

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lutego 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Dariusz Kłodnicki (spr.)
Sędziowie:	SSA Jacek Gołaczyński SSA Agnieszka Piotrowska
Protokolant:	Katarzyna Sandecka

po rozpoznaniu w dniu 18 stycznia 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie  
sprawy z powództwa **Rolniczej Spółdzielni Produkcyjnej (...) w W.**

przeciwko **Gminie Miejskiej K.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 18 października 2011 r. sygn. akt VI GC 18/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjna (...) z siedzibą w W. wniosła o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby Gmina Miejska w K. zapłaciła na jej rzecz 192.336,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi: od kwoty 88.355,22 zł od dnia 29.07.2006 r. do dnia zapłaty; od kwoty 52.689,65 zł od dnia 15.07.2006 r. do dnia zapłaty; od kwoty 3.954,15 zł od dnia 7.09.2006 r. do dnia zapłaty, od kwoty 47.337,45 zł od dnia 24.08.2006 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu powództwa podniosła, że na należność główną objętą żądaniem pozwu składa się przysługujące jej wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w ramach umowy zawartej między stronami w dniu 26.08.2005 r. w kwocie 92.309,37 zł, oraz wynagrodzenie za roboty dodatkowe w wysokości 100.027,10 zł. Wskazała przy tym, że wobec nieuregulowania faktur wystawionych z w/w tytułów, mimo odebrania robót objętych ich specyfikacją bez zastrzeżeń, w dniu 31.08.2006 r. zdała teren budowy i odstąpiła od dalszej realizacji umowy, z winy zamawiającego. Wówczas pozwana odmówiła wypłaty jakichkolwiek należności argumentując, że umowa stron nie obejmowała robót

dotychczasowych, a ponadto naliczyła stronie powodowej kary umowne w kwocie 110.931,45 zł za niewykonanie robót w terminie, mimo tego, że do opóźnienia doszło z przyczyn przez nią niezawinionych.

W odpowiedzi pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na jej rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości.

Przyznała, że na podstawie wygranego przez powódkę przetargu nieograniczonego zawarła umowę na wykonanie zadania pod nazwą „Remont ratusza w K.”. Zaprzeczyła jednak, by zleciła powódce wykonanie dodatkowych prac w niej nieuwzględnionych.

Co do robót objętych umową oświadczyła, że choć prace te zostały wykonane i powódce należało się za nie ustalone wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 104.926,54 zł brutto - wg faktur nr (...), to naliczyła jej karę umowną za zwłokę w wykonaniu robót wg noty księgowej nr (...) z dnia 14.08.2006r. w kwocie 110.931,45 zł, którą potrąciła z tą wierzytelnością. Dodatkowo zgłosiła do potrącenia należność, jaką zapłaciła podmiotowi, któremu zlecała ponowne wykonanie pokrycia dachu, z powodu braku usunięcia przez stronę powodową wad zrealizowanych przez nią w tym zakresie robót, w łącznej kwocie 238.167,47 zł.

Wyrokiem z dnia 18.10.2011 r. sygn. akt VI GC 18/10 Sąd Okręgowy w Legnicy zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 140.039,84 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot: 40.545,78 zł od dnia 29.07.2006 r. do dnia zapłaty, 3.954,15 zł od dnia 7.09.2006 r. do dnia zapłaty, od 52.689,65 zł od dnia 13.08.2006 r. do dnia zapłaty, od 42.850,26 zł od dnia 1.09.2006 r. do dnia zapłaty (pkt. I), dalej idące powództwo oddalił (pkt. II), zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 11.490,23 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. III), przyznał biegłemu L. T. wynagrodzenie za sporządzenie opinii ustnej w kwocie 117,56 zł oraz zwrot kosztów dojazdu w kwocie 108,65 zł, polecając jej wypłatę ze środków budżetowych Sądu Okręgowego w Legnicy (pkt. IV) oraz nakazał, aby strony uiściły na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Legnicy – strona pozwana kwotę 1.149,61 zł i strona powodowa kwotę 425,19 zł, tytułem wynagrodzenia biegłego wypłaconego tymczasowo ze środków budżetowych Skarbu Państwa – Sadu Okręgowego w Legnicy (pkt. V).

Istotne ustalenia faktyczne, dla rozstrzygnięcia apelacji strony pozwanej wniesionej od pkt. I, III i IV tego wyroku, poczynione przez Sąd pierwszej instancji, przedstawiały się następująco.

Strona pozwana, jako zamawiający ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonanie zadania pod nazwą „Remont dachu ratusza w K.”, które obejmowało: rozbiorke werandy, remont wieży i tarasu widokowego, remont dachu - kominy, obróbki i pokrycia blacharskie, pokrycia z dachówki i z papy termozgrzewalnej oraz remont instalacji odgromowej. Termin wykonania zamówienia ustalono początkowo na 17.10.2005 r., a następnie przesunięto na 27.10.2005 r. Według opisu sposobu obliczania ceny w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, cenę ofertową należało wyliczyć według kalkulacji własnej na podstawie przedmiaru robót dostarczonego wykonawcy, dokumentacji projektowej oraz ST. Cena ofertowa miała obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia. Podstawowy materiał do sporządzenia kalkulacji własnej stanowił przedmiar robót. W SIWZ zaznaczono, że podane przez wykonawcę kwoty muszą uwzględniać wszelkie wymagania i zobowiązania, w tym nagłe i nieprzewidziane wydatki oraz różnorakie ryzyko związane z koniecznością wybudowania, wykończenia i konserwacji całości robót objętych umową. Każdy z wykonawców winien dokonać wizji lokalnej celem sprawdzenia warunków placu budowy, stanu istniejących obiektów oraz warunków związanych z wykonaniem prac będących przedmiotem przetargu oraz celem uzyskania jakichkolwiek dodatkowych informacji koniecznych i przydatnych do oceny prac, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania umowy.

W przedmiarze robót przewidziano: przy remoncie tarasu widokowego wieży malowanie balustrady z prętów ozdobnych; naprawę różnych elementów metalowych (wymiana lub uzupełnienie) balustrady schodowe lub balkonowe średnioozdobne, montaż pochwyty balustrady z ceownika zimnogiętego 40x20x30; przy remoncie kominów rozebranie kominów wolnostojących w ilości 6.81, wymurowanie kominów wolnostojących w ilości 7.31; obróbki i pokrycia blacharskie; przy remoncie dachów - pokrycia z dachówki, rozebranie pokrycia dachowego z

dachówek, dachówka korytkowa, holenderska, mnich - mniszka, przygotowanie materiałów z pokryć dachowych z rozbiórki do użytku dachówki – esówka, mnich- mniszka, uzupełnienie pokryć dachówką ceramiczną na zaprawie, mnich - mniszka, dachówka z odzysku, nakłady bez kosztu dachówek, pokrycie dachów dachówką ceramiczną mnich- mniszka, 3 rzędy nowych dachówek od podwórka po wykonaniu pokrycia z blachy cynkowej.

Strona powodowa w swoim kosztorysie ofertowym odniosła się do wszystkich punktów przedmiaru robót wyceniając opisane w nim prace. Sporządziła harmonogram rzeczowo - finansowy poszczególnych prac, określając terminy ich wykonania w okresie od 27.08.2005 r. do 26.10.2005 r. W formularzu ofertowym oświadczyła, że dokonała wizji lokalnej terenu inwestycji i zapoznała się z dostępną dokumentacją projektową.

