

Sygn. akt I ACa 412/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Wiesława Kaźmierska
Sędziowie:	SA Agnieszka Sołtyka SA Tomasz Żelazowski (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 8 października 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa M. D.

przeciwko Gminie B.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt I C 103/13

**I. oddala apelację,**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Agnieszka Sołtyka Wiesława Kaźmierska Tomasz Żelazowski

Sygn. akt I ACa 412/14

## UZASADNIENIE

Powód M. D. wniósł pozew o zapłatę 108.784,48 zł przeciwko Gminie B. wraz z odsetkami ustawowymi od 2 maja 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu. W uzasadnieniu powód wskazał, że w dniu 18 sierpnia 2010r. strony zawarły umowę nr (...) na wykonanie budowy: „Przebudowa dróg miejscowych S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą” wraz z aneksami nr (...). Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 2.971.996,31 zł. W trakcie wykonywania umowy strony zgodnie ustaliły, że zachodzi konieczność zaprojektowania i wykonania szeregu robót, które nie były ujęte w projekcie budowlano – wykonawczym. W dniu 23 sierpnia 2011r. strona powodowa przedłożyła wyliczenie wzrostu wartości robót wynikające ze zmiany projektu wraz z harmonogramem

na łączną kwotę 154.555,49 zł. W odpowiedzi na to wezwanie, strona pozwana przyznała, że istniała konieczność wykonania robót dodatkowych, z tym, że uznała roszczenie do kwoty 64.144,89 zł. Ostatecznie w dniu 27 grudnia 2011r. został sporządzony protokół odbioru prac dodatkowych, a w wyniku negocjacji ustalono ich wartość na kwotę 229.000 zł brutto. Kwota dochodzona pozwem obejmuje nie zapłaconą fakturę za roboty dodatkowe. Pozwany odmówił jej zapłacenia stwierdzając, że jej wystawienie było bezpodstawne.

W odpowiedzi na pozew, pozwana Gmina B. wniosła o oddalenie powództwa w całości. Uzasadniając swoje stanowisko przyznała fakt zawarcia między stronami umowy o roboty budowlane, jak również to, że powód wykonywał w ramach wzajemnej współpracy roboty dodatkowe, na którą to okoliczność sporządzono w dniu 27 grudnia 2011r. protokół odbioru prac dodatkowych i ustalono ich wartość na kwotę 229.000 zł brutto. Podała jednocześnie, że w dniu 7 lutego 2012r. – czego powód nie wyjaśnił – zawarto umowę o roboty dodatkowe, gdyż ich zakres nie był ujęty w żadnym z dokumentów przetargowych. Całą należność za ustalone tą umową roboty dodatkowe pozwany zapłacił powodowi w dniach 17 maja i 15 czerwca 2012r. Innych umów strony nie zawierały.

Sąd Okręgowy w Koszalinie w wyroku z dnia 27 marca 2014 roku oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, a także nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Koszalinie) kwotę 459,39 zł tytułem brakujących wydatków w sprawie.

Sąd I instancji ustalił, że w dniu 18 sierpnia 2010r. strony zawarły umowę nr (...) na wykonanie budowy pod nazwą: „Przebudowa dróg miejscowych S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą” oraz z aneksami nr (...). Szczegółowy zakres umowy określały oferta Wykonawcy, dokumentacja projektowa oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiące integralną część umowy. W kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ sporządzonym przez J. W. w czerwcu 2010r. ilość wszystkich krawężników do wykonania w ramach zawartej między stronami umowy została określona na 1656,40 metrów bieżących. Również projekt budowlany przedmiotowej inwestycji zawierał dokumentację sporządzoną na potrzeby bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ludzi (BiOZ), w której wskazano w pkt. 1 A ust. 2 – jako zakres robót dla całego zamierzenia budowlanego – ustawienie krawężników – 1.656,40 mb. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 2.971.996,31 zł. Rozpoczęcie robót miało nastąpić 25 sierpnia 2010r., a ich zakończenie – do 31 października 2012r., przy czym pierwszy etap do dnia 15 listopada 2010r. (kanalizacja deszczowa), drugi etap do dnia 31 października 2011r. (drogi powiatowe), a trzeci etap (drogi gminne) – do dnia 31 października 2012r. W dniu 15 listopada 2010r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy, w którym zmieniły termin zakończenia pierwszego etapu – do 1 grudnia 2010r., natomiast 19 listopada 2010r. podpisały aneks nr (...), w którym zmieniono wartość wynagrodzenia za poszczególne etapy robót, przy czym ogólna wartość robót nie uległa zmianie.

Sąd ustalił, że w trakcie wykonywania umowy strony zgodnie ustaliły, że zachodzi konieczność zaprojektowania i wykonania robót, które nie były ujęte w projekcie budowlano – wykonawczym. Roboty te dotyczyły między innymi wymiany gruntów pod zatoki autobusowe, wykonania zjazdów na posesje prywatne, utwardzenia pobocza, rozebrania 350 m krawężnika wystającego i ułożenie go jako wtopionego. W dniu 15 czerwca 2011r. doszło do spotkania między stronami, które wspólnie ustaliły zakres robót dodatkowych do wykonania. W pkt. 1 notatki z w/w dnia zawarto stwierdzenie, że w ramach tych robót na całej długości dróg powiatowych należy zastosować jednostronnie krawężnik wtopiony z poboczem szerokości 1,0 m wykonanym z kruszywa 0,-31,5 mm i grubości minimum 10 cm. Ustalono również, że na zakres tych robót zostanie sporządzony przez projektanta przedmiar robót, według którego wyliczona zostanie wartość robót dodatkowych. W dniu 27 grudnia 2011r. został sporządzony protokół odbioru prac dodatkowych, a po przeprowadzeniu negocjacji, strony ustaliły wartość tych robót na kwotę 229.000 zł. Wcześniej, powód sporządził kosztorys robót dodatkowych, z którego pozwana Gmina nie uznała pozycji zawartej w pkt. 15 oraz 56 i 57, uznając, że te roboty są ujęte w umowie o roboty budowlane z 18 sierpnia 2010r. Pozycja 56 i 57 została ujęta pod pracami związanymi z krawężnikami betonowymi, przy czym pozycja 56 dotyczyła wykonania ławy pod krawężniki betonowe z oporem, natomiast pozycja 57 – wykonania krawężników betonowych wystających o wymiarach 15x30 bez ław na podsypce cementowo – piaskowej o długości 1268,25 metrów bieżących. Pozycje te

zostały wykreślone z kosztorysu przed spotkaniem stron w dniu 27 grudnia 2011r. i cena ustalona przez strony za roboty dodatkowe nie uwzględniała tych prac.

W oparciu o powyższe ustalenia, w dniu 7 lutego 2012r. strony zawarły umowę na roboty dodatkowe, poprzedzoną ogłoszeniem przez pozwaną Gminę zamiarem zawarcia takiej umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych. Należności za te roboty pozwana Gmina wypłaciła na rzecz powoda przelewami bankowymi w dniach 17 maja i 15 czerwca 2012r.

W dniu 2 kwietnia 2012r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 108.784,48 zł wskazując w nazwie usługi – „prace pozostałe; wykonanie krawężnika betonowego – dotyczy zadania „Przebudowa dróg w miejscowości S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Umowa nr (...) z dnia 18 sierpnia 2010r. oraz Aneksu nr (...) i Aneksu nr (...)” i przesłał ją pozwanej Gminie. W odpowiedzi, pismem z 13 kwietnia 2012r. poinformowano powoda, że Gmina B. odsyła fakturę z uwagi na bezzasadność jej wystawienie.

W ramach łączących strony dwóch umów – z 18 sierpnia 2010r i z 7 lutego 2012r., powód wykonał wszystkie roboty budowlane objęte ich przedmiotem, przy czym zamiast krawężników „wystających” wykonał krawężniki „wtopione”. Zmiana ta polega zasadniczo na zastosowaniu innego typu krawężnika drogowego (najczęściej „niższego”) oraz wprowadzenia nieznacznej modyfikacji związanej z wykonaniem ławy betonowej. W kosztorysie robót „dodatkowych” występuje pozycja nr 57, dotycząca wykonania krawężników „wtopionych”, sporządzona w oparciu o podstawę katalogową wyceny – (...). Podana w kosztorysie cena wynosi 37,35 zł/m i jest niższa od cen ogólnokrajowych w tamtym okresie. W pierwotnym kosztorysie robót dodatkowych również występują pozycje dotyczące wykonania krawężników betonowych, z tym, że klasycznych „wystających” 15x30 (pozycja nr 5, pozycja nr 25 oraz pozycja nr 44). Wszystkie wymienione pozycje posiadają identyczną cenę wynoszącą również 37,35 zł/m. Jednostkowy koszt wykonania krawężników „wystających” oraz „wtopionych” był więc taki sam. Z rysunku projektu budowlanego wynika, że praktycznie na wszystkich przekrojach poprzecznych widoczne są krawężniki drogowo wykonywane po obu stronach drogi. Na małych fragmentach dróg przewidziano także wykonanie krawężników „wtopionych” zamiast „wystających”, np. przekroje nr 12 i 13 (rys. 3.1A), nr 27 (rys. 3.1.B), nr 6 i 8 (rys. 3.2) itp. W przypadku drogi powiatowej na rysunku nr 4.1 zawierającym tzw. „przekroje normalne” rozwiązanie związane z wykonaniem krawężników „wtopionych” oznaczono jako szczegół „C”. Dokładny sposób wykonania takiego krawężnika podano na rysunku nr 5. Określono na nim wymiary krawężnika „wtopionego” jako 20x21 cm. Informacja o konieczności wykonania krawężników drogowych występuje również w części opisowej projektu oraz kosztorysie (przedmiarze) dołączonym do SIWZ. Wobec opisania w SIWZ (przedmiar) oraz dokumentacji projektowej robót polegających na wykonaniu krawężników drogowych – częściowa zamiana krawężników „wystających” na „wtopione” nie jest robotą dodatkową. Zamiana krawężników „wystających” na wtopione” nie zmieniła rodzaju roboty oraz celu (funkcji), jaki w efekcie ich wykonania miał zostać uzyskany. W ten sposób dokładnie zostały spełnione wszystkie cechy charakterystyczne dla roboty zamiennej. Ponadto zamiana krawężników „wystających” na „wtopione” nie spowodowała żadnych negatywnych skutków finansowych po stronie wykonawcy robót. Zawarta w projekcie inwestycyjnym – w części dotyczącej dokumentacji związanej z bezpieczeństwem i ochroną zdrowia, jak i w przedmiarze inwestorskim (SIWZ) ilość krawężników do wykonania w ramach łączącej strony umowy jest ilością szacunkową. Głównym narzędziem, na którym wykonawca powinien oprzeć swoje wyliczenia związane z przedmiotem umowy są rysunki projektowe i to one wyznaczają rodzaj i zakres prac, jakie powinny być wykonane.

