

Sygn. akt I ACa 681/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 stycznia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak
Sędziowie	:	SA Elżbieta Borowska (spr.) SA Małgorzata Dołęgowska
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa(...) **w B. działająca uprzednio pod nazwą (...) w B.**

przeciwko (...) **w B.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt I C 1158/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. **w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanego (...) w B. na rzecz powoda (...) w B. kwotę 86.051,98 (osiemdziesiąt sześć tysięcy pięćdziesiąt jeden 98/100) zł, w tym kwotę:**

a) **32.543,93 (trzydzieści dwa tysiące pięćset czterdzieści trzy 93/100) zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 24.01.2014 r.,**

b) **53.508,05 (pięćdziesiąt trzy tysiące pięćset osiem 05/100) zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 5.11.2013 r.,**

c) **oddala powództwo w pozostałej części,**

2. **w punkcie III w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda 9.775 zł tytułem kosztów procesu,**

3. w punkcie IV w ten sposób, że nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku od powoda 995,30 zł, zaś od pozwanego 1.623,90 zł tytułem brakujących kosztów sądowych,

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. znosi między stronami koszty instancji odwoławczej;

IV. nakazuje ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku 2.609 zł tytułem brakującej opłaty od apelacji.

(...)

UZASADNIENIE

Powodowie (...) w B. wnosili o zasądzenie od pozwanego (...) w B. kwoty 137.319,43 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 32.543,93 zł od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty i od kwoty 104.775,50 zł od dnia 5 listopada 2013 r. do dnia zapłaty, a także o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wskazali, że dochodzona kwota stanowi pozostałe do zapłaty wynagrodzenie za wykonanie łączącej strony umowy nr (...), a także wynagrodzenie za wykonane na rzecz pozwanego roboty dodatkowe.

Pozwany (...) w B. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych. Negując żądanie powodów wskazywał, że prace dodatkowe w rzeczywistości były pracami określonymi kosztorysem do umowy, w związku z czym żądanie zapłaty za nie jest bezpodstawne. Nadto wynagrodzenie powodów przewidziane w umowie było wynagrodzeniem ryczałtowym, wobec czego nie mogą oni żądać jego podwyższenia.

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 8 czerwca 2016 r. zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 137.319,43 zł z odsetkami w stosunku rocznym:

- od kwoty 32.543,93 zł od dnia 24 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. w wysokości 8%, zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty w wysokości 7%,

- od kwoty 56.207,13 zł od dnia 5 listopada 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. w wysokości 8%, zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty w wysokości 7%,

- od kwoty 48.568,37 zł od dnia 13 sierpnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. w wysokości 8%, zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty w wysokości 7% (pkt I);

oddalił powództwo w zakresie pozostałych odsetek (pkt II); zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 17.983 zł tytułem kosztów procesu (pkt III); nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Białymstoku) kwotę 2.538,58 zł tytułem brakujących kosztów sądowych (pkt IV).

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 11 lutego 2013 r. w B. powodowie zawarli umowę z pozwanym o wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. przebudowa z dostosowaniem budynku po byłym (...) na potrzeby (...) w B. (w tym roboty zewnętrzne i infrastruktury) przy ul. (...). Umowę zawarto w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, znak (...), przeprowadzonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy - t.j. Dz.U. 2010, Nr 113, poz. 759, z późn. zm.). Szczegółowe warunki wykonania przedmiotu zamówienia zostały określone w załączniku nr 1 do umowy, zakres rzeczowy przedstawiony został zaś w załączniku nr 2 do umowy. Wykonawca (powodowie) zobowiązali się do wykonania zadania zgodnie z pozwoleniami na budowę, dołączonymi do umowy, a także według dokumentacji projektowej oraz specyfikacji

technicznych wykonania i odbioru robót, stanowiących załącznik nr 4 do umowy. Oprócz nich, wśród dokumentacji i specyfikacji - szczegółowo wymienionych w załączniku nr 3 do umowy - wymieniono też przedmiary robót, jako załączniki do umowy. W umowie strony zawarły zapis, iż przedmiary robót należy traktować jako element pomocniczy. Jeżeli istnieje rozbieżność w opisie przedmiotu zamówienia pomiędzy projektami wykonawczymi a przedmiarami robót, należy przyjąć za wiążący opis przedmiotu zamówienia zawarty w projektach wykonawczych (§ 2 ust. 5 umowy). W § 2 ust. 6 przewidziano, iż roboty towarzyszące wykonaniu pełnego zakresu zamówienia są obowiązkiem wykonawcy. W § 4 strony umówiły się, że prace wykonane zostaną z materiałów będących w dyspozycji wykonawcy i przy użyciu będących w jego dyspozycji narzędzi i urządzeń technicznych. Zamawiający nie dostarczy żadnych materiałów. Wykonawca miał używać wyłącznie materiałów posiadających wymagane prawem aprobaty techniczne. W § 4 ust. 3 przewidziano, że zamiast wyrobów budowlanych, co do których w dokumentacji podano znak towarowy, patent, nazw własnych, producenta lub pochodzenia - dopuszcza się zastosowanie wyrobów o parametrach technicznych nie gorszych niż parametry materiałów uwzględnione w dotyczących ich aprobaty technicznych lub dokumentach, równoważnych wobec aprobat. W § 6 przewidziano termin wykonania zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2013 r. Przy czym za termin wykonania zamówienia przyjęto datę podpisania protokołu bezusterkowego odbioru końcowego przez przedstawicieli wykonawcy, Zamawiającego oraz przez inspektorów nadzoru. Strony ustaliły wynagrodzenie Wykonawcy w kwocie brutto 3.936.000 zł wskazując, że wyczerpuje ono wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Ustalono ponadto, że cena ta jest ceną ryczałtową, obejmującą wszystkie elementy konieczne do wykonania zamówienia i bezwzględnie nie może ulec zwiększeniu do dnia jej opłacenia. W § 8 ust. 4 przewidziano, że zaliczki na poczet wynagrodzenia wykonawcy za elementy scalone, wymienione w załączniku nr 8 do umowy, wykonane w całości lub części określonej procentowo, będą opłacane przelewem na konto wskazane przez wykonawcę w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury VAT. Faktura miała być wystawiana nie częściej niż jeden raz w miesiącu, a załącznikiem do faktury miał być protokół odbioru elementów rozliczeniowych lub ich określonej procentowo i wyszczególnionej części, zaakceptowany przez inspektora nadzoru. Warunki odstąpienia od umowy strony przewidziały w § 9 i 10 umowy, zaś warunki udzielenia przez wykonawcę gwarancji na wykonane roboty w § 7. W § 12 ust. 1 strony umówiły się, że wszelkie zmiany lub uzupełnienia umowy będą wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. W § 12 ust. 2 przewidziano, iż zmiany w treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w okolicznościach i w sposób określony w załączniku nr 9 do umowy. W załączniku tym zaś przewidziano m.in. możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. O konieczności wykonania tych robót strona umowy miała niezwłocznie zawiadomić pisemnie drugą stronę, określając zakres tych robót oraz wykazując spełnienie wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy. Przedłużenie terminu wykonania zamówienia nie może być dłuższe niż czas wykonania robót dodatkowych, określony w umowie zawartej w wyniku negocjacji zamawiającego z wykonawcą (art. 66 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W trakcie procesu budowlanego powodowie zwracali się do pozwanego z prośbami o akceptację zastosowania materiałów równoważnych do proponowanych w dokumentacji technicznej. Pozwany na powyższe wyrażał zgodę. Gdy w trakcie postępu prac powodowie natrafiali na niezgodności dokumentacji technicznej i przedmiarów robót od pozwanego słyszeli, iż winni wykonywać pracę zgodnie z dokumentacją, a o wynagrodzenie ubiegać się później. Całość inwestycji pozwanego była większa niż umowa z powodami, powodowie wykonywali jedynie pierwszy jej etap. Na drugi etap zadania był zorganizowany przetarg i w jego wyniku wyłoniono innego wykonawcę. Przy realizacji spornych robót przedstawiciele powoda na każdej naradzie zwracali uwagę, iż są to prace nie objęte zakresem umowy stron. Nie udostępniano powodom przez wiele tygodni niektórych pomieszczeń, pozwany opóźniał się z ich opróżnieniem.