Strona pozwana wybrała ofertę strony powodowej jako najkorzystniejszą i w dniu 26.08.2005 r. strony podpisały umowę nr (...), której przedmiot został opisany identycznie jak w SIWZ. W umowie zaznaczono, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona do umowy Dokumentacja Projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, stanowiące załączniki do protokołu. Integralną część umowy miał również stanowić uzgodniony pomiędzy stronami harmonogram rzeczowo – finansowy realizacji robót. Rozpoczęcie zadania określono na dzień 27.08.2005 r., a jego zakończenie na dzień 27.10.2005 r. Zmiany powyższych terminów mogły zostać wprowadzone wyłącznie aneksem do niniejszej umowy. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono na zryczałtowaną kwotę w wysokości 104.926,54 zł brutto. Rozliczenie za wykonane i odebrane komisyjnie roboty następować miało na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej, wystawionych zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym realizacji zadania. Podstawę faktur częściowych stanowiły protokoły odbiorów częściowych robót, podpisane przez strony. Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych. Odbiór inwestycji miał nastąpić po potwierdzeniu przez inspektora nadzoru ze strony zamawiającego w dzienniku budowy zakończenia i kompletności prac. Z czynności odbioru spisywano protokół. Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na wykonany przedmiot umowy przez okres 5 lat od dnia odbioru końcowego inwestycji. Istnienie wad oraz ich usunięcie powinno zostać stwierdzone protokolarnie. Zamawiający wyznaczał termin na usunięcie wad, po jego bezskutecznym upływie mógł je usunąć w zastępstwie wykonawcy i na jego koszt. Strony ustaliły m.in. kary umowne za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego wykonania, do dnia zgłoszenia do odbioru gotowego przedmiotu odbioru.

Z projektu budowlanego wraz z dokumentacją projektową wynikało m.in., że remont balustrady na tarasie widokowym ma polegać na wymianie przerdzewiałej blachy pochwyty na ceownik zimnogięty równoramienny i dwukrotnym pomalowaniu elementów ozdobnych. Remont dachów miał polegać m.in. na wymianie rur spustowych, naprawie rynien nad salą witrażową i całości rynien od strony podwórka, a także na rozbiórce pokryć w związku z przebudową kominów i wymianą skorodowanych obróbek blacharskich oraz obróbek koszy dachowych i na ponownym ułożeniu dachówki z uzupełnieniem ubytków dachówką nową. Wskazano dokładnie typ i parametry wymaganej dachówki. Zaznaczono, że dachówka nie może posiadać jakichkolwiek ubytków na powierzchni lub na krawędziach bocznych, niedopuszczalne są rysy i pęknięcia.

W dniu 27.08.2005r. protokolarnie przekazano plac budowy, wskazując jako termin rozpoczęcia prac ten dzień.

Przy rozpoczęciu remontu balustrady na tarasie widokowym okazało się, że elementy ozdobne balustrady są w znacznym stopniu skorodowane i wymagają wymiany, nie zaś jedynie pomalowania. Przy rozpoczęciu remontu dachu okazało się, że przeważająca część pokrywającej dach dachówki ze względu na wiek, stopień zniszczenia i sposób zamocowania po demontażu nie nadawała się do ponownego położenia. Nie spełniała wymogów określonych w dokumentacji projektowej. Strona pozwana dostarczyła wykonawcy pewną ilość dachówki tego samego typu, co dachówka pokrywająca dach ratusza, która jednak również nie spełniała wymogów z dokumentacji projektowej.

Wpisami z dnia 12.09.2005 r. i z dnia 19.09.2005 r. do dziennika budowy kierownik budowy i inspektor nadzoru potwierdzili wystąpienie robót dodatkowych i stwierdzili, że dokumentacja projektowa i kosztorysowa odbiega od stanu rzeczywistego na budowie.

Pismem z dnia 29.09.2005 r. i strona pozwana wezwała stronę powodową do terminowego rozpoczęcia wykonywania zamówionych prac.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 30.09.2005 r. strona powodowa poinformowała stronę pozwaną, że do 29.09.2005r. przygotowywała i organizowała plac budowy. W dniu 7.10.2005 r. wykonawca zgłosił do odbioru wykonanie 8 sztuk kominów, impregnację grzybobójczą bali i desek oraz wymianę poręczy ozdobnej, wymianę płatków ozdobnych i malowanie farbą balustrady, a inspektor nadzoru potwierdził wykonanie tych prac.

W dniu 10.10.2005 r. działający jako przedstawiciele inwestora Zastępca Burmistrza Miasta K. K., p.o. Kierownik Wydziału E. R. i inspektor wydziału G. O., a także inspektor nadzoru J. F. oraz prezes zarządu powódki podpisali protokół typowania robót dodatkowych i zamiennych. Ustalili w nim, że w trakcie realizacji przedmiotu umowy nastąpiła konieczność wykonania robót zamiennych i robót dodatkowych, których wcześniej nie można było przewidzieć, takich jak: wywóz gruzu ceramicznego, docieplenie stropu wełną mineralną i ułożenie podłogi drewnianej w pomieszczeniach strychowych, częściowe zastąpienie zniszczonej, nienadającej się do ponownego położenia dachówki dachówką nową, naprawa drewnianych listew ozdobnych przy dwóch lukarnach, ich szpachlowanie, szlifowanie i malowanie, przemurowanie attyki od strony pl. (...), zwieńczenie obróbki kominów z blachy cynkowo-tytanowej taśmą aluminiową w kolorze ceglonym.

Kierownik budowy wpisem do dziennika budowy z dnia 17.10.2005 r. przyjął do realizacji roboty dodatkowe objęte protokołem z dnia 10.10.2005 r. zaznaczając, że w związku z ich wystąpieniem termin końcowy realizacji umowy nie zostanie dochowany.

Strona powodowa sporządziła zatwierdzony przez inspektora nadzoru pozwanej kosztorys różnicowy na roboty uzupełniające i dodatkowe, które wyceniła na kwotę 32.656,29 zł.

Strona powodowa sporządziła projekt aneksu nr 1/05 z dnia 25.10.2005 r., w którym strony przedłużyły termin realizacji przedmiotu umowy do 21.11.2005 r., i podwyższyły umowne wynagrodzenie należne wykonawcy o kwotę 32.656,29 zł. Aneks powyższy ostatecznie podpisali Burmistrz i Zastępca Burmistrza, jednak Skarbnik Miasta odmówił podpisu. W piśmie do pozwanej z dnia 25.10.2005 r. powódka wskazała na wystąpienie nieprzewidzianych robót uzupełniających i dodatkowych, koniecznych do wykonania umowy, które opóźniają terminowe wykonanie przedmiotu umowy. Wskazała na całkowite skorodowanie wielu elementów ozdobnych balustrady tarasu widokowego na wieży ratusza, które wymagają wymiany, na potrzebę zastosowania innego niż określony w projekcie pochwyty przy balustradzie, w celu zachowania jej zabytkowego charakteru, na gruz ceramiczny zalegający na kwaterach strychowych wymagający usunięcia, na potrzebę ocieplenia wełną mineralną stropu i położenia podłogi w pomieszczeniach strychowych, na potrzebę wykonania przy wejściu do kotłowni obróbek blacharskich, pasa nadrynnowego, wymiany rynien i rur spustowych, kompletnie skorodowanych a koniecznych przy przełożeniu pokrycia z dachówki ceramicznej oraz na potrzebę częściowego zastąpienia starej dachówki dachówką nową.

