony ustaliły, że za opisane roboty zamienne określone w pkt. 3,4 i 9 protokołu z dnia 14 listopada 2011 r. powódka przedstawi rozliczenie powykonawcze robót kosztorysem powykonawczym z zastosowaniem wskaźników cenotwórczych i cen materiałów jak w ofercie. Poza tym strony przewidziały w tym protokole zmiany, które również miały być objęte w/wym. rozliczeniem oraz zmiany za które wynagrodzenie miało pozostać bez zmian.

PozwanaG. (...) zleciła wykonanie projektów zamiennych podmiotom trzecim oraz wystąpiła do S. (...) w L. o wydanie decyzji administracyjnej w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę nr 31/11. W związku z powyższym, strony aneksem z dnia 1 grudnia 2011 r. wyznaczyły termin zakończenia robót do dnia 23 grudnia 2011 r. W listopadzie 2011 r. został wykonany projekt budowlany w zakresie instalacji sanitarnej przez mgr inż. G. D., a w grudniu 2011 r. projekt budowlany zamienny sporządzony przez inż. M. Ł..

Powódka wykonała roboty dodatkowe w zakresie położenia nawierzchni z kostki betonowej o wartości 34.832,77 zł, które zostały przewidziane w kosztorysie dotyczącym robót dodatkowych i zamiennych - poz. 22 do 31, a które nie zostały objęte ofertą wykonawcy z dnia 20 maja 2011 r. Roboty wyszczególnione w tych pozycjach były robotami dodatkowymi wynikającymi z ustaleń wymienionych w notatce z dnia 10 listopada 2011 r., zaakceptowanymi przez inwestora protokołem z dnia 14 listopada 2011 r. i wynikały z zawartych zmian w projekcie budowlanym zamiennym sporządzonym w grudniu 2011 r. oraz zmienionej decyzji o pozwoleniu na budowę z dnia 21 grudnia 2011 r. Wartość tych robót jest wyższa niż wartość robót pierwotnie zaplanowanych i wynosi 34.832,77 zł netto.

Roboty sanitarne, wyszczególnione w pozycjach nr 11 do 18 kosztorysu robót dodatkowych i zamiennych, to roboty zamienne związane ze zmianą sposobu ogrzewania budynku zaplecza sanitarnego, które zostały przyjęte protokołem z dnia 14 listopada 2011 r. z ustaleniem ich wykonania w oparciu o projekt zamienny. Wartość robót zamiennych jest wyższa niż wartość pierwotnie zaplanowanych o kwotę 4.592,62 zł netto.

Przedmiotowa inwestycja była wykonywana na podstawie Projektu Budowlanego sporządzonego przez inż. M. Ł.. Projekt został wykonany bez przeprowadzonych badań geotechnicznych podłoża, a w konsekwencji bez przekrojów pokazujących występujące warstwy i ich rzędne, na podstawie których należało ustalić na jakim poziomie znajduje się grunt nośny. Prawidłowa budowa boiska sportowego wymaga uzyskania stabilnego podłoża, czyli zebrania gruntu nośnego i wykonania warstw stabilizacyjnych pod boisko. W tym celu konieczne jest usunięcie humusu i gruntów nasypowych. Z projektu budowlanego inż. M. Ł. z części dotyczącej warunków geotechnicznych wynikało, że od poziomu terenu do głębokości 20÷50 cm terenu znajduje się piasek pospółka i glina piaszczysta, a górna warstwa gruntu 20÷50 cm stanowi humus, który podlega usunięciu w obrębie zaprojektowanej inwestycji.

W trakcie wykonywania prac okazało się, że warstwa nośna w postaci humusu wymagająca zebrania przekracza maksymalną wartość 50 cm określoną w projekcie budowlanym. Pełnomocnik powódki M. P. zgłaszał o tej okoliczności w. (...) M. H., M. W. i inspektorowi J. R. (1). M. P. informował te osoby o tym, że konieczność zebrania większej ilości humusu i nawiezienia większej ilości piasku spowoduje większe koszty od przewidzianych w kosztorysie. Na podstawie ustnego porozumienia przedstawiciele pozwanej gminy wyrazili zgodę na wybranie

większej, od przewidzianej w projekcie ilości humusu, tak, aby inwestycja została wykonana zgodnie z obowiązującymi normami.