W trakcie realizacji umowy strony dokonywały częściowego odbioru robót, co potwierdzały w protokołach zaawansowania robót. Na tej podstawie powodowie wystawiali faktury VAT, które następnie opłacane były przez stronę pozwaną.

Powodowie w dniu 17 grudnia 2013 r. wystawili fakturę VAT nr (...) na kwotę 32.543,93 zł brutto, która nie została przez pozwanego opłacona. W treści faktury wskazano, iż oparta została o protokół odbioru końcowego i protokół zaawansowania robót z dnia 30 listopada 2013 r.

Powodowie wystawili przedmiotową fakturę, gdyż w toku realizacji robót wyłoniła się konieczność wykonania robót dodatkowych. Po wykonaniu odkrywek inspektor nadzoru w dniu 22 maja 2013 r. dokonał wpisu do dziennika budowy w sprawie konieczności wykonania robót polegających na wykuciu spękanego betonu i wypełnieniu powstałych ubytków betonem w systemie C. (...) oraz uzupełnieniu istniejącego zbrojenia. W przedmiarach do SIWZ występował zaś jedynie następujący zakres robót: poz. 23 - rozbiórka elementów betonowych zbrojnych (stara wylewka na tarasie), poz. 107 - ułożenie gresu na tarasie, poz. 108 - ułożenie cokolików na tarasie. Na żądanie pozwanego powodowie dokonali naprawy pęknięć płyty konstrukcyjnej tarasu, wykonania izolacji poziomej abizolem i dwukrotnie papą termozgrzewalną oraz wykonali obróbki blacharskie i szlichtę wodoszczelną. Pojawiła się potrzeba wykonania robót w postaci wyprowadzenia kominów wentylacyjnych na dach (przebicie otworów na dachu na kominy plus strop, wywiezienie gruzu z rozebranych konstrukcji ceglanych, tymczasowe zabezpieczenie otworów, kominów i klap dymowych papą termozgrzewalną). Wyprowadzenie kominów przewidywano na innym etapie prac niż etap realizowany przez powodów, tj. na etapie związanym z termomodernizacją. W przedmiarach do SIWZ uwzględniono jedynie wykonanie części kominów wentylacji grawitacyjnej w pomieszczeniach i przestrzeni międzystropowej.

W związku z wpisem inspektora nadzoru dokonanym w dzienniku budowy w dniu 3 czerwca 2013 r. powodowie dokonali wymiany posadzki. Skuli starą posadzkę wraz z podbudową z chudego betonu oraz wykonali wszystkie warstwy posadzki zgodnie z wiedzą budowlaną. Dokumentacja techniczna i SIWZ nie przewidywały tego rodzaju prac, przy czym nie było możliwe sprawdzenie stanu posadzki podczas wizji lokalnej, gdyż powodowie nie otrzymali dostępu do wszystkich pomieszczeń piwnic przez kilka tygodni. W toku procesu zwracali uwagę, że w protokole wprowadzenia Wykonawcy na budowę z dnia 12 lutego 2013 r. dokonano odpowiedniej adnotacji w tym zakresie.

Zgodnie z wpisem inspektora nadzoru do dziennika budowy powodowie wykonali dodatkową izolację pomieszczenia węzła cieplnego i pomieszczenia sprężarkowi, celem zminimalizowania uciążliwości ich sąsiedztwa z salami chorych.

Przed zawarciem umowy z załączonego do SIWZ przedmiaru robót wytrącił pozwany roboty z poz. 60, polegające na ułożeniu gresów z cokolikiem na dwóch klatkach schodowych o łącznej powierzchni 16.67 m². Nie występowała w obmiarze robót dołączonym do SIWZ również pozycja balustrad i pochwyty na trzech klatkach schodowych. Na żądanie pozwanego powodowie ułożyli gres na jednej klatce schodowej i dostosowali istniejące poręcze (balustrady) do obowiązujących wymogów prawem przewidzianych.

Powodowie dodatkowo wykonali nowe przejście z piwnicy dla kanału wentylacyjnego, gdyż ze względu na błędne rozwiązania techniczne czerpni powietrza instalacji wentylacji mechanicznej, zawarte w dokumentacji technicznej, zaistniała konieczność wymurowania dodatkowej czerpni powietrza z piwnicy ponad istniejący poziom terenu.

Dokumentacja techniczna i przedmiary do SIWZ nie obejmowały wyposażenia drzwi przeciwpożarowych w elektrozaczepty. Na żądanie pozwanego powodowie wykonali roboty dodatkowe polegające na ich zamontowaniu. Projektant zmiany w przedmiarach wprowadzała na życzenie pozwanego, wcześniejsze przedmiary były spójne z projektem i pozostałą dokumentacją.

W październiku 2013 r. powodom dostarczono nową dokumentację projektową na montaż dodatkowego okna napowietrzającego klatkę schodową wraz z kartą stalową. Na żądanie pozwanego powodowie wykonali roboty określone w tej dokumentacji.

Strony pozostawały w sporze odnośnie interpretacji zapisu z pkt 5 załącznika nr 1 do umowy pod nazwą „Ogólna charakterystyka obiektu”, który brzmi: „w zakresie pełnego opracowania projektowego (cz. II) nie objętego przedmiotowym postępowaniem znajduje się także zagospodarowanie terenu inwestycji w tym m.in. wykonanie parkingów, rozbiórki portierni, częściowe zbiorników I. wraz z nieczynną instalacją zewnętrzną kanalizacji sanitarnej,

ogrodzenie wewnętrzne i zewnętrzne". Powodowie wywodzili, iż z tego zapisu wynika, że demontaż zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej nie był objęty zakresem zobowiązania powodów z umowy. Dokonując demontażu zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej wykonali na rzecz pozwanego roboty dodatkowe.

W listopadzie 2013 r. powodowie otrzymali dodatkową dokumentację w postaci projektu wykonawczego sygnalizacji alarmu pożaru i oddymiania (...), sterowanie trzymaczami. Na żądanie pozwanego powodowie wykonali roboty określone w tej dokumentacji.

Powodowie przedstawili pozwanemu kosztorysy określające wartość wykonanych robót dodatkowych. Pozwany w odpowiedzi zwracał się do powodów o szczegółowe uzasadnienie poszczególnych pozycji kosztorysu.

W dniu 5 września 2013 r. odbyło się spotkanie stron, w którym z ramienia pozwanego uczestniczyła K. H., a od powodów powódT. S.W odniesieniu do robót dodatkowych na tarasie, na dachu, w piwnicy, elektrozaczepów do drzwi pożarowych strony nie doszły do porozumienia. W zakresie izolacji cieplnej w pomieszczeniu węzła cieplnego i w pomieszczeniu sprężarkowni wskazano, że izolacja została wykonana ze względów technicznych. W odniesieniu do robót polegających na demontażu zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej stwierdzono, że nie były objęte przedmiotem zamówienia, blokowały dalszy postęp robót i należało je wykonać zgodnie z załącznikiem nr 1 pkt 5 do umowy. Kwestia robót dodatkowych na klatce schodowej miała być pomiędzy stronami wyjaśniona później. Stanowisko z uzasadnieniem do robót w pomieszczeniu węzła cieplnego i sprężarkowni, robót na klatce schodowej oraz demontażu zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej pozwany miał przedstawić do 12 września 2013 r. W nawiązaniu do ustaleń ze spotkania powodowie pismem z dnia 12 września 2013 r. przedstawili pozwanemu kosztorysy na roboty demontażowe zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej oraz na montaż dodatkowych elektrozaczepów do drzwi przeciwpożarowych .

W piśmie z dnia 18 września 2013 r. pozwany zajął stanowisko, zgodnie z którym wskazywane przez powodów roboty dodatkowe wchodziły w zakres umowy stron. Jedynie odnośnie izolacji w pomieszczeniu węzła cieplnego pozwany wskazał, że nie wyklucza odrębnych negocjacji i ustaleń dotyczących tych kwestii.

Pismem z dnia 16 października 2013 r. powodowie zgłosili pozwanemu wątpliwości związane z rozwiązaniami projektowymi systemu domofonowego, systemu kontroli dostępu, systemu oddymiania i szlabanu wjazdowo - wyjazdowego. Stanowisko co do zgłoszonych wątpliwości zajął projektant.