Na spotkaniu stron w dniu 27.10.2005 r. stwierdzono, że określone umownie prace, mimo upływu terminu ich wykonania, nie zostały ukończone. Jednocześnie powódka wniosła o zmianę terminu zakończenia prac do 31.05.2006 r. W piśmie z dnia 7.10.2005 r. strona pozwana nie wyraziła zgody na wykonanie robót dodatkowych w zakresie odtworzenia elementów ozdobnych (płatki kwiatów), gdyż nie były one ujęte w projekcie budowlanym, ani w SIWZ. Odnośnie pozostałych robót, wymienionych piśmie z 25.10.2005 r., miał zostać sporządzony protokół konieczności, rozliczenie zadania miało nastąpić po wykonaniu kosztorysu zamiennego, przy akceptacji inspektora nadzoru. W piśmie z dnia 8.11.2005 r. strona pozwana odmówiła przedłużenia wykonawcy terminu do realizacji powierzonego zadania. Wskazała również, że przez zastój w remoncie dachu istnieje obawa zalania ratusza, a jakość wykonanych prac również budzi zastrzeżenia: część dachówek jest źle zamocowana, nową blachę ułożono na starej obróbce, obróbka blacharska pionowa przy wieży jest wykonana niedokładnie, nowa dachówka w koszu nie jest docięta w jednej linii. Strona powodowa w pismach z dnia 10.11.2005 r. oraz poprzez wpis do dziennika budowy poprosiła stronę pozwaną o weryfikację jej stanowiska w kwestii wymiany ozdobnych elementów balustrady wskazując, że zleciła już odtworzenie tych elementów specjalizującej się w tym firmie, w celu zahamowania procesów destrukcyjnych zabytku. Wyjaśniła, że

główną przyczyną opóźnienia w realizacji zadania był fakt, że faktyczny odzysk dachówki przeznaczonej na ponowne pokrycie dachu to jedynie ok. 10 - 12 %, a nie ok. 100% jak przewidywał projekt, a takiej dachówki nie produkuje obecnie żadna cegielnia w Europie. Jedyna dostępna na rynku dachówka preferowanego typu Mnich – Mniszka nie dawała się połączyć z dachówką dotychczasową ani położyć bez odpowiedniego docięcia. Strona powodowa odparła również zarzuty strony pozwanej w kwestii usterek w wykonanych przez nią pracach.

W protokole oględzin z 15.11.2005 r. przedstawiciele stron stwierdzili stan zaawansowania prac 40%. Z uwagi na słaby postęp prac wykonawca zobowiązał się zwiększyć ilość pracowników i realizować kilka zakresów robót jednocześnie by skończyć prace do 28.11.2005 r. W piśmie z dnia 22.11.2005 r. zastępca burmistrza strony pozwanej oświadczył, że zdaniem strony pozwanej opóźnienie spowodowało zbyt późne przystąpienie do prac remontowych i skierowanie do nich zbyt małej ilości pracowników. Oświadczył, że do czasu przedłożenia rzetelnego, poprawionego i zatwierdzonego przez inspektora nadzoru kosztorysu na roboty zamienne i dodatkowe nie będzie podejmował żadnych decyzji odnośnie akceptacji robót dodatkowych. W dniu 25.11.2005 r. kierownik budowy w dzienniku budowy zgłosił do odbioru demontaż dachówki, gąsiorów, montaż folii wysokoparoprzepuszczalnej, łąt i położenie nowej dachówki Mnich - Mniszka + kosze z blachy cynkowej, a inspektor nadzoru potwierdził odbiór nowego pokrycia dachówki od strony frontowej budynku ratusza. Dnia 5.12.2005 r. kierownik budowy zgłosił w dzienniku budowy przerwę technologiczną od 5.12.2005 r. do 30.03.2006 r., co inspektor nadzoru przyjął do wiadomości.

W dniach 30.03.2006 r. i 29.05.2006 r. zostały sporządzone przez osoby, które sporządziły protokół typowania robót z 10.10.2005 r., dwa kolejne protokoły. Oprócz prac opisanych w protokole z 10.10.2005 r. wskazano w nich na potrzebę wykonania nowych okienek w wieży ratusza 2 sztuki, konieczność oczyszczenia szpachlowania i malowania 2-ch okien lukarn, wymiany skorodowanych elementów blachy osłonowej w rynnie od strony podwórza. Protokoły typowania robót dodatkowych z dnia 25.10.2005 r. oraz z dnia 30.03.2006 r. i 29.05.2006 r. stanowiły w rzeczywistości modyfikowane wersje tego samego dokumentu. Kierownik budowy wpisami do dziennika budowy z dnia 31.03.2006 r. i z dnia 29.05.2006 r. przyjął do realizacji roboty dodatkowe z powyższych protokołów wnioskując o podpisanie stosownych aneksów. Aneks zlecający roboty dodatkowe i wydłużający termin wykonania przedmiotu umowy nie został jednak ostatecznie podpisany. Wykonawca sporządził do protokołu z dnia 29.05.2006 r. nowy kosztorys różnicowy na roboty zamienne i dodatkowe na kwotę 49.574,99 zł, zatwierdzony przez inspektora nadzoru pozwanej. Taki koszt robót zamiennych i dodatkowych wyliczyła również inspektor w Dziale Inwestycji Urzędu Miasta K. G. O.. Dokonano przesunięcia okresu ubezpieczenia wykonywanych przez powódkę prac, w ramach ubezpieczenia należytego wykonania zamówienia publicznego, na okres od 1.08.2006 do 31.07.2011 r. W dniach 18.04.2006 r. i 24.04.2006 r. zgłoszono do odbioru dokonując wpisów do dziennika budowy taras widokowy, wieżę oraz uszczelnienie starego pokrycia dachowego oraz wzmocnienie attyki i przełożenie pokrycia, co inspektor nadzoru potwierdził. Powódka po wykonaniu kolejnych etapów prac kilkakrotnie prosiła pozwaną o zapłatę częściową, do lipca 2006 r. nie wystawiła jednak żadnych faktur.

W dniu 7.07.2006 r. inspektor nadzoru wraz z reprezentantem wykonawcy podpisali protokół odbioru robót dodatkowych dekarско- blacharskich – remont dachu Ratusza stwierdzając brak usterek i wad oraz dobrą jakość wykonanych prac. Wartość prac wykonywanych w okresie od 27.08.2005 r. do 29.06.2006 r. określono na kwotę 43.188,24 zł netto 52.689,65 zł brutto. Wykonawca sporządził kosztorys powykonawczy budowlany robót dodatkowych opisanych w powyższym protokole wskazując w nim poszczególne prace i ich koszt z uwzględnieniem użytych materiałów i robocizny. Kosztorys zatwierdził inspektor nadzoru strony pozwanej. W tym samym dniu powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 52.689,65 zł z terminem płatności 7 dni.

W dniu 7.07.2006 r. inspektor nadzoru wraz z reprezentantem wykonawcy podpisali również protokół częściowego odbioru robót dekarских, blacharskich i instalacji odgromowej w ramach remontu budynku ratusza zgodnie z umową Nr (...) z dnia 26.08.2005 r., stwierdzając brak usterek i wad oraz dobrą jakość wykonanych prac. Wartość prac wykonywanych w okresie od 27.08.2005 r. do 29.06.2006 r. określono na kwotę 72.422,31 zł netto i 88.355,22 zł brutto. Wykonawca sporządził kosztorys budowlany częściowy elementów wykonanych opisanych w powyższym protokole, wskazując w nim poszczególne prace i ich koszt, z uwzględnieniem użytych materiałów i robocizny.

Kosztorys zatwierdził inspektor nadzoru strony pozwanej. W dniu 10.07.2006 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 88.355,22 zł z terminem płatności 21 dni.

Przy wykonywaniu dalszych prac dotyczących przedmiotu umowy wykonano na zlecenie pracowników Wydziału(...) dalsze prace dodatkowe, opisane w „przedmiarze robót dodatkowych”, stanowiącym załącznik nr 1 do dziennika budowy Tom II oraz polegające na wymianie spróchniałych elementów kosza dachowego przy dwóch kominach. Ich zasadność potwierdził wpisami do dziennika budowy z dnia 13.07.2006 r. i 31.07.2006 r. inspektor nadzoru pozwanej.

