

Sygn. akt I ACa 98/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Teresa Rak (spr.)
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko Gminie Miejskiej K. przy interwencji ubocznej Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 7 listopada 2012 r. sygn. akt I C 32/12

1. **oddala apelację;**
2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**
3. **oddala wniosek interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 98/13

UZASADNIENIE

Strona powodowa Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. domagała się zasądzenia od pozwanej Gminy Miejskiej K. kwoty 95.375,52 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 26 czerwca 2011 roku oraz o zasądzenie kosztów postępowania. Podała, że razem z innymi przedsiębiorcami zawarła ze stroną pozwaną umowę dotyczącą budowy linii tramwajowej oraz budowy estakady w ciągu ulic (...). W umowie przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe. Maksymalna nominalna wysokość zobowiązania zamawiającego określona została na kwotę 154.717.230,34 zł. Zakres prac, których wykonania podjęli się konsorcjanci określono w przedmiarach robót stanowiących załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powód domaga się zapłaty za roboty ziemne

z transportem na wysypisko oznaczone w pozycji 2.2 w oparciu o przepis art. 628 § 1 zd. 1 w zw. z art. 647 k.c. gdyż całkowite wynagrodzenie nie zostało ostatecznie ustalone przed realizacją umowy, ale jedynie wskazano podstawy do jego ustalenia w postaci cen jednostkowych prac wskazanych w przedmiarze. W przedmiarze zaś wskazano zaniżoną ilość robót. Wg przedmiaru ilość tych robót określona została na 11.297,9 m³, a cena jednostkowa na 14,50 zł. netto za 1 m³. Powód wykonał 16.645,36 m³ robót wskazanych wyżej i uzyskał ich odbiory. Jednak odbierająca roboty w imieniu inwestora Z. Ł. w miejsce ilości 16.645,36 m³ wpisała 11.297,7m³, czyli ilość wynikającą z przedmiaru. Zdaniem powoda, ponieważ wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy, a autorem przedmiarów był zamawiający, wynagrodzenie powinno być ustalone na podstawie obmiarów powykonawczych nie zaś na podstawie przedmiarów. Powód domaga się wynagrodzenia za wykonaną ilość robót. Przedmiar bowiem nie był traktowany jako podstawa do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia całkowitego i pozwana wyraźnie informowała oferentów, że nie mają się przejmować ewentualnymi błędami w przedmiarze, gdyż wynagrodzenie będzie uzależnione od obmiarów powykonawczych.

Twierdziła też powodowa spółka, że strona pozwana stosowała zmienną interpretację umowy tak, jak to było jej wygodne - gdy przerób stwierdzony obmiarem był niższy od przerobu z przedmiaru wynagrodzenie obliczała według rzeczywistego przerobu, ale gdy przerób z obmiaru był wyższy niż przerób z przedmiaru, to obliczała wynagrodzenie wyłącznie w oparciu o przerób z przedmiaru.

Strona pozwana Gmina Miejska K. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Zarzuciła, że z ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. wynika nadrzędność projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót. Z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że rozstrzygającym i podstawowym dokumentem dla zakresu robót i oszacowania ceny jest projekt budowlany. Bez znaczenia jest, że danych robót jest więcej niż określono w przedmiarze, skoro są one zgodne z projektem. Ich cena jest już odpowiednio skalkulowana, a ceny robót ziemnych ujętych w projekcie były szacowane przez wykonawcę i miały określoną wysokość nawet jeżeli w przedmiarze jakies prace ziemne nie zostały uwzględnione. W oparciu o zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia powód nie wystąpił o zawarcie umowy na roboty uzupełniające czy zlecenie robót dodatkowych.

Interwenient uboczny Miejskie Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. domagał się oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego na swoją rzecz.

Zarzucił, że w dniu 30 czerwca 2011 r. został podpisany protokół końcowego odbioru obiektu „Budowa estakady w ciągu ulic (...)” co zgodnie z postanowieniem 7.3.5. umowy stanowiło końcowe rozliczenie umownego wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że jeśli przedmiary nie obejmowały wszystkich faz operacyjnych niezbędnych do wykonania robót, których konieczność wynikała z rysunków i wymagań podanych w specyfikacjach technicznych a także wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, to wykonawca zobowiązany był wyliczyć wynagrodzenie za pominięte fazy do ceny jednostkowej a w konsekwencji nie mógł domagać się za owe fazy wynagrodzenia w wielkości większej niż to wynikało z przedmiarów. Różnica pomiędzy ilością robót wynikających z operatów geodezyjnych, a ilością z przedmiarów jest skutkiem pominięcia w przedmiarach niektórych faz operacyjnych robót, które wykonawca obowiązany był wliczyć w cenę jednostkową bez prawa domagania się odrębnego wynagrodzenia. Podniósł też, że za wymianę gruntu wykonawca otrzymał wynagrodzenie w ramach zamówienia uzupełniającego przewidzianego w umowie z dnia 4 października 2010 roku dotyczącej robót wzmacniających i stabilizujących grunt. Zarzucił też interwenient nieprawidłowe wykonanie robót.

