

*Sygn. akt I AGa 311/18*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 kwietnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b><i>SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)</i></b>
<b>Sędziowie:</b>	<b><i>SSA Grzegorz Krężolek</i></b> <b><i>SSO del. Izabella Dyka</i></b>
<b>Protokolant:</b>	<b><i>st. sekr. sądowy Urszula Kłosińska</i></b>

po rozpoznaniu w dniu 17 kwietnia 2019 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa ***Przedsiębiorstwo (...) S.A. w G.***

przeciwko ***Województwu (...) Zarządowi Dróg Wojewódzkich w K.***

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 23 stycznia 2018 r. sygn. akt VII GC 18/17

1. ***oddala apelację;***

2. ***zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 8100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.***

SSA Grzegorz Krężolek SSA Hanna Nowicka de Poraj SSO (del.) Izabella Dyka

*Sygn. akt I AGa 311/18*

## UZASADNIENIE

***Powód Przedsiębiorstwo (...) S.A. w G.*** domagał się zasądzenia od Województwa (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. kwoty 1.490.488,56 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9.03.2014 r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r.

W uzasadnieniu powód podniósł, że zawarł z pozwanym umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa obwodnicy K. na drodze wojewódzkiej nr (...). Integralną częścią umowy był projekt budowlany, Szczegółowe Specyfikacje Techniczne i kosztorys ofertowy. Umowa była dwukrotnie aneksowana, zmieniono termin jej wykonania na 31.10.2013 r. a następnie na 8.12.2013 r., oraz podwyższono wynagrodzenie ryczałtowe do kwoty 117.053.926,79 zł.

W dniu 7.12.2013 r. kierownik budowy zgłosił pozwanemu zakończenie robót. W dniu 18.12.2013 r. zebrała się komisja odbiorowa, która robót nie odebrała i wyznaczyła powodowi dwa terminy na uzupełnienie braków w dokumentacji powykonawczej. W dniu 20.12.2013 r. organ nadzoru budowlanego wydał pozwolenie na użytkowanie obwodnicy. W dniu 23.12.2013 r. kierownik budowy wezwał pozwanego do dokonania odbioru robót nie później niż do 27.12.2013 r. a w dniu 30.12.2013 r. dokonał jednostronnego odbioru robót i przesłał protokół z tej czynności pozwanemu. W dniu 6.02.2014 r. powód przesłał pozwanemu fakturę obejmującą ryczałtowe wynagrodzenie końcowe z terminem płatności do 8.03.2014 r. wraz z obmiarami powykonawczymi robót. Pozwany odesłał fakturę bez księgowania. Dopiero w dniu 14.03.2014 r. inżynier kontraktu potwierdził skompletowanie dokumentacji powykonawczej. Powód wezwał pozwanego do odbioru robót do dnia 2.06.2014 r. pod rygorem odstąpienia od umowy i w dniu 4.06.2014 r. złożył pisemne oświadczenie o odstąpieniu. Następnego dnia po otrzymaniu tego oświadczenia pozwany sporządził jednostronny protokół odbioru robót, w którym wartość obmiarową wszystkich robót określił na kwotę 114.510.992,64 zł. Oznaczało to, że wobec wcześniejszej zapłaty kwoty 104.095.477,14 zł na rzecz powoda pozostała do zapłaty kwota 10.415.515,50 zł. Według obmiarów powoda wartość wykonanych przez niego robót wyniosła kwotę 115.563.438,23 zł, co z kolei oznaczało że do zapłaty przez pozwanego pozostała kwota 11.467.961,09 zł. Różnicy w kwocie 1.062.548,08 zł powód dochodzi przed Sądem Okręgowym w K. w sprawie o sygn. akt(...) a roszczenia o zapłatę kary umownej za odstąpienie od umowy w sprawie o sygn. akt (...) W tej ostatniej powództwo zostało oddalone a apelacja od wyroku wniesiona przez powoda oddalona przez Sąd Apelacyjny w Krakowie. Zdaniem powoda, Sąd Apelacyjny przesądził, że wynagrodzenie umowne miało charakter ryczałtowy, wskazując że nie zostało ono ustalone aneksem nr (...) do kwoty 117.053.926,79 zł rozumianej jako jego górna granica, lecz zostało podwyższone do tej sumy. Jednocześnie Sąd uznał że powód skutecznie odstąpił od umowy.

Dochodzona pozwem kwota 1.490.488,56 zł stanowi różnicę pomiędzy ryczałtową wartością wynagrodzenia w kwocie 117.053.926,79 zł a wartością obmiarową przyjętą przez powoda w kwocie 115.563.438,23 zł. Powód podniósł, że w przypadku skutecznego odstąpienia przez niego od umowy, zgodnie z § 10 ust. 3 umowy, wynagrodzenie miałoby charakter obmiarowy, a gdyby umowa nie uległa rozwiązaniu charakter ryczałtowy.

**Pozwany Województwa (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich** w K. wniósł o oddalenie powództwa. Zaprzeczył aby wynagrodzenie umowne miało charakter ryczałtowy, wskazując że dopiero w końcowej fazie realizacji umowy powód uznał, że wynagrodzenie miało taki charakter, podczas gdy rozliczenie 90% wartości umowy odbywało się zgodnie z zasadami wynagradzania kosztorysowego tj. na podstawie obmiarów robót. Powód, zorientowawszy się że rozliczenie kosztorysowe będzie niższe niż dotychczas akceptowane, podjął próbę uzyskania od pozwanego zapłaty za roboty nie zrealizowane twierdząc, że wynagrodzenie było ryczałtowe. To spowodowało, że powód odmówił złożenia dokumentów rozliczeniowych i obmiarów geodezyjnych uniemożliwiając inżynierowi kontraktu rozliczenie robót i dokonanie odbioru robót przez pozwanego. Dokumentacja niezbędna do ostatecznego odbioru została sporządzona w maju 2014 r. a pismem z dnia 28.05.2014 r. powód został poinformowany o wznowieniu prac komisji odbiorowej na dzień 5.06.2014 r. Zdaniem pozwanego, ustalone umową wynagrodzenie było kosztorysowe i zostało ono w całości wypłacone powodowi. Pozwany wskazał, że na taki charakter wynagrodzenia wskazywały: będąca częścią SIWZ instrukcja dla wykonawców w której wskazano, że cena ofertowa zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe a podstawą obliczenia ceny są przedmioty robót, zaś kosztorysy ofertowe i przedmiary stanowiły integralną część umowy; wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego m.in. że umowa ma charakter obmiarowy; treść pkt 6.8.2 i 8.3.1 STWiORB wskazujących, że podstawą rozliczenia robot była książka obmiarów, którą wykonawca miał obowiązek przygotować do odbioru ostatecznego; treść pkt 7.1 i 8.3 STWiORB z których wynika, że obmiar podlegał akceptacji inżyniera kontraktu a odbiór ostateczny miał polegać na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do ich ilości, jakości i wartości; kosztorysowy sposób rozliczania się wykonawcy z podwykonawcami; zlecenie powodowi robót dodatkowych które mogły wystąpić wyłącznie w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego oraz podpisanie aneksu zwiększającego wartość umowy. Zdaniem pozwanego treść § 7 ust. 2 umowy nie świadczy o przyjęciu przez strony wynagrodzenia ryczałtowego, zaś w umowie ani dokumentacji przetargowej nigdzie nie ma odniesienia dotyczącego ryczałtu.