W dniu 11.08.2006 r. inspektor nadzoru wraz z reprezentantem wykonawcy podpisali protokół częściowego odbioru robót dekarско - blacharskich w ramach remontu budynku Ratusza zgodnie z umową Nr (...) z dnia 26.08. 2005 r. stwierdzając brak usterek i wad oraz dobrą jakość wykonanych prac. Wartość prac wykonywanych w okresie od 30.06.2006 r. do 11.08.2006 r. określono na kwotę 3.241,11 zł netto i 3.954,15 zł brutto. Wykonawca sporządził kosztorys budowlany częściowy elementów wykonanych część II opisanych w powyższym protokole, wskazując w nim poszczególne prace i ich koszt, z uwzględnieniem użytych materiałów i robocizny. Kosztorys zatwierdził inspektor nadzoru strony pozwanej. W dniu 16.08.2006 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 3.954,15 zł z terminem płatności 21 dni.

W dniu 11.08.2006 r. inspektor nadzoru wraz z reprezentantem wykonawcy podpisali również protokół odbioru robót dodatkowych dekarско – blacharskich w ramach remontu dachu Ratusza stwierdzając brak usterek i wad oraz dobrą jakość wykonanych prac. Wartość prac wykonywanych w okresie od 30.06.2006r. do 11.08.2006 r. określono na kwotę 38.801,19 zł netto i 47.337,45 zł brutto. Wykonawca sporządził kosztorys budowlany robót dodatkowych (powykonawczy - część II), wskazując w nim poszczególne prace i ich koszt, z uwzględnieniem użytych materiałów i robocizny. Kosztorys zatwierdził inspektor nadzoru strony pozwanej. W dniu 16.08.2006 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 47.337,45 zł z terminem płatności 7 dni. W pismach z dnia 10.07.2006 r. i 18.07.2006 r. powódka wezwała pozwaną do przedłożenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane podstawowe na kwotę 104.926,54 zł oraz gwarancji zapłaty za roboty budowlane dodatkowe na kwotę 52.689,65 zł w wyznaczonym terminie. W piśmie z dnia 20.07.2006 r. strona pozwana oświadczyła, że dysponuje wolnymi środkami finansowymi w budżecie miasta na rok 2006 na realizację zadania Remont dachu Ratusza zgodnie z umową z dnia 26.08.2005 r. Mimo tego powódka w piśmie z dnia 31.08.2006 r. oświadczyła, że z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu do udzielenia gwarancji zapłaty odstępuje od realizacji umowy z winy zamawiającego. Następnie wielokrotnie wzywała pozwaną do zapłaty kwot wynikających z czterech w/w faktur.

W odpowiedzi na wezwania i oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy pozwana wskazywała, że faktury wystawione za prace określone w umowie z dnia 26.08.2005 r. nie odzwierciedlają zakresu robót zgodnego z harmonogramem rzeczowo – finansowym stanowiącym załącznik do umowy oraz z przedłożonym kosztorysem ofertowym, co jest niezgodne z zapisami umowy. Natomiast do realizacji faktur za roboty dodatkowe brak podstaw prawnych. Strony nie związały się umową na wykonanie prac dodatkowych. Pozwana wystawiła powódce notę obciążeniową z naliczonymi karami umownymi w kwocie 110.931,45 zł za niewykonanie robót wynikających z umowy stron w ustalonym terminie. Kary zostały naliczone w oparciu o projekt harmonogramu rzeczowo- finansowego z dnia 11.08.2005 r., sporządzony przez wykonawcę .

Strona powodowa w pismach do zamawiającego podkreślała, że wszystkie roboty dodatkowe opisane w wystawionych rachunkach zostały zlecone przez służby techniczne Wydziału Architektury i Inwestycji Urzędu Miasta K., zostały opisane w 3 kolejnych protokołach typowania robót dodatkowych oraz w dzienniku budowy jako prace niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego, odebrane i zatwierdzone przez inspektora nadzoru pozwanej, który zatwierdził również kosztorysy różnicowe na roboty dodatkowe. Wykonanie tych prac uniemożliwiło wykonawcy wykonanie podstawowego zakresu robót w terminie umownym. Kwestionowali również naliczanie kar umownych na podstawie projektu harmonogramu rzeczowo- finansowego, który nie stanowił załącznika do umowy z dnia 27.08.2005 r.

W piśmie z dnia 16.10.2006 r. strona pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu należności powódki wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 10.07.2006 r. na kwotę 88.355,22 zł ze swojej należności z tytułu kary umownej naliczonej

notą księgową nr (...) z dnia 14.08.2006 r. Jednocześnie strona pozwana zarzucała wykonanie przez powódkę zleconych prac niedbale i niezgodnie ze sztuką budowlaną. Zdaniem strony pozwanej, liczne wady prac powodowały przeciekanie wyremontowanego dachu. Pozwana powoływała się na wyniki zleconej prywatnie ekspertyzy z 28.09.2006 r. Pozwana dokonała w dniu 2.10.2007 r. przeglądu gwarancyjnego bez udziału przedstawicieli powódki, której zawiadomienie o przeglądzie doręczono 17.10.2007 r. Nie brał w nim również udziału inspektor nadzoru. Pozwana ponownie złożyła w trybie zamówienia publicznego zamówienie na remont pokrycia dachu budynku R. w K.. Tym razem przewidziano całkowitą wymianę pokrycia dachu, polegającą na zmianie pokrywającej dach dachówki mnich-mniszka na dachówkę karpiówkę, układaną w łuskę. W dniu 27.11.2007 r. strona pozwana zawarła umowę na wykonanie powyższego zadania za zryczałtowanym wynagrodzeniem w kwocie brutto 218.569,72 zł z firmą (...) C. w J.. Wykonawca za wykonane roboty z umowy podstawowej wystawił w dniu 8.05. 2009 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 218.569,72 zł. Zlecono również roboty dodatkowe, za wykonanie których wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 19.597,75 zł. Strona pozwana uiściła powyższe należności.

Koncepcja zawarta w projekt budowlanym, na podstawie którego powódka wykonywała roboty budowlane, przewidująca 50 % odzysk starych dachówek w celu ponownego ich wykorzystania podczas wymiany pokrycia dachu była nieracjonalna. Zbadanie przez projektanta stanu technicznego dachu, a zwłaszcza sposobu mocowania dachówek powinno skutkować uznaniem, że wiek dachówek oraz ich łączenie zaprawą betonową uniemożliwiają przewidziany przez projektanta odzysk. Projektant powinien również mieć świadomość niemożności zgodnego ze sztuką budowlaną połączenia starej dachówki pokrywającej dach z nową obecnie produkowaną dachówką, z uwagi na różne rozmiary tych dachówek, co wyklucza szczelność dachu. Brak odkrywek sprawdzających stan techniczny elementów budynku poddanych remontowi spowodował, że w trakcie robót budowlanych ujawniono stan techniczny gorszy i zakres koniecznych robót większy niż to założono w projekcie budowlanym i specyfikacji do zamówienia publicznego. Jednocześnie powódka również ze swej strony przeprowadziła jedynie pobieżne oględziny dachu ratusza, w sposób uniemożliwiający ocenę stanu technicznego remontowanego obiektu i ewentualną weryfikację przedmiaru robót czy zgłoszenie istotnych zastrzeżeń. Prace dodatkowe opisane w protokole typowania robót dodatkowych i zamiennych z dnia 29.05.2006 r. oraz w protokołach odbioru robót dodatkowych z 7.07.2006 r. i z 11.08.2006 r. były istotne dla prawidłowej realizacji prac remontowych ze względów bezpieczeństwa konstrukcyjnego budynku, zachowania zasad konserwacji obiektu zabytkowego oraz zasad technologii i sztuki budowlanej. Wszystkie te prace miały charakter robót dodatkowych. Dotyczy to również elementów ozdobnych balustrady na tarasie widokowym wieży ratusza w postaci metalowych płatków kwiatów. Elementy te były tak skorodowane, że wymagały odtworzenia, nie zaś jedynie pomalowania. Powódka wykonująca roboty podstawowe i dodatkowe przy udziale 8 pracowników powinna wykonać przedmiot umowy wraz ze wskazanymi przez nią pracami dodatkowymi do końca sezonu budowlanego 2005 r.