Pismem z 29 listopada 2013r. do pozwanej Gminy wpłynęło pismo Wicemarszałka Województwa (...), w którym zawarte zostały wyniki kontroli planowej projektu związanego z przebudową dróg w miejscowości S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą, w którym stwierdzono między innymi, że w trakcie wykonywania robót budowlanych przez powoda, odstąpiono od realizacji części zakresu robót (zamiast 42 miejsc parkingowych zrealizowano 32 miejsca parkingowe), natomiast zamawiający ( Gmina) rozliczył się z wykonawcą (powodem), za wykonanie przedmiotu zamówienia w całości. Różnica pomiędzy ceną zakresu rzeczowego przewidywanego do zrealizowania a ceną zakresu rzeczowego faktycznie wykonanego wynosi 15.632,87 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd zważył, że inicjatywa dowodowa wykazana przez obie strony, a także zaprezentowana przez nie argumentacja, pozwoliły na ustalenie, że doszło do zapłaty wynagrodzenia na

rzecz powoda, zarówno z tytułu wykonania umowy z 18 sierpnia 2010 r., jak i umowy o roboty dodatkowe z 7 lutego 2012r. Jeśli natomiast chodzi o roboty dodatkowe, na które powołuje się strona powodowa, Sąd podniósł, że nie zdołała ona zakwestionować twierdzeń i skutecznie podważyć materiału dowodowego przedstawionego przez pozwaną, według którego nie jest ona zobowiązana do zapłaty na jego rzecz jakichkolwiek dodatkowych pieniędzy. Przy ustalaniu istotnych okoliczności w sprawie Sąd wziął pod uwagę dokumenty przedłożone przez obie strony postępowania. Żadna ze stron nie kwestionowała wiarygodności znajdującej się w aktach sprawy dokumentacji, a jedynie odmiennie interpretowała wzajemne ustalenia stron oraz zapisy znajdujące się w tej dokumentacji. To samo dotyczy zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, które Sąd ocenił jako wiarygodne. Świadkowie ci bowiem potwierdzili okoliczności zaistniałe w sprawie, a opisane w stanie faktycznym, natomiast dokonywali odmiennej interpretacji zdarzeń i zapisów w dokumentach. Nie miało to jednak wpływu na ocenę ich wiarygodności. Bezsprzecznym między stronami był fakt zawarcia umowy o roboty budowlane z 18 sierpnia 2010 r. wraz z dwoma aneksami z 15 i 19 listopada 2010r. oraz umowy o roboty dodatkowe z 7 lutego 2012r. Treść umowy o roboty budowlane reguluje przepis art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Strony były zgodne co do przedmiotu umowy oraz zakresu prac, jakie w ramach obu umów powód miał wykonać. Co prawda, na etapie negocjacji co do wartości wykonanych prac dodatkowych dochodziło do wielu sporów, które ostatecznie zakończyły się jednak porozumieniem. Ta okoliczność, to znaczy zakres wykonanych przez powoda prac w ramach umowy o roboty dodatkowe z 7 lutego 2012r. nie była przez strony kwestionowana. Nie było również spornym to, że prace związane z wykonaniem dróg w miejscowości S. – na mocy umowy o roboty budowlane z 18 sierpnia 2010r. miały obejmować między innymi wykonanie chodników wraz z krawężnikami betonowymi. Powód wykonał wszystkie prace w ramach zawartej umowy, a pozwana uiściła na jego rzecz wynagrodzenie, które w umowie zostało określone jako ryczałtowe i obejmowało wszystkie prace budowlane, jakie miały zostać wykonane. Sąd zauważył, że ustalony stan faktyczny sprawy nie był w istocie sporny pomiędzy stronami; sporna była natomiast kwestia tego, czy wskazana w kosztorysie robót dodatkowych pozycja dotycząca wykonania ławy pod krawężniki betonowe z oporem oraz krawężniki betonowe wystające w ilości 1268,25 mb (poz. 56 i 57 kosztorysu znajdującego się na k. 47) dotyczyła robót dodatkowych i czy powodowi za wykonanie tych prac należy się dodatkowe wynagrodzenie.

Rozstrzygając w/w kwestie Sąd I instancji wskazał na obowiązki wykonawcy, jakie ciążyą na nim z tytułu zawartej umowy o roboty budowlane. Jak wynika z treści art.649 k.p.c., w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Sąd zważył, że w opisie przedmiotu umowy, zawartej między stronami, widnieje zapis: „Przebudowa dróg w miejscowości S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Opis rodzaju robót budowlanych, jakie powód miał wykonać, określony został zatem jasno i wyraźnie. Powód przed przystąpieniem do przetargu zapoznał się z projektem budowlanym, SIWZ oraz z przedmiarem robót. W każdym z tych dokumentów określone zostały prace, jakie należy wykonać w ramach inwestycji, z tym, że w SIWZ wskazano, jakie materiały należy użyć i jakie prace wykonać, w projekcie zarysowano sposób wykonania prac, natomiast w przedmiarze robót określono szczegółowe wartości prac i materiałów, jakie mają zostać wykonane. Analizując te dokumenty, Sąd zwrócił uwagę na zawarte w postanowieniach ogólnych umowy definicje wyjaśniające pojęcia używane w procesie budowlanym. W ppkt. 3.10 ogólnych postanowień wskazano, że za „kosztorys ofertowy” uważa się sporządzony i wyceniony przez wykonawcę przedmiar robót, uwzględniający wymagania projektów budowlano – wykonawczych, specyfikacji technicznej oraz SIWZ. Natomiast za „przedmiar robót” rozumie się zestawienie pozycji stanowiących materiał pomocniczy do obliczania ceny oferty, z wyszczególnieniem robót występujących w każdej pozycji, nazwy jednostki obmiaru i ilości robót. Z kolei za „roboty dodatkowe” traktuje się te roboty, które nie występują w żadnym dokumencie – dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, kosztorysach, przedmiarze robót, SIWZ i innych dokumentach stanowiących integralną część umowy.

Niewątpliwie w kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ sporządzonym przez J. W. w czerwcu 2010r. ilość wszystkich krawężników do wykonania w ramach zawartej między stronami umowy została określona na 1656,40 metrów bieżących. Również projekt budowlany przedmiotowej inwestycji zawierał dokumentację sporządzoną na

potrzeby bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ludzi (BiOZ), w której wskazano w pkt. 1 A ust. 2 – jako zakres robót dla całego zamierzenia budowlanego – ustawienie krawężników – 1.656,40 mb. Zakres przedmiotu umowy zobrazowany był jednak przede wszystkim w rysunkach projektowych, które stanowią esencję projektu budowlanego. Jak wynika bowiem z powyżej wymienionych dokumentów, dokumentacja sporządzona w projekcie na potrzeby ochrony i bezpieczeństwa, miała zupełnie inny cel, aniżeli wytyczanie czy określanie w sposób precyzyjny zakresu prac, jakie wykonawca miał wykonać. Z kolei kosztorys inwestorski (przedmiar robót), jak już wyżej wskazano w cytowanej definicji, jest dokumentem pomocniczym, a nie „głównym” w procesie budowlanym. Podstawowymi dokumentami, na których powinien wykonawca oprzeć swoje ustalenia zakresu robót i szacunkowe wyliczenia ich wartości są rysunki, które w sposób niewątpliwy wykazują przedmiot prac budowlanych oraz ich „wielkość”. To te właśnie dokumenty stanowią też podstawę do sporządzenia przez wykonawcę kosztorysu i wyceny prac budowlanych, których w niniejszej sprawie było brak. Powód bowiem nie przedstawił swojego kosztorysu do umowy z 18 sierpnia 2010r., przez co należało przyjąć, iż bazował on jedynie na danych przedstawionych przez inwestora, w odpowiedzi na które przedstawił swoją ofertę wykonania przedmiotu umowy za zaproponowane przez niego wynagrodzenie ryczałtowe. Takie bowiem wynagrodzenie, strony przyjęły w umowie, określając w rozdziale IV pkt. 17 ppkt 17.3 i 17.5, że wynagrodzenie to zawiera ryzyko ryczałtu i jest niezmiennie przez cały okres realizacji umowy, a także że dotyczy całości przedmiotu umowy wraz z wszelkimi kosztami związanymi z odbiorem robót, włączając w to próby, sprawdzenia (oznakowanie, pomiary, ekspertyzy, koszty przyłączy, itp.) oraz rozruch.