**Wyrokiem z dnia 23 stycznia 2018 roku, sygn. akt (...)** Sąd Okręgowy w K.: I/ oddalił powództwo, II/ zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 10.800 zł tytułem kosztów procesu.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 27.01.2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane nr (...) na wykonanie robót pn. „Budowa obwodnicy K. na drodze wojewódzkiej nr (...)”. Zgodnie z § 1 ust. 2 umowy powód jako wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z przedmiarami robót, projektami budowlanymi i wykonawczymi, Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym. Dokumenty te stanowiły integralną część umowy. Ostatni zapis znalazł także odzwierciedlenie w § 18 ust. 2 umowy stanowiącym, że integralną częścią umowy są: oferta, przedmiary robót, kosztorysy ofertowe, projekty budowlane i wykonawcze, Szczegółowe Specyfikacje Techniczne, instrukcja dla wykonawców, harmonogram rzeczowo-finansowy robót. Termin wykonania umowy został określony na dzień 31.08.2013 r. (§ 3). Odbiór robót miał nastąpić w ciągu 14 dni od daty zawiadomienia zamawiającego przez wykonawcę o osiągnięciu gotowości do odbioru (§ 6 ust. 1). W § 7 strony ustaliły wynagrodzenie na kwotę 116.400.255,83 zł brutto zgodnie z ofertą. Wynagrodzenie obejmowało wszystkie koszty związane z wykonaniem robót i miało nie podlegać waloryzacji do końca trwania umowy. Zgodnie z § 9 ust. 1a zamawiający był zobowiązany do zapłacenia wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn za które zamawiający ponosi odpowiedzialność w wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy. Paragraf 10 ust. 2 pkt 2 uprawniał wykonawcę do odstąpienia od umowy, jeżeli zamawiający odmawia bez uzasadnionej przyczyny odbioru robót lub odmawia podpisania protokołu odbioru. W przypadku odstąpienia od umowy wykonawca miał obowiązek, przy udziale zamawiającego, sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia oraz zgłosić do odbioru roboty przerwane i zabezpieczające (ust. 3 pkt 1, 4). Zgodnie z § 11 ust. 1, 2, 3 umowy rozliczenie robót miało nastąpić rachunkami miesięcznymi za wykonane roboty potwierdzonymi przez inżyniera kontraktu, do kwoty nie większej niż 90 % wartości robót. Rozliczenie wykonawcy miało nastąpić fakturą końcową po zakończeniu całości robót i po ich odbiorze. Termin zapłaty faktury został określony na 30 dni od daty dostarczenia zamawiającemu przez wykonawcę dokumentów rozliczeniowych oraz spełnieniu przez wykonawcę wymogów z ust. 5 i 6. Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 14).

W Instrukcji dla wykonawców, stanowiącej część SIWZ a następnie jedną z integralnych części umowy, w pkt 9 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, wskazano w ppkt 2, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę, w oparciu o kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej, sporządzone na formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty były przedmiary robót zamieszczone w SIWZ. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe brutto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach oraz wartość brutto. Wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe cena brutto miała być przeniesiona wprost do formularza oferty. Cena ofertowa miała obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w ofercie nie podlegały zmianie w toku realizacji przedmiotu zamówienia oraz nie podlegały waloryzacji (pkt 9.3). W pkt 12.2 Instrukcja zawiera zapis, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie zamawiającego.

W trakcie postępowania przetargowego odpowiadając na pytania oferentów dotyczące wątpliwości związanych z charakterem kontraktu tj. obmiarowym rozliczanym zgodnie z obmiarem wykonanych przez wykonawcę robót czy też ryczałtowym, za który niezależnie od zmiany zakresu robot przysługuje wykonawcy kwota ryczałtowa podana w formularzu ofertowym, pozwany udzielił odpowiedzi że chodzi o kontrakt obmiarowy.

Zgodnie ze Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) stanowiącymi część SIWZ i integralną część umowy, dla inwestycji miała być prowadzona zaakceptowana przez inżyniera książka obmiarów na podstawie której miało nastąpić rozliczenie faktycznego postępu każdego z elementów robót. Obmiary wykonanych robót miały być prowadzone w sposób ciągły w jednostkach przyjętych w kosztorysie (pkt 6.8.2). Z kolei zgodnie z pkt 7.1 obmiar robót określał faktyczny zakres wykonanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB. Obmiaru robót dokonywał wykonawca po pisemnym powiadomieniu inżyniera o zakresie obmierzanych robót i terminie obmiaru, co najmniej na 3 dni przed tym terminem. Wyniki obmiarów miały być wpisywane do książki obmiarów a obmiar podlegał akceptacji inżyniera. W świetle pkt 8.3 Specyfikacji przedmiotem ostatecznego odbioru robót była ilość, jakość i wartość robót. Zakończenie robót i zgłoszenie gotowości do ostatecznego odbioru robót wykonawca miał zgłosić wpisem do dziennika budowy oraz pisemnym zawiadomieniem inżyniera. Odbiór ten miał nastąpić po potwierdzeniu przez inżyniera zakończenia robót i przyjęciu dokumentów wymienionych w pkt 8.3.1. Zgodnie z tym ostatnim do odbioru ostatecznego wykonawca miał obowiązek przygotować m.in. książkę obmiarów,

deklaracje zgodności lub certyfikaty wbudowanych materiałów, geodezyjną inwentaryzację powykonawczą robót, potwierdzone przez inżyniera.