Strona powodowa zaprzeczyła, by zakres robót objętych niniejszym postępowaniem pokrywał się w całości albo w części z robotami objętymi umową z dnia 4 października 2010 roku.

Jako okoliczność niesporną Sąd wskazał, że strona pozwana nigdy nie uznała większej ilości robót aniżeli była przewidziana w przedmiarze oraz że faktycznie ostateczna wysokość wypłaconego wynagrodzenia za cały kontrakt to kwota 151.861.375,97 zł.

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2012 roku Sąd Okręgowy w Krakowie powództwo oddalił i zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 3.600 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Rozstrzygnięcie wydał Sąd w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidziano:

- w pkt I pkt 8.2., że rozliczenie robót budowlanych nastąpi w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów częściowych robót oraz w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów końcowych robót
- w pkt XI ppkt 4., że ceny jednostkowe podane w ofercie są cenami ostatecznymi i nie podlegają zmianom przez okres ważności oferty i obowiązywania umowy,
- w pkt XI ppkt 11, że elementem obowiązującym przy ustalaniu ceny jednostkowej jest opis robót ujęty w przedmiarze robót. Przedstawione w przedmiarze robót podstawy wyceny KNR poszczególnych pozycji są podane pomocniczo w celu ułatwienia wyceny jednak kalkulacja ceny jednostkowej jest wyłączną sprawą Wykonawcy
- w pkt XI ppkt 12, że przedmiar robót powinien być odczytywany z powiązaniu z umową, specyfikacjami technicznymi i rysunkami
- w pkt XI ppkt 13, że opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: a) specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych, b) rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej, c) wiedzy technicznej
- w pkt XI ppkt 15, że ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z rysunkami i wymaganiami, podanymi w specyfikacjach technicznych, a także wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach przedmiaru,
- w pkt XI ppkt 16, że wykonawcy nie zezwala się na dodawanie żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części przedmiaru robót. Jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych na rysunkach przekazanych wykonawcy to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach przedmiaru,
- w pkt XI ppkt 19, że podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór nad robotami, ustanowiony przez zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót.

Na zapytanie wykonawcy czy zamawiający zapłaci za różnice między przedmiarem, a rzeczywistym obmiarem w terenie z pieniędzy przewidzianych na roboty uzupełniające czy dodatkowe, interwenient odpowiedział w imieniu zamawiających, że rozliczenie z wykonawcą nastąpi na podstawie postanowień SIWZ i umowy, w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbioru robót, zgodnie z rzeczywistym obmiarem zamówionych i wykonanych robót. Z kolei na pytania wykonawcy dotyczące różnic między danymi zawartymi w projekcie technicznym dotyczące objętości robót interwenient odpowiedział, że należy przyjąć ilości zgodnie z przedmiarami.

Ustalił Sąd, że w dniu 20 stycznia 2010 r. pomiędzy (...) S.A. w K. i Gminą Miejską K. jako zamawiającymi, a konsorcjum firm (...) S.A. w K., (...) sp. z o.o. w W., Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. i T. Polska s.p. z o.o. w W. jako wykonawcami zawarte zostało porozumienie, na mocy którego postanowiono, że pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami została zawarta w trybie zamówień publicznych umowa o roboty budowlane obejmująca zobowiązanie wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia pod nazwą „Budowa linii tramwajowej

(...) etap (...): Rondo (...) K. - K. - ul. (...) wraz z przebudowa pasa drogowego i budową ul. (...) oraz budową estakady w ciągu ulic (...)” zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zasadami wiedzy technicznej i do usunięcia wszystkich wad występujących w tym przedmiocie w okresie umownej odpowiedzialności za wady oraz w okresie rękojmi za wady fizyczne (pkt 2.1.1 umowy).

Integralnymi częściami umowy były i miały być stosowane w kolejności: a) dokumentacja projektowa (rysunki), b) umowa, c) Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (ST), d) oferta wybranego przez zamawiającego wykonawcy, d) wyceniony przedmiar robót (kosztorys ofertowy) oraz poprawione przez zamawiającego kosztorysy ofertowe o numerach kolejnych: 18, 30, 49, 57, 65, 69.

Nadto strony w umowie postanowiły, że odbioru częściowego dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. W przypadku zaistnienia faktycznie stwierdzonych rozbieżności w takcie realizacji robót, różnice są korygowane przy ostatecznym rozliczeniu robót. Jeżeli powodują one zwiększenie ostatecznej wysokości ceny umownej, pokrycie ich kosztów powinno być realizowane na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót i uzgodnionych cen. Przewidziano maksymalną nominalną wartość zobowiązania zamawiającego na kwotę 154.717.230,34 zł, zmienioną aneksem ostatecznie na kwotę 155.308.167,47 złotych.