Na tle charakteru wynagrodzenia ryczałtowego Sąd stwierdził, że na podstawie art. 632 § 1 k.c., stanowiącego jedną z regulacji kształtujących treść umów o dzieło, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Na podstawie art. 632 § 2 k.c. tylko sąd jest władny podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, jeśli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą. W przepisach kodeksu cywilnego dotyczących treści umów o roboty budowlane nie przewidziano sposobu kształtowania umówionego wynagrodzenia, a art. 656 k.c. odwołuje się do przepisów umowy o dzieło tylko w zakresie skutków opóźnienia z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu, wadliwego wykonywania robót budowlanych, wadliwego wykonywania przez wykonawcę obowiązków umownych, rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych (obiektów, remontów itp.), uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy o roboty budowlane. W związku z tym, art. 632 k.c. stosuje się w umowach o roboty budowlane wyłącznie w drodze analogii, a strony umowy winny przyjmować, że zakres świadczenia, którego wykonanie jest objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, wynika wprost z projektu stanowiącego integralną część umowy – art. 649 k.c. Analiza przepisu art. 632 § 1 k.c. prowadzi do wniosku, że niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego dotyczy wyłącznie rozmiaru prac i ich kosztów. Nie dotyczy natomiast zakresu dzieła. O ile pojęcie kosztów nie wymaga interpretacji jako intuicyjnie zrozumiałe, o tyle przez rozmiar prac należy rozumieć wielkość czegoś materialnego, rozpatrywanego ze względu na swoją długość, szerokość i wysokość lub głębokość, wymiar czy format. Szacując koszty dzieła, wykonawca będzie zatem zobowiązany oszacować ilość pracy, materiałów i usług niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów dzieła, składających się na jego zakres. Analogicznie więc rozmiarem robót budowlanych będzie wynikająca z projektu zwymiarowana ilość robót budowlanych do wykonania z uwzględnieniem ilości dostaw niezbędnych do ich wykonania. Nie można natomiast ilości robót do wykonania utożsamiać z ich zakresem określanym za pomocą grup, klas, kategorii, specjalności bądź wyliczenia obiektów budowlanych lub ich istotnych części. Jeśli dokumentacja projektowa nie obejmuje pełnego zakresu robót, a braki dotyczą istotnych elementów zaprojektowanych obiektów budowlanych będących przedmiotem zamówienia, dokumentacja taka jest ułomna i wymaga uzupełnienia na wniosek wykonawcy, składany na podstawie art. 651 k.c., ponieważ art. 649 k.c. odnosi się do wykonania wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Roboty niezaprojektowane nie wchodzą w zakres świadczenia przyjętego przez wykonawcę na podstawie art. 647 k.c., więc wymagają wszczęcia odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 140 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych. Stwierdzenie to dotyczy zarówno robót podstawowych polegających na budowie lub przebudowie obiektów budowlanych albo przeprowadzeniu remontów, jak i robót dotyczących przygotowania terenu pod budowę oraz zagospodarowania terenu. Wykonawca umowy o roboty budowlane zobowiązuje się więc wykonać roboty budowlane zgodnie z przekazanym przez zamawiającego projektem i zasadami wiedzy technicznej. Zwymiarowanie

poszczególnych elementów robót budowlanych na rysunkach projektu stanowi integralną pisemną część oświadczenia projektanta, którą może podważyć tylko osoba posiadająca równoważne lub większe uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i tylko w sposób przewidziany przepisami prawa budowlanego. Wykonawca jako użytkownik projektu podczas procesu budowlanego, nie ma umocowania do weryfikacji tego projektu, natomiast – korzystając z zasad wiedzy technicznej – ma prawo zgłaszać zastrzeżenia do projektu na podstawie art. 651 k.c., jeżeli realizacja robót w zgodzie z projektem napotyka istotne trudności albo staje się niemożliwa. Istotnym jest jednak to, że podstawą określenia ilości robót do wykonania są wymiary elementów robót uwidocznione na rysunkach, a w przypadku ich braku, wymiary podstawowe rysunku, skala rysunku i pomiary z rysunku celem wyliczenia rzeczywistej ilości robót z zastosowaniem właściwej jednostki miary. Do zasady tej kalkulujący ryczałtową cenę ofertową wykonawcy stosują się bezpośrednio.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, Sąd I instancji doszedł do przekonania, że po pierwsze częściowa zamiana w trakcie wykonywania umowy, krawężników „wystających” na „wtopione” nie jest robotą dodatkową, a zamienną i – co wynika z wprost z opinii biegłego sądowego sporządzającego opinie w sprawie - nie wymagającą zwiększenia kosztów inwestycji, a po drugie – ewentualne wykonanie przez powoda krawężników w większej ilości, niż wynikało to z przedmiaru inwestorskiego – w obliczu zapisów umowy i jej charakteru wynikającego z treści przepisów o zamówieniach publicznych – nie stanowi robót dodatkowych, a jest pracą w ramach zawartej między stronami umowy z 18 sierpnia 2010r. Przedmiotem umowy było wykonanie przebudowy dróg, natomiast zakres tych prac wskazany był w rysunkach stanowiących załącznik do umowy. W toku wykonywania prac budowlanych, przedmiot umowy nie uległ zmianie. Wszystkie prace, wykonane przez powoda w tym zakresie, zmierzały do wykonania pierwotnego przedmiotu umowy. Ani strona powodowa, ani pozwana nie wskazywały, aby doszło do rozszerzenia robót budowlanych, czy też do zmian w projekcie – pomijając umowę o roboty dodatkowe z 7 lutego 2012r. Bez wątplenia, powód wykonał chodniki objęte przedmiotem umowy wraz z wbudowaniem krawężników, częściowo wystających, a częściowo wtopionych. Sąd zważył jednak, że w zgromadzonym materiale dowodowym brak jest takich dokumentów, które pozwalałyby na zweryfikowanie jaka rzeczywiście była ilość krawężników do wykonania w ramach łączącej strony umowy. Z jednej bowiem strony Sąd dysponował przedmiarem inwestorskim dotyczącym umowy z 18 sierpnia 2010r., zaakceptowanym przez wykonawcę, a z drugiej kosztorysem robót dodatkowych wykonawcy, który ostatecznie podlegał rozliczeniu w ramach umowy o roboty dodatkowe z 7 lutego 2012r., który jednak nie został w pełni zaakceptowany przez inwestora. Tymczasem, jak wynika z rozdziału II pkt. 13 ppkt. 18.3 umowy, wykonawca ma obowiązek pisemnego zgłaszania zamawiającemu robót pominiętych lub błędów zauważonych w dokumentacji najpóźniej w terminie 5 dni od daty otrzymania przez wykonawcę wraz z SIWZ dokumentacji budowlano – wykonawczej. Nie zgłoszenie tych braków lub błędów dokumentacji w terminie wskazanym skutkuje obowiązkiem wykonania całości przedmiotu umowy w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego oraz odpowiedzialnością odszkodowawczą wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz odpowiedzialnością z tytułu gwarancji. Bezsprzeczne w sprawie było, że powód ani w postępowaniu przetargowym, ani w późniejszym okresie, nie zgłaszał faktu, że ilość krawężników do wykonania według dokumentacji inwestycyjnej, w ramach łączącej strony umowy z 18 sierpnia 2010r. jest niezgodna z rzeczywistością. Brak jest także jakiegokolwiek dokumentu na potwierdzenie okoliczności, że powód – wykonując umowę – otrzymał zlecenie od inwestora, aby wykonać większą ilość krawężników, niż wynika z to z dokumentacji projektowej. Przede wszystkim nie wynika to z zapisu uczynionego w notatce służbowej z 15 czerwca 2011r. w punkcie pierwszym. Zapis ten bowiem stanowił jedynie o wykonaniu na całej długości dróg powiatowych krawężnika „wtopionego” zamiast „wystającego”. Brak jest natomiast wskazania tam ilości tego krawężnika, a także tego, że wykonawca ma wykonać go więcej niż wynika to z umowy i dokumentacji projektowej. To natomiast, że powód ostatecznie w kosztorysie na roboty dodatkowe zawarł dodatkową ilość krawężników do wykonania w ramach wskazanej wyżej umowy, a następnie wystawił fakturę określając w niej wynagrodzenie, jakie należy mu się za wykonanie tych krawężników, nie jest przesłanką do uznania, że wykonał roboty dodatkowe. W zapisie tym wskazano tylko tyle, że prace dodatkowe mają polegać na zmianie rodzaju krawężnika na całej długości dróg powiatowych. Sformułowanie „na całej długości” nakazuje odnieść się wprost do przedmiotu zamówienia, a nie do jakichkolwiek innych ustaleń, których zresztą powód nie zdołał udowodnić. Nie zmienia tej okoliczności fakt, że w punkcie 5 tej notatki widnieje zapis, iż na zakres robót dodatkowych zostanie przez projektanta sporządzony przedmiar robót według którego wyliczona zostanie wartość robót dodatkowych. Skoro brak jest tego

przedmiaru w aktach sprawy, to tym samym sąd nie jest w stanie zweryfikować tego dokumentu. Natomiast to, że powód stwierdził, iż sporządził kosztorys robót dodatkowych opierając się na przedmiarze projektanta, musiało być potraktowane jako jego stanowisko w sprawie, które powinien był udowodnić. Nie zdołał jednak tego uczynić. Z tego względu Sąd bazował na tej dokumentacji, jaka została w sprawie zgromadzona, a z niej w żaden sposób nie wynika, aby ustalenia między stronami w dniu 15 czerwca 2011r. sprowadzały się do powierzenia powodowi wykonania dodatkowej ilości krawężników, ponad tą, jak została zawarta w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do umowy z 18 sierpnia 2010r.