W trakcie realizacji robót, rozliczenie ilościowe i jakościowe robót następowało miesięcznie w sporządzanych przez wykonawcę raportach kontroli robót zatwierdzanych przez inżyniera kontraktu. Z każdego zakresu wykonanych prac był sporządzany obmiar potwierdzony operatem geodezyjnym. Na podstawie raportów, wykonawca sporządzał tabele płatności ze wskazaniem wartości robót, będących iloczynem ilości wykonanych robót i ich cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. Po weryfikacji przez inżyniera kontraktu tabele te wraz z protokołami odbioru robót stanowiły podstawę do fakturowania przez wykonawcę zrealizowanych robót. Sposób rozliczenia kontraktu jako kosztorysowy do wartości 90% wartości robót na podstawie 24 miesięcznych płatności potwierdził w swoich zeznaniach kierownik budowy ze strony wykonawcy.

W dniu 31.05.2013 r. strony zawarły Aneks Nr (...) do umowy zmieniający termin wykonania umowy na dzień 31.10.2013 r. oraz wynagrodzenie na kwotę 117.053.926,79 zł brutto. Kolejnym Aneksem Nr (...) z dnia 31.10.2013 r. strony zmieniły termin wykonania umowy na dzień 8.12.2013 r. Pismem z dnia 7.12.2013 r., które wpłynęło do pozwanego w dniu 9.12.2013 r. powód zgłosił zakończenie robót i gotowość do odbioru robót objętych umową z dnia 27.01.2012 r. i umowami dodatkowymi z 26.07.2012 r., 9.04. i 5.12.2013 r. W dniu 18.12.2013 r. komisja odbiorowa rozpoczęła czynności odbioru robót, stwierdzając wykonanie w całości zasadniczego zakresu robót budowlanych określonych w dokumentacji technicznej. Prace odbiorowe miały być wznowione po usunięciu przez wykonawcę do dnia 15.01.2014 r. usterek stwierdzonych w załączniku do protokołu. W dniu 20.12.2013 r. inwestor uzyskał pozwolenie na użytkowanie obwodnicy centrum miasta K. w ciągu drogi wojew. Nr(...) oraz rozbudowanej drogi woj. nr (...) W piśmie z dnia 23.12.2013 r. kierownik budowy powoda wezwał pozwanego do dokonania odbioru robót do dnia 27.12.2013 r.

W dniu 30.12.2013 r. powód jednostronnie, przy udziale kierownika budowy i kierownika robót, dokonał odbioru robót sporządzając z tej czynności protokół odbioru. Do dnia 31.05.2014 r. wykonawca sam sobie wyznaczył termin usunięcia usterek stwierdzonych w załączniku nr 1 do protokołu (załącznika tego powód nie przedłożył w trakcie sporu). Pozwany odesłał otrzymany od powoda protokół, informując że wznowienie prac komisji odbiorowej nastąpi po spełnieniu warunków określonych w protokole z 18.12.2013 r. oraz otrzymaniu od wykonawcy rozliczenia końcowego kontraktu. W piśmie z dnia 6.02.2014 r. powód poinformował pozwanego, że uzupełnił księgi obmiarów zgodnie z zapisami STWiORB i z pismem przewodnim przekazał je inżynierowi kontraktu do zatwierdzenia. W dniu 6.02.2014 r. powód wystawił na rzecz pozwanego fakturę końcową VAT (...) na kwotę 13.086.489,65 zł brutto z terminem zapłaty 8.03.2014 r. Pozwany odesłał bez księgowania powyższą fakturę domagając się od wykonawcy przedłożenia prawidłowej faktury uwzględniającej wartość kosztorysu powykonawczego zatwierdzonego przez inżyniera kontraktu, pomniejszoną o wartość dotychczas zafakturowanych i zapłaconych robót oraz oświadczenia wszystkich podwykonawców o uregulowaniu należności.

W piśmie z dnia 19.05.2014 r. pełnomocnik powoda wezwał pozwanego do odbioru robót oraz podpisania protokołu odbioru końcowego robót w terminie do dnia 2.06.2014 r. z zagrożeniem odstąpienia wykonawcy od umowy na podstawie § 10 ust. 2 pkt 2 umowy.

Pismem z dnia 4.06.2014 r., które wpłynęło do pozwanego w tym samym dniu, powód odstąpił od umowy na podstawie § 10 ust. 2 pkt 2 umowy, z uwagi na odmowę przez zamawiającego odbioru robót i podpisania protokołu odbioru oraz wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 11.705.392,68 zł na podstawie § 9 ust. 1 lit a umowy. W dniu 4.06.2014 r. powód obciążył pozwanego karą umowną w powyższej kwocie.

W dniu 5.06.2014 r. pozwany, bez udziału wykonawcy, sporządził protokół Nr (...) odbioru ostatecznego robót - Budowy obwodnicy K. na drodze wojewódzkiej nr (...). W protokole stwierdzono, że roboty zostały zakończone w dniu 8.12.2013 r. w umownym terminie. A ponadto, że roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową i projektami zamiennymi, kartami obmiaru potwierdzonymi przez inspektora nadzoru oraz że inwentaryzacja geodezyjna została zlecona przez zamawiającego niezależnej jednostce. Wartość odebranych robót objętych umową z dnia 27.01.2012 r. i Aneksem nr (...) określono na kwotę 114.510.992,64 zł brutto i wobec wartości robót zafakturowanych na kwotę 104.095.477,14 zł brutto, do zapłaty przez pozwanego i do zafakturowania przez powoda

pozostała kwota 10.415.515,50 zł brutto. Wynagrodzenie należne wykonawcy objęte umowami dodatkowymi zostało w całości uregulowane.

W dniu 9.06.2014 r. powód sporządził jednostronny protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia od umowy tj. 4.06.2014 r. na podstawie § 10 ust. 3 pkt 1 umowy. Stwierdził w nim wykonanie robót na kwotę 115.563.438,23 zł brutto obliczoną według ilości i cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Wyrokiem z dnia 5.05.2015 r. Sąd Okręgowy w K. w sprawie(...) oddalił powództwo powodowej spółki przeciwko pozwanemu o zapłatę kwoty 100.000 zł, stanowiącej część kary umownej za odstąpienie od umowy o roboty budowlane. Wyrokiem z dnia 19.11.2015 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie oddalił apelację powoda od powyższego wyroku. Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że Sąd Apelacyjny uznał, że nie doszło do skutecznego odstąpienia wykonawcy od umowy. W następstwie kasacji powoda o wyroku Sądu Apelacyjnego, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 22.03.2017r. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Oceniając powyższe fakty Sąd Okręgowy uznał powództwo za bezzasadne.

Sąd wskazał, że pogląd, jakoby ustalone przez strony w umowie o roboty budowlane z wynagrodzenie w kwocie 116.400.255,83 zł brutto, podwyższone na mocy aneksu Nr (...) z dnia 31.05.2013 r. do kwoty 117.053.926,79 zł brutto, miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego powód wyprowadził z treści § 7 ust. 1 umowy. Zapis § 7 ust. 2 stanowi, że wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem robót oraz że wynagrodzenie to nie będzie podlegało waloryzacji do końca trwania umowy. Z treści § 7 ust. 1 wynika z kolei, że na taką kwotę brutto opiewała oferta powoda oraz że kwota ta została wyliczona przez wykonawcę, zgodnie z pkt. 9.2 Instrukcji dla wykonawców stanowiącej część SIWZ, w oparciu o sporządzony przez powoda kosztorys ofertowy.

Zdaniem Sądu z § 7 umowy w brzmieniu ustalonym Aneksem Nr (...) nie wynika aby wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Zakaz waloryzacji wynikający z umowy oznacza, jedynie że w razie zmiany siły nabywczej pieniądza pomiędzy powstaniem zobowiązania a jego spełnieniem, i to zarówno w przypadku wzrostu jak i spadku, wykonanie zobowiązania nastąpić ma rzez zapłatę sumy nominalnej (art. 358<sup>1</sup> kc).

Sąd wskazał kolejno, że umowa o roboty budowlane została zawarta przez strony na podstawie przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U.2013 poz. 907). Przepis art. 144 pzp, w brzmieniu obowiązującym w okresie trwania postępowania przetargowego i na dzień zawarcia umowy, zakazywał istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany (ust. 1). Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlegała unieważnieniu. Przedmiotowa umowa nie zawiera postanowień przewidujących zmiany ustalonego w § 7 ust. 1 wynagrodzenia co oznacza, że niedopuszczalne było jego podwyższenie. Nie wykluczało to możliwości zawarcia przez strony umów o roboty dodatkowe nie objęte zamówieniem podstawowym na warunkach określonych w przepisach pzp. Jak wynika z materiału dowodowego - protokołu odbioru robót z dnia 5.06.2014 r., do umowy podstawowej strony zawarły trzy umowy dodatkowe w których jak twierdził pozwany, a czemu powód nie zaprzeczył, zostało ustalone wynagrodzenie ryczałtowe. Nie świadczy to natomiast o tym, że taki charakter miało wynagrodzenie ustalone umową podstawową.

Sąd wywiódł dalej, że z mocy art. 139 ust. 1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Do przepisów Kodeksu cywilnego odsyła także § 16 umowy z dnia 27.01.2012 r. W umowie o roboty budowlane do której odnoszą się przepisy art. 647-658 kc brak jest regulacji dotyczących wynagrodzenia kosztorysowego lub ryczałtowego. Takie regulacje zawierają przepisy dotyczące umowy o dzieło w art. 629-632 kc. Nie ma natomiast przeszkód aby w umowie o roboty budowlane strony umówiły się o wynagrodzenie kosztorysowe lub ryczałtowe. Z art. 629 kc wynika, że wynagrodzenie kosztorysowe jest wynagrodzeniem ustalonym na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów czyli kosztorysu. Zgodnie z § 18 ust. 2 umowy, integralną częścią umowy były oferta wykonawcy, przedmiary robót, kosztorysy ofertowe, projekty budowlane i wykonawcze, Szczegółowe Specyfikacje Techniczne, instrukcja dla wykonawców, harmonogram rzeczowo-finansowy robót. Z tych dokumentów zdaniem Sądu wynika, że ustalone przez strony umową wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy.

Do sposobu ustalenia przez wykonawcę wynagrodzenia odsyła pkt 9.2 stanowiącej część SIWZ Instrukcji dla wykonawców. Wynika z niego, że cena oferty miała być wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe a podstawą obliczenia ceny były przedmiary robót zamieszczone w SIWZ. Kosztorysy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe brutto dla wszystkich pozycji w kosztorysach. Tak wyliczona cena brutto miała być przeniesiona do oferty. Z powyższego wynika, że w oparciu o przedmiary robót obejmujące zestawienie przewidzianych do wykonania robót budowlanych w kolejności technologicznej ich wykonania metodą kalkulacji uproszczonej, powód sporządził kosztorys ofertowy stanowiący podstawę do określenia ceny oferty.

Sąd przytoczył § 2.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.2004.130.1389), który stanowi, że kosztorys sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej polega na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych bez podatku VAT. Wartość kosztorysowa robót obejmuje wartość wszystkich materiałów, urządzeń i konstrukcji potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Z kolei z treści pkt 6.8.2, 7.1, 8.3, 8.3.1 stanowiącej część SIWZ Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych wynika, że wykonawca miał obowiązek prowadzić książkę obmiarów będącą dokumentem stanowiącym rozliczenie ilości wykonanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB. Wpisywane do książki obmiarów wyniki obmiaru podlegały akceptacji inżyniera kontraktu. Przedmiotem odbioru końcowego robót była ich ilość, jakość i wartość, zaś książka obmiarów stanowiła jeden z dokumentów, który wykonawca zobowiązany był przedłożyć do tego odbioru.

Także z pisemnych wyjaśnień udzielonych przez pozwanego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zapytania oferentów wynikało, że chodzi o wynagrodzenie kosztorysowe a nie ryczałtowe - pytania i odpowiedzi na pytania 147, 14, 16, 16a, 17. Potwierdził to świadek K. R., pracownik pozwanego. Z zeznań kierownika budowy wykonawcy A. K. wynika, że w trakcie wykonywania robót kontrakt był rozliczany kosztorysowo do 90% wartości robót na podstawie miesięcznych raportów kontroli robót pod względem ilościowym, jakościowym i wartościowym. A ponadto, że rozliczenie następowało w drodze (...) miesięcznych płatności poprzez przemnożenie ilości wykonanych robót przez ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Z kolei świadek W. J., przedstawiciela inżyniera kontraktu, zeznał, że kontrakt był rozliczany przez 24 okresy rozliczeniowe obmiarowo. Jak wynika z zeznań tego świadka oraz inżyniera kontraktu świadka G. M., sporządzane przez wykonawcę na podstawie raportów potwierdzających ilości wykonanych robót tabele płatności, wskazywały wartość robót jako iloczyn ilości robót i cen jednostkowych.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do przyjęcia, że ustalone umową wynagrodzenie było wynagrodzeniem ryczałtowym i że w związku z tym należało się wykonawcy w zastrzeżonej umową wysokości czyli w kwocie 117.053.926,79 zł brutto, bez względu na zakres i wartość faktycznie wykonanych przez niego robót budowlanych. Bezsprzeczne przy tym jest, że w następstwie odstąpienia powoda od umowy strony, każda we własnym zakresie, dokonała rozliczenia robót w oparciu o obmiary robót i że wyniki tych obmiarów się różnią. Roszczenia z tego tytułu powód dochodzi przed tut. Sądem w sprawie o sygn. akt (...)

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił powództwo, na zasadzie art. 647 kc. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd wskazał art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 99 kpc i 108 § 1 kpc oraz § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. w sprawie opłaty za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804 z późn. zm.).

Wyrok Sadu Okręgowego **zaskarżył w całości apelację powód**, zarzucając:

1/ naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie, co polegało na uznaniu, że wynagrodzenie określone w umowie o roboty budowlane z dnia 27 stycznia 2012 roku miało charakter wynagrodzenia kosztorysowego a nie ryczałtowego;

2/ naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. oraz nierozpoznanie istoty sprawy, co polegało na niezamieszczeniu w pisemnym uzasadnieniu wyroku oceny, czy powódka odstąpiła skutecznie od umowy z dnia 27 stycznia 2012 roku, od której to oceny zależało uwzględnienie bądź oddalenie roszczenia powódki o zapłatę umownego wynagrodzenia ryczałtowego.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu apelacyjnego powód odwołał się do akceptowanej w judykaturze zasady, zgodnie z którą sporną treść oświadczenia woli należy tłumaczyć według tzw. obiektywnego wzorca wykładni. Tym samym sporny sens oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak czyniłby to każdy potencjalny adresat oświadczenia, działający świadomie i starannie. Nadto zdecydowane pierwszeństwo winna mieć wykładnia językowa, jeżeli jej rezultat nie jest sprzeczny z kontekstem sytuacyjnym, w jakim umowa została zawarta, czy też zachowaniem stron, czy wreszcie z zasadami logiki. Powszechnie też przyjmuje się, że w razie niedojścia przez strony do konsensusu co do rozumienia treści stosunku prawnego, wątpliwości tłumaczyć należy na niekorzyść strony, która zreagowała umowę. Sąd Okręgowy w Kielcach nie zastosował się do powyższych zasad, czym naruszył art. 65 § 1 i 2 k.c. Kolejno apelujący przytoczył treść § 7 ust. 1 umowy stron, który jego zdaniem bez jakichkolwiek wątpliwości wskazuje, iż umówione przez strony wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy i wynosiło, po aneksowaniu umowy, **117 053 926,79 zł**. Umowa została zawarta przed przystąpieniem do realizacji robót budowlanych, zatem określenie w niej kwotowo wynagrodzenia końcowego oznacza, że należne jest ono bez względu na ilość faktycznie wykonanych robót. Wskazanie konkretnej kwoty wynagrodzenia wskazuje na zastosowanie przez strony konstrukcji wynagrodzenia z art. 632 § 1 k.c. - to jest wynagrodzenia ryczałtowego, które nie może podlegać modyfikacjom.

Zdaniem powoda potwierdzeniem ryczałtowości wynagrodzenia jest również § 7 ust. 2 umowy: który stanowił, że „wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem robót. Wynagrodzenie to nie będzie podlegało waloryzacji do końca trwania umowy”. Zapis ten wyraźnie nawiązuje do charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, korespondując z brzmieniem ust. 1 tego paragrafu. Także w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), stanowiącej załącznik do umowy, mowa jest o wynagrodzeniu ryczałtowym. W pkt 9.2 zdanie ostatnie brzmi: „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia i musi być podana w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Wyliczenie wynagrodzenia z tak dużą dokładnością nie pozostawia wątpliwości co do jego ryczałtowego charakteru.

Zdaniem apelującego Sąd I instancji błędnie wywodził kosztorysowy charakter wynagrodzenia z treści załączników do umowy w postaci oferty wykonawcy, przedmiarów robót, kosztorysów ofertowych, projektów budowlanych i wykonawczych, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, instrukcji dla wykonawców, harmonogramu rzeczowo-finansowego, przywołując treść art. 629 k.c. Żaden z wymienionych załączników nie wprowadzał przecież zasady, że wynagrodzenie końcowe zostanie wyliczone w oparciu o rzeczywistą ilość wykonanych robót. W swoich Sąd w swych rozważaniach pominął, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiary robót służą oferentom do przygotowania i merytorycznego uzasadnienia oferty, którą zamawiający ocenia między innymi pod kątem rażąco niskiej ceny. Te przedmiary nie są zatem zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów z art. 629 k.c., jeżeli w następnej fazie przetargu kwota wybranej oferty stanowi sztywną sumę, za jaką oferent zobowiązał się wykonać przedmiot umowy. Również w rozpoznawanej sprawie przedmiary i kosztorysy ofertowe służyć miały jedynie powodowie do kalkulacji ceny ofertowej i pozostają bez wpływu na charakter wynagrodzenia sztywno ustalonego umownie.

Zdaniem powoda Sąd Okręgowy nietrafnie wywodził kosztorysowy charakter wynagrodzenia z brzmienia art. 144 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten (w ówczesnym brzmieniu) zakazywał dokonywania jedynie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. A contrario, możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie była poddana analogicznym rygorom. Aneksem nr (...) strony zwiększyły wysokość wynagrodzenia umownego z kwoty 116 400 255,83 zł na kwotę 117 053 926,79 zł. a zatem o około pół procenta. Już z tego względu trudno uznać taką zmianę za istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp. Tymczasem, zgodnie z poglądami doktryny, istotne umowy to takie zmiany, co do których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wpłynęłaby na krąg podmiotów, ubiegających się o to zamówienie albo na wynik postępowania. Drobną zmianą wynagrodzenia z pewnością do takich nie należy. Ponadto zmiany umowy

dokonywane z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp nie są nieważne z mocy prawa. Do czasu wydania orzeczenia sądowego czynności te pozostają ważne i wywołują wszystkie zamierzone przez strony skutki prawne. W przypadku aneksu nr (...) nigdy nie orzeczono o nieważności zmiany wynagrodzenia, zatem Sąd I instancji był związany treścią aneksu nr (...). Zdaniem apelującego, za przyjęciem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia przemawia też sposób określenia wynagrodzenia w umowach dodatkowych, tożsamy ze sposobem określenia wynagrodzenia w umowie podstawowej; za każdym razem była to z góry ustalona kwota netto i brutto. Uszło też uwadze Sądu, że już sam fakt spisania aneksu do umowy podstawowej, zwiększającego wynagrodzenie umowne, wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Gdyby bowiem wynagrodzenie było określone kosztorysowo, aneks do umowy nie byłby potrzebny, a do zwiększenia bądź zmniejszenia wynagrodzenia doszłoby na podstawie samego kosztorysu powykonawczego robót budowlanych. W przypadku uznania wynagrodzenia za kosztorysowe, w ogóle niezrozumiałym byłoby zawarcie aneksu do Umowy zwiększającego wynagrodzenie do sztywno kreślonej kwoty.

Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że kosztorysowy charakter wynagrodzenia ma swe źródło w świetle treści Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Istotnie, STWiORB zawierała wymóg sporządzenia księgi obmiarów robót przez powódkę i powódka taką księgę prowadziła. Wymóg prowadzenia księgi obmiarów nie był podyktowany charakterem prawnym wynagrodzenia, lecz trybem częściowego rozliczania robót, jak potrzebą kontroli pozwanego inwestora nad przebiegiem realizacji robót. Niezależnie od tego STWiORB, która stanowiła dokument techniczny, służący do opisu sposobu prowadzenia robót budowlanych, nie może wyprzedzać treści umowy, a wszelkie sprzeczności z umową tego dokumentu winny być rozstrzygane na korzyść umowy. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego wynika również z treści odpowiedzi pozwanego, udzielanych oferentom na etapie procedury przetargowej, przed złożeniem ofert przez oferentów. Bezsprzecznie w odpowiedzi na jedno z pytań pozwany podał, że kontrakt jest obmiarowy, jednakże z powyższego nie wynika, że wynagrodzenie jest kosztorysowe i polega na wyliczeniu w oparciu o faktyczną ilość wykonanych robót. W świetle zapisów wszystkich w/w dokumentów obmiarowość kontraktu oznacza jedynie, że wykonane roboty będą podlegać pomiarzeniu przez geodetę, a ilości wynikające z obmiarów geodezyjnych będą wpisywane do księgi obmiarów. Z materiału wynika, że geodeta kontraktowy wykonał obmiary wszystkich wykonanych przez powódkę robót, zatem obmiarowość kontraktu w tym znaczeniu znalazła potwierdzenie w działaniach stron na budowie.

Podsumowując tę część rozważań powód zwrócił uwagę, że pomiędzy stronami toczyło się szereg spraw sądowych, gdzie sądy powszechne oceniały charakter prawny wynagrodzenia z § 7 ust. 1 umowy zawartej przez strony i przyjmowały jego ryczałtowy charakter. Powód wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w K.w wyroku z dnia 19 listopada 2015r, sygn. akt (...) oraz wyrok Sądu Okręgowego w K.z dnia 26 stycznia 2018r, sygn. akt (...)

W ocenie pozwanego w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku powinny znaleźć się rozważania prawne co do skuteczności złożonego przez powoda w dniu 4 czerwca 2014r oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. W konsekwencji nie wyjaśnił również Sąd następstw, jakie pociągałoby za sobą rozwiązanie umowy, a w szczególności sposobu ustalenia wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powódkę. Niewątpliwie bowiem w przypadku przedterminowego rozwiązania kontraktu sposób rozliczenia się pozwanego z powódką byłby odmienny, co wynika z zapisów § 10 ust. 3 Umowy.

Podnosząc powyższe zarzuty powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenia tego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sadowi I instancji.

Pozwany domagał się oddalenia apelacji, jako bezzasadnej.

**SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.**

Apelacja powoda nie mogła odnieść skutku, jakkolwiek Sąd Apelacyjny uznaje zasadność pierwszego z zarzutów stanowiących jej podstawę.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji są prawidłowe. Znajdują one oparcie w treści dokumentów przedłożonych przez obie strony, których autentyczności i treści żadna ze stron nie kwestionowała. Na ich podstawie Sąd Okręgowy



prawkłowo ustalil zarwono fakt zawarcia przez strony w dniu 27 stycznia 2012 roku umowy, jak i zakres wzajemnych zobowiazan stron wynikajacych z tej umowy. W ramach ustalen faktycznych Sąd przytoczył treść tych postanowien umowy, które odnosily się do wynagrodzenia powoda, ustalil też , że kwota wskazana w §7 ust. 1 umowy została następnie podwyższona, aneksem nr (...), podpisanym przez obie strony w dniu 31 maja 2013 roku. W zgodzie treścią § 18 ust. 2 umowy Sąd Okręgowy przedstawił wykaz dokumentów, stanowiących integralną jej część, przytoczył też zapisy tych dokumentów mające znaczenie dla oceny charakteru wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane roboty budowlane. Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał, że przewidziane umową stron wynagrodzenie powoda miało charakter kosztorysowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego ocena ta narusza przepis art. 65 k.c. i jest bezzasadna. Rację ma tu apelujący, który w pierwszej kolejności odwołuje się do literalnego brzmienia §7 ust. 1 umowy z dnia 27 stycznia 2012 roku, który stanowi, że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie w następującej wysokości: 116 400 255, 83 zł. (brutto). Identycznie brzmiący zapis znalazł się w aneksie nr (...) z dnia 31 maja 2013 roku, z zaznaczeniem, że jest to zmiana § 7 ust. 1 umowy. Zmiana ta polegała na podwyższeniu wynagrodzenia, które określono na 117 053 926,79 zł. Brzmienie w/w zapisu nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Tak określone wynagrodzenie musi być rozumiane jako ryczałt, gdyż jest sumą całkowitą (art. 632 § 1 k.c.). Istotą takiego wynagrodzenia jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty, należnej przyjmującemu zamówienie jako ekwiwalent za wykonanie dzieła (robót), bez względu na rozmiar świadczonych prac i wartość poniesionych kosztów. Co do zasady kwota wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega modyfikacjom w trakcie wykonywania umowy, czy też po jej wykonaniu. Pogląd o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia przewidzianego umową z dnia 27 stycznia 2012 roku strony wzmocniły zapisem § 2 art. 7, gdzie wskazano, że wynagrodzenie (określone kwotowo w § 1) obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem robót i nie będzie podlegało waloryzacji do końca trwania umowy. W ocenie Sądu I instancji wysłowny w ust. 2 § 7 zakaz waloryzacji ma jedynie to znaczenie, że strony wyłączyły zastosowania w sprawie art. 358<sup>1</sup> k.c. Stanowisko to jest prawdkłowe, jednakże zamieszczenie przytoczonego wyżej zapisu ma znaczenie szersze – wyraźnie nawiązuje do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia określonego co do wysokości w 1 § 7 umowy.

Rację ma Sąd Okręgowy, iż postanowienia umowy z dnia 27 stycznia 2012 roku muszą być interpretowane w uwzględnieniu treści innych dokumentów, które zgodnie z zapisem § 18 ust. 2 umowy stanowią jej integralną część. Sąd Okręgowy przytacza treść § 9 ust. 2 rozdziału 2 SIWZ (instrukcja dla wykonawców), który stanowi, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe. W ocenie Sądu zapis ten potwierdza, że strony umówily się na kosztorysowy, a nie ryczałtowy, charakter wynagrodzenia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego wniosek ten jest zbyt daleko idący, omawiany zapis dotyczy wszak wyłączenie sposobu sporządzenia oferty i wyliczenia jej ceny. Istotna jest dalsza część zapisu, który stanowi iż cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia i musi być podana w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wynagrodzenie, wyliczone w wybranej przez zamawiającego ofercie z tak dużą dokładnością zostało następnie przeniesione do zredagowanej przy udziale obu stron umowy. Ani z dokumentu SIWZ ani z pozostałych dokumentów stanowiących integralną część umowy nie wynika jej kosztorysowy charakter. Nigdzie nie wskazano, jakoby przysze wynagrodzenie wykonawcy miało zostać wyliczone w oparciu o rzeczywistą ilość wykonanych robót ani też by wskazana w umowie kwota stanowić miała górną granicę wynagrodzenia kosztorysowego. Rację ma apelujący o ile wskazuje, że przedmiary, do wykonanie których oferenci byli zobowiązani, służyły im do przygotowania i merytorycznego uzasadnienia oferty, która zamawiający musiał zweryfikować, między innymi pod kątem rażąco niskiej ceny. Obowiązek wykonania takich przedmiarów nie oznacza ustalenia wynagrodzenia jako zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, w rozumieniu art. 629 k.c., jeśli – jak w rozpoznawanej sprawie – w następującej fazie przetargu i przy zawarciu umowy, kwota wybranej oferty staje się ceną (wynagrodzeniem) za jaką oferent zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy.

Sąd Okręgowy przytacza również zapis zawarty w punktach 6 i 7 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, gdzie zobowiązano wykonawcę do prowadzenia książki obmiarów i ustalono ogólne zasady tego obmiaru. Konieczność prowadzenia obmiaru robót wydaje się oczywista, z uwagi na sposób częściowego rozliczania się stron w trakcie trwania prac, które miało następuwać potwierdzonymi przez Inżyniera kontraktu rachunkami miesięcznymi za wykonane roboty. Trzeba jednak pamiętać, że w taki sposób strony rozliczały jedynie

90% wykonywanych robót (por. § 11 ust. 1 ust. 1 umowy), nadto obmiar robót był również niezbędny w sytuacji rozliczania się stron po odstąpieniu przez jedną z nich od umowy (por. art. 10 ust. 3 umowy). Jak z tego wynika wymóg dokonywania obmiarów robót i prowadzenia książki obmiarów nie był podyktowany charakterem umówionego wynagrodzenia. Gdyby było inaczej strony wprowadziłyby w § 7 umowy typowy zapis, powszechny w obrocie gospodarczym, odwołujący się do obliczenia wynagrodzenia w oparciu o stawki jednostkowe z oferty i ilość faktycznie wykonanych robót, z ustaleniem ceny ofertowej, jako górnej granicy wynagrodzenia. Tymczasem strony wprost wskazały ściśle określoną kwotę brutto, jako wynagrodzenie powoda, bez jakichkolwiek dalszych zastrzeżeń.

Jedynym miejscem, w którym znalazł się zapis o tym, że kontrakt „ma charakter obmiarowy” odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów, w trakcie postępowania przetargowego. Prawdą jest, że stwierdzenie „kontrakt obmiarowy” nawiązuje ze swej istoty do kosztorysowego systemu wynagradzania, jednakże powyższe oświadczenie pozwanego może jednak mieć pierwszeństwa przed treścią umowy uzgodnioną przez obie strony. Warto też zauważyć, że w odpowiedziach na pytania pozwany w żadnym miejscu nie wskazał wprost jakoby wynagrodzenie wybranego wykonawcy miało mieć charakter ryczałtowy. Przeciwnie, odpowiadając na pytania 16, 16a i 17 pozwany wskazał, że zapłata za zrealizowane i wykonane roboty nastąpi „zgodnie z kosztorysem ofertowym”, a ewentualne roboty dodatkowe zostaną zlecone w trybie zamówienia z wolnej ręki (dowód; dokument k. 196). Tego rodzaju zapis, przy jednoczesnym zastrzeżeniu zakazu waloryzacji wprost wskazuje na to, że strony nie dopuszczały zmiany kwoty, wskazanej jako wynagrodzenie w § 7 zawartej umowy. Gdyby dopuszczały, zapis ten musiałby mieć odmienne brzmienie – wszak obie strony są profesjonalistami a przy redagowaniu umowy korzystały z profesjonalnej obsługi prawnej.

Warto na koniec zauważyć, że rozpoznawana sprawa nie jest jedyną, gdzie sądy oceniały charakter wynagrodzenia uzgodnionego przez strony w § 7 umowy z dnia 27 stycznia 2012 roku. Uprzednio, co najmniej trzykrotnie, sądy uznawały przedmiotowe wynagrodzenie za ryczałtowe (por. wyroki: Sądu okręgowego w K.z dnia 26 stycznia 2018 roku, sygn. akt (...)), Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 maja 2018 roku, sygn. akt(...) Sądu Apelacyjnego wK. z dnia 17 kwietnia 2019 roku, sygn. akt(...)). Charakter wynagrodzenia powoda nie należał do istoty rozstrzygnięcia w/w spraw, co za tym idzie nie stanowił podstawy wydanych tam orzeczeń. Dlatego też Sąd Apelacyjny w rozpoznawanej sprawie nie był nim związany, wziął go jednak pod uwagę, rozważając argumenty obu stron w omawianym przedmiocie.

Mimo zaaprobowania stanowiska powoda, co do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia przewidzianego w § 7 umowy stron, Sąd Apelacyjny uznał, że wyrok oddalający powództwo sprawie odpowiada prawu. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w pozwie (punkt 10 uzasadnienia) powód sam wskazywał, że powództwo o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia ryczałtowego składa jedynie „z ostrożności”, a to w obliczu zbliżającego się okresu przedawnienia wierzytelności. Strony oczekiwały wówczas na zakończenie postępowania w sprawie (...), i rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy zagadnienia, czy umowa o roboty budowlane łączy nadal strony, czy też została rozwiązana, wskutek odstąpienia od niej przez powoda, Gdyby umowa została rozwiązana – wywodził w pozwie powód – wówczas wynagrodzenie miałoby charakter obmiarowy, stosownie do § 10 umowy stron. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w/w postanowienie umowy regulowało procedurę rozliczenia się stron w razie odstąpienia od umowy przez zamawiającego bądź wykonawcę. Zapis ten stanowił, że w wypadku odstąpienia od umowy wykonawcę oraz zamawiającego obciążał obowiązek sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia. W razie odstąpienia od umowy z przyczyn za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności zamawiający zobowiązany był do rozliczenia się z wykonawcą z tytułu nierozliczonych jeszcze kosztów budowy. Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia nie rozważał problemu skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy łączącej strony, gdyż wobec przyjęcia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego problem ten nie był istotny dla wydania wyroku oddalającego powództwo. Ponieważ Sąd Apelacyjny zmienił powyższą ocenę Sądu I instancji i przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego odpowiedź na pytanie czy powód skutecznie od umowy odstąpił stała się istotna. Dlatego też wskazać należy, że w wyroku z dnia 29 maja 2018 roku, w sprawie(...)Sąd Apelacyjny udzielił na to pytanie odpowiedzi pozytywnej. Sąd Apelacyjny ustalił wówczas, że w dacie złożenia przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy (4 czerwca 2014 roku) pozwany – bez uzasadnionej przyczyny –

pozostawał co najmniej w 2,5 miesięcznym opóźnieniu w dokonaniu odbioru obiektu zrealizowanego przez powoda na podstawie umowy stron. Ta zwłoka pozwanego uprawniała powoda do odstąpienia od umowy, zgodnie z zapisem zawartym w jej §10 ust. 2 punkt 2. Identyczny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w K. w wyroku z dnia 17 kwietnia 2019 r, w sprawie(...). Pogląd ten należał do istoty rozstrzygnięcia obu w/w spraw, gdzie przedmiotem rozstrzygnięcia Sądów były roszczenia powoda o zapłatę kary umownej, podstawą naliczenia której było odstąpienie pod umowy przez wykonawcę z winy zamawiającego. Rozstrzygnięcia Sądów w sprawach (...) i (...) mają wiążące znaczenie dla Sądu w sprawie rozpoznawanej obecnie. Zgodnie z treścią art. 365 § 1 k.c. orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy (...). W orzecznictwie przyjmuje się, że związanie prawomocnym orzeczeniem oznacza, iż sąd obowiązany jest uznać, że kwestia prawna, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia w innej sprawie, a która ma znaczenie prejudycjalne w sprawie przez niego rozpoznawanej, kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym wcześniejszym orzeczeniu, nawet jeżeli argumentacja prawna, na której opiera się to rozstrzygnięcie jest nietrafna. W późniejszej sprawie kwestia ta nie może być już w ogóle badana (tak, m.in, wyrok Sądu Apelacyjnego w W.z dnia 11 lutego 2019 r,(...)). Jak z tego wynika, Sad Apelacyjny był związany dokonaną już uprzednio oceną skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy z dnia 27 stycznia 2012 roku, niezależnie od tego, iż w tym składzie podziela poglądy wyrażane w sprawach(...). To zaś ma zasadniczy wpływ na ocenę powództwa. Skoro w związku z odstąpieniem przez powoda od umowy pozwany winien zapłacić powodowi wynagrodzenie będące różnicą pomiędzy wartością wszystkich obmierzonych robót, a tym co dotychczas zostało zapłacone, powód nie może domagać się dodatkowego wynagrodzenia wyliczonego jako różnica pomiędzy kwotą wynagrodzenia ryczałtowego a tym co wynika z obmiaru wykonanego i zaakceptowanego przez samego powoda, Takie roszczenie mu nie przysługuje, co wynika wprost z twierdzeń pozwu. Co prawda w ustnym, wystąpieniu na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik powoda zmienił swoje stanowisko, wywodząc, że wykonawca winien otrzymać taką część wynagrodzenia ryczałtowego, jaką część robót wykonał przed odstąpieniem od umowy z winy zamawiającego. Tym samym skoro w rozpoznawanej sprawie powód wykonał wszystkie prace przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, winien otrzymać całe wynagrodzenie ryczałtowe. Takie twierdzenie jest sprzeczne nie tylko ze stanowiskiem tegoż powoda prezentowanym w toku procesu, ale też sprzeczne z brzmieniem § 10 umowy, na który powód sam się powoływał.

Mając powyższe uwagi na względzie Sąd Apelacyjny uznał, iż apelacja powoda nie mogła odnieść skutku. Dlatego też apelację powoda Sąd oddalił w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na zasadzie art. 98 § 1i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.

SSA Grzegorz Krężolek SSA Hanna Nowicka de Poraj SSO Izabella Dyka