Wartość robót dodatkowych wykonanych przez stronę powodową przy remoncie dachu ratusza strony pozwanej, które nie zostały objęte umową podstawową wyniosła 95.539,91 zł brutto. Wykonanie tych robót było niezbędne i konieczne do wykonania umowy zasadniczej. Kalendarium podejmowania decyzji w procesie budowlanym przez stronę pozwaną i powodową w oparciu o zapisy w dzienniku budowy i korespondencję między stronami wskazuje na brak współdziałania stron, przejawiającego się zwłoką w dostarczaniu dokumentów i wyjaśnień, zaniechaniu w realizacji podejmowanych wspólnie ustaleń. Nie jest możliwe ustalenie, w jakim udziale procentowym strony ponoszą odpowiedzialność za swoje zaniechania.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo, co do zasady oraz w przeważającej części, co do wysokości, zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd zwrócił uwagę, że strona pozwana nie kwestionowała wykonania prac z umowy zasadniczej, ani ich wartości w kwocie objętej żądaniem pozwu, a zatem w tym zakresie pozostawała do oceny jedynie zasadność dokonanego z tą należnością potrącenia z tytułu naliczonych przez nią kar za opóźnienie w realizacji umowy. Co do wykonania prac dodatkowych do rozpatrzenia pozostawały z kolei zarzuty, braku podstawy faktycznej i prawnej do ich uwzględnienia w związku z brakiem zgody na ich realizację, ich zbędność, czy też konieczność ich realizacji w ramach łączącej strony umowy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu potrącenia z tytułu wadliwości prac zrealizowanych przez stronę powodową stwierdził, że nie zasługuje on na uwzględnienie, przede wszystkim z tego powodu, że strona pozwana nie udowodniła swojego twierdzenia w sposób możliwy do weryfikacji i oceny. Wskazał przy tym, że w szczególności nie wykazała ona swoich uprawnień z rękojmi za wady z art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c., do obniżenia wynagrodzenia o wartość prac poprawkowych wykonanych przez innego przedsiębiorcę, bowiem zleciła nowy przetarg mimo tego, że z przedłożonego materiału nie wynika, by wcześniej wyszczególniła te wady i wezwała stronę powodową do ich usunięcia w konkretnym terminie z zagrożeniem wystąpienia z roszczeniem o obniżenie ceny lub odstąpienia od umowy. Jednocześnie wskazał, że nie zostały też spełnione przesłanki do wystąpienia z roszczeniem o odszkodowanie za wady na ogólnych zasadach z art. 471 k.c., bowiem nie zostało w wystarczający sposób wykazane nienależyte wykonanie umowy, a przede wszystkim w żaden sposób nie została wykazana szkoda i jej wysokość. Zwrócił przy tym uwagę, że pozwana przed procesem nie podnosiła zarzutu potrącenia tych należności, a zatem w postępowaniu gospodarczym zarzut ten musiałaby wykazać dokumentami, co nie miało miejsca.

Za zasadny czyściwo natomiast Sąd uznał zarzut potrącenia z tytułu naliczonych przez pozwaną kar umownych za zwłokę w realizacji umowy. Opierając się na opinii biegłego wskazał, że zasadnym było ich naliczenie za okres od 6.12.2005 r. do 31.08.2006 r. Odnosząc tą ocenę do złożonego, przez pozwaną w tym zakresie oświadczenia wskazał, że suma należnych jej roszczeń z tego tytułu obejmuje kwotę 95.618,88 zł. Tak wyliczone kary umowne, zdaniem Sądu mogły być uwzględnione jednakże jedynie w 50 %, tj. w kwocie 47.809,44 zł, bowiem słusznie strona powodowa podniosła zarzut ich miarkowania z uwagi na to, że w znacznej części zleczone jej prace zostały wykonane, a ponadto karę umowną przewyższająca wartość zawartej umowy, należało uznać za rażąco wygórowaną.

Odnosząc się do zarzutu niezlecenia powodowi prac dodatkowych, w pierwszym rzędzie Sąd wskazał, że nie doszło między stronami do zawarcia w tym zakresie umowy, która dla swojej ważności wymagała formy pisemnej. Z drugiej strony wskazał, że niewątpliwie pracownicy strony pozwanej, inspektor nadzoru, jak również władze gminy zlecali ustnie stronie powodowej wykonanie tych prac, wiedzieli, że prace te wykonuje i je akceptowali, a nadto wykonanie tych prac było niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, której bez ich wykonania nie można było zrealizować.

Zdaniem Sądu, podstawą zasądzenia na rzecz strony powodowej należności z tytułu wykonania prac dodatkowych na kwotę 95.539,91 zł (zgodnie z wyliczeniem biegłego) był art. 405 k.c., który to przepis stanowi samoistne źródło zobowiązań.

Zdaniem Sądu strona pozwana uzyskała w tym zakresie korzyść majątkową kosztem strony powodowej, dlatego też Sąd zasądził w/w kwotę wraz z odsetkami od dnia jej wezwania do zapłaty, oddalając dalej idące powództwo.

O kosztach procesu orzekł stosownie do wyniku procesu w oparciu o art.100 k.p.c., i § 6 pkt 6 w zw. z § 2 rozp. Min. Spr. w sprawie opłat za czynności radców prawnych uznając, iż nakład pracy pełnomocników i charakter sprawy uzasadniają przyznanie im wynagrodzenia w podwójnej wysokości.

W stosunku do wygranych stron Sąd orzekł o obowiązku uiszczenia przez nie na rzecz Skarbu Państwa, brakującej części wynagrodzenia biegłego wypłaconego tymczasowo ze środków budżetowych Sądu.

Od powyższego wyroku apelację wniosła strona pozwana i zaskarżając go w punktach I, III i V, zarzuciła Sądowi Okręgowemu, że przy jego wydaniu w tym zakresie dopuścił się:

1. naruszenia art. 231 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie co do roszczenia, które nie było przedmiotem żądania, tj. zasądzenia roszczenia o zapłatę za wykonanie robót dodatkowych w oparciu o art. 405 k.c. w sytuacji, gdy powództwo w tym zakresie oparte było o art. 647 k.c.;
2. naruszenia art. 405 k.c. i art. 409 k.c. poprzez uznanie, że strona pozwana bezpodstawnie wzbogaciła się wartością robót dodatkowych, w sytuacji, gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, że roboty wykonane przez stronę powodową zostały rozebrane w przeważającej części przy ponownym pokryciu dachu (II przetarg), przez co wygasł obowiązek strony pozwanej zwrotu równowartości bezpodstawnego wzbogacenia;



3. naruszenia art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy strona pozwana w sprawie gospodarczej podjęła obronę, przedstawiając zarzut potrącenia roszczeń, jakie miała wobec strony powodowej z tytułu szkody, jakiej doznała przez to, że strona powodowa wykonała roboty budowlane, powodujące przeciekanie dachu w takim stopniu, że niezbędne stało się wykonanie na nowo pokrycia dachowego, a wartość tych szkód była udowodniona dokumentami w postaci pełnej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz fakturami VAT wraz z dowodami ich zapłaty;

4. sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, iż łącząca strony umowa z dnia 26.08.2005 r. miała charakter kosztorysowy, w sytuacji, gdy z jej treści wprost wynika, że była to umowa ryczałtowa, co miało wpływać na dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę i przejawiało się zasądzeniem roszczenia poza granicami zaskarżenia, zaniechaniem oceny kwestii, czy w cenie ryczałtowej mieściło się wykonanie robót dodatkowych, zaniechaniem rozpoznania podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu przedawnienia roszczenia z umowy o roboty budowlane.