Odnosnie tego, w jaki sposób należy odczytywać dokumentację projektową i w jaki sposób należy przygotowywać się do przystąpienia do przetargu, w tym do określenia szacunkowego wynagrodzenia w ramach przyszłej umowy zawieranej w oparciu o przepisy o zamówieniach publicznych, wypowiedział się biegły sądowy z zakresu kosztorysowania, wycen i rozliczania robót budowlanych - K. B., który sporządził pisemną opinię w sprawie. We wnioskach tej opinii jednoznacznie stwierdził, że plan (...), w którym zawarto zakres robót, w tym określone tam ich ilości – nie może służyć za wiarygodną podstawę wyceny robót budowlanych – w tym również opracowania kosztorysu ofertowego, a także, że kosztorys (formularz ofertowy) oraz przedmiar robót może być obciążony większymi lub mniejszymi wadami. Stąd do podstawowych obowiązków przyszłego wykonawcy należy weryfikacja przekazanego mu przedmiaru robót i jego konformacja z dokumentacją techniczną, gdyż decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe bierze na siebie odpowiedzialność zaistnienia braków lub nieścisłości zawartych w tej dokumentacji. Na podstawie okoliczności zaistniałych w sprawie, Sąd uznał, że skoro powód przystąpił do przetargu, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlanych w postaci przebudowy dróg, to znaczy, że musiał mieć doświadczenie w tego rodzaju pracach. Stąd należało uznać, że jako profesjonalista, powinien wiedzieć, w jaki sposób dokonać weryfikacji przedmiaru robót sporządzonego przez inwestora, aby nie doszło do sytuacji, że poniesie on straty przy wykonaniu umowy. To bowiem on składa ofertę cenową decydując się, z wszystkimi tego konsekwencjami, że jest ona wystarczająca do wykonania zakresu wszystkich prac objętych inwestycją. Istotne jest przy tym, że strona powodowa nie podniosła, aby wykonała roboty ponad te, które zawarte były w projekcie technicznym inwestycji, ale że wykonała większą ilość krawężników, niż ta, która była wskazana w przedmiarze inwestorskim. To oznacza, że albo wykonawca nie dokonał w sposób precyzyjny weryfikacji przedmiaru robót wykonanego przez zamawiającego, albo jego wyliczenia były w tym zakresie błędne. W obu sytuacjach, to wykonawca ponosi ryzyko w tej kwestii, co wynika wprost nie tylko z istoty przepisów regulujących zamówienia publiczne, ale z zapisów umowy. Jak bowiem wynika z dokumentów zgromadzonych w sprawie, powód na etapie postępowania przetargowego nie zgłaszał żadnych wątpliwości, nie miał także zastrzeżeń do dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część umowy. Co istotne, na etapie prowadzonych negocjacji w przedmiocie wartości prac dodatkowych wykonanych przez powoda i wykreśleniem z kosztorysu tych prac pozycji nr 56 i 57 dotyczących wykonania krawężników betonowych, powód również nie zgłaszał jakichkolwiek pretensji co do zakresu wykonanych prac. Brak jest jakiegokolwiek pisma, w którym powód sprzeciwia się nie uwzględnieniu tych robót w kosztorysie robót dodatkowych. Tymczasem strona pozwana, jak i świadek W. K. (1) (k. 75v.) jasno i wyraźnie wskazali, że wykreślenie tych prac z kosztorysu robót dodatkowych spowodowane było tym, że prace te ujęte zostały w przedmiarze robót wykonanym dla potrzeb umowy z 18 sierpnia 2010r., nie mogły być więc traktowane jako roboty dodatkowe. Powód nie zdołał obalić tej tezy, a to na nim – zgodnie z art. 6 k.c. i wyrażonym tam ciężarem dowodowym – spoczywał obowiązek wykazania, że kwota jakiej się domaga wynika z wykonanych przez niego prac dodatkowych. Nie przedstawił on w tym zakresie żadnych przekonujących dokumentów, natomiast z tych, które znajdują się w aktach sprawy, nie wynika zasadność stanowiska strony powodowej. Co istotne, biegły w swojej opinii wyraźnie stwierdził, że jeżeli w projekcie stanowiącym podstawę do określenia przedmiotu zamówienia były przewidziane roboty budowlane w postaci wykonania krawężników drogowych po obu stronach drogi, uznaje się je za objęte tym przedmiotem zamówienia, bez względu na to czy były ujęte w przedmiarze czy też nie. Tym bardziej nie można mówić o wystąpieniu roboty dodatkowej z powodu ewentualnego odstępstwa rzeczywistej ilości robót od ilości określonej pierwotnym przedmiarem. Biegły odniósł się także w sposób szczegółowy do kwestii wykonania przez powoda krawężników „wtopionych” zamiast krawężników „wystających”. W tym zakresie, po przeanalizowaniu dokumentacji projektowej, stwierdził, że po pierwsze w aktach sprawy brak jest kosztorysu ofertowego wykonawcy robót, stąd nie można ustalić, w jakiej wysokości ich cenę określił wykonawca na etapie składania swojej oferty. Natomiast w kosztorysie robót dodatkowych, w pozycji dotyczącej krawężników „wtopionych”

podał cenę na 37,35 zł/m, która jest tożsama z ceną, jaką podał dla klasycznych „wystających” krawężników betonowych. Z tej okoliczności biegły wywiódł słuszne wnioski, że z punktu widzenia wykonawcy, jednostkowy koszt wykonania krawężników „wystających” oraz „wtopionych” był dokładnie taki sam. Trudno zatem przyjąć, aby i w tym zakresie doszło do rozszerzenia przedmiotu zamówienia, a tym samym do przyjęcia, że doszło do wykonania przez powoda robót dodatkowych. Biegły sądowy w sposób precyzyjny wyjaśnił na czym polega wykonanie roboty dodatkowej, tj. na wykonaniu roboty w ogóle nie przewidzianej w dokumentacji projektowej. Tymczasem wykonanie innych krawężników nie mieści się w tej definicji, gdyż nadal są to krawężniki, które należało w ramach umowy wykonać, a jedynie są one innego rodzaju. Słusznie więc biegły przyjął, że zmiana krawężników „wystających” na „wtopione” nie zmieniła rodzaju roboty, jak i celu (funkcji), jaki w efekcie ich wykonania miał zostać uzyskany. W ten sposób dokładnie zostały spełnione wszystkie cechy charakterystyczne dla roboty zamiennej. Co istotne, biegły wyjaśnił, że wykonanie krawężników „wtopionych” zamiast „wystających” jest usługą tańszą, gdyż wymaga zaangażowania mniejszej ilości materiału, co również nie powinno być pominięte, skoro powód domaga się z tego tytułu dodatkowej zapłaty. W wypadku określenia w umowie o dzieło wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 §1 k.p.c. w zw. z art. 98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., w oparciu o zasadę odpowiedzialności z wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie powód przegrał sprawę w całości, zatem powinien zwrócić stronie pozwanej koszty, jakie ta poniosła w toku postępowania. Na koszty te składa się wynagrodzenie zawodowego pełnomocnika w kwocie 3.600 złotych, ustalone w oparciu o §6 pkt. 6 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł (punkt 2 wyroku). W punkcie 3, na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, nakazano pobrać od powoda 459,39 zł tytułem zwrotu wydatków wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa, na które składała się brakująca kwota na wynagrodzenie biegłego sądowego, który sporządził opinię w sprawie.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę przez uwzględnienie powództwa, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Koszalinie do ponownego rozpoznania. Skarżący zarzucił rozstrzygnięciu:

- naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego z naruszeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez przyjęcie, iż wykonanie 1268,25 mb krawężnika nie jest robotą dodatkową w rozumieniu łączącej strony umowy, kiedy to z żadnego dokumentu będącego podstawą zawarcia umowy nie wynika, że powód miał te roboty wykonać w ramach podstawowych zadań i tak nie wynika to, ani z umowy nr (...), ani z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ani dokumentacji projektowej, ani z przedmiaru robót, a nadto zarzucam pominięcie ustaleń stron opisanych w notatce z dnia 15.06.2011 r. w kontekście w/w dokumentów,

- naruszenie prawa procesowego tj. art. 245 k.p.c. przez nie uznanie notatki z dnia 15.06.2011 r. jako dokumentu prywatnego, z którego wynika, że „... na całej długości dróg powiatowych zostanie jednostronnie krawężnik wtopiony z poboczem...”, a więc, że oświadczenie zawarte w tym dokumencie dotyczyło całej długości dróg powiatowych, a nie jak błędnie Sąd I-instancji przyjął, iż chodzi tylko o to, że krawężniki zamiast „wystające”, miały być „wtopione”,

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 630 § 1 k.c. w związku z art. 656 §1 k.c. poprzez nie przyznanie powodowi wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane, a wykonane w rozumieniu pkt. 3.16 umowy nr (...),



- naruszenie art. 648 § 1 k.c. poprzez nie przyjęcie za wiążące domniemania określonego w tym przepisie, a więc, że powód miał wykonać również roboty dodatkowe, mimo że nie zostały one opisane w projekcie stanowiącym część składową umowy.