W pkt 7.3.1. umowy przewidziano, że podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór nad robotami, ustanowiony przez zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót. Wszystkie rozliczenia za wykonane roboty miały się odbywać na podstawie protokołów odbioru robót, kosztorysów powykonawczych z uwzględnieniem potrąceń wynikających z umowy w terminie 30 dni od daty dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej i potwierdzonej przez inżyniera faktury VAT.

Postanowiono nadto, że zamówienie dodatkowe to jest zamówienie publiczne udzielane wykonawcy, nieobjęte zamówieniem podstawowym i nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędne do jego prawidłowego wykonania, którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W przypadku gdy zachodzi potrzeba wykonania robót uzupełniających, nie przewidzianych w umowie, a przewidzianych w (...) zamawiający sporządza protokół konieczności a następnie dostarcza dokumentację projektową na te roboty wraz z zamówieniem ich wykonania w trybie wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wykonanie robót dodatkowych wymagało zawarcia odrębnej umowy.

Zamawiający musiał wówczas złożyć dodatkowe zamówienie na ich wykonanie, w trybie wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ustalił Sąd, że w przedmiarze robót przewidziano roboty ziemne wykonywane koparkami z transportem urobku samochodami na wysypisko w ilości 11.297,9 m³.

W raporcie kontroli robót z dnia 3 grudnia 2010 roku dotyczącym robót ziemnych wykonywanych koparkami z transportem urobku na wysypisko za okres od 1 października 2010 r. do 30 listopada 2010 r. wpisaną pierwotnie ilość wykonanych w danym okresie (...),09 wykreślono, wpisaną pierwotnie ilość wykonanych w danym okresie m³ 15825,79 m³ wykreślono zaś ilość wykonanych od początku robót do poprzedniego okresu rozliczeniowego (...) zatwierdzono. Raport podpisała Z. Ł.. Z kolei w raporcie z dnia 6 kwietnia 2011 roku wpisaną pierwotnie ilość wykonanych ogółem od początku robót do poprzedniego okresu rozliczeniowego w wysokości 16645,36m³ wykreślono wpisując w to miejsce 11297,7 m³. Zmiana odręczna liczby 16645,36 na 11.297,7 została dokonana przez E. G. ponieważ taka była ilość przewidziana w projekcie. Zmianę wykonano dlatego, że została przekroczona ilość przewidziana w przedmiarze prac.

Gdy wykonawca zbliżał się w toku prac do ilości przedmiarowej zgłaszano to inspektorowi nadzoru i Z. Ł. reprezentującej (...) S.A. Odpowiadano na to, że zapłacone zostanie tylko to co zostało przewidziane w przedmiarze i innych oświadczeń w tym przedmiocie osoby te nie składały.

Wykopy musiały być głębsze niż przewidywał projekt, bowiem okazało się, że w projekcie grunty nieściśle określono jako nośne. Zostało to zgłoszone inwestorowi i stwierdzone protokołami konieczności.

W dniu 4 października 2010 roku pomiędzy zamawiającym, a powodową spółką została zawarta umowa na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zamówienie uzupełniające przewidująca wykonanie stabilizacji podłoża gruntowego i wymianę gruntu na ul. (...), ul. (...) oraz dróg serwisowych oraz stabilizację podłoża gruntowego i wymianę gruntu w ul. (...) i ul. (...) wraz z pętlą tramwajową oraz ul. (...). Maksymalną wartość nominalną zobowiązania zamawiającego ustalono na kwotę 13098058,75 zł. Zakres prac określono w oparciu o protokoły konieczności z dnia 14 kwietnia 2010 r. (3 protokoły), z dnia 8 maja 2010 r. i z dnia 7 czerwca 2010 r.

Protokół odbioru końcowego sporządzony został w dniu 30 czerwca 2011 roku i w tym samym dniu sporządzono także protokół rozbieżności, w którym stwierdzono, że wykonawca wniósł do zamawiającego pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. roszczenie o zapłatę określonych w tym piśmie robót, według wykonawcy nierozliczonych przez zamawiającego, które nie zostały uznane przez zamawiającego w treści protokołów odbioru końcowego robót oraz ostatecznego.

Ustalając stan faktyczny Sąd oparł się na dowodach z dokumentów, które przez strony nie były kwestionowane. Nie dał sąd wiary zeznaniom świadków W. F. (1) i J. B. (1) co do okoliczności faktycznej ilości wykonanych prac ziemnych, albowiem z zeznań tych wynika, że świadkowie wiedzą w tym przedmiocie czerpią z prywatnych opinii geodezyjnych w sytuacji gdy wiarygodność tych opinii została zakwestionowana przez pozwaną i interwenienta. W pozostałym zakresie co do istotnych w sprawie okoliczności sąd dał wiarę zeznaniom tych świadków i świadka Z. Ł., albowiem zeznania te nie popadają w tym zakresie w sprzeczności ani wzajemnie ani z pozostałym materiałem dowodowym.