W oparciu o powyższe zarzuty wniosła o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz o zasądzenie od strony powodowej na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego. Na wypadek nie uwzględnienia tego żądania wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od strony pozwanej na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

***Sąd Apelacyjny przyjmując za własne ustalenia faktyczne, poczynione przez Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Apelacja podlegała oddaleniu jako pozbawiona uzasadnionych podstaw.

W pierwszej kolejności rozważeniu podlegały zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, albowiem ocena zasadności naruszenia prawa materialnego może być dokonana dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia stanowiące podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku dokonane zostały zgodnie z obowiązującą procedurą.

Przed omówieniem poszczególnych zarzutów należy wskazać, że w podniesionym w pkt. 4 apelacji zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią zebranego materiału dowodowego, apelująca kwestionowała przyjęty przez Sąd Okręgowy zakres uregulowań umownych stron, z czym z kolei związała wadliwe zastosowanie przez Sąd pierwszej instancji przepisu art. 405 k.c.. W tej sytuacji zarzut ten podlegać będzie rozważaniu w dalszej części uzasadnienia łącznie z zarzutem naruszenia przepisów art. 405 k.c. i art. 409 k.c.

Najdalej idącym zarzutem naruszenia prawa procesowego, był zarzut naruszenia art. 321 §1 k.p.c., który na skutek oczywistej omyłki został określony w apelacji jako zarzut naruszenia art. 231 §1 k.p.c. (przepis ten dotyczy domniemań faktycznych, których Sąd I Instancji nie zastosował). W uzasadnieniu tego zarzutu oraz w argumentach, przywołanych na jego poparcie, skarżąca zarzuciła Sądowi Okręgowemu orzeczenie, co do roszczenia, które nie było przedmiotem sporu, w związku z czym Sąd Apelacyjny potraktował i rozpoznał wskazany zarzut jako zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c.

Zgodnie z tym przepisem, Sąd nie może wyrokować, co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani też zasądzać ponad żądanie. W judykaturze podkreśla się, że regulacja ta daje wyraz tradycyjnej zasadzie wyrokowania, statuującej zakaz orzekania ponad żądanie, a także zasadzie dyspozycyjności, która przejawia się w tym, że Sąd jest związany granicami żądania powództwa i nie może w tym wypadku dysponować przedmiotem procesu przez określenie jego granic niezależnie od zakresu żądania ochrony przez powoda. Zgodnie z powołanym przepisem, Sąd ma obowiązek orzec negatywnie lub pozytywnie o całym przedmiocie sporu (żądania). Przepis art. 187 §1 k.p.c., określający niezbędne wymogi formalne pozwu, wskazuje przy tym, że pismo to winno zawierać m.in. dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie. Granice żądania określa m. in. wysokość

dochodzonych roszczeń. Sąd nie może zatem zasądzić świadczenia wyższego niż to, którego domagał się powód, ani też wyrokować, co do rzeczy, która nie była objęta przedmiotem żądania, inaczej mówiąc zasądzić czegoś innego niż strona żądała. Żądanie powództwa określa więc nie tylko jego przedmiot, ale również jego podstawa faktyczna. Zasądzenie zatem określonej sumy pieniężnej, która wprawdzie mieści się w kwotowych granicach powództwa, lecz w oparciu o inną podstawę faktyczną, stanowiłoby orzeczenie ponad żądanie (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego 18.03.2005 r., II CK 556/04, OSNC 2006/2/38, Biul. SN 2005/5/10; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.09.2011 r., V CSK 418/10, Lex nr 960546; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29.10.1993 r., I CRN 156/93, Lex nr 518175 oraz wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11.12.2008 r., II CSK 364/08, Lex nr 584727).

W świetle podanej i utrwalonej wykładni przepisu art. 321 §1 k.p.c., podniesiony w apelacji zarzut jego naruszenia należało ocenić jako bezzasadny. Apelująca niezasadnie zrównała nie tylko pojęcie podstawy prawnej i podstawy faktycznej wskazanej w pozwie oraz dalszych pismach i twierdzeniach strony powodowej, ale również wybiórczo odniosła się do stanowiska strony powodowej, przywołanego na uzasadnienie dochodzonego żądania i jego wysokości. Strona powodowa, uzasadniając żądanie pozwu wskazała na to, że współpraca stron została zapoczątkowana na podstawie umowy, której okoliczności zawarcia, zakres obowiązywania i wykonania szeroko opisała. Jednocześnie podała, że część prac, za które dochodzi wynagrodzenia wykonała poza umową i wykazała w tym zakresie niezbędną inicjatywę dowodową. Stąd też Sąd pierwszej instancji miał nie tylko uprawnienie, ale również i obowiązek dokonać subsumpcji ustalonego w tej materii stanu faktycznego pod właściwą normę prawa materialnego. Z uwagi na to, że roboty w omawianym zakresie nie zostały objęte umową stron (co było między nimi bezsporne), podstawą prawną dochodzonego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za ich wykonanie mogły być wyłącznie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd winien zatem dokonać oceny zasadności zgłoszonego roszczenia właśnie w oparciu o te przepisy.

Należy podkreślić, iż w judykaturze wprost dopuszczono możliwość zasądzenia w oparciu o przepis art. 405 k.c. wynagrodzenia za roboty wykonane na podstawie umowy o roboty budowlane, która okazała się nieważna. Sąd Najwyższy, oceniając wskazane kwestie w kontekście ograniczeń, wynikających z zasady określonej w art. 321 § 1 k.p.c., podniósł, że wprawdzie wskazanie przez powoda przepisów prawa materialnego nie jest wymagane - w myśl zasady da mihi factum, dabo tibi ius - to jednak nie pozostaje bez znaczenia dla przebiegu i wyniku sprawy, skoro pośrednio określa także okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu ( wyrok SN z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). W wyroku z dnia 7.11.2007 r., II CSK 344/07 ( LEX nr 388844). Sąd Najwyższy uznał, że w sytuacji, gdy nieważność umowy, ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie tej równowartości jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11.03.2010 r. IV CSK 401/10 (niepubl.) uznając, że jeżeli powód domaga się zasądzenia określonej kwoty pieniężnej na podstawie umowy zawartej z pozwanym, Sąd - stwierdziwszy nieważność tej umowy - może uwzględnić powództwo na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko zaprezentowane w powołanych orzeczeniach. W rozpoznanej sprawie przedmiotem żądania była równowartość robót wykonanych przez stronę powodową, zarówno w zakresie objętym umową jak również poza jej zakresem. Nie budziło wątpliwości, że do ustalonej przez Sąd Okręgowy podstawy faktycznej, wyznaczonej twierdzeniami strony powodowej, nie mogły mieć zastosowania, w odniesieniu do prac pozaumownych, przepisy prawa materialnego, na które powołał się powód, nie było natomiast przeszkód, ze względu na to, że podstawa faktyczna jest taka sama, do zastosowania regulacji wynikających z art. 405 k.c. i następnie. Reasumując należało stwierdzić, że w sytuacji, w której strona powodowa wyraźnie wskazała, iż określone prace, za których wykonanie żądała obecnie zapłaty, zrealizowała poza łączącą strony umową, wydanie wyroku w oparciu o przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia, nie prowadziło do naruszenia przepisu art. 321 § 1 k.p.c.