Ponadto skarżący wniósł o uzupełnienie materiału dowodowego w sprawie poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa z uwagi na to, że Sąd I-instancji odmówił przeprowadzenia tego dowodu uznając opinię K. B. za wiarygodną, logiczną i przekonującą, kiedy to strona powodowa zgłaszała szereg merytorycznych i formalnych zastrzeżeń do opinii biegłego, a nadto wniosła zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

W uzasadnieniu swojego stanowiska powód wskazał, że Sąd dokonał sprzecznych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego. Błędy te polegają głównie na braku wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności w sprawie, co wskazuje na brak logicznego i zgodnego z doświadczeniem życiowym przeprowadzenia oceny dowodów, w szczególności przytaczaniu treści zapisów przedmiaru robót, dokumentacji projektowej czy innych dokumentów wbrew treści tych dokumentów. Sąd nie odniósł się również do innych dowodów osobowych, które wskazują na zasadność stanowiska powoda ( np. T. B. (1) - protokół rozprawy z dnia 23.07.2013r.). Powoływane wyżej naruszenia uzasadniały zarzut uchybienia przez Sąd zasadzie swobodnej oceny dowodów, wyrażonej w treści art. 233 k.p.c. Sąd wydając wyrok w niniejszej sprawie powinien oprzeć rozstrzygnięcie na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, oceniając go w ramach swobodnej oceny dowodów. Jednakże swobodna ocena dowodów nie polega na zupełnej dowolności, ale powinna mieścić się w pewnych ramach -jej granice wyznaczają czynniki: logiczny, ustawowy i ideologiczny. Natomiast Sąd pierwszej instancji, wbrew wskazanym przepisom, nie tylko nie przeprowadził wystarczająco wszechstronnej oceny dowodów, ale naruszył zasady swobodnej oceny dowodów nie uwzględniając twierdzeń powoda, literalnego brzmienia dokumentów, czy zeznań świadka T. B. . Skarżący wskazał, że w przedmiarze robót według twierdzeń Sądu, jest określona ilość metrów bieżących krawężnika, która obejmuje sporne prace dodatkowe. Twierdzenie stoi w ewidentnej sprzeczności z tym dokumentem, albowiem suma ilości krawężnika w poz. 48, 50, 89 i 91 daje sumę 1.656,4 mb. Jeśli zważy się, że cała długość drogi powiatowej to 1.339,43 mb ( por. projekt budowlany ) to jest oczywistym, że w przedmiarze robót nie mogło być ujęte wykonanie krawężnika (wtapianego czy wystawiającego - to jest bez znaczenia w tym miejscu ) po obu stronach jezdni. Różnica między ilością krawężnika ujętą w przedmiarze robót, a ilością krawężnika przewidzianą na długość drogi wzdłuż jezdni wynosi tylko 317,43 mb. Ta ilość krawężnika dotyczy zatem zjazdów np. do posesji, zatok itp. Tak więc przedmiar robót nie mógł obejmować drugiego krawężnika tj. po drugiej stronie jezdni. Porównanie tych ostatnich wielkości tj. długości drogi z ilością wykonaną przez powoda w myśl ustaleń opisanych w notatce z dnia 15.06.201r. wskazuje, że te ilości są bardzo zbliżone. Różnica 71,18 mb wskazuje na zasadność stanowiska strony powodowej. Ponadto w projekcie budowlanym oraz w warunkach (...), według twierdzeń Sądu, ujęto 1.656,40 mb, co oznacza wykonanie krawężnika po obu stronach jezdni. Takie rozumowanie jest nielogiczne, chociażby z punktu

matematycznego. Poza tym strona powodowa wskazała, że między stronami nigdy nie było sporu co do tego czy miał być ułożony krawężnik „wtapiany” czy „wystający”, bowiem z przedmiaru robót - co wynika wprost z tegoż przedmiaru - krawężnik wystający miał być np. na zatoce do zjazdu z drogi lub na całej długości jezdni po jednej tylko stronie. Natomiast nie jest zgodne z ( rzeczywistością twierdzenie Sądu, że informacja o konieczności wykonania krawężnika wtopionego jako 20x21 występuje również w części projektu oraz w przedmiarze robót. Jeśli już, to informacja ta dotyczy tylko zatoki, a nie całej długości drugiej strony jezdni. Gdyby tak miało być jak to Sąd przyjął, to w przedmiarze robót i w projekcie budowlanym ilość krawężnika „wtapianego” musiałaby przekroczyć liczbę 1300. Natomiast takiej liczby nigdzie w tych dokumentach nie znajdujemy. W sposób nielogiczny i sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego Sąd uznał, że powód przy ustalaniu zakresu robót i szacunkowej ich wartości winien kierować się rysunkami, które w sposób niewątpliwy wskazują przedmiar prac budowlanych oraz ich „wielkość”. Pojęcia „dokumentacja projektowa” oraz „przedmiar robót” definiuje pkt 3.5 oraz 3.15. umowy. Projekt budowlany zawiera rysunki dostarczone wykonawcy, ale wcale to nie oznacza, że wszystko to co zawierają rysunki ma być wykonane. Gdyby tak miało być, to w procesie inwestycyjnym nie stosowano by pojęcia „ przedmiar robót”. Tymczasem analiza tego pojęcia wskazuje dopiero no to, co ma wykonawca faktycznie wykonać, skoro ma ono służyć obliczeniu ceny oferty, z wyszczególnieniem robót występujących w każdej pozycji, nazwy jednostki pomiaru i ilości robót. Powód

wskazuje na wyrazy takie jak „każda pozycja”, „nazwa jednostki obmiaru” czy „ilość robót”. Tak więc myli się Sąd I-instancji twierdząc, że wszystko to co zostało ujęte w rysunkach projektu budowlanego ma być wykonane w procesie inwestycyjnym. Inwestor może po prostu zrezygnować z części zaprojektowanych robót na etapie budowania SIWZ, z różnych względów, i tak też zachowała się pozwana Gmina. Wynika to wprost w określeniu zakresu robót i ich wielkości w przedmiarze robót.

W ocenie skarżącego budzi poważne wątpliwości stanowisko Sądu I-instancji w zakresie uznania opinii biegłego K. B. za wystarczającą do ferowania wyroku w sprawie. Biegły nie dokonał żadnej analizy materiału dowodowego, skoro nie zauważył, iż nie ma żadnej rozbieżności między projektem budowlanym, a przedmiarem robót. Tak więc, skoro biegły nie wyjaśnił istoty sporu kontekście zasadności ( bądź - nie ) stanowiska powoda, czyniąc przy tym błąd merytoryczny i sugerując, że strona pozwana popełniła błąd w warunkach (...), to opinię tę należy pominąć jako nieprzydatną dla sprawy.

Pozwana w piśmie z dnia 20 maja 2014 r. stanowiącym odpowiedź na apelację wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja powoda okazała się niezasadna. Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści tych dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Sąd I instancji, wbrew stanowisku skarżącego nie dopuścił się naruszenia ani przepisów prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c., art. 245 k.p.c., ani też przepisów prawa materialnego tj. art. 630 § 1 k.p.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., czy wreszcie art. 648 § 1 k.c.

Nie ulega wątpliwości i nie było w sprawie sporne, że strony łączyła umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Powód w toku niniejszego postępowania dochodził wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, które określił jako dodatkowe, nie mieszczące się w ramach łączącej strony umowy z dnia 18 sierpnia 2010 r. Istota sporu sprowadzała się więc do oceny, czy wykonanie krawężnika po obu stronach jezdni gminnych i powiatowych objęta była powyższą umową, czy też mieściła się w zakresie prac wskazanych w notatce z dnia 15 czerwca 2011 r. oraz notatce z dnia 27 grudnia 2011 r. i w konsekwencji w umowie z dnia 7 lutego 2012 r.

Rozstrzygając tę kwestię w pierwszej kolejności wskazać należy, że przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane nie zawierają regulacji odnoszących się do kwestii wynagrodzenia wykonawcy robót. Zgodnie z treścią art. 656 § 1 k.c., do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Przepis ten ogranicza więc tylko do art. 635 k.c., art. 636 § 1 i 2 k.c., art. 638 k.c. i art. 644 k.c. odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane przepisów regulujących umowę o dzieło (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r., sygn. akt II CK 315/03, OSP 2005/5/60, uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2002 r., sygn. akt III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106, wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1334/00 - niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z 7 czerwca 2001 r., sygn. akt III CKN 324/00 - niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r., sygn. akt III CKN 913/97 - niepubl., wyrok

Sądu Najwyższego z 5 czerwca 1998 r., sygn. akt III CKN 534/97 - niepubl.). Ten taksatywnie przedmiotowo określony zakres dopuszczalnego odpowiedniego stosowania wymienionych przepisów o umowie o dzieło oznacza, że nie może być mowy o luce w prawie, bowiem taka właśnie była wola ustawodawcy, której nie można naruszać ani korygować drogą rozszerzającej wykładni, ze szkodą dla spójności całego systemu prawnego. Przepis art. 656 § 1 k.c. jest bowiem przepisem szczególnym i dlatego nie może być rozszerzająco interpretowany. Potrzeba dokonywania ścisłej wykładni tego przepisu sprzeciwia się więc dopuszczalności odpowiedniego stosowania na jego podstawie przepisu art. 629 k.c., czy też art. 632 § 2 k.c. do umowy o roboty budowlane (uchwała składu siedmiu sędziów SN z 11.I.2002 r. III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106; wyrok SN z 19.XII.2002 r. II CKN 1334/00 - niepubl.; wyrok SN z 7.VI.2001 r. III CKN 324/00 - niepubl.; wyrok SN z 20.XI.1998 r. III CKN 913/97 - niepubl.; wyrok SN z 5.VI.1998 r. III CKN 534/97 - niepubl.). W orzecnictwie prezentowane są również poglądy o możliwości stosowania w drodze analogii przepisu art. 629 k.c. oraz art. 632 § 1 k.c. (wyroku Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2000 r. IV CKN 70/00, OSNC 2001/1/9, uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 472/13, LEX nr 1353800). Sąd Apelacyjny tych poglądów jednak nie podziela. Zgodnie z art. 629 k.c., jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonych za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek. Z kolei przepis art. 632 § 1 k.c. stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jednocześnie zgodnie z § 2. tego artykułu, jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

W niniejszej sprawie analiza stanowisk stron prezentowanych w toku postępowania prowadzi do jednoznacznego wniosku, że na przesłanki stosowania żadnej z powyższych regulacji się nie powoływały. Nie istniała więc konieczność ich analizy.