Wnioski o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka S. W. i A. P. uznał Sąd za spóźnione, a wniosek o przesłuchanie świadka Z. Ł. na okoliczność czy na podstawie umowy z 4.10.2010r., wykonawca zobowiązał się do wywiezienia gruntów oddalił, albowiem świadek umowy tej nie zawierała, nie może więc wypowiadać się jakie znaczenie postanowieniom umowy przypisywały jej strony. Z kolei wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność faktycznej wielkości wykonanych przez stronę powodową prac Sąd oddalił wykonanie takiej opinii wymagałoby zapoznania się przez biegłego z całą dokumentacją budowlaną inwestycji, a wniosku o dopuszczenie dowodu z tej dokumentacji żadna ze stron nie zgłosiła. Ponadto uznał Sąd ten dowód za zbędny dla rozstrzygnięcia. Za zbędny i nieprzydatny uznał Sąd też dowód z przesłuchania stron zgłoszony na okoliczność wykładni postanowień porozumienia zawartego pomiędzy członkami konsorcjum, bez udziału strony pozwanej i interwenienta, uznając że wykładnia postanowień porozumienia zawartego pomiędzy członkami konsorcjum, bez udziału strony pozwanej i interwenienta, nie może mieć żadnego znaczenia dla wykładni postanowień umowy z dnia 20 stycznia 2010 r.

Dokonując oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy powołał treść art. 647 kc i wskazał, że strona powodowa swoje żądanie opiera na twierdzeniu, że zgodnie z łączącą strony umową z dnia 20 stycznia 2010 r. strona pozwana zobowiązana jest do zapłaty również za te faktycznie wykonane przez stronę powodową prace, które nie mieściły się w granicach zakreślonych w przedmiarach, tj. za różnicę pomiędzy faktycznie wykonanymi pracami obejmującymi 16645,36 m³ robót ziemnych i transportu koparkami a przewidzianymi w przedmiarze pracami obejmującymi 11297,7m³.

Rozstrzygnięcie tej kwestii uzależnione jest od postanowień umowy obowiązującej pomiędzy stronami, a to zgodnie z art. 56 w zw. z art. 3531 k.c.

Określający sposób ustalenia wynagrodzenia pkt 7.3.1. umowy przewidywał, że podstawą płatności są rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór (...) oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót (pkt 7.3 umowy). Podkreślił Sąd, że stwierdzenie, że podstawą

płatności są rzeczywiste ilości prac zarówno zamówionych jak i wykonanych należy rozumieć tak, że wynagrodzenie należy się za te prace, które były rzeczywiście wykonane ale w granicach zamówienia. Wskazuje na to użycie pomiędzy słowem „zamówionych” a słowem „wykonanych” spójnika „i”, którego sens jest taki, że podstawą zapłaty są prace spełniające kumulatywnie oba te warunki. W konsekwencji o ile wykonano mniej prac aniżeli zamówiono, to należy się wynagrodzenie stosownie do faktycznie wykonanej ilości prac. Jeśli jednak wykonano prac więcej niż zamówiono, to zamówiona wielkość limituje wysokość wynagrodzenia należnego na podstawie umowy. Prace zamówione w rozumieniu umowy, to prace wynikające z przedmiaru robót. Do przedmiarów bowiem znajduje się odesłanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nadto wyceniony przedmiar robót stanowił również - zgodnie z pkt 2.1.6 umowy - integralną część umowy, a sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia współokreśla zakres zobowiązania wykonawcy co wynika z pkt 2.1.1 umowy. Znaczenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako określającej zakres zamówienia wynika nadto z postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, gdyż to ten dokument jest udostępniany potencjalnym oferentom w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego, w oparciu o ten dokument oferenci sporządzają oferty a zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Tymczasem ze Specyfikacji do umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku jednoznacznie wynika, że zwiększony w stosunku do zamówienia określonego przedmiarem robót zakres poszczególnych prac, których potrzebę zamawiający mógł przy formułowaniu oferty przewidzieć, powinien być przez niego uwzględniony na etapie sporządzania oferty zgodnie z zawartymi w pkt I ppkt 11-16 s.i.w.z. wytycznymi co do ustalenia ceny jednostkowej, w szczególności z postanowieniami pkt 15 (z którego wynika, że koszty faz operacyjnych nie objętych w opisie pozycji przedmiaru powinny być uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach przedmiaru) i pkt 16 (zgodnie z którym jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidoczonych na rysunkach przekazanych wykonawcy, to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach przedmiaru).