Przyjęcie tej oceny nie pociąga jednakże samo przez się uwzględnienia roszczenia z tego tytułu, bowiem pozostawały do rozpatrzenia pozostałe zarzuty pozwanej odnoszące się do konieczności wykonania robót dodatkowych w ramach tej inwestycji (która to okoliczność poddana została ocenie biegłego sądowego zarówno, co do zakresu jak i wartości tych

prac), jak również zaistnienia przesłanek uzasadniających odpadnięcia podstawy tego żądania z uwagi na jej dalsze decyzje inwestorskie (kolejny remont dachu).

W świetle prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nietrafne okazały się również zarzuty naruszenia prawa materialnego tj. art. 405 k.c. i art. 409 k.c.

W sprawie bezspornym pozostawało, że strona powodowa zrealizowała znaczący zakres prac poza zawartą między stronami umową, a ich realizacja była niezbędna dla jej wykonania. Wyceny tych prac dokonał biegły sędzia powołany w toku niniejszego procesu, którego opinia, uzupełniona w ramach omówienia wniesionych przeciwko niej przez strony zarzutów, nie budzi zastrzeżeń, ani do jej rzetelności, fachowości, ani też logiki zawartych w niej wywodów. Strona pozwana w wyniku realizacji tych prac niewątpliwie stała się wzbogaconą, skoro ich wykonanie spowodowało, że wartość jej nieruchomości jak i jej użyteczność wzrosła, a nie wydatkowała środków, które były konieczne do osiągnięcia tego efektu. Strona powodowa wzywała bezskutecznie do uregulowania przysługującej jej z tego tytułu należności już po tym, gdy zrealizowała te prace, a tym samym już wówczas miało miejsce bezpodstawne wzbogacenie strony pozwanej. Fakt, że w późniejszym czasie podjęła ona decyzję o realizacji wykonania poszycia dachowego od nowa, w oparciu o diametralnie różne założenia od tych, które stanowiły podstawę umowy zawartej w tym samym obszarze ze stroną powodową, nie mógł pociągać dla niej konsekwencji, na jakie powoływała się w ramach niniejszego zarzutu.

W pierwszym rzędzie należało wskazać, że brak było podstaw do uznania zasadności twierdzeń strony pozwanej, że prace na nowo wykonane pokrywały się z pracami strony powodowej, wykonanymi jako roboty dodatkowe. Zakres tych robót został precyzyjnie określony w ramach poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń i znacząca ich część dotyczyła innych prac, aniżeli związanych z ułożeniem dachówki i obróbkę blacharskich, które stanowiły przedmiot umów zawartych zarówno ze stroną powodową jak i z kolejnym wykonawcą. Brak było również podstaw do uznania, że prace te były wykonane wadliwie, albo że miały one charakter nieużyteczny dla strony pozwanej. Strona pozwana nie zarzucała również zawyżenia kosztów ich realizacji, jakie musiałaby ponieść, aby je wykonać. Okoliczność, że część z tych robót mogła ulec zniszczeniu (bowiem nowa koncepcja pokrycia dachu ratusza, wymagała wykonania na danych elementach prac, które doprowadziły do zniszczenia efektów prac powoda i zastąpieniu ich innymi), nie mogła stanowić podstawy do odmowy zapłaty żądanej należności w zakresie, którym strona pozwana została wzbogacona i musiała się liczyć z obowiązkiem zapłaty jego równowartości. Należało przy tym zwrócić uwagę, że w ramach niniejszego zarzutu wskazała, że roboty wykonane przez powódkę zostały w przeważającej części rozebrane przy ponownym pokryciu dachu, jednakże nie sprecyzowała, których konkretnie elementów miałyby to dotyczyć, spośród prac zrealizowanych poza zawartą między stronami umową. Tym samym już z tego powodu zarzut ten nie mógł być uwzględniony. Ponadto zwrócić należy uwagę, że zakres prac wykonywanych na nowo przez stronę pozwaną zasadniczo pokrywał się z przedmiotem umowy łączącej strony, a nie dotyczył robót dodatkowych, związanych chociażby z pracami w obszarze balustrad i jej ozdobnych elementów, usunięcia gruzu zalegającego w zamkniętych niszach strychowych, czy też wykonania prac związanych z dociepleniem stropów i wykonaniem podłóg na obszarze strychu (prace te zostały objęte typowaniem robót dodatkowych dokonanych przez strony). Podkreślenia wymaga również to, że odnośnie realizacji tych robót strony prowadziły długotrwałe negocjacje, w wyniku których zajęły zgodne stanowisko, co do konieczności ich realizacji, a po ich wykonaniu reprezentanci inwestora na budowie dokonali ich bezusterkowego odbioru. Strona pozwana nie wносиła również zarzutów, co do rynkowej wartości tych prac, odmawiając ich zapłaty jedynie w oparciu o zarzut braku umowy, z której taki obowiązek by wynikał. Jednocześnie należy wskazać, że strony podjęły kroki celem zmiany umowy tak, aby do zakresu umownych obowiązków strony powodowej włączyć również wykonanie prac dodatkowych, jednakże do tego nie doszło z uwagi na to, że skarbnik strony pozwanej odmówił swej kontrasygnaty. Skoro zatem do zmiany umowy wprowadzającej dodatkowe obowiązki strony powodowej oraz ciążący na stronie pozwanej obowiązek zapłaty nie doszło z przyczyn leżących jedynie po stronie pozwanej gminy, to obecnie nie może się ona powoływać na to, że wykonanie prac za jej wiedzą i zgodą, lecz bez zawartej w tym zakresie umowy, nie dawało stronie powodowej prawa do dochodzenia roszczeń z tego tytułu, w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Do podważenia zaskarżonego rozstrzygnięcia nie mogły również doprowadzić podniesione w apelacji zarzuty, negujące przyjęty przez Sąd pierwszej instancji charakter wynagrodzenia umownego. W istocie, strony uzgodniły w umowie, że stronie powodowej należeć się będzie za wykonane prace wynagrodzenie mające charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Nie budzi jednakże wątpliwości, że strona powodowa domagała się wynagrodzenia za wykonanie prac objętych umową, w ramach ustalonego w jej treści wynagrodzenia (które nie było kwestionowane przez pozwaną) oraz wynagrodzenia za roboty dodatkowe, co do których postanowienia umowy w ogóle nie miały zastosowania. Podstawą obliczenia należności za prace dodatkowe były wyliczenia dokonane przez biegłego sądowego. Charakter i wysokość wynagrodzenia umownego nie mogły zatem rzutować na uprawnienie strony powodowej do dochodzenia zapłaty za wartość prac dodatkowych (wykonanych poza umową), a niezbędnych do jej prawidłowego wykonania, ani też determinować wysokości świadczenia należnego jej z tego tytułu.

Z tej samej przyczyny charakter wynagrodzenia umownego nie rzutował na ocenę podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu przedawnienia. Strona powodowa wykonała sporne prace pozaumownie, a roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za ich wykonanie było oparte na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Prace te, niezależnie od podstawy ich wykonania (tj. na podstawie umowy lub poza jej zakresem), mieściły się w przedmiocie działalności gospodarczej strony powodowej. Roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, z którym występuje przedsiębiorca, podlega natomiast trzyletniemu terminowi przedawnienia, określone w przepisie art. 118 in fine k.c., jeżeli powstaje ono w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą powoda. Taki zatem termin przedawnienia miał zastosowanie do roszczenia strony powodowej, które w tej sytuacji w dacie wnoszenia pozwu nie było przedawnione. Nie budzi przy tym wątpliwości, że charakter prac zrealizowanych przez stronę powodową poza umową, ich zakres, przedmiot oraz konieczność dochowania w odniesieniu do nich procedur odbiorowych z udziałem organów nadzoru budowlanego, o ile stanowiłyby przedmiot umowy stron, podlegałyby zakwalifikowaniu jako roboty budowlane.