Powódka w pierwotnym kosztorysie przyjęła zgodnie z projektem budowlanym zdjęcie warstwy o grubości 50 cm, co dawało 930 m<sup>2</sup> (62×30×0,5), a według odkrywek grubość warstwy wynosiła około 80 cm, co dodatkowo wyniosło 558 m<sup>2</sup> (62×30×0,3) w obrębie boiska piłkarskiego i 450 m<sup>2</sup> (30×50×0,3) w obrębie boiska do piłki ręcznej, koszykówki i tenisa. Wartość wykonanych prac ponad wartość określoną w projekcie budowlanym, tj. ponad 50 cm wynosi 36.496,32 zł netto. Roboty wymienione w kosztorysie w pozycjach od 1 do 8 były pracami nieprzewidzianymi zarówno przez zlecającego, jak i wykonawcę i nie wynikały z przedstawionej oferentom dokumentacji projektowej, a ujawnione zostały podczas podjęcia prac w ramach zawartej umowy o wykonanie robót. Roboty te mają charakter dodatkowych, gdyż nie zostały ujęte w ramach zawartej przez strony umowy.

Czynności odbiorcze zostały rozpoczęte w dniu 29 grudnia 2011 r. i na tą okoliczność został sporządzony protokół z dnia 30 grudnia 2011 r., w którym wyszczególnione zostały usterki i niedociągnięcia, które miały zostać usunięte przez powódkę do dnia 11 stycznia 2012 r. W dniu 11 stycznia 2012 r. został sporządzony protokół końcowy, w którym określono, że budowa kompleksu boisk sportowych została zrealizowana w okresie od 5 września 2011 r. do 29 grudnia 2011 r.

Powódka przystąpiła do wykonania prac zanim uzyskała decyzję o zmianie pozwolenia na budowę. W dniu 21 grudnia 2011 r. została wydana przez S. (...) decyzja w zakresie zmiany pozwolenia na budowę z dnia 19 stycznia 2011 r. nr 31/11 w ten sposób, że uwzględniono zmiany zawarte w projekcie budowlanym (zamiennym) opracowanym w listopadzie i grudniu 2011 r. Gminie zależało na zakończeniu prac do końca 2011 r.

Decyzją nr (...) z dnia 15 marca 2012 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w L. udzielił G. (...) pozwolenia na użytkowanie kompleksu boisk sportowych z budynkiem zaplecza socjalnego oraz urządzeniami infrastruktury technicznej (...) wybudowanych w L..

W związku z realizacją umowy nr (...) r. powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) z dnia 28 listopada 2011 r. na kwotę 760.886,43 zł, którą pozwana uregulowała w całości w przewidzianym terminie.

Poza tym powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) z dnia 24 stycznia 2012 r. na kwotę 507.243,57 zł z terminem płatności do dnia 14 lutego 2012 r., która w zakresie kwoty 25.362,60 zł nie została przez pozwaną zapłacona.

W dniu 13 marca 2012 r. pozwana wystawiła wobec powódki notę obciążeniową w kwocie 25.362,60 zł tytułem kary umownej za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy tj. od dnia 24 grudnia 2011 r. do dnia 28 grudnia 2011 r. w ilości 5 dni. Pozwana dokonała potrącenia w/wym. kwoty z należnością powódki wynikającą z faktury VAT nr (...) i przekazała w dniu 21 marca 2012 r. na rachunek bankowy powódki kwotę 481.880,97 zł.

W dniu 11 września 2013 r. powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 91.516,10 zł, płatną w terminie do dnia 2 października 2013 r., tytułem zapłaty za roboty dodatkowe i zamiennie oraz wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 122.885,70 zł, w tym należności w kwocie 91.516,10 zł, kwoty 25.362,60 zł tytułem zwrotu nieuznanej kary umownej i odsetek ustawowych od kwoty 481.880,97 zł od dnia 15 lutego 2012 r. do dnia 21 marca 2012 r.

W dniu 21 maja 2014 r. pozwana dokonała wpłaty kwoty 6.007 zł z tytułu odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego w kwocie 481.880,97 wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 24 stycznia 2012 r. za okres od 15 lutego 2012 r. do dnia 21 marca 2012 r. Odsetki od kwoty 481.880,97 zł za okres od 15 lutego 2012 r. do dnia 21 marca 2012 r. (36 dni) wynoszą 6.178,63 zł.