Z powyższych postanowień jednoznacznie, zdaniem Sądu pierwszej instancji, wynika, że wynagrodzenie będzie należeć się za tylko za te prace faktycznie wykonane, które były objęte zamówieniem strony powodowej, a zatem przedmiarem, na który powoływano się w specyfikacji. Również w odpowiedzi na zadane pytanie wskazano, że zapłata nastąpi zgodnie z rzeczywistym obmiarem zamówionych i wykonanych prac.

Stwierdził nadto Sąd, że podstawy wynagrodzenia za prace przekraczające ilości robót określone w przedmiarze nie można także upatrywać w tym, że w umowie przewidziano maksymalną wartość nominalną zobowiązania, która stanowi sumę cen jednostkowych podanych w ofercie. Z umowy, ani z dokumentów stanowiących jej integralną część nie wynika możliwość dokonywania przy obliczaniu ostatecznej ceny operacji polegającej na uwzględnieniu przy niektórych pozycjach ofertowych wynagrodzenia wynikającego z większej ilości prac niż przewidywał przedmiar robót „kosztem” tych pozycji, w których rzeczywiście wykonane prace były mniejsze, aniżeli przewidziano w przedmiarze robót. Dające się przewidzieć zwiększenie zakresu prac w stosunku do przewidzianego w przedmiarze wykonawca winien był, zgodnie z pkt XI ppkt 15 i ppkt 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uwzględnić, biorąc je pod uwagę przy formułowaniu oferty cenowej. Natomiast prace niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, których nie dało się przewidzieć na etapie formułowania oferty powinny być, zgodnie z umową objęte dodatkową umową zawartą w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo o zamówieniach publicznych.

Zatem jeśli zakresu prac ziemnych, których dotyczy roszczenie nie dało się na etapie formułowania oferty i zawarcia umowy przewidzieć, to właściwą drogą do uzyskania wynagrodzenia było zaproponowanie przez wykonawców zamawiającym zawarcia umowy o wykonanie prac dodatkowych.

Wobec tego treść uregulowań zawartych w pkt I pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pkt 7.3.2. umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. nie przemawiają za uwzględnieniem żądań strony powodowej. W postanowieniach tych odwołano się wprawdzie do rozliczenia robót budowlanych w oparciu o kosztorysy powykonawcze, ale w kontekście uregulowania z pkt 7.3.1. umowy (i odpowiadającego mu postanowienia z pkt XI ppkt 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) mają one tylko takie znaczenie, że określają w oparciu o jakie dokumenty rzeczywisty zakres wykonanych robót współlimitujący wielkość należnego wynagrodzenia ma zostać ustalony (tj. w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów). Nie można natomiast rozumieć tego, że wyeliminowana

zostaje ta część postanowienia w pkt 7.3.1. umowy z dnia 20 stycznia 2010, która jako element współlimitujący wysokość wynagrodzenia określa również zakres zamówienia dokonanego przez zamawiających, gdyż niezrozumiałym byłoby wprowadzanie przez strony dwóch wzajemnie sprzecznych postanowień do tej samej jednostki redakcyjnej umowy.

Z taką wykładnią nie jest również sprzeczne postanowienie umowy przewidujące, że odbioru częściowego dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń.

W przypadku zaistnienia faktycznie stwierdzonych rozbieżności w takcie realizacji robót, różnice są korygowane przy ostatecznym rozliczeniu robót. Jeżeli powodują one zwiększenie ostatecznej wysokości ceny umownej, pokrycie ich kosztów powinno być realizowane na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót i uzgodnionych cen. Wskazał Sąd, że przewidziane pkt 6.3.4 pokrycie kosztów może nastąpić tylko w oparciu o dodatkową umowę zawartą zgodnie z pkt 9.1.10 umowy, w ramach której nastąpiłoby uzgodnienie ceny, o którym mowa w pkt 6.3.4. zd. 2 umowy.

Zdaniem interwenienta ubocznego wynagrodzenie dodatkowe zostało przewidziane w umowie z dnia 4 października 2010 roku i wypłacone stronie powodowej. Strona powodowa nie przeczyła, że takie wynagrodzenie otrzymała, przeczyła natomiast by zakres wymienionej umowy obejmował prace, za które domaga się wynagrodzenia w niniejszej sprawie. Z umowy z dnia 4 października 2010 roku wynika, że wykonawca z tej umowy zobowiązał się do stabilizacji podłoża gruntowego i wymiany gruntów. Umowa ta została zawarta w oparciu o protokoły konieczności. Zarzut zaś, że wymiana gruntów przewidziana w umowie z dnia 4 października 2010 r. nie przewidywała wywiezienia ziemi, które miało nastąpić tylko na podstawie umowy głównej nie mógł zostać uwzględniony, bowiem sformułowanie „wymiana gruntu” według jego potocznego rozumienia obejmuje zarówno dostarczenie gruntu do wymiany jak i usunięcie gruntu wymienianego, bo bez tego ostatniego elementu mielibyśmy do czynienia nie z wymianą, a z nawiezieniem gruntu na dotychczas istniejący. Powyższe przemawia za przyjęciem, że za roboty, za które strona powodowa domaga się wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, strona powodowa rzeczywiście otrzymała wynagrodzenie na podstawie umowy z dnia 4 października 2010 r. a zatem - niezależnie od braku obowiązku zapłaty takiego wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. - tym bardziej nie może domagać się go w niniejszym postępowaniu.