Na częściowe uwzględnienie zasługiwał natomiast zarzut naruszenia art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c. Przepis ten stanowi, że do potrącenia w toku postępowania w sprawach gospodarczych mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami. Zarzut naruszenia tej regulacji był o tyle zasadny, iż rozpoznawana sprawa nie miała, z uwagi na niespełnienie kryteriów podmiotowych, charakteru gospodarczego. Zgodnie z brzmieniem art. 479<sup>1</sup> §1 zd. 1 k.p.c., przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych stosuje się w sprawach ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami, w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej (sprawy gospodarcze). Skierowanie sprawy do rozpoznania w postępowaniu gospodarczym wymaga zatem uprzedniego ustalenia, że jego strony są przedsiębiorcami. Stosownie do treści art. 43<sup>1</sup> k.c., przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> k.c. (tzw. ustawowa lub ułamna osoba prawna), prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. O ile z odpisu KRS strony powodowej jednoznacznie wynika, że wykonywanie robót ogólnobudowlanych jest przedmiotem jej działalności jako przedsiębiorcy (k. 27), to brak było podstaw, aby przyjmować, że strona pozwana zawarła sporną umowę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Strona pozwana jest jednostką samorządu terytorialnego, realizującą zadania ustawowe. Umowa, którą zawarła ze stroną powodową, a która stała się punktem wyjścia dla oceny niniejszego sporu, miała za przedmiot wykonanie remontu budynku ratusza, stanowiącego mienie strony pozwanej i jednocześnie siedzibę jej organów. Nie sposób było zatem przyjąć, ażeby zawarcie tej umowy łączyło się z prowadzeniem działalności gospodarczej przez stronę pozwaną, tj. z jej zarobkową działalnością wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową albo poszukiwaniem, rozpoznawaniem i wydobywaniem kopalin ze złóż lub z działalnością zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ustawy z dnia 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, j.t. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447). Tym samym skierowanie sprawy do rozpoznania w postępowaniu gospodarczym było decyzją błędną, choć nie skutkowało nieważnością postępowania.

Wbrew twierdzeniom apelującej, nie miało to również wpływu na trafność zapadłego w niniejszej sprawie rozstrzygnięcia. Apelująca wywodziła, iż na skutek wadliwego wykonania przez stronę powodową robót budowlanych, powodującego przeciekanie remontowanego dachu, musiała zdecydować się na wykonanie nowego poszycia dachowego, a poniesione z tego tytułu koszty, wykazane dokumentami obrazującymi postępowanie w przedmiocie

udzielenia zamówienia publicznego, fakturami VAT i dowodami ich zapłaty, przedstawiła do potrącenia z wierzytelnością dochodzoną przez stronę powodową. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew twierdzeniom pozwanej dokumenty te nie stanowiły wystarczającego dowodu dla uznania zasadności jej roszczeń przedstawionych do potrącenia, z tego tytułu, bowiem stanowią one jedynie dowód poniesienia określonych kosztów ponownego wykonania poszycia dachu. Do skutecznego ich potrącenia konieczne byłoby wykazanie przez stronę pozwaną, jaki zakres prac zrealizowanych przez powodową spółkę był dotknięty wadami, że ponosi ona winę za ich powstanie oraz że zaistniały warunki do zlecenia realizacji robót objętych nowym przetargiem w związku z koniecznością zlecenia zastępczego ich usunięcia.

Odnosnie pierwszej z wymienionych kwestii, należało wskazać, że choć niewątpliwie występowały wady w obrębie robót dachowych, wykonanych przez stronę powodową, to jednakże z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, jaki był ich zakres, a przy tym brak było dowodów na to, że była ona wzywana do ich usunięcia. Zwrócić przy tym należało uwagę na to, że prace zrealizowane przez stronę powodową zostały odebrane przez stronę pozwaną bez jakichkolwiek zastrzeżeń, zarówno w zakresie ich jakości jak również poprawności technicznej. Brak było również dowodów na to, że do przecieków dachu doszło z winy strony powodowej i że występowały one na tych obszarach dachu, na których wykonała ona prace, zanim odstąpiła od umowy (zwrócił na to uwagę inspektor nadzoru reprezentujący stronę pozwaną na tej budowie k: 895). Należy mieć na uwadze, że okolicznością bezsporną było to, że strona powodowa nie wykonała całości zleconych jej prac, bowiem odstąpiła od umowy w zakresie robót niezrealizowanych, w związku z bezskutecznym wezwaniem do przedstawienia przez pozwaną gwarancji zapłaty ceny. Strona pozwana nie wykazała zatem, iż konieczność wykonania ponownie remontu dachu powstała na skutek nieprawidłowości w wykonaniu tych robót, które strona powodowa zrealizowała jeszcze przed odstąpieniem od umowy.

Ponadto biegły sądowy w swej opinii jednoznacznie wskazał, iż podstawową kwestią, która rzutowała na realizację umowy łączącej strony, były wadliwe założenia projektowe, zakładające możliwość powtórnej wykorzystanie dachówki, której ubytki miały być uzupełnione posiadanym zapasem. Założenie to było błędne i spowodowało konieczność pokrycia znacznego obszaru nową dachówką, której użycie było konieczne, aby zachować koncepcję dachu wynikającą z projektu. Na skutek różnic rozmiarów pomiędzy tymi dachówkami i starymi, decyzja ta wymuszała wykonanie szeregu dodatkowych zabiegów, które nie gwarantowały uzyskania oczekiwanego efektu. Właśnie ta przyczyna zadecydowała o tym, że projekt, stanowiący podstawę rozpisania nowego przetargu, zakładał pokrycie dachu w całości nową dachówką, odmiennego typu, co z kolei przekładało się na odmienną technologię realizacji prac związanych z jej położeniem na tym obiekcie. Nie można było w tej sytuacji stwierdzić: po pierwsze w sposób jednoznaczny nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez stronę powodową w omawianym zakresie, a w dalszej kolejności, bezpośredniego związku przyczynowego między takim jej zachowaniem, a koniecznością wykonania kolejnego remontu dachu, tym razem obejmującego wymianę całego poszycia. W zakresie nieuwzględnionym przez Sąd pierwszej instancji zarzut potrącenia pozostawał zatem nieskuteczny nie tyle z przyczyn formalnych, tj. niewykazania dokumentami, ile z uwagi na brak przesłanki określonej w przepisie art. 498 § 1 k.c. tj. wykazania, że stronie pozwanej wobec strony powodowej przysługiwało wymagalne roszczenie odszkodowawcze w wysokości przedstawionej do potrącenia.

Apelująca, obejmując zaskarżeniem również rozstrzygnięcie o kosztach procesu oraz o obowiązku uiszczenia brakujących kosztów sądowych, nie przedstawiła jakichkolwiek zarzutów, kwestionujących poprawność dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wyliczeń i wysokość świadczeń zasądzonych od niej ze wskazanych tytułów. Z uwagi na to, że Sąd Apelacyjny nie dokonywał zmiany zaskarżonego wyroku w części obejmującej rozstrzygnięcie o żądaniu głównym, brak było podstaw do modyfikowania stosunkowo rozliczonych kosztów procesu oraz brakujących kosztów sądowych.

Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację strony pozwanej, uznając ją za bezzasadną.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego wydano stosownie do jego wyniku i zgodnie z żądaniem strony powodowej zgłoszonym na tym etapie postępowania, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 ust. 6 w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie (...).

mw