Jak wyżej wskazano strony w umowie ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe. Okoliczność ta nie była kwestionowana, a ponadto jednoznacznie wynika z treści umowy. Już w jej pkt. 3.1 odnoszącym się do rozumienia użytych w umowie pojęć, znalazł się zapis, że cena – to wartość wraz z podatkiem VAT wymieniona w ofercie jako wynagrodzenie ryczałtowe. Potwierdzają to postanowienia rozdziału IV zawierające szczegółowe regulacje odnoszące się do wynagrodzenia. W pkt. 17.1 umowy strony postanowiły, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie obejmuje wszystkie materiały i środki produkcji dostarczone przez wykonawcę, a niezbędne do wykonania przedmiotu umowy. Jednocześnie w pkt. 17.3 strony wskazały, że wynagrodzenie zawiera ryzyko ryczałtu i jest niezmiennie przez cały okres realizacji umowy.

W orzecnictwie podkreśla się (co znalazło wyraz w powyższych postanowieniach umowy), że ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. Taka sama zasada obowiązuje odnośnie inwestora przy ustalaniu czy nie doszło do nadpłaty z jego strony wynagrodzenia za pracę, których wykonawca nie wykonał (wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CKN 913/97, LEX nr 138655, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 11 lutego 2014 r., sygn. akt I ACa 218/13, LEX nr 1455632). Przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe daje gwarancje zamawiającemu zapłaty umówionej kwoty (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt IV CSK 397/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 stycznia 2014 r., sygn. akt I ACa 821/13, LEX nr 1441387). Tym samym nie ma prawnych podstaw do żądania przez wykonawcę umowy o roboty budowlane podwyższenia wynagrodzenia

ustalonego w niej z inwestorem ryczałtowo (wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2004 r., sygn. akt II CK 315/03, Wspólnota 2004/11/57).

Wobec takiego charakteru ustalonego przez strony wynagrodzenia konieczne było ustalenie, czy prace za które powód domaga się dodatkowego wynagrodzenia objęte były umową z dnia 18 sierpnia 2010 r., a tym samym stanowiły jej przedmiot, czy też miały charakter prac dodatkowych.

Podzielić należy w tym zakresie ustalenia poczynione przez Sąd I instancji. Niezasadne więc okazały się zawarte w apelacji zarzuty dotyczące zarówno wadliwej, bo dowolnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak i wadliwych ustaleń faktycznych. W ocenie skarżącego z żadnego z przedłożonych w sprawie dowodów nie wynika, by powód miał wykonać dodatkowe 1.268,25 mb krawężnika w ramach umowy podstawowej, w szczególności z samej umowy z dnia 18 sierpnia 2010 r., ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumentacji projektowej, w tym tzw. (...), czy wreszcie z przedmiaru robót. Okoliczność przeciwna natomiast zdaniem powoda wynika z notatki z dnia 15 czerwca 2011 r. i notatki z dnia 27 grudnia 2011 r. Stanowiska tego nie sposób podzielić.

Przede wszystkim brak podstaw do uznania, że Sąd oceniając dowody naruszył treść przepisu art. 233 § 1 k.p.c. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, że zarzut naruszenia powyższej regulacji może być uznany za zasadny jedynie w wypadku wykazania, że ocena materiału dowodowego jest rażąco wadliwa czy w sposób oczywisty błędna, dokonana z przekroczeniem granic swobodnego przekonania sędziowskiego, wyznaczonych w tym przepisie. Sąd drugiej instancji ocenia bowiem legalność oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, czyli bada czy zostały zachowane kryteria określone w art. 233 § 1 k.p.c. Należy zatem mieć na uwadze, że - co do zasady - Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, dokonując wyboru określonych środków dowodowych. Jeżeli z danego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona tylko wtedy gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych (por. przykładowo postanowienie z dnia 11 stycznia 2001 r., I CKN 1072/99, Prok. i Pr. 2001 r., Nr 5, poz. 33, postanowienie z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 1114/99, nie publ., wyrok z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000 r., nr 7-8, poz. 139). Należy zaznaczyć, że to, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia wskazanego wyżej przepisu. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 czerwca 2006 r., sygn. akt I ACa 1407/05, LEX nr 278415).

W rozważanej sprawie Sąd I instancji nie dopuścił się przy ocenie dowodów naruszenia przedstawionych wyżej zasad. W żadnym przypadku ocena ta nie nosi cech dowolności, a więc sprzeczności czy to z zasadami logiki, czy też doświadczenia życiowego. Każdy z dowodów, w tym przedstawianych szczegółowo w apelacji, oceniony został odrębnie. Ocena ta odpowiadała treści każdego z dowodów. W dalszej kolejności Sąd Okręgowy dokonał jego konfrontacji z pozostałym materiałem dowodowym. W konsekwencji nie sposób uznać, że poczynione ustalenia faktyczne były wadliwe. Wbrew zapatrywaniom skarżącego dowody zaoferowane przez strony prowadziły do wniosku, że prace, za które wynagrodzenia domaga się powód objęte zostały umową z dnia 18 sierpnia 2010 r., a tym samym wyczerpywało się w granicach wynagrodzenia ryczałtowego w niej określonego. Nie stanowiły one w żadnym przypadku prac dodatkowych. Powód w sposób wadliwy w tym zakresie odczytuje treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku. W żadnej jego części Sąd nie stwierdził, że w umowie, czy też dokumentacji projektowej znalazły się wprost zapisy co do wykonania oprócz ilości tam wskazanych, także 1.268,25 m.b. krawężników. Sąd I instancji zgodnie z treścią poszczególnych dowodów, a więc nie naruszając art. 233 § 1 k.p.c., wskazał na konkretne ilości krawężników określone w poszczególnych dokumentach. Nie ulega wątpliwości, że w przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym) stanowiącym część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia znajduje się zapis, zgodnie z którym ilość krawężników na drogach powiatowych (poz. 48 i 49) wynosi 1.205 m oraz 160 m (poz. 50), natomiast na

drogach gminnych – 175 m (poz. 89) i 115,4 m (poz. 91) - 115,4 m, co razem daje ilość 1.655,4 mb krawężnika. W dokumencie w postaci (...) ( (...)) stanowiącej element dokumentacji projektowej w części zawierającej opis zakresu rzeczowego prac w pkt. 1A 2 wskazano, że objęte jest nimi ustawienie krawężników w ilości 1.656,40 mb. Uważna analiza uzasadnienia wyroku prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji, w zgodzie z powyższymi dokumentami ustalił, że takie wielkości zostały w nich uwidocznione. W takim też zakresie uwzględnił zeznania świadka ustalając przy tym, że prace przekraczające ułożenie 1.656,40 mb zostały faktycznie wykonane. Nie sposób więc określić, w czym powód upatrywał naruszenia przepisu art. 233 §1 k.p.c. przy ocenie powyższych dowodów. Odróżnić jednak należy tę ocenę, od kwestii odczytania pozostałych postanowień umowy oraz SIWZ i projektu budowlanego, która doprowadziła Sąd do uznania, że przedstawione zapisy nie odzwierciedlają wszystkich prac, które miały zostać wykonane. Jest to już kwestia ustaleń faktycznych i procesu subsumcji, a nie oceny dowodów. Nie można również podzielić zarzutów dotyczących wadliwej oceny dowodu w postaci notatki z dnia 15 czerwca 2011 r. (karta 34 akt). W jej pkt 1. znalazł się zapis w brzmieniu „na całej długości dróg powiatowych zastosować jednostronnie krawężnik wtopiony z poboczem szer. 1 m wykonanym z kruszywa 0,-316 mm grub. min. 10 mm”. Nie sposób uznać, by taka treść, jak chce tego powód, świadczyła o uzgodnieniu przez strony wykonania oprócz przewidzianego w umowie krawężnika z jednej strony jezdni, także wykonania już w ramach prac dodatkowych także krawężnika z drugiej strony. Przede wszystkim podnieść należy, że przy wskazywanym w apelacji braku problemu, czy też sporu co do tego, czy krawężnik miał zostać wykonany jako wtopiony, czy też wystający, tego rodzaju zapis znajdujący się w notatce byłby całkowicie zbędny. Skoro bowiem według umowy podstawowej miały zostać wykonane chodniki, jak wskazuje apelujący tylko z jednej strony, a wtopienie nie było problemem, to nie sposób ustalić w zasadzie czego miała dotyczyć sporządzona notatka. Jeżeli nie były wymagane żadne zmiany, żadne dodatkowe ustalenia to jej zapis jest zupełnie pozbawiony sensu i znaczenia. Tezie skarżącego przeczy zapis zawarty w notatce, który wprost nakazuje zastosować jednostronnie krawężnik wtopiony. Brak tutaj jakichkolwiek wypowiedzi świadczących o dodatkowym krawężniku, w szczególności z jednej strony jezdni. Zapis wskazuje jednoznacznie, że uzgodnieniem objęta została nie kwestia długości krawężnika, a jego rodzaju. Skoro w ocenie skarżącego omawiana notatka odnosi się do uzgodnień związanych z wykonaniem prac odmiennych od określonych w umowie, prac dodatkowych, to nie sposób dociec, co miałyby stanowić robotę dodatkową, jak nie rodzaj krawężnika. Jak jednak wynika z opinii biegłego sądowego K. B. w zakresie cen za wykonanie krawężnika wtopionego i wystającego nie występują różnice. Stąd zasadny wniosek, że prace te należało zakwalifikować jako zamiennie, a nie dodatkowe, co dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje bez znaczenia. Podkreślić należy w tym miejscu, że jeżeli strony chciały wskazać na konieczność wykonania prac dodatkowych wyraźnie to określały, o czym świadczy zapis pkt. 3 notatki, w którym wskazano na zmianę rodzaju krawężnika na wtopiony na drodze powiatowej na długości 250 m. Tak więc prawidłowo oceniając ten dowód Sąd ustalił, że notatka dotyczy wymiany rodzaju krawężnika i pozostałych kwestii w notatce wymienionych i tego też miał dotyczyć sporządzony przedmiar. Odnosił się do tak określonych prac. Potwierdza to wizja przeprowadzona przez biegłego, z której wynika, że wykonany został z jednej strony jezdni krawężnik wystający, a z drugiej wtopiony. Biegły wskazał przy tym, że w przekrojach poprzecznych tylko na małych fragmentach przewidziano wykonanie krawężników wtopionych, co potwierdza, że zmieniała to właśnie notatka z dnia 15 czerwca 2011 r. Także świadek T. B. (1) wprost zeznał, że powyższa notatka dotyczyła robót dodatkowych w postaci wtopionych krawężników.