Ponieważ strona powodowa nie twierdziła, że nie otrzymała wynagrodzenia za te faktycznie wykonane prace, które były przewidziane w przedmiarze robót do umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. dalsze wynagrodzenie się jej nie należy, gdyż nie przewidywała go umowa z dnia 20 stycznia 2010 roku, co musiało prowadzić do oddalenia powództwa.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc.

Z wyrokiem nie zgodziła się strona powodowa, zaskarżając go w całości. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, a to:

- art. 65 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie w procesie interpretacji łączącej strony umowy,
- art. 647 kc poprzez jego błędną interpretację, skutkującą przyjęciem, że zakres umowy o roboty budowlane mogą wyznaczać ilości wskazane w przedmiarze,
- art. 649 kc poprzez jego niezastosowanie w interpretacji łączącej strony umowy,

-art. 353¹ kc poprzez jego błędną interpretację, skutkującą przyjęciem w niniejszej sprawie, iż ustalenie stosunku zobowiązaniowego w ten sposób, iż zamawiający płaci za wykonane przez wykonawców prace wg rzeczywistego obmiaru jedynie w przypadku, gdy wskazywał on ilości niższe niż w przedmiarze, natomiast wg przedmiaru w przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych prac liczona w przyjętych tam jednostkach miary przekraczała ilości założone w przedmiarze jest dopuszczalne i mieszczące się w granicach swobody kontraktowania,

- nieprawidłową, sprzeczną z zasadami logiki interpretację postanowień umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku oraz SIWZ, w szczególności w kontekście uregulowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (art. 68 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy oraz wyżej wymienionych przepisów kc).

Zarzuciła też naruszenie przepisów postępowania, a to:

- niedokonanie ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności określenia ilości wykonanych przez powoda prac, za które domaga się wynagrodzenia, jak też nie rozstrzygnięcie czy prace te wchodziły w zakres umowy, czy powód otrzymał za nie wynagrodzenie,
 - naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez
-) brak wszechstronnego, zgodnego z zasadami logiki rozważenia okoliczności sprawy prowadzącego do błędnych ustaleń faktycznych (m. in. przez przyjęcie, że jest prawdopodobne, że powód otrzymał wynagrodzenie dochodzone w niniejszej sprawie),
-) nieuzasadnione odmówienie zeznaniom świadka J. B. oraz W. F. waloru wiarygodności w zakresie w jakim były one sprzeczne z twierdzeniem interwenienta,
-) nieprawidłową ocenę dowodu z operatów geodezyjnych stanowiących załącznik do protokołu odbioru,
- naruszenie art. 231 kpc poprzez oparcie twierdzeń istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy na nieustalonych okolicznościach faktycznych,
 - naruszenie art. 227 kpc poprzez nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w istotnym zakresie w wyniku błędnego przyjęcia, iż było ono w okolicznościach sprawy zbędne,
 - naruszenie art. 79 zdanie drugie kpc poprzez przyjęcie w toku sprawy sprzecznych z oświadczeniami pozwanej (...) oświadczeń interwenienta, jako oświadczeń strony pozwanej, w szczególności uznanie, iż zarzuty interwenienta w tym zakresie odniosły skutek procesowy,
 - naruszenie art. 6 kc w zw. z art. 232 kpc poprzez niewłaściwe zastosowanie zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym,
 - naruszenie art. 328 § 2 kpc poprzez nieprzedstawienie istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych, co poważnie utrudnia instancyjną kontrolę rozstrzygnięcia.
 - naruszenia zasad kontrydiktoryjności oraz bezstronności postępowania cywilnego.

Wniosła strona pozwana o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja na uwzględnienie nie zasługuje.

Powód domagając się zapłaty w niniejszym postępowaniu wywodził, że obowiązek strony pozwanej wynika z łączącej strony umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku. zdaniem powoda bowiem na stronie pozwanej ciąży obowiązek zapłaty za rzeczywiście wykonaną ilość robót określoną obmiarem powykonawczym. Przedmiar robót zaś nie limituje ilości prac poszczególnych rodzajów podlegających zapłacie.

Strona pozwana oraz interwenient uboczny z kolei stali na stanowisku, że ich obowiązkiem było zapłacić za ilość robót określonych w przedmiarze i za taką ilość powód otrzymał zapłatę. Zwracali uwagę, że określając cenę jednostkową

w ofercie, strona powodowa powinna była uwzględniać nie tylko przedmiar robót, ale także projekt budowlany i specyfikację istotnych warunków zamówienia i na tej podstawie skalkulować cenę jednostkową.