W piśmie z dnia 30 października 2013 r. powodowie nie zgodzili się ze stanowiskiem pozwanego w przedmiocie objętych wcześniejszą korespondencją stron robót. Wyrazili pogląd, iż wykucie spękanego betonu i wypełnienie powstałych ubytków betonem w systemie C. (...) oraz uzupełnienie istniejącego zbrojenia na tarasie, wymiana posadzki na tarasie, wykonanie dodatkowej izolacji w pomieszczeniu węzła cieplnego i sprężarkowni, demontaż zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej, wykonanie dodatkowego przejścia z piwnicy dla kanału wentylacyjnego oraz wykonanie dodatkowych kanałów grawitacyjnych było robotami dodatkowymi i zażądali za nie wynagrodzenia do dnia 4 listopada 2013 r. Dodatkowo wezwali pozwanego do zawarcia aneksu do umowy celem wydłużenia terminu zakończenia robót z uwagi na zlecenie powodom dodatkowo ułożenia gresu i zamontowaniu balustrad na klatkach schodowych, zamontowania elektrozaczepów do drzwi objętych instalacją domofonową i kontrolą dostępu, instalacji SAP do drzwi dymoszczelnych. Przy założeniu, że w zakres umowy wchodziły roboty, które zostały przed jej zawarciem wytrącone przez pozwanego z przedmiarów stanowiących część dokumentacji przetargowej i kosztorysów inwestorskich, powodowie z ostrożności uchyłili się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w tym zakresie po wpływie błędu. Wskazali, że przy zawieraniu umowy pozwani wywołali u nich mylne wyobrażenie co do zakresu robót wynikających z umowy gwarantując, że roboty wytrącone z przedmiarów nie będą objęte treścią ich zobowiązania umownego.

Pozwany w odpowiedzi podtrzymał swoje stanowisko i wskazał, że oczekuje wykonania robót polegających na montażu okna odpowietrzającego środkową klatkę schodową, drzwi dymoszczelnych, obłożenia klatek schodowych gresem i montażu balustrad. Wskazał, że w braku wykonania prac skorzysta z wykonania zastępczego na koszt powodów. Pismem z dnia 13 listopada 2013 r. w odpowiedzi na powyższe powodowie oświadczyli, że brak jest podstaw do

skorzystania z instytucji wykonania zastępczego, gdyż sporny zakres robót nie jest objęty zobowiązaniem wykonawcy z umowy. Powodowie ostatecznie na żądanie pozwanych wykonali wskazane wyżej roboty dodatkowe.

Po zgłoszeniu przez powodów do odbioru ostatniego etapu robót wynikającego z umowy przedstawiciel pozwanego P. M. dokonał skreśleń na dokumencie protokołu zaawansowania robót za okres od ich rozpoczęcia do dnia 29 listopada 2013 r. w części dotyczącej poz. 7 „Izolacje i posadzki”, poz. 9 „Elementy wykończeniowe”, a w konsekwencji również w części dotyczącej łącznej wartości umownej netto z umówionej przez strony kwoty 3.200 zł netto na 3.173.541,52 zł netto. Jednocześnie nie wskazał pozwany, w jaki sposób wyliczono kwotę zmniejszenia.

Dnia 30 listopada 2013 r. dokonano odbioru końcowego przedmiotu umowy. Zamawiający stwierdził wówczas, iż przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z projektem powykonawczym, przepisami prawa, pozwoleniem na budowę oraz umową o wykonawstwo robót nr (...) z dnia 6 sierpnia 2013 r. oraz że Wykonawca nie wykonał robót polegających na wykonaniu nowych balustrad i pochwytów na trzech klatkach schodowych. Powód T. S. w odniesieniu do zapisu naniesionego przez przedstawicieli pozwanego oświadczył, iż w/w prace nie były objęte zakresem umowy stron z dnia 6 sierpnia 2013 r. Powód T. S. jednocześnie wskazał na fakt wykonania robót dodatkowych.

Pismem z dnia 13 stycznia 2014 r. pozwany poinformował powodów, że faktura VAT nr (...) nie zostanie opłacona, gdyż nie dołączono do niej wymaganych dokumentów (protokołu odbioru zaakceptowanego przez inspektora nadzoru), a ponadto nie zostały wykonane roboty objęte w/w fakturą. Pozwany odesłał fakturę VAT nr (...) powodom.

Pozwany łącznie zapłacił powodom kwotę 3.903.456,06 zł z umówionego wynagrodzenia w wysokości 3.936.000 zł. Do zapłaty z umówionego wynagrodzenia pozostała kwota 32.543,93 zł. Powodowie z tytułu robót dodatkowych, wykonanych w związku ze zmianami koncepcyjnymi przedmiotu umowy dokonanymi przez pozwanego, dochodzili dodatkowo kwoty 104.775,50 zł netto. Konsekwentnie podnosili, iż roboty dodatkowe nie były wykonywane wewnątrz stosunku zobowiązaniowego stron. Pozwany stał na stanowisku, iż roboty, określane przez powodów jako „dodatkowe”, wchodziły w zakres rzeczowy zobowiązania umownego i objęte były wynagrodzeniem ryczałtowym z umowy.

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd oparł się o zeznania świadków, treść umowy stron i kosztorysy do niej załączone, dokumentację i korespondencję związaną z procesem wykonywania umowy, faktury VAT i inne pisma, opinię biegłego z zakresu budownictwa J. K., pisemne i ustne odpowiedzi biegłego na zastrzeżenia do opinii, opinię biegłego z zakresu instalacji teletechnicznej, pisemne i ustne odpowiedzi biegłej na zastrzeżenia do opinii. Pośrednio Sąd wykorzystał też opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. F. (1) w zakresie, w jakim wskazywał na wykonanie przez powodów elektrozaczepów oraz systemów alarmowych jako robót dodatkowych, w tym bowiem zakresie korespondowała ona z opinią biegłego z zakresu instalacji teletechnicznych P. K. (1). W kwestii oceny charakteru prawnego wykonanych spornych robót, określanych przez powodów jako dodatkowe, Sąd posiłkował się opinią biegłego J. K., który, w przeciwieństwie do biegłego J. F., poprzedził jej wydanie bezpośrednimi oględzinami przedmiotu umowy i wszechstronnie przeanalizował pełną dokumentację (w tym ofertę powodów oraz całość dokumentacji przetargowej). Stąd też zdaniem Sądu ustalenia właśnie tej opinii posłużyły określeniu charakteru i wartości wykonanych prac.

Sąd oddalił wnioski dowodowe pozwanej zawarte w piśmie z dnia 15 lutego 2016 r. oraz zawarte w piśmie z dnia 6 maja 2016 r. z uwagi na fakt, iż dotychczas przeprowadzone postępowanie dowodowe było wystarczające dla ustalenia istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie okoliczności. Stwierdził, że opinia biegłego J. K. była logiczna, jasna i spójna, i nie zachodziła konieczność dopuszczania i przeprowadzania dowodu z kolejnej opinii biegłego z zakresu budownictwa, co poprzedzić miałyby (zgodnie z wnioskiem pozwanego) opinia biegłego z zakresu zamówień publicznych na okoliczność zgodności z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych dokumentacji przetargowej, wykorzystanej przy przetargu, w wyniku którego wyłoniono powodów jako wykonawcę.

Sąd wskazał, że biegły J. K. sporządzając opinię dokładnie przeanalizował dokumentację sprawy, odniósł zapisy umowy oraz podejmowane przez każdą ze stron czynności do obowiązujących przepisów prawa. Opinia jest bardzo szczegółowa i uwzględnia wszelkie okoliczności.