Niezasadne okazały się również zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy treści przepisu art. 630 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. oraz art. 648 § 1 k.c. (jak się zdaje skarżący miał na myśli regulację art. 649 k.c., albowiem przywołana w apelacji regulacja dotyczy formy umowy o roboty budowlane).

Ocena zgromadzonego materiału dowodowego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wbudowanie 1.268,25 mb krawężnika stanowiło przedmiot umowy z dnia 18 sierpnia 2010 r., a tym samym nie było robotą dodatkową, za którą należy się powodowi odrębne wynagrodzenie. Odnosząc się do samej umowy wskazać należy, że w jej pkt1 dotyczącym przedmiotu świadczeń obu stron, a w szczególności zakresu robót, które miał wykonać powód, strony postanowiły, że zamawiający zleca, a wykonawca przyjmuje do wykonania następujący przedmiot zamówienia: „przebudowa dróg miejscowości S. wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Z kolei w pkt. 2. strony postanowiły, że szczegółowy zakres rzeczowy niniejszej umowy określa oferta wykonawcy, dokumentacja projektowa oraz SIWZ stanowiące integralną część umowy. Jak z powyższego wynika, ostateczny przedmiot prac wykonawcy określany był

przez treść wszystkich wymienionych wyżej dokumentów. Inaczej rzecz ujmując, dla właściwego ustalenia świadczenia wykonawcy konieczne było sięgnięcie nie tylko po sam tekst umowy, ale także po każdy z elementów stanowiących jej integralną część zgodnie z jej pkt. 2. Jednocześnie, co bardzo istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w pkt. 3.5 umowy strony sprecyzowały pojęcie dokumentacji projektowej wskazując, że stanowi ją projekt budowlany i wykonawczy oraz rysunki dostarczone wykonawcy przez zamawiającego, jak również wszelkie obliczenia techniczne, rysunki, próbki, wzory, modele, instrukcje obsługi i konserwacji oraz inne dokumenty i dane dostarczone przez wykonawcę, a zatwierdzone przez zamawiającego. Ponadto w pkt. 13.5 umowy znalazły się zapisy, zgodnie z którymi wykonawca ma obowiązek wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, SIWZ, zasadami sztuki budowlanej, normami, warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót, wskazaniem nadzoru inwestorskiego oraz obowiązującymi przepisami, a zwłaszcza przepisami bhp i przeciwpożarowymi.

Takie rozumienie podstaw ustalania przedmiotu umowy potwierdza również jej pkt. 3.16 zawierający definicję pojęcia robót dodatkowych. Zgodnie z tym postanowieniem, roboty dodatkowe to te, które nie występują w żadnym dokumencie – dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, kosztorysach, przedmiarze robót, SIWZ i innych dokumentach stanowiących integralną część zamówienia.

W związku z powyższym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy wszystkie wymienione w umowie dokumenty dawały podstawy do ustalenia, że powód ma wykonać krawężniki po obu stronach jezdni, a więc także w wymiarze 1.268,25 mb.

Nie ulega wątpliwości, że sama umowa nie zawierała określenia ilości krawężnika, który miał zostać wbudowany. W załączniku do niej w postaci harmonogramu rzeczowo finansowego – finansowego (karta 30 akt) znalazł się wyłącznie zapis, że w ramach realizacji przedmiotu umowy miały zostać wybudowane chodniki na drogach gminnych i powiatowych. Brak w nim jakiegokolwiek zapisu na temat krawężników. Z kolei w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowiących integralną część umowy (karta 93 akt) wskazano, że jej elementem jest dokumentacja projektowa. Ponadto, co już wyżej wskazano, w zawartym w nich kosztorysie przedstawiono ilość krawężnika, jaki miał zostać wykonany (1.655,4 mb) z rozbiciem na rogi gminne oraz powiatowe. Z kolei w projekcie budowlanym, (karty 77 – 89 i 93 akt) a konkretnie w jego elemencie w postaci Informacji o bezpieczeństwie i ochronie zdrowia ludzi w opisie zakresu rzeczowego (pkt. 1A2) znalazł się zapis dotyczący ustawienia 1.656,40 mb krawężnika. Z dokumentów tych więc możnaby wysnuć wniosek zbieżny ze stanowiskiem powoda, zgodnie z którym strony umówiły się o wykonanie takiej właśnie ilości krawężników. Istotną jednak dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest okoliczność, że tego rodzaju zapisy pozostają w sprzeczności z projektem budowlanym w takiej części, w jakiej zawiera rysunki wykonawcze. Na wszystkich z nich zawierających przekroje poprzeczne dróg występują krawężniki z rozróżnieniem na krawężniki wtopione oraz krawężniki wystające. Takie też dokładnie ustalenie poczynił biegły sądowy w swojej opinii. Oświadczył jednoznacznie, że praktycznie na wszystkich przekrojach poprzecznych widoczne są krawężniki drogowe wykonane po obu stronach drogi. Jednocześnie wykluczył, by roboty określone w pkt. 1 notatki z dnia 15 czerwca 2011 r. mieściły się w robotach wynikających z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, kosztorysach i przedmiarze. Potwierdza to pismo pozwanej z dnia 15 grudnia 2010 r. wraz z kosztorysem ofertowym (karty 38 – 47 akt), w którym oświadczyła, że przesyła sprawdzony kosztorys ofertowy na wykonanie robót dodatkowych korygując jednocześnie niezgodności z przekazaną dokumentacją na wykonanie robót dodatkowych i prosi o wyznaczenie terminu celem przeprowadzenia negocjacji cenowych. W kosztorysie natomiast za sporne uznane zostały pozycje 56 i 57 odnoszące się właśnie do zakresu wykonanych krawężników w ilości 1.268,25 m. W umowie nr (...) z dnia 7 lutego 2012 r. (karta 57 akt) znalazły się z kolei zapisy (§ 1), że wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty dodatkowe w ramach realizacji inwestycji objętej poprzednią umową. Tutaj też wskazano, że na drogach gminnych nastąpi ustawienie obrzeży betonowych – 75,40 m, a na drogach powiatowych nastąpi rozebranie i ponowne ułożenie krawężnika, przy czym dotyczyło to 350 m, a w innym miejscu, że rozebranie i ponowne ułożenie krawężnika dotyczyć też będzie 6 mb. Takie zapisy, choć oczywiście pośrednio, również wskazują, że roboty, za które wynagrodzenia domaga się powód objęte były treścią pierwotnej umowy i tym samym nie były ujmowane w dodatkowych ustaleniach, czy umowie.

Zestawienie wszystkich przedstawionych wcześniej postanowień umowy z dnia 18 sierpnia 2010 r. prowadzi do wniosku, że faktycznie stanowią powielenie regulacji art. 649 k.c. Zgodnie z tym przepisem, w razie wątpliwości

poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 maja 2000 r. (sygn. akt I CKN 728/98, LEX nr 50836) wskazał, że art. 647 k.c. formułuje definicję umowy o roboty budowlane, a art. 649 k.c. stanowi, iż w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, czyli wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińnięcie) obowiązków wykonawcy. Przy uwzględnieniu charakteru i ogólnych cech umowy, konkretny zakres praw i obowiązków stron jest określany przez treść danej umowy. Oczywiście znajduje on zastosowanie we wszystkich tych sytuacjach, w których istnieją wątpliwości co do zakresu prac wykonawcy. Podkreśla się też, że jeżeli art. 140 p.z.p. stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie - uwzględniając fakt, że dokumentacja techniczna, a w szczególności projekt budowy jest jej częścią składową, to należy przyjąć, że nawet gdyby przedmiar robót nie obejmował jakiegoś zakresu ujętego jednakże w projekcie budowlanym, wykonawca musi go wykonać w ramach zamówienia podstawowego i nie może przyjąć, że są to roboty dodatkowe. W świetle art. 649 k.c. inne stanowisko byłoby nieuprawnione (wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 552/12, LEX nr 1327613). Taka dokładnie sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. We wskazanych wcześniej dokumentach ilość krawężnika była ewidentnie mniejsza, niż faktycznie wykonana, jednakże rozstrzygająca w tym zakresie była dokumentacja projektowa, w tym w szczególności rysunki. Te natomiast jednoznacznie potwierdzają wykonanie krawężnika po obu stronach drogi. Stąd też oczywiście poprawne matematycznie i logiczne wyliczenia przedstawione w apelacji odnoszące się do długości drogi oraz ilości wskazanego w umowie krawężnika do wbudowania nie miały dla rozstrzygnięcia sprawy jakiegokolwiek znaczenia. W tym kontekście zupełnie pozbawione podstaw okazały się zarzuty dotyczące nieuwzględnienia przez Sąd I instancji wniosku powoda o dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa. Pozwany wskazywał na nieuwzględnienie przez Sąd szeregu zgłaszanych przez niego zastrzeżeń do opinii zarówno merytorycznych, jak i formalnych. Wskazać należy po pierwsze, że w sprawie oprócz przeprowadzenia dowodu z pisemnej opinii biegłego K. B., właśnie z uwagi na pojawiające się zastrzeżenia i pytania stron Sąd przeprowadził uzupełniający dowód z ustnych wyjaśnień biegłego na rozprawie w dniu 27 marca 2014 r. Biegły w jej trakcie ustosunkował się do wszystkich wątpliwości stron w sposób jasny, logiczny i jednoznaczny. Po drugie analiza pisma powoda z dnia 9 stycznia 2014 r. stanowiącego odniesienie się do nadesłanej opinii biegłego wskazuje, że zastrzeżenia formułowane w tym piśmie nie odnosiły się do kwestii wymagających wiadomości specjalnych, a do kwestii oceny dowodów oraz procesu subsumcji. Powód bowiem podnosił, że nie istnieje sygnalizowana rozbieżność pomiędzy projektem, a przedmiarem robót, co w świetle przytoczonych okoliczności nie jest zasadne. Drugi zarzut odnosił się do braku zbadania przez biegłego zamiaru pozwanej w zakresie zlecenia wykonania krawężnika. W żadnym przypadku tego rodzaju zastrzeżenie nie jest domeną opinii biegłego. Zamiar stron, interpretacja postanowień umowy należy do sądu, a nie do biegłego i w tym zakresie dowód był po prostu niedopuszczalny. Trzeci natomiast zarzut odnosił się do stwierdzenia biegłego odnośnie istnienia błędu w przedmiarze robót, kończąc się pytaniem, czy za błąd uznać można wykonanie 1.268,25 m.b. krawężnika. Także ta okoliczność w żadnym przypadku nie wymagała uzyskania wiadomości specjalnych i odnosiła się ponownie do interpretacji zapisów umowy. W tych okolicznościach nie istniała potrzeba dokonywania przez biegłego jakichkolwiek wyliczeń, badań terenowych, czy też odpowiedzi na pytanie, czy można było wybudować drogę bez wspomnianych krawężników. W tym ostatnim zakresie zresztą biegły jednoznacznie wskazał, że możliwość taka istniała. Ustalenia jednak w tym względzie nie miały jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wielokrotnie podkreślano jej istota sprowadzała się nie do matematycznych wyliczeń, nie do wskazania czy ilość krawężnika określona w przedmiarze robót oraz w (...) pozwalała na jego ułożenie po obu stronach drogi, ale na pytanie, czy pomimo takiej ilości wynikającej z powyższych dokumentów na powodzie ciążył obowiązek wykonania krawężników w dodatkowej ilości 1.268,25 mb, w sytuacji, w której zakres prac wyznaczany był wszystkimi dokumentami wymienionymi w umowie, a z treści projektu wynikało, że krawężniki powinny znajdować się po obu stronach drogi. Takie same przesłanki uzasadniały odmowę przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na etapie postępowania apelacyjnego.

Dokonując oceny w tym zakresie Sąd I instancji zasadnie wskazał na rozstrzygające znaczenie projektu technicznego, w tym zawartych w nim rysunków, jako obrazujących w sposób szczegółowy przedmiot robót. Jeżeli więc istnieje rozbieżność pomiędzy częścią opisową dokumentacji przetargowej, a projektem jego zapisy są rozstrzygające. Podobnie rzecz się ma w sytuacji, gdy w samym projekcie istniejące zapisy co do ilości prac koniecznych do wykonania

nie odpowiadają tym wynikającym z części rysunkowej. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy i co potwierdził biegły sądowy istota projektu są rysunki wykonawcze, które w sposób pełny i jednoznaczny wyznaczają zarówno rodzaj prac, technologię ich wykonania i wreszcie zakres. Istotne przy tym są zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku argumenty odnoszące się do znaczenia poszczególnych elementów dokumentacji przetargowej. Zgodnie z pkt. 3.14 umowy przedmiar robót to zestawienie pozycji stanowiących materiał pomocniczy do obliczenia ceny oferty, z wyszczególnieniem robót występujących w każdej pozycji, nazwy jednostki obmiaru i ilości robót. Same więc strony w umowie w sposób jasny i jednoznaczny określiły charakter tego dokumentu uznając go za materiał pomocniczy i w zestawieniu z pozostałymi warunkami umowy w żadnym przypadku nie rozstrzygający odnośnie zakresu prac, które zostały objęte umową i stanowiły jej przedmiot. Wskazywał na to również powołany w sprawie biegły sądowy. Podobnej oceny dokonać należy w stosunku do znaczenia dokumentu w postaci tzw. (...). Jak już sama nazwa wskazuje nie odnosił się on ściśle do kwestii zakresu prac. Pomimo, że stanowił element projektu, jego funkcja była odmienna. Odnosiła się ona do kwestii bezpieczeństwa, warunków wykonywania prac i ograniczeń z tym związanych, a przytoczone w nim liczby miały wykazywać, co podnosił biegły w swojej ustnej opinii, tylko pewien próg ilościowy, czy czasowy, który z kolei powodował wprowadzanie w toku procesu inwestycyjnego określonych rozwiązań właśnie w zakresie bezpieczeństwa. Nie można więc mu nadawać znaczenia podstawowego dla ustalenia, czy powód miał wbudować dokładnie taką ilość krawężników, jak została w nim wskazana. Podzielić należy też stanowisko Sądu I instancji, zgodnie z którym sam powód własnego kosztorysu na etapie przetargowym nie sporządził. Niewątpliwie do jego obowiązków należało natomiast sprawdzenie całej dokumentacji, zbadania rzeczywistych warunków na budowie i w tym kontekście skorzystanie z uprawnień określonych w art. 651 k.c., zgodnie z którym jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Z kolei w pkt. 13.8 umowy strony ustanowiły tryb zgłaszania niezgodności, czy błędów w dokumentacji budowlano – wykonawczej i ustanawiając termin pięciu dni obarczony sankcją wykonania całości przedmiotu umowy w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. W rozważanej sprawie nie zostały zaofiarowane dowody, z których wynika, że z uprawnień tych powód korzystał. Jak już wskazano, skutku takiego nie sposób wiązać z treścią notatki z dnia 15 czerwca 2011 r. Nie jest w tym zakresie rozstrzygające również umieszczenie prac związanych z ułożeniem dodatkowej ilości krawężników w kosztorysie obejmującym roboty dodatkowe, czy nawet wystawienie w tym zakresie faktury. Za zupełnie chybioną uznać należy argumentację zawartą w apelacji, a odnoszącą się do możliwości objęcia dokumentacją projektową prac, co do wykonania których strony się nie umówiły. Nie przecząc oczywiście, że taka sytuacja może mieć miejsce, nie zostały nie tylko przedstawione dowody, ale nawet w toku postępowania przed Sądem I instancji nie były podnoszone twierdzenia, że strony umówiły się na wykonanie tylko części prac objętych dokumentacją projektową. Przeciwnie zajmowały w tym względzie zgodne stanowisko, że umowa obejmowała prace wynikające z przedstawionej dokumentacji projektowej oraz innych dokumentów wymienionych w umowie i stanowiących jej elementy. Dodatkowo zważyć należy, że projekt w części rysunkowej określał sposób wykonania określonych elementów dróg. Pomijając już kwestię braku twierdzeń w tym zakresie i ich spóźnienia na etapie postępowania apelacyjnego (art. 381 k.p.c.), nie jest logiczne stanowisko, według którego pomimo umieszczenia na nich określonych elementów wykonawczych, w tym krawężników, powód miał wykonać prace w sposób odmienny, a więc nie uwzględniający części z nich, co oznacza również inną metodę wykonania prac, niewątpliwie odbiegającą od dokumentacji projektowej.

Reasumując uznać należy, że Sąd I instancji wskazując, że przedmiot umowy określały wszystkie dokumenty w niej wyszczególnione, a w nich znajdowały się zapisy dotyczące wykonania krawężników z dwóch stron jezdni, nie naruszył dyspozycji przepisów art. 630 § 1 k.c., art. 656 § 1 k.c., czy art. 649 k.c. W konsekwencji prac polegających na wbudowaniu 1.268.25 mb. krawężnika nie można uznać za prace dodatkowe, z które powodowi należało się odrębne wynagrodzenie.

W związku z tym, na podstawie art. 385 k.p.c. apelację powoda, jako bezzasadną należało oddalić.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji.



Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Powód przegrał sprawę wywołaną swoją apelacją, a tym samym winien zwrócić pozwanej poniesione przez nią koszty, na które składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 2.700 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 6 i § 13 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami).

SSA. A. Sołtyka SSA W. Kaźmierska SSA T. Żelazowski