Interwenient nadto podniósł, że strony zawarły umowę z dnia 4 października 2010 roku, której przedmiotem była nieprzewidziana wcześniej wymiana gruntów i za te prace strona powodowa otrzymała wynagrodzenie.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się zatem do tego jak należy rozumieć postanowienia łączącej strony umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku regulujące sposób ustalania należnego wykonawcy wynagrodzenia, a w szczególności w sytuacji gdy ilość robót wykonanych jest większa od ilości określonej w przedmiarze.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy jako znajdujące oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Podziela także zaprezentowaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę łączącej strony umowy.

Podkreślić przy tym należy, że umowa zawarta została w trybie ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co nie pozostaje bez wpływu na interpretację jej postanowień, zważywszy na rygoryzm ustawy. Integralną częścią umowy jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Sposób ustalania wynagrodzenia określony został w pkt 7.3.1 umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku, który stanowi, że podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót.

Pojęcie prac rzeczywiście wykonanych nie budzi wątpliwości i oznacza ilość prac faktycznie wykonanych.

Rozstrzygnięcia natomiast wymaga jak na gruncie łączącej strony umowy należy rozumieć pojęcie „prac zamówionych”. Zwrócić przy tym należy uwagę, że w przedmiocie ustalania wynagrodzenia, jak wynika z prezentowanych przez strony stanowisk brak było zgodnego rozumienia regulujących te kwestie postanowień. Nie można więc w tej kwestii odnosić się i ustalać zgodnego zamiaru stron (art. 65 kc), bowiem takiego nie było, a w każdym razie w toku procesu strony ujawniły całkowicie odmienne rozumienie odnośnych postanowień umowy.

Analiza zaś postanowień umowy w powiązaniu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przemawia za przyjęciem takiej interpretacji jak Sąd pierwszej instancji.

Przez prace zamówione należy więc rozumieć nie tylko prace rodzajowo wymienione w przedmiarach robót, ale także wykazane ich ilości. Przedmiar jest integralną częścią umowy, odsyła do niego także specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia odgrywa zaś bardzo istotną rolę, a przede wszystkim specyfikacji musi odpowiadać treść oferty.

Analiza postanowień specyfikacji i umowy prowadzi do wniosku, że jeśli wykonawca na etapie sporządzania oferty dostrzeże, że zakres prac danego rodzaju będzie większy niż wynika to z przedmiaru robót, okoliczność tę winien uwzględnić przy ustalaniu wysokości ceny jednostkowej. Ze specyfikacji wynika bowiem (pkt XI. 11), że elementem obowiązującym przy ustalaniu ceny jednostkowej jest opis robót ujętych w przedmiarze robót, ceny poszczególnych pozycji przedmiaru muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania robót z rysunkami i wymaganiami podanymi w specyfikacjach technicznych. Winien więc wykonawca ustalając cenę jednostkową uwzględnić także koszty tych faz operacyjnych, których nie uwzględniono w pozycji przedmiaru. Z umowy natomiast wynika, że w przypadku potrzeby wykonania robót uzupełniających nie przewidzianych w umowie, a przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w przypadku potrzeby wykonania robót dodatkowych zamawiający musi złożyć dodatkowe zamówienie w trybie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i strony zobowiązane są na wykonanie tych robót zawrzeć odrębną umowę.

Strona pozwana i interwenient od początku w taki właśnie sposób rozumieli zapisy umowne dotyczące ustalania wynagrodzenia i w przypadku wystąpienia różnic pomiędzy przedmiarem, a ilością robót wynikającą z projektu jednoznacznie cały czas wskazywali, że decydująca jest ilość wynikająca z przedmiaru.

Z umowy wynikało, że maksymalna nominalna wartość zobowiązania wynosi ostatecznie 155.308.167,47 złotych i jest to suma cen jednostkowych określonych w ofercie. Określenie wartości maksymalnej zobowiązania nie oznacza, że w tych określonych ramach kwoty przeznaczone na poszczególne rodzaje prac mogą być przesuwane by np. pokryć wynagrodzenie za większą niż wynikająca z przedmiaru ilość prac o ile przy innych pracach zaistnieją oszczędności, bowiem wykonano mniejszą ilość jednostek danych robót niż planowano. Określenie maksymalnej wysokości zobowiązania oznacza jedynie, że pułap ten nie może zostać przekroczony, jednakże strona pozwana obowiązana jest zapłacić tylko za prace rzeczywiście wykonane, ale mieszczące się w zamówieniu. Mniejsza ilość prac wykonanych powoduje oszczędności. Z kolei większa ilość prac, niż to wynika z przedmiaru robót, a którą można było przewidzieć powinna być uwzględniona przy ustalaniu ceny jednostkowej, natomiast do prac, których przewidzieć się nie dało zastosowanie znajdują postanowienia umowy regulujące wykonanie robót uzupełniających lub dodatkowych przewidujące zawarcie dodatkowej umowy na te prace.