W dniu 18 czerwca 2014 r. pozwana uiściła na rzecz powódki kwotę 14.747,79 zł tytułem należności za roboty dodatkowe wynikające z faktury VAT nr (...) z dnia 11 września 2013 r. Pozwana uznała roboty dodatkowe i zamiennie ujęte w kosztorysie dotyczącym tych prac w poz. od nr 19 do 21 (kwota 1.504,21 zł netto) i od nr 32 do 33 (kwota

10.766,67 zł netto). Skapitalizowane odsetki ustawowe od tej kwoty od dnia 8 października 2013 r. do dnia 18 czerwca 2014 r. (254 dni) wynoszą 1.334,17 zł.

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne w znacznej części.

Powódka domagała się zasądzenia od pozwanej kwoty 25.362,60 zł z tytułu niezapłaconej w tym zakresie faktury VAT nr (...) z dnia 24.01.2012 r., kwestionując zasadność obciążenia powódki karą umowną w kwocie 25.362,60 zł. Powódka pozostawała w zwłoce w zakończeniu przedmiotu umowy przez okres pięciu dni, tj. od 23 grudnia 2011 r. do 28 grudnia 2011 r., stąd ziściły się przesłanki kary umownej z § 8 umowy nr (...) z dnia 22 sierpnia 2011 r. Zdaniem Sądu Okręgowego, uwzględniając okoliczności sprawy, kara ta - w wysokości 5.072,52 zł za każdy dzień zwłoki - winna jednak ulec zmniejszeniu do kwoty 1.000 zł za dzień. Powódka winna zostać zatem obciążona karą umowną w łącznej wysokości 5.000 zł, a tytułem brakującej należności z faktury VAT nr (...) z dnia 24 stycznia 2012 r. należało na jej rzecz zasądzić kwotę 20.362,60 zł. Oddaleniu podlegało zaś powództwo co do kary umownej w wysokości 5.000 zł.

Powódka domagała się też zasądzenia od pozwanego kwoty 91.516,09 zł tytułem robót dodatkowych i zamiennych wynikających z faktury VAT nr (...), wystawionej na podstawie kosztorysu dotyczącego robót dodatkowych i zamiennych.

W dniu 14 listopada 2011 r. strony sporządziły protokół, w którym ustaliły zakres robót dodatkowych i zamiennych. Powódka wykonała m.in. roboty określone w pkt. 3,4 i 9 protokołu polegające na wykonaniu dodatkowej opaski z kostki betonowej w miejscu rozgraniczenia dwóch boisk (pkt. 3), poszerzenia opaski z kostki betonowej poza bramkami (pkt. 4) oraz na wniosek pozwanej zrezygnowała z ogrzewania budynku przy użyciu zaprojektowanego pierwotnie kotła na olej opałowy i doprowadziła ciepłok z istniejącego kotła olejowego służącego do ogrzewania kompleksu szkolnego. W protokole z dnia 14 listopada 2011 r. w zakresie prac określonych w pkt. 3,4 i 9 strony przewidziały, że powódka przedstawi rozliczenie powykonawcze robót kosztorysem powykonawczym z zastosowaniem wskaźników cenotwórczych i cen materiałów jak w ofercie.

Jednocześnie część dodatkowych prac w zakresie wybrania większej ilości od przewidzianej w projekcie budowlanym humusu i w konsekwencji nawiezenia większej ilości gruntu, została objęta ustnym porozumieniem zawartym między stronami. Pełnomocnik powódki M. P. informował przedstawicieli pozwanej gminy o konieczności wywiezienia większej ilości humusu i związanymi z tym większymi kosztami, a Wójt Gminy wyraził zgodę na wykonanie prac zgodnie z obowiązującymi normami.

Pozwana dokonała zapłaty za uznane przez siebie prace w łącznej kwocie 14.747,79 zł brutto. Uznała roboty dodatkowe i zamienne ujęte w kosztorysie dotyczącym tych prac w poz. od nr 19 do 21 (kwota 1.504,21 zł netto) i od nr 32 do 33 (kwota 10.766,67 zł netto). Pozostałe prace pozwana natomiast uznała jako prace wchodzące w skład pierwotnie ustalonych robót objętych wynagrodzeniem ryczałtowym. Takie stanowisko pozwanej nie zasługiwało zdaniem Sądu Okręgowego na uwzględnienie. Wprowadzone w toku wykonywania prac zmiany wymagały uzyskania decyzji w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę i zamiennych projektów budowlanych. Sąd nie miał wątpliwości, że roboty, za które powódka domagała się zapłaty w toku niniejszego postępowania, miały charakter robót dodatkowych i zamiennych, nieobjętych wynagrodzeniem ryczałtowym. W związku z tym pozwana, odmawiając powódce zapłaty, nie mogła się powołać na § 5 pkt. 3 umowy. Zatwierdzony projekt budowlany został oparty o niezgodne ze stanem faktycznym warunki geotechniczne i w konsekwencji nie spełniał wymagań do obliczenia kosztów faktycznie koniecznych do wykonania, a ujawnionych podczas odkrycia poziomu posadowienia, robót związanych z usunięciem i wywozem humusu oraz dowozem i zagęszczeniem dowiezionego podsypki piaskowej. W konsekwencji Sąd uznał, że zmiana w zakresie tych prac, która była niejako zmianą jakościową, nie mogła wejść w zakres ustalonego wcześniej wynagrodzenia ryczałtowego.

Ponieważ strony postanowiły w umowie, że wszelkie zmiany i uzupełnienia jej treści będą wymagały aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności, a aneks taki nie został zawarty, prace te zostały wykonane w oparciu o nieważną umowę ustną. Sąd podzielił jednak pogląd strony powodowej, że uzyskane przez pozwanego korzyści majątkowe w postaci wykonanych przez powódkę robót dodatkowych i zamiennych bez

umownego umocowania podlegają zwrotowi na podstawie art. 405 k.c. Tytułem zapłaty za roboty zamienne i dodatkowe wynikające z faktury VAT nr (...) i z uwzględnieniem poczynionej przez pozwanego wpłaty w kwocie 14.747,79 zł brutto, zasądzeniu podlegała na rzecz powódki kwota 76.768,30 zł.

Ponadto powódka domagała się zasądzenia od pozwanego kwoty 171,63 zł tytułem odsetek ustawowych naliczonych od kwoty 481.880,97 zł, które pozwana uiściła w kwocie 6.007 zł zamiast 6.178,63 zł oraz kwoty 1.334,17 zł tytułem skapitalizowanych odsetek od kwoty 14.747,79 zł za okres od dnia 8 października 2013 r. do dnia 18 czerwca 2014 r. Roszczenie to – w świetle art. 481 § 1 k.c. Sąd uznał za zasadne w całości.

Na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. Sąd umorzył postępowanie w zakresie kwoty 19.420,62 zł, którą pozwana uiściła na rzecz powódki.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Wyrok ten zaskarżyła pozwana w części zasądzonej na rzecz powódki kwotę 76.768,30 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Skarżąca zarzuciła:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów,
- sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego,
- naruszenie art. 622 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Wskazując na te zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w zakresie kwoty 76.768,30 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 8 października 2013 r. do dnia zapłaty i zasądzenie od powódki na kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wniosła też o zasądzenie od powódki kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ewentualnie wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.

Po części zasadnie skarżąca kwestionowała ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i ocenę dowodu z opinii biegłego sądowego P. W. (1), która była ich podstawą.

Biegły ten – odpowiadając na postawione w tezie dowodowej pytanie - stwierdził mianowicie, że roboty budowlane wyszczególnione w poz. 22 do 31 kosztorysu na roboty dodatkowe i zamienne nie zostały objęte ofertą wykonawcy z dnia 20 czerwca 2011 r., która została przygotowana na podstawie zatwierdzonego projektu budowlanego, wydanej decyzji o pozwoleniu na budowę z dnia 19 stycznia 2011 r., zmienionej w dniu 24 marca 2011 r. i zerowego kosztorysu ofertowego, opracowanego przez Zlecającego – jako załącznik do SIWZ i upublicznionego w ogłoszeniu o przetargu w dniu 6 maja 2011 r.

Tymczasem - jak zasadnie podniosła pozwana – oferta powodowego wykonawcy określała ogólną kwotę wynagrodzenia w wysokości 1.268.130 zł, za którą powódka zobowiązała się wykonać przedmiot umowy – określony w dokumentacji projektowej oraz właśnie kosztorysie ofertowym inwestora.

Tenże zerowy kosztorys ofertowy określany też przedmiarem robót przewidywał, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót w zakresie zagospodarowania terenu tj. wykonanie nawierzchni z kostki betonowej grubości 8 cm, obmiar 93.000 m<sup>2</sup> (k. 331) i 81.000 m<sup>2</sup> (k. 337), a także dodatkowo powierzchni 280 cm<sup>2</sup> (k.494). Ostatni metraż wynika, z załączonych do apelacji stron 55 i 56 kosztorysu ofertowego, który miał być oceniony przez biegłego jako całość, a w każdym razie z odezwy Sądu Okręgowego o przesłaniu akt biegłemu wynika przekazanie mu tego dokumentu. Jak podaje pozwana dwie pierwsze z pozycji dotyczyły opaski wokół boisk, a ostatnia terenu wokół budynku.

W kontekście protokołu uzgodnień z dnia 14 listopada 2011 r., z którego wynika, że inwestor zaakceptował propozycje zmian polegające na wykonaniu dodatkowej opaski pod ogrodzenie i słupy oświetleniowe w miejscu rozgraniczenia dwóch boisk i poszerzenia opaski za bramkami – zgodnie z projektem zamiennym (k.31), nie można mieć wątpliwości, że przedmiot umowy obejmował wyjściowo ułożenie kostki betonowej, a strony dokonały tylko zmiany zakresu robót na tym odcinku rzeczowym w związku z rozsunieniem boisk.

Przechodząc już do oceny prawnej tej sytuacji, nie sposób umówionego zakresu prac w zakresie robót ziemnych oceniać z pominięciem treści kosztorysu ofertowego i przewidzianych tam parametrów przestrzennych. Zgodnie § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 10 maja 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1129) przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Przedmiar stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, a zawarte tam zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej. To projekt jest tym dokumentem, który ma znaczenie rozstrzygające. Art. 647 k.c. stanowi o zobowiązaniu wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Zgodnie z umową stron, szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednak załącznikiem do SIWZ był także kosztorys zerowy oferenta, jako podstawa opracowania oferty wykonawcy. Wskazując uzupełniająco na treść przepisu art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177), stanowiącego, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, wskazać trzeba, że jeżeli tak z projektu budowlanego i przedmiaru, będącego podstawą kalkulowania oferty, wynika podjęcie się określonych robót (tu: położenie kostki betonowej), a równocześnie projekt nie wskazuje ilościowego zakresu prac, a czyni to przedmiar, to może być on podstawą ustaleń w tym zakresie. Między projektem a przedmiarem nie zachodzi tu bowiem sprzeczność, wymagająca rozstrzygnięcia na korzyść tego pierwszego, ale mamy tu do czynienia z sytuacją, kiedy przedmiar w sposób bardziej szczegółowy określa zakres przedmiotu umowy.

**Stąd, w okolicznościach sprawy ustalić należało, że powierzchnia kostki betonowej umówiona do ułożenia wynosiła pierwotnie 454 m<sup>2</sup>. Z kolei metraż ułożony ostatecznie – potwierdzony obmiarami biegłego – to 420,862 m<sup>2</sup>. Jest on zatem nawet o 33 m<sup>2</sup> mniejszy niż przewidziano pierwotnie. Biorąc dalej pod uwagę, że pozwana zapłaciła powódce (ponad wynagrodzenie ryczałtowe) za powierzchnię 79,96 m<sup>2</sup>, (w rozliczeniu za ułożenie kostki między boiskami i za bramkami oraz za dodatkową opaskę pod ogrodzenie i słupy oświetleniowe), to stwierdzić należy,**

**że powódka bez wątpienia otrzymała wynagrodzenie za ten zakres robót i to nawet przekraczające wartość należną. Nie należy jej się zatem z tego tytułu dalsza zapłata.**

Co się zaś tyczy robót polegających na wymianie gruntów (poz. 1-8 kosztorysu na roboty dodatkowe i zamienne) miały one charakter dodatkowych – ale tylko w takim znaczeniu, że mniejszy był ich pierwotny zakres ilościowy. Projekt budowlany i kosztorys ofertowy przewidywał bowiem zdjęcie warstwy o grubości 50 cm, co dawało 930 m<sup>2</sup> (62×30×0,5), a według odkrywek grubość warstwy do wymiany wynosiła około 80 cm, co przełożyło się na dodatkowe 558 m<sup>2</sup> (62×30×0,3) w obrębie boiska piłkarskiego i 450 m<sup>2</sup> (30×50×0,3) w obrębie boiska do piłki ręcznej, koszykówki i tenisa. Potrzeba zwiększenia robót tego rodzaju ujawniona została podczas podjęcia prac w ramach zawartej umowy o wykonanie robót.

**Jak stwierdził w swojej opinii biegły J. R. (2) – na etapie projektowania robót trudno było ustalić dokładną ilość robót ziemnych, wartości te można było ustalić dopiero w trakcie ich wykonywania. Z kolei biegły P. W. (2) wskazał, że przed rozpoczęciem prac nie był znany wykonawcy i zlecającemu faktyczny poziom gruntu nośnego, a projekt budowlany i kosztorys zerowy uwzględniały określone przez projektanta warunki geologiczne, które okazały się niezgodne ze stanem faktycznym. Przyjmując nawet, że założenia projektowe nie obroniły się w trakcie wykonywania procesu budowlanego, wziąć trzeba pod uwagę specyfikę przedmiotowych robót, wynikającą właśnie z tego, że dopiero prace odkrywkowe mogły z natury rzeczy pozwolić na weryfikację wstępnych danych co do ilości gruntu potrzebnego do wybrania i nawiezienia.**

Uwzględnić też trzeba charakter wynagrodzenia ryczałtowego i rozkład ryzyka związanego z niedoszacowaniem kosztów wykonania przedmiotu umowy. Z art. 632 §. 1 k.c. wynika, że gdy strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z kolei strony postanowiły w § 5 pkt 2 umowy, że ustalone wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty, a § 5 ust. 3 stanowi, że niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

Wynika stąd, że na poziomie ustawowym i umownym ryzyko zwiększenia kosztów wykonania przedmiotu umowy związane z nieuwzględnieniem określonych czynności, materiałów, czy wzrostu cen ulokowane jest po stronie wykonawcy. Istota wynagrodzenia ryczałtowego wiąże się bowiem z jego niezmiennością, zamrożeniem kwoty wynagrodzenia, niezależnie od kosztów potrzebnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Jeśli uwzględnić, że projekt budowlany zakładał wywiezienie i nawiezienie ziemi – to czynność ta niewątpliwie objęta była zakresem rzeczowym umowy. Zmienił się jedynie zakres ilościowy robót – określonych w projekcie na poziomie szacunkowym, mimo ujęcia go w pewne ramy liczbowe. Ten przybliżony charakter kalkulacji wynikał z istoty prac – możliwych do precyzyjnego zwymiarowania dopiero w trakcie ich wykonywania. Gdy zaś roboty przewidziane są w przedmiotowym zakresie robót, ale zmienił się tylko ich zakres ilościowy, to uznać należy, że objęte są one wynagrodzeniem ryczałtowym (por.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 110/14).

Ostatecznie zatem powódce nie należało się dodatkowe wynagrodzenie, tak za roboty związane z wymianą gruntów (poz. 1-8 kosztorysu), jak i z zagospodarowaniem terenu (poz. 22-31 kosztorysu).

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że powództwo w zaskarżonej części oddalił.



Korygując orzeczenie o kosztach procesu pierwszoinstancyjnego, z uwzględnieniem ostatecznego wyniku sporu, Sąd odwoławczy zasądził od powódki na rzecz pozwanej poniesione koszty procesu w wysokości 6.032,59 zł, na którą składają się: wykorzystana część zaliczki na opinię biegłego (2.415,59 zł) i wynagrodzenie pełnomocnika wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa (3.617 zł), w wysokości wynikającej z § 6 pkt.6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych i ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1348).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono mając na uwadze, że spór w tej instancji wygrała pozwana, a zatem należał się jej od powódki zwrot opłaty od apelacji w wysokości 3.839 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 4.050 zł, ustalonej na podstawie § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015 r.), łącznie 7.889 zł.

SSA Ewa Staniszevska SSA Marek Górecki del. SSO Andrzej Adamczuk

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  |  |
|--|--|--|