W konsekwencji Sąd za biegłym J. K. powtórzył, iż protokół przekazania dokumentacji projektowej nie zgadza się z załącznikiem nr 3 do SIWZ oraz do umowy, tj. załącznik nr 3 do SIWZ opublikowany łącznie z ogłoszeniem o przetargu, wskazywał na zawartość 12 projektów wykonawczych oraz 8 specyfikacji technicznych odbioru i wykonania robót, z kolei w protokole przekazania dokumentacji projektowej podpisanym w dniu 12 lutego 2013 r., w wykazie dokumentacji projektowej figuruje już 13 projektów wykonawczych oraz 11 specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Elementami dodatkowymi wymienionymi w protokole w odniesieniu do Załącznika nr 3 były: projekt wykonawczy technologii węzła cieplnego, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót demontażowych instalacji sanitarnych, specyfikacja techniczna technologii węzła cieplnego oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót elektrycznych węzła cieplnego. Z powyższego wynika, iż dodatkowe projekty wykonawcze oraz specyfikacje techniczne wymienione w protokole przekazania nie były dostępne dla oferentów na etapie tworzenia i składania ofert, nie był wówczas dostępny dla oferentów także projekt budowlany. Z opublikowanych w ogłoszeniu o przetargu projektów wykonawczych nie można było wprost ustalić, jaki zakres i jaka konkretnie ilość robót były w zamiarze zamawiającego rzeczywistym przedmiotem zamówienia. Biegły zwrócił uwagę, iż projekt wykonawczy sygnalizacji alarmu pożaru i oddymiania został sporządzony dopiero we wrześniu 2013 r., a projekt wykonawczy okna odpowietrzającego w październiku 2013 r., zaś powodowie otrzymali go dopiero 06 listopada 2013 r., czyli na niespełna 2 miesiące przed przewidzianym umową terminem odbioru końcowego. Zdaniem Sądu słuszna była więc konkluzja biegłego, iż nie jest możliwe, aby powodowie mogli na etapie sporządzania oferty przewidzieć wystąpienie zakresu robót objętych tymi projektami wykonawczymi. Po przeanalizowaniu całości dokumentacji (odnoszącej się częściowo do większego zadania inwestycyjnego - tj. I i II etapu) biegły stwierdził, iż przedłożone przez powodów przedmiary dotyczą właśnie zakresu robót, który był przedmiotem umowy stron i wobec lakoniczności projektu budowlanego, projektów wykonawczych i specyfikacji technicznych są w istocie jedynym dokumentem opisującym przedmiot zamówienia. Dlatego też, mimo zapisów w umowie o jedynie pomocniczej funkcji przedmiarów robót w stosunku do projektów wykonawczych, de facto stanowiły jedyne uszczegółowienie robót, jakie w ramach umowy wykonać mieli powodowie. Również zapisy specyfikacji technicznych uznał biegły za lakoniczne i zasadniczo odsyłające do projektów wykonawczych, przez co na ich podstawie również nie można było ustalić dokładnego zakresu robót objętych zamówieniem, a z przedłożonych przez obie strony przedmiarów robót, to przedmiary dołączone do pozwu (pod nazwą „obmiar”) ocenił biegły jako opracowanie adekwatne, zawężone do ograniczonego zakresu robót jaki obejmowało przedmiotowe postępowanie przetargowe.

Odnosnie robót naprawczych na balkonie obejmujących naprawę pęknięć poprzecznych tarasu w systemie C. (...), wykonanie obróbek blacharskich z blachy powlekaanej, wykonanie izolacji poziomej tarasu oraz cokołu (dwukrotnie), wykonanie izolacji przeciwwilgociowej z papy termozgrzewalnej (dwukrotnie) oraz wykonanie warstwy wyrównawczej pod posadzkę z betonu stwierdził, iż zostały one zlecone do wykonania przez inspektora nadzoru reprezentującego inwestora poprzez wpis w dzienniku budowy. Z uwagi na powyższe, roboty naprawcze na tarasie dokonane przez powodów uznał za roboty dodatkowe, za które należy się powodom odrębne wynagrodzenie. Biegły stwierdził, iż w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia nie występują roboty dekarские - co potwierdza zapis przedmiaru robót w poz. 5, tj. przebicie otworów na stropach, a nie stropodachach, nie ma też wzmianki o konieczności tymczasowego zabezpieczenia otworów papą termozgrzewalną, co przemawia za tym, iż przebicie stropodachu dla przewodów wentylacyjnych nie należało do przedmiotu zamówienia. Roboty w postaci frezowania posadzki dla „zgubienia” różnicy w jej wysokości w piwnicy, wykonane na zlecenie inspektora nadzoru zgodnie z zapisem w dzienniku budowy z dnia 3 czerwca 2013 r. biegły określił jako dodatkowe, nie były one bowiem drobną miejscową naprawą, a o różnicy poziomów posadzki w piwnicy powodowie nie wiedzieli podczas wizji z uwagi na brak dostępu do przedmiotowych pomieszczeń w momencie wstąpienia powodów na budowę. Odnosnie robót w zakresie izolacji termicznej oraz dźwiękowej w pomieszczeniu sprężarkowni i pomieszczeniu węzła cieplnego biegły zauważył, że brak zarówno w projektach jak i w przedmiarach robót zapisów o izolacji sufitu węzła cieplnego, co obok zapisu inspektora nadzoru z 3 czerwca 2013 r. zlecającego powyższe prace, potwierdza dodatkowy, odrębny od

zobowiązania umownego, charakter tej czynności. Biegły zwrócił uwagę, iż w pozycjach nr 67 na stronie 28 oraz 80 na stronie 31 przedmiaru robót z całego zakresu robót przygotowawczych i okładzinowych wyrażono zakres zatytułowany „potrącenie schodów”. Wskazuje to, że intencją inwestora było zmniejszenie zakresu zamówienia w stosunku do opisu w projektach wykonawczych właśnie o ten zakres robót i biegły uznał je za roboty nieobjęte przedmiotową umową. Biegły w zakresie robót polegających na wykonaniu nowego przejścia z piwnicy dla kanału wentylacyjnego stwierdził, że umieszczenie wlotu czerpni powietrza dla kanału w miejscu zaprojektowanym w dokumentacji projektowej było niemożliwe z uwagi na kolizję z okienkiem piwnicznym, jego nadprożem oraz boczną ścianką oporową studzienki piwnicznej i był to błąd w dokumentacji projektowej. Jedynym możliwym sposobem wykonania czerpni było wykonanie konstrukcji kanału typu (...), na której umieszczono kratkę osłaniającą wlot czerpni powietrza dla wewnętrznego kanału wentylacyjnego. Biegły zaznaczył przy tym, iż jest niemożliwym aby w jakimkolwiek przypadku oferenci (powodowie) byli zobligowani do szczegółowego sprawdzania dokumentacji projektowej ze stanem istniejącym, a zaistniały błąd popełniony w projekcie wykonawczym był możliwy do wykrycia dopiero w trakcie prowadzenia robót przygotowawczych. Nadbudowę wlotu czerpni uznał więc biegły za nieobjętą przedmiotem zamówienia robotą dodatkową. Biegły J. K. zauważył, iż nigdzie w dokumentacji projektowej nie ma śladu o obowiązku wykonawcy montażu zaczepów do drzwi pożarowych. Wskazał, że w tym zakresie winien wypowiedzieć się biegły specjalności instalacji teletechnicznych. W przedmiocie robót polegających na wykuciu muru okna PCV o pow. ponad 2.54 m², montażu okna z tworzywa sztucznego o tej powierzchni odpowietrzającego klatkę schodową i wykonaniu kraty stalowej na okno wraz z montażem i obrobieniem ościeży biegły zauważył, iż projekt wykonawczy dotyczący w/w prac został sporządzony dopiero w październiku 2013 r., a więc nie było możliwe, by zakres w/w robót mógł być uwzględniony w ofercie powodów. Dlatego do ich wykonania należało zlecić zamówienie dodatkowe. W przedmiocie robót polegających na demontażu zbiorników I. zewnętrznej kanalizacji sanitarnej biegły zwrócił uwagę na jednoznaczny zapis w załączniku nr 1 do umowy o wyłączeniu tego typu prac z przedmiotowego postępowania. W związku z tym należało je uznać za objęte zamówieniem dodatkowym i nie zaliczać do prac objętych przedmiotową umową. W przedmiocie robót polegających na zainstalowaniu systemu alarmu pożaru i oddymiania biegły zwrócił uwagę na to, że projekt wykonawczy sygnalizacji alarmu, pożaru i oddymiania powstał we wrześniu 2013 r. Nie można więc było przyjąć, że strona powodowa mogła uwzględnić ten zakres robót w cenie ofertowej w 2012 r., a szczegółowy zakres robót i ich wycenę winien wykonać biegły z zakresu instalacji teletechnicznych.

W związku z zakwalifikowaniem spornych robót jako robót dodatkowych biegły dokonał ich wyceny przy pomocy kosztorysów powodów, zgodnych z wypełnionym formularzem ofertowym, obligatoryjnym według zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowej sprawie, według przyjętych w ofercie stawek kalkulacyjnych. Wyliczona przez biegłego w kosztorysach weryfikacyjnych łączna wartość robót dodatkowych, bez branży teletechnicznej, wyniosła 132.742,62 zł brutto (107.920,83 zł netto).

Sąd nie odmówił również waloru dowodowego opinii sporządzonej przez biegłego sądowego z zakresu instalacji teletechnicznych P. K. (1). W ocenie Sądu opinia ostatecznie potwierdziła, że zakres rzeczowy umowy stron nie obejmował ani robót polegających na montażu zaczepów do drzwi pożarowych, ani robót polegających na zamontowaniu systemu alarmu pożaru i oddymiania w zakresie projektu wykonawczego sygnalizacji alarmu z września 2013 r. W zakresie ustalenia wartości tych robót biegły wskazał, iż należy przyjąć wartości dochodzone w niniejszej sprawie (10.414,66 zł brutto + 5.204,62 zł brutto = 15.619,28 zł), gdyż kosztorysy wykonane przez biegłego opiewają na kwoty wyższe niż faktycznie poniesione przez powodów - co zresztą świadczy o rzetelności dokonanej przez nich kalkulacji. Biegły zwrócił uwagę przy tym, podobnie jak biegły z zakresu budownictwa, iż projekt wykonawczy zawierał liczne niekonsekwencje oraz niejasności możliwe do ujawnienia dopiero na etapie wnikliwej analizy całości zgromadzonego materiału a posteriori, a zatem Wykonawca na etapie przygotowania i złożenia oferty nie był w stanie przewidzieć, które z zastosowanych w udostępnionej wraz z SIWZ dokumentacją rozwiązań było zamierzonymi, a które wynikały bądź z błędów bądź z niekonsekwencji Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do możliwości zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych, Sąd wskazał, że w tej kwestii w pierwszej kolejności należało się kierować postanowieniami łączącej strony umowy. W przypadku zaś braku regulacji umownej w tym zakresie zastosowanie znajdują przepisy art. 629 i

następne Kodeksu cywilnego. Wprawdzie zapis umowny w § 2 ust. 6 umowy przewidywał, iż „roboty towarzyszące wykonaniu pełnego zakresu zamówienia są obowiązkiem Wykonawcy”, to w świetle jednoznacznych wniosków biegłych J. K. i P. K. roboty, za które powodowie domagali się w niniejszym procesie wynagrodzenia, powinny być objęte odrębnym zamówieniem i należy się za nie dodatkowe wynagrodzenie.

Sąd wskazał także, że strony przewidziały możliwość wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych, niezależnych od przedmiotu umowy. W § 12 ust. 2 umowy przewidziano, iż zmiany w treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w okolicznościach i w sposób określony w Załączniku nr 9 do umowy. W Załączniku tym zaś przewidziano m.in. możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za prawidłowe Sąd uznał zatem zachowanie powodów zmierzające do zawarcia z pozwanym stosownych aneksów do umowy w obliczu zażądania od nich wykonania robót dodatkowych, nie objętych ich ofertą i nie stanowiących przedmiotu umowy.

Odnosząc się zaś do złożonego przez pełnomocnika pozwanego oświadczenia o potrąceniu w toku procesu należności za energię elektryczną Sąd stwierdził, że był on niezasadny, gdyż powodowie skutecznie zakwestionowali przedstawioną do potrącenia wierzytelność. Jak wynika bowiem z okoliczności sprawy powodowie roboty zakończyli z końcem listopada 2013 r., tymczasem faktura VAT, obrazująca wierzytelność przedstawioną do potrącenia, opisuje należności za okres od 1 grudnia 2013 r. do 31 grudnia 2013 r. Nie mógł więc zarzut potrącenia być uznany za zasadny.

Z uwagi na powyższe, Sąd zasądził na rzecz powodów całą żadaną przez nich kwotę 137.319,43 zł w oparciu o wartości wynikające ze sporządzonych w sprawie opinii biegłych.

O odsetkach orzekł zaś w myśl art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c. W zakresie odsetek powództwo było częściowo nieuzasadnione - pozwanemu fakturę nr (...) z dnia 17 grudnia 2013 r. doręczono dnia 9 stycznia 2014 r., więc przyjmując wynikający z niej 14-dniowy termin na spełnienie świadczenia, odsetki naliczać należało dopiero od dnia 24 stycznia 2014 r. Ponadto, pierwsze wezwanie do zapłaty z dnia 30 października 2013 r. opiewało jedynie na kwotę 56.207,13 zł, a zatem nie można było obliczać i żądać od pozwanego odsetek od większej niż w/w wskazana kwota od dnia po dniu wskazanym w niniejszym wezwaniu jako termin do spełnienia świadczenia. Dlatego od pozostałej kwoty - 48.568,37 zł Sąd zasądził odsetki od 13 sierpnia 2014 r., tj. po 14 dniach od dnia doręczenia pozwu. W pozostałym zakresie Sąd powództwo oddalił.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia Sąd podał art. 647 k.c. w zw. z art. 67 Prawa zamówień publicznych. Natomiast o kosztach Sąd rozstrzygnął w oparciu o art. 100 zd. 2 k.p.c., obciążając nimi w całości pozwanego, gdyż powodowie ulegli tylko w nieznacznej części swojego żądania.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany, który zaskarżając go w części co do punktów I, III i IV, zarzucił mu naruszenie przepisów:

1) postępowania, które miało wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

- dokonanie dowolnej i wybiórczej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, prowadzącej do wniosków sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, polegającej na pominięciu w znacznym zakresie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. F. (1), w sytuacji gdy Sąd pośrednio wykorzystał ww. opinię biegłego w zakresie w jakim wskazywał na wykonanie przez powodów elektrozaczepów oraz systemów alarmowych jako robót dodatkowych, nie odmawiając przyznania ww. opinii waloru wiarygodności jako opinii rzetelnej i kompletnej, a w konsekwencji poczynienie błędnych ustaleń stanu faktycznego w przedmiocie zakresu i charakteru robót wykonanych przez powodów,

- jego wadliwe zastosowanie i przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów, czego konsekwencją było wyciągnięcie przez Sąd I instancji - ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego - błędnego wniosku, że przedstawiona do potrącenia wierzytelność w dniu złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 498 § 1 k.c.

była niezasadna, gdyż powodowie skutecznie zakwestionowali przedstawioną przez pozwanego wierzytelność do potrącenia;

2) prawa materialnego, art. 498 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i tym samym błędne przyjęcie, że wierzytelności powoda i pozwanych nie mogły zostać potrącone ze sobą, ponieważ roszczenie pozwanego zostało zakwestionowane przez powodów, gdy w rzeczywistości zostały spełnione wszystkie przesłanki skutecznego potrącenia, tj. istniały wzajemne wierzytelności, których przedmiotem są pieniądze lub rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, które mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem.

Podnosząc powyższe wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości. Domagał się również zasądzenia na swoją rzecz od strony powodowej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja jest częściowo uzasadniona.

Zgodzić się należy ze skarżącym, iż Sąd Okręgowy poczynił częściowo błędne ustalenia w sprawie w zakresie dotyczącym zakresu robót dodatkowych wykonanych przez powódkę, co wynikało przede wszystkim z niewłaściwego zastosowania prawa materialnego. Przypomnieć w tym miejscu należy rzecz zasadniczą, iż strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. W § 8 strony ustaliły wynagrodzenie wykonawcy w kwocie brutto 3.936.000 zł, wskazując, że wyczerpuje ono wszelkie roszczenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Ustalono ponadto, że cena ta jest ceną ryczałtową, obejmującą wszystkie elementy konieczne do wykonania zamówienia i bezwzględnie nie może ulec zwiększeniu do dnia jej opłacenia. Nadto w załączniku nr 2 do umowy określającym zakres rzeczowy roboty budowlanej (k. 37-38) strony postanowiły, iż wykonawca jest zobowiązany za zaoferowaną cenę ryczałtową wykonać wszystkie roboty niezbędne, których nie przewidziano w dokumentacji projektowej, a których wykonanie stało się konieczne do kontynuowania i realizacji planowych robót. Prace te mają być wykonane po akceptacji zamawiającego, projektanta i inspektora nadzoru. W umowie strony zawarły też zapis, iż przedmiary robót należy traktować jako element pomocniczy. Jeżeli istnieje rozbieżność w opisie przedmiotu zamówienia pomiędzy projektami wykonawczymi a przedmiarami robót, należy przyjąć za wiążący opis przedmiotu zamówienia zawarty w projektach wykonawczych (§ 2 ust 5 umowy). W § 2 ust. 6 przewidziano, iż roboty towarzyszące wykonaniu pełnego zakresu zamówienia są obowiązkiem wykonawcy.

Wynagrodzenie ryczałtowe - uregulowane w art. 632 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC z 2010 r. Nr 3, poz. 33) - zostało ukształtowane, jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca) w zasadzie nie może domagać się jego podwyższenia. W literaturze i w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10 (nie publ.) podkreśla się, że strony, które decydują się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. Tylko wyjątkowo sąd może bowiem podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (art. 632 § 2 k.c.).

W związku z charakteryzującą wynagrodzenie ryczałtowe zasadą niezmienności zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze zwraca się uwagę, że wynagrodzenie to stanowi ekwiwalent za wykonanie oznaczonego dzieła. Uzgodniona kwota odnosi się do ustalonego przez strony zakresu świadczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2010 r., I CSK 544/09, nie publ.). Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wykluczona jest zatem możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Dotyczy to zwłaszcza takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania, mimo że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy technicznej i doświadczenia zawodowego. Nie można przy tym wykluczyć, że część robót, które nie zostały objęte projektem i były wykonane przez wykonawcę bez zmiany umowy w

części dotyczącej wynagrodzenia może prowadzić do wzbogacenia zamawiającego i w takich sytuacjach dopuszczalne jest żądanie dodatkowego wynagrodzenia. W takich wypadkach przyjmuje się w orzecznictwie - aprobowanym w literaturze - że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, nie publ., z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, nie publ. i z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/08, nie publ.). Aby możliwe było wystąpienie z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, chodzić musi o wykonanie innych prac niż prace objęte umową o roboty budowlane (ewentualnie dodatkowymi porozumieniami do niej), nieopartych na odrębnym konsensusie stron dotyczącym ich wykonania i ewentualnego wpływu ich wartości na wielkość ryczałtu. Ponadto muszą to być prace, z których zamawiający rzeczywiście skorzystał. Skala (rozmiar) wzbogacenia w opisywanej sytuacji nie wyraża się w wartości zrealizowanych prac pozaumownych, tylko w zakresie, w jakim wartość tych prac zmienia globalną sumę ustaloną jako ryczałt za wykonanie przedmiotu umowy (wyrok SA w Krakowie z 11 września 2015 r., I ACA 715/15, L.).

W niniejszej sprawie strony nie zawarły umowy o roboty dodatkowe. Pozwany, mimo takiego żądania ze strony powodów i prowadzonych negocjacji, nie wyraził zgody na zawarcie umowy w trybie art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zamówieniach publicznych. Zatem wskazywana przez Sąd Okręgowy w motywach wyroku kontraktowa podstawa roszczenia powodów (art. 672 k.c. i art. 67 ustawy o zamówieniach publicznych) mogła się odnosić wyłącznie do żądanej jako część nieuiszczonego wynagrodzenia kwoty 32.543,93 zł. W pozostałym zakresie rozstrzygnięcie mogło mieć oparcie jedynie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.)

Prawidłowa ocena roszczenia powodów wymaga jednak poczynienia dodatkowych uwag dotyczących równowagi kontraktowej stron. Powyższa konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego niesie niewątpliwie większe ryzyko dla wykonawcy, polegające na konieczności wykonania robót, których nie uwzględnił, kalkulując wynagrodzenie. Z drugiej strony nie można tracić z pola widzenia, iż aczkolwiek umowa została zawarta przy ograniczonej ustawowo zasadzie swobody umów (art. 355¹ k.c.), nie oznacza to, że umowa winna być interpretowana w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, dopuszczający nieusprawiedliwioną ponad wyżej wskazaną miarę dysproporcję praw i obowiązków oraz wbrew zasadom uczciwego postępowania w ramach obrotu gospodarczego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie z wyrażonej w art. 353¹ k.c., zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07). Nie ekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności ją uzasadniających, jeżeli stanowi ona wyraz woli stron. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną a w konsekwencji doprowadzi do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego jej ukształtowania, które jest w sposób widoczny dla niej krzywdzące doszło pod presją faktycznej przewagi kontrahenta, wówczas bowiem umowa nie daje wyrazu w pełni swobodnej i rozważnej decyzji. W niniejszej sprawie powód na tego rodzaju okoliczności się nie powoływał, kwestionując jedynie interpretację umowy przez pozwanego w taki sposób, iż wykonawca był zobowiązany za zaoferowaną cenę ryczałtową wykonać wszystkie roboty niezbędne, których nie przewidziano w dokumentacji projektowej, a których wykonania zażądał inwestor. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, iż prawidłowe rozumienie zapisów umowy z uwzględnieniem istoty ryczałtu, nie pozwala uznać, iż w sytuacji kiedy roboty nie były konieczne do kontynuowania i realizacji planowych robót a związane były z podniesieniem standardu, to wykonawca był zobowiązany je wykonać za zaoferowaną cenę ryczałtową. Również te roboty, które zostały wyraźnie wyłączone z zakresu umowy - w załączniku nr 2 do umowy, bądź w przedmiarze robót, a których wykonania pozwany jednak się później domagał, powołując się na projekt budowlany i wykonawczy, nie mogą być uznane z roboty objęte ryczałtem.

Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego dokonując analizy robót wskazywanych przez powodów jako nie objętych umówionym ryczałtem, należało mieć na względzie powyższe uwagi.

Przechodząc do wiążącego się z tą kwestią zarzutu apelacji - naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej i wybiórczej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, prowadzącej do wniosków sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, polegającej na pominięciu w znacznym zakresie opinii biegłego sądowego

z zakresu budownictwa J. F. (1), należy z tym zarzutem zasadniczo się zgodzić. Sąd Okręgowy dokonując ustaleń w oparciu o opinię biegłego J. K., nie wziął pod uwagę, iż biegły kwalifikując wszystkie wskazywane przez powodów roboty jako dodatkowe, uczynił to sprzecznie z treścią umowy i istotą wynagrodzenia ryczałtowego. W związku z tym, iż tego rodzaju ustalenie zawiera w sobie ocenę prawną, opinie obu biegłych mogły mieć jedynie walor pomocniczy, poprzez odwołanie się do rodzaju dokumentacji technicznej zawierającej opis wykonanych prac, ich zakres i wartość. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Sama opinia nie może być źródłem materiału faktycznego sprawy ani stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłych. Opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (postanowienie SN z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, OSNC 2001, nr 4, poz. 64). Specyfika oceny tego dowodu wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych, w istocie tylko w zakresie zgodności z zasadami logicznego myślenia i wiedzy powszechnej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego J. F. jest bardziej szczegółowa i miarodajna dla poczynienia istotnych w sprawie ustaleń, gdyż biegły uzasadniając swoje wnioski odwołuje się do konkretnych dokumentów z dokumentacji technicznej, pozwalając na kontrolę prawidłowości wyprowadzonych wniosków. Z kolei okoliczność wskazywana przez Sąd Okręgowy, iż biegły nie zauważył jakoby, iż inwestycja została podzielona na dwa etapy, może być bez przeszkód uwzględniona przez Sąd Apelacyjny przy ocenie prawidłowości rozumowania biegłego.

Mając na względzie powyższe wskazania dotyczące istoty ryczałtowego wynagrodzenia i treść umowy stron, a w szczególności postanowienie, iż wykonawca jest zobowiązany za zaoferowaną cenę ryczałtową wykonać wszystkie roboty niezbędne, których nie przewidziano w dokumentacji projektowej, a których wykonanie stało się konieczne do kontynuowania i realizacji planowych robót, nie można podzielić stanowiska Sądu Okręgowego, iż do robót dodatkowych należy zaliczyć roboty naprawcze na tarasie (obejmujące naprawę pęknięć poprzecznych tarasu w systemie C. (...), wykonanie obróbek blacharskich z blachy powlekanej, wykonanie izolacji poziomej tarasu oraz cokołu, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej z papy termozgrzewalnej oraz wykonanie warstwy wyrównawczej pod posadzkę z betonu), roboty w piwnicy (skucie posadzki, wywiezienie gruzu, podkłady betonowe, izolacje przeciwwilgociowe, warstwy wyrównawcze pod posadzki) oraz roboty na dachu polegające na wyprowadzeniu kominów wentylacyjnych na dach. Jeśli chodzi o roboty na tarasie, to jak wynika z obu opinii biegłych z zakresu budownictwa były one opisane w projektach wykonawczych, z zastrzeżeniem projektanta, iż zakres naprawy tarasu można będzie dopiero ocenić po dokonaniu robót rozbiórkowych. Nie można, więc uznać, że była to robota dodatkowa, bo nie było jej opisu w przedmiarze robót, jak przyjął to Sąd Okręgowy za biegłym J. K.. Z umowy stron wyraźnie wynika, iż decyduje w razie wątpliwości treść projektów wykonawczych, nie zaś przedmiar. Nie było też mowy o tym, aby robota ta podlegała wyłączeniu z zakresu rzeczowego umowy, gdyż żaden dokument na to nie wskazuje. Również powodowie takiego argumentu nie podnosili twierząc jedynie, iż zakres prac faktycznie niezbędnych do wykonania naprawy przekraczał ich oczekiwania wynikające z opisu zawartego w przedmiarze robót. W ocenie Sądu Apelacyjnego tego rodzaju sytuacja jest klasycznym przykładem poniesienia przez wykonawcę ryzyka wykonania prac w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego, gdy powstaje konieczność ich wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, o czym zdecydował odpowiednim wpisem do dziennika budowy - inspektor nadzoru. Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku robót w piwnicy, których technologia wykonania nie była szczegółowo opisana w projektach wykonawczych. Projekt ten przewidywał jednak naprawę podłoża, wyrównanie do jednego poziomu posadzek, nie precyzując, iż należy też dokonać skucia posadzek i wykonać nową izolację. Roboty w postaci frezowania posadzki dla „zgubienia” różnicy w jej wysokości w piwnicy, wykonane zostały na zlecenie inspektora nadzoru. W ocenie Sądu Apelacyjnego bez znaczenia prawnego są argumenty Sądu Okręgowego, powtórzone za biegłym J. K., iż, roboty te nie były drobną miejscową naprawą, a o różnicy poziomów posadzki w piwnicy powodowie nie wiedzieli podczas wizji z uwagi na brak dostępu do przedmiotowych pomieszczeń w momencie wstąpienia powodów na budowę. Żaden z zapisów umowy stron nie stanowi o tym, że roboty przekraczające rozmiar „drobnych prac”, mogą być uznane za dodatkowe. Również brak wiedzy powodów, powiązany nawet z faktyczną niemożnością szczegółowego

obejrzenia całości przyjętego do wykonania zadania, stanowi ryzyko wykonawcy, mające oparcie w zawartej umowie i charakterze wynagrodzenia ryczałtowego. Konieczność wykonania tych prac również wynikała z zasad sztuki budowlanej, potwierdzonej wpisami inspektora nadzoru. Nie można też podzielić stanowiska Sądu Okręgowego, iż skoro w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia nie występują roboty dekarские (z odwołaniem się do przedmiaru robót), to przemawia za tym, iż przebite stropodachu dla przewodów wentylacyjnych nie należało do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z opinii biegłego J. F. był opis techniczny tych robót w projekcie konstrukcyjnym, w projekcie wykonawczym, częściowo w przedmiarze. Nie można uznać, iż powód mogli przypuszczać, iż skoro nie są wykonywane roboty dekarские na tym etapie, to również nie mają obowiązku wykonać wyprowadzenia kominów wentylacyjnych na dach. Załącznik nr 2 pkt 1 d do umowy przewidywał, iż powód ma wykonać nadproża i otwory w stropach pod klapy dymowe i kanały wentylacyjne (k. 37). Jeśli mieli wątpliwości do tego jaki zakres prac obciąża ich, a jaki wykonawcę robót dekarских, winni byli zwrócić się o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust.1 Prawa zamówień publicznych)

W ocenie Sądu Apelacyjnego podzielić należało stanowisko Sądu Okręgowego, poparte opiniami obu biegłych, w zakresie uznania za roboty dodatkowe prac polegających na wykonaniu: 1. dodatkowej izolacji pomieszczenia węzła cieplnego (wartość robót netto 3.599,42 zł) i pomieszczenia sprężarkowni (9.113,18 zł) 2. wyposażenia drzwi przeciwpożarowych w elektrozaczepy (8.467,20 zł), 3. wykuciu z muru okna PCV, montażu okna odpowietrzającego klatkę schodową i wykonanie kraty stalowej (3.192,96 zł) oraz 4. zainstalowaniu systemu alarmu pożaru i oddymiania (4.231,40 zł). Podzielając wnioski opinii biegłego J. F. należy podkreślić, iż co do pkt. 1 wskazane roboty nie były ujęte w dokumentacji technicznej, zarówno w projekcie budowlanym, wykonawczym jak i w przedmiarze robót, odnośnie do pkt. 3 wystąpiły błędy w dokumentacji wymagające innego rozwiązania i projekt wykonawczy dotyczący w/w prac został sporządzony dopiero w październiku 2013 r., a więc nie było możliwe, by zakres w/w robót mógł być uwzględniony w ofercie powodów. Co do robót z pkt 2 i 4 wypowiadał się dodatkowo biegły z zakresu instalacji elektrycznych, P. K., który podobnie jak obaj biegli z zakresu budownictwa zakwalifikował te roboty jako dodatkowe. Z opinii jednoznacznie wynikało, iż elektrozaczepy nie są standardowym wyposażeniem drzwi przeciwpożarowych, zaś projekt systemu alarmu pożaru i oddymiania został zasadniczo zmodyfikowany na końcowym etapie wykonywania prac. Został on uzupełniony o centralę zarządzającą stanem elektromagnetycznych trzymaczy drzwiowych, moduł IO do centrali SAP oraz cztery elektromagnetyczne trzymacze drzwiowe. W ocenie Sądu Apelacyjnego wykonanie powyższych prac nie mogło być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, gdyż wynikało bądź z błędów projektowych, których wykonawca nie miał obowiązku wykryć na etapie zawierania umowy, bądź z podniesienia standardu na żądanie zamawiającego. Dodać też należy, iż zarówno przed Sądem Okręgowym jak i w apelacji pozwany nie kwestionował uznania powyższych robót jako dodatkowych, akceptując wnioski opinii biegłego J. F., aczkolwiek co do zasady nie uznawał powodztwa.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego za roboty dodatkowe należy też uznać: nowe przejście z piwnicy dla kanału wentylacyjnego (wartość prac po korekcie biegłego J. K. - 755,81 zł) oraz demontaż zbiorników I. i kanalizacji sanitarnej (13.310,18 zł). Odnośnie nowego przejścia z piwnicy dla kanału wentylacyjnego Sąd Apelacyjny podziela stanowisko biegłego J. K., iż zmiana w stosunku do projektu była konieczna z uwagi na jego wadliwość, gdyż ze względu na błędne rozwiązania techniczne czerpni powietrza instalacji wentylacji mechanicznej, zawarte w dokumentacji technicznej, zaistniała konieczność wymurowania dodatkowej czerpni powietrza z piwnicy ponad istniejący poziom terenu. Biegły dokonał oględzin, nadto robota ta została wykonana po akceptacji inspektora nadzoru i zamawiającego. Biegły J. F. w wyjaśnieniach ustnych do opinii również przyznał, iż warunki wykonania tej roboty zgodnie z pierwotnym projektem były trudne, aczkolwiek możliwe do wykonania według pierwotnego projektu. (protokół z dnia 16 marca 2015 r. znacznik czasowy 00:13:36). Odnośnie rozbiórki zbiorników I. i zewnętrznej kanalizacji sanitarnej, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, iż skoro ta część prac została wyłączona z zakresu umowy, o czym świadczy treść załącznika nr 1 do umowy, pkt. 5 (k. 35-36), to wykonanie rozbiórki stanowi robotę dodatkową. Prac tych nie obejmował też przedmiar robót. Co prawda były one ujęte w dokumentacji technicznej w części opisowej, gdzie widoczna była kolizja sieci sanitarnej ze starymi rurami kanalizacyjnymi i zbiornikami I., jednakże w sytuacji, gdy ostatecznie zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części i wyłączył określony zakres prac z postępowania, to wykonawca mógł pozostawać w zaufaniu do treści umowy, nie analizując szczegółowo dokumentacji.

Z kolei nieprecyzyjność sformułowania „częściowe zbiorników I.” obciąża stronę będącą autorem umowy. Według reguł oświadczeń woli (art. 65 k.c.) niejasne pisemne oświadczenie woli powinno być interpretowane na niekorzyść osoby, która je zredagowała (lub dla której zredagowała je inna osoba), jeżeli kontrahent nie miał możliwości wpływania na treść oświadczenia (zob. np. wyr. SN z 5 lipca 2013 r., IV CSK 1/13, L., i z 18 marca 2003 r., IV CKN 1858/00, L.). Uznanie tej roboty jako dodatkowej jest tym bardziej uzasadnione, że powodowie ostatecznie rozebrali również zbiorniki I., które nie pozostawały w kolizji z prowadzonymi przez nich pracami i za to domagają się zapłaty.

Wartość prac dodatkowych ustalił Sąd Apelacyjny w oparciu o opinię biegłego J. K., która odnosi się do czynników cenotwórczych zastosowanych przez powodów przy kalkulacji wynagrodzenia. Biegły uznał kosztorysy przedstawione przez powoda za prawidłowe poza kosztorysami dotyczącymi nowego przejścia z piwnicy dla kanału wentylacyjnego (czerpnia wentylacji) i okna odpowietrzającego klatkę schodową, które odpowiednio skorygował. Wartość robót w postaci wyposażenia drzwi przeciwpożarowych w elektrozaczepy i zainstalowania systemu alarmu pożaru i oddymiania skontrolował biegły P. K., nie kwestionując ich prawidłowości.

Kolejnym zagadnieniem, wiążącym się z żądaniem zapłaty pozostałej części wynagrodzenia, było ustalenie, czy ułożenie gresu na klatkach schodowych i wykonanie nowych balustrad i pochwyków, zostało objęte zakresem umowy. W projekcie budowlanym i wykonawczym przewidziano wykonanie posadzek na klatkach schodowych z gresu i wykonanie cokolików. Jednocześnie w przedmiarze robót dokonano potrącenia tych prac w ilości 161,67 m². Wyjaśniała to projektantka J. C., z której zeznań wynikało, iż przed ogłoszeniem przetargu pojawił się problem finansowania inwestycji i inwestor prosił o dokonanie oszczędności. Skutkowało to podzieleniem zamówienia na dwa etapy i rezygnacją z obłożenia klatek schodowych wykonanych z lastriko - gresem, co znalazło odzwierciedlenie w przedmiarze robót. Świadek dodała też, że zmiana ta była na tyle nieistotna, iż nie dokonano zmian w projekcie wykonawczym (protokół rozprawy z dnia 22 października 2014 r., znacznik czasowy 00:31:36). Podobnie z zeznań C. Z. przygotowującej ofertę w imieniu powoda wynikało, iż zminusowanie w przedmiarze 3 klatek schodowych, stanowiło tak oczywisty wyraz woli zamawiającego wyłączenia tych robót z zakresu prac, iż nie zostały one ujęte w kalkulacji powoda. Również wedle świadka kierownik robót ze strony inwestora S. C., który miał w tej sprawie kontaktować się z projektantką, potwierdził wyłączenie tych robót z zakresu umowy (protokół rozprawy z dnia 22 października 2014 r., znacznik czasowy 00:24 :48). Mając te dowody na względzie, zważywszy, iż świadek J. C. była autorką projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru i kosztorysów, przyjęć należy, iż ułożenie gresu na klatkach schodowych nie było objęte umową, mimo, że ujęte było w projektach budowlanym i wykonawczym. Powód ułożył gres na jednej z klatek na prośbę inwestora w związku z wizytą premiera D. T. w remontowanym obiekcie. Również nie przewidziano w projektach wykonania nowych balustrad i pochwyków na klatkach, gdyż przedmiar przewidywał ich czyszczenie i malowanie. Dopiero kiedy okazało się, że wysokość balustrad nie jest zgodna z aktualnymi przepisami BHP pozwany zażądał wykonania nowych balustrad. W związku z tymi ustaleniami przyjęć należało, iż powodom należy się dodatkowa kwota za ułożenie gresu na jednej klatce schodowej o powierzchni 75,060 m², w wysokości 10.837,90 zł netto (opinia biegłego J. K. - korekta kosztorysu powoda, k. 530-532). Nadto nie było podstaw do odmowy zapłaty reszty wynagrodzenia przez pozwanego z powołaniem się na niewykonanie przez powoda gresu na pozostałych dwóch klatkach schodowych i nowych balustrad i pochwyków na trzech klatkach, co wynikało z protokołu odbioru (k. 199-201).

To mając na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż powodom należy się kwota 53.508,05 zł z tytułu robót dodatkowych, które doprowadziły do wzbogacenia pozwanego, kosztem powoda. Powód żądał kwoty netto z tego tytułu, co jest zasadne, zważywszy, iż nie jest to wynagrodzenie za roboty budowlane, a zatem nie jest to należność, od której należy uiścić podatek VAT. Jest to zobowiązanie mające oparcie w art. 405 k.c. Natomiast kwota pozostałego wynagrodzenia - 32.543,93 zł jest kwotą brutto zawierającą podatek VAT i ma oparcie w art. 632 k.c. stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane. Łącznie powodom należy się kwota 86.051.98 zł. Sąd Apelacyjny uwzględnił też, iż na etapie postępowania apelacyjnego doszło do zmiany formy prawnej działalności powodów, co wynika z treści przedłożonego odpisu z KRS (k. 678-680).

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów apelacji dotyczących nie uwzględnienia zarzutu potrącenia wzajemnej wierzytelności pozwanej. Pozwany nie przedstawił dowodu wskazującego, w jakiej wysokości został obciążony obowiązkiem zapłaty na rzecz zakładu energetycznego, za okres od 7 września do 30 listopada 2013 r. co nie pozwala ustalić stosownego obciążenia powodów tymi kosztami zgodnie z treścią umowy stron w tym zakresie. Przedłożona przez pozwanego faktura za energię elektryczną dotyczy okresu 1-31 grudzień 2013 r. kiedy powodowie opuścili remontowany obiekt (k. 651).

Powodowie wygrali powództwo w 0,62 części i w tej proporcji zostały rozliczone koszty procesu jak i koszty sądowe (art. 100 zd. 2 k.p.c.). Powodowie ponieśli koszty procesu w kwocie 17.983 zł, zaś pozwany - 3.617 zł, ze stosunkowego rozliczenia pozwany winien zwrócić powodom kwotę 9.775 zł. Z kolei brakujące koszty sądowe to kwota 2.619,18, z czego ściągnięciu na rzecz Skarbu Państwa od powodów podlega kwota 995,30 zł i od pozwanego -1.623,9 zł (art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Dlatego też na mocy art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na mocy art. 100 k.p.c., rozdzielając je w tej samej proporcji, co koszty procesu przed Sądem I instancji, co skutkowało zniesieniem kosztów zastępstwa procesowego (przy uznaniu, iż są one praktycznie równe) i nakazaniem ściągnięcia od powodów nieuiszczonej opłaty od apelacji w wysokości 0,38 z kwoty 6.865,95 zł.

(...)