W świetle powyższego brak było podstaw do uwzględnienia powództwa zarówno w sytuacji gdyby prace, za które zapłaty domaga się strona powodowa były objęte umową z dnia 20 stycznia 2010 roku jak i wówczas gdyby były one objętą umową dodatkową z października 2010 roku. W pierwszym bowiem przypadku kalkulując cenę jednostkową winien był powód, dysponując przedmiarami, istotnymi warunkami zamówienia i dokumentacją techniczną wraz z rysunkami dokonać sprawdzenia ilości robót i uwzględnić wszystkie okoliczności, także ewentualnie zaniżony przedmiar robót. W sytuacji zaś gdyby konieczność prac dodatkowych ujawniła się dopiero w toku realizacji zamówienia i nie były one możliwe do przewidzenia zastosowanie znalazłby tryb określony w pkt 9.1.9 i 9.1.10 umowy z dnia 20 stycznia 2010 roku.

W konsekwencji nie poczynienie przez Sąd pierwszej instancji ustaleń jaką ilość prac powód rzeczywiście wykonał, czy wchodziły one w zakres umowy z 20 stycznia 2010 roku i czy powód otrzymał za nie wynagrodzenie dla rozstrzygnięcia pozostawało bez znaczenia. Zbędne było też w takiej sytuacji dopuszczanie dowodów na powyższe okoliczności, a zwłaszcza dla ustalenia ilości wykonanych przez powoda robót ziemnych. Zatem podnoszone przez stronę powodową zarzuty naruszenia przepisów postępowania dotyczących oceny dowodów i postępowania dowodowego nie zasługują na uwzględnienie.

Nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc. Sąd Okręgowy poczynił bowiem ustalenia faktyczne w zakresie jaki był istotny dla rozstrzygnięcia sprawy, wskazując na jakich dowodach się oparł.

Okoliczność, że strona powodowa otrzymała wynagrodzenie za wymianę gruntów na podstawie umowy z dnia 4 października 2010 roku pozostaje niesporna. Spornym jest natomiast, czy umowa ta obejmowała prace, za które powód domaga się wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu. Strona pozwana podnosząc zarzut, że prace te były objęte umową z października 2010 roku winna była okoliczność tę udowodnić. Sąd stwierdził, że zarzut ten nie został udowodniony. Równocześnie jednak analizując zgromadzony materiał dowodowy za prawdopodobne uznał, że rzeczywiście prace te były objęte wymienioną umową. Świadek J. B. (1) wskazał bowiem, że zwiększony w stosunku do projektu zakres wykopów ziemi wynikał z tego, że grunty zostały nieściśle określone jako nośne, co zostało zgłoszone inwestorowi i stwierdzone protokołami konieczności. Umowa z dnia 4 października 2010 roku została zawarta właśnie w oparciu o te protokoły. Jednakże czynienie w tej kwestii kategoriycznych ustaleń, jak już wyżej wskazano, nie było konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem tak ustalenie że prace objęte były umową z dnia 4 października 2010 roku jak i ustalenie, że wchodziły w zakres umowy podstawowej musiało doprowadzić do oddalenia powództwa, a w konsekwencji do oddalenia apelacji.

Podnoszone przez stronę powodową zarzuty naruszenia prawa materialnego również nie zasługują na uwzględnienie. Brak jest w szczególności podstaw do przyjęcia, że zastosowana interpretacja umowy prowadzi do naruszenia zasady swobody kontraktowania. Wprawdzie rzeczywisty obmiar powykonawczy był podstawą do ustalenia wynagrodzenia

w przypadku gdy obmiar był niższy niż przedmiar, w przypadku zaś gdy obmiar powykonawczy wskazywał na większą ilość wykonanych jednostek decydował przedmiar, jednakże wykonawca wiedząc o takim rozliczaniu miał już w momencie kalkulowania cen jednostkowych i ustalając cenę jednostkową miał możliwość uwzględnienia tego w sytuacji gdy przewidywał większą ilość robót danego rodzaju niż wynikała z przedmiaru. Był zatem w stanie zabezpieczyć swoje interesy finansowe. Nie naruszył Sąd też przepisów art. 647 i 649 kc. Pierwszy z nich definiuje umowę o roboty budowlane, drugi zaś zawiera normę interpretacyjną jak należy określić zakres umowy o roboty budowlane. Ponieważ jednak strony zarówno zakres robót jak i sposób ustalania wynagrodzenia uregulowały w umowie nie było potrzeby do ustalania ich na podstawie wymienionych przepisów.

Nie znajdując zatem podstaw do kwestionowania zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację strony pozwanej oddalił.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc.