

Sygn. akt I ACa 2198/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Beata Byszewska

Sędziowie: SA Robert Obrębski

SO (del.) Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska (spr.)

Protokolant: Karolina Długosz-Żółtowska

po rozpoznaniu w dniu 2 lutego 2017 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa J. G. i K. G.

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 8 października 2015 r., sygn. akt I C 597/11

### **1. zmienia zaskarżony wyrok w części:**

**- w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że eliminuje słowo „solidarnie” oraz oddala powództwo o zapłatę kwoty 107 415,59 zł (sto siedem tysięcy czterysta piętnaście złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 19 maja 2011 r. do dnia zapłaty;**

**- w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że zasądza solidarnie od J. G. i K. G. na rzecz (...) W. kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**2. zasądza solidarnie od J. G. i K. G. na rzecz (...) W. kwotę 8124 zł (osiem tysięcy dwadzieścia cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Robert Obrębski Beata Byszewska Katarzyna Jakubowska - Pogorzelska

Sygn. akt **I ACa 2198/15**

## UZASADNIENIE

Powodowie J. G. i K. G. wnieśli o zasądzenie od pozwanego (...) W. (...) na swoją rzecz kwoty 108.469,29 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Pozwany (...) W. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów solidarnie kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 8 października 2015 roku Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie w punkcie pierwszym zasądził od pozwanego (...) W. na rzecz powodów J. G. i K. G. solidarnie kwotę 108.467,95 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 19 maja 2011 roku do dnia zapłaty, w punkcie drugim w pozostałej części powództwo oddalił, a w punkcie trzecim zasądził od pozwanego (...) W. na rzecz powodów J. G. i K. G. solidarnie kwotę 9.821,16 zł z tytułem zwrotu kosztów procesu.

***Powyższy wyrok został wydany na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:***

Pozwany ogłosił przetargi na remont przewodów kominowych w budynkach komunalnych przy ul. (...) w W.. Załącznikami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia były przedmiary robót oraz protokoły z okresowej kontroli przewodów kominowych i opinie kominiarskie. Formularz ofertowy przygotowywały służby techniczne (...) (dalej: (...)). Przedmiar robót nie zawierał informacji co do ilości prac do wykonania w ramach poszczególnych pozycji przedmiaru określonych na daną jednostkę miary (mk2/m3/mb/sztuka), albowiem pozwany na etapie przetargu nie dokonał obmiaru robót.

Powodowie prowadzą działalność gospodarczą, w ramach której wykonują roboty kominiarskie i mają doświadczenie w tym zakresie. Umowami z dnia 2 sierpnia 2010 roku powodowie zawiązali Konsorcjum w celu złożenia i realizacji inwestycji – remontu przewodów kominowych i wentylacyjnych w części IV i w części VI – budynków mieszkalnych przy ul. (...) i ul. (...) oraz w celu złożenia i realizacji inwestycji – remontu przewodów kominowych i wentylacyjnych w części II – budynków mieszkalnych przy ul. (...).

Powodowie złożyli kosztorysy ofertowe zgodnie z jednostkowym przedmiarem robót dotyczące budynków przy ul. (...), ul. (...) i ul. (...). Wszystkie kosztorysy ofertowe opiewały na kwotę 7.033,26 zł brutto. Kosztorysy ofertowe były identyczne z uwagą na identyczne pozycje kosztorysowe z przygotowanego przez pozwanego przedmiotu robót i wartości jednostkowych w pozycjach kosztorysowych. Koszt jednostkowy za wykonanie pozycji (...) (przemurowanie przewodów kominowych – sprawdzenie przewodów po udrożnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem, podwójnym pomalowaniem farbą emulsyjną nowych tynków) powodowie ustalili wg analizy indywidualnej na kwotę 79,72 zł za 1 metr. Złożone przez powodów oferty okazały się najkorzystniejsze i strony zawarły trzy odrębne umowy na remont przewodów w budynkach przy ul. (...), ul. (...) i ul. (...) w W..

Umową nr (...) z dnia 1 września 2010 roku (...) w (...) W. zlecił powodom remont przewodów kominowych i wentylacyjnych wraz z robotami towarzyszącymi w budynku mieszkalnym przy ul. (...) w W.. Zakres przedmiotu umowy określały opis przedmiotu zamówienia wraz z opinią (...) z dnia 5 lipca 2010 roku z wyników kontroli przewodów kominowych - załącznik nr (...) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Strony ustaliły termin zakończenia robót na dzień 9 listopada 2010 roku. Maksymalne wynagrodzenie powodów strony ustaliły na kwotę 64.200 zł. Aneks nr (...) z dnia 8 listopada 2010 roku przedłużono termin zakończenia robót do dnia 29 listopada 2010 roku.

Umową nr (...) z dnia 1 września 2010 roku pozwany zlecił wykonanie przez powodów remontu (porządkowania) przewodów kominowych i wentylacyjnych wraz z robotami towarzyszącymi w budynku mieszkalnym przy ul. (...) w W.. Zakres przedmiotu umowy określały opis przedmiotu zamówienia wraz z opinią (...) z dnia 30 czerwca 2010 roku z wyników kontroli przewodów kominowych - załącznik nr (...) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Strony ustaliły termin zakończenia robót na dzień 9 listopada 2010 roku. Maksymalne wynagrodzenie powodów strony ustaliły na kwotę 63.964,60 zł. Aneks nr (...) z dnia 4 listopada 2010 roku przedłużono termin zakończenia robót do dnia 26 listopada 2010 roku.

Umową nr (...) z dnia 1 września 2010 roku pozwany zlecił wykonanie przez powodów remontu (porządkowania) przewodów kominowych i wentylacyjnych wraz z robotami towarzyszącymi w budynku mieszkalnym przy ul. (...) w W.. Zakres przedmiotu umowy określały opis przedmiotu zamówienia wraz z opinią (...) z dnia 30 czerwca 2010 roku z wyników kontroli przewodów kominowych - załącznik nr (...) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Strony ustaliły termin zakończenia robót na dzień 1 listopada 2010 roku. Maksymalne wynagrodzenie powodów strony ustaliły na kwotę 100.301,80 zł. Aneksem nr (...) z dnia 14 października 2010 roku przedłużono termin zakończenia robót do dnia 5 listopada 2010 roku.

Zgodnie z § 8 powyższych umów rozliczenie robót za faktycznie wykonany rodzaj i zakres prac, nastąpić miało po zakończeniu robót, kosztorysem wykonanym metoda szczegółową, na podstawie cen z kosztorysu załączonego do ofert, stanowiącej załącznik do umowy. Stawka roboczogodziny została ustalona na 16 zł/h, koszty pośrednie na 80%, zysk na 25%. Ceny materiałów nie występujące w ofercie nie mogły być wyższe niż średnie ceny materiałów łącznie z kosztami zakupu publikowanymi w wydawnictwie (...) z okresu realizacji robót, ceny pracy sprzętu nie występujące (nieprzewidziane) w ofercie, gdy zajdzie konieczność ich zastosowania nie mogły być wyższe niż średnie ceny publikowane w wydawnictwie (...) z okresu realizacji robót. W przypadku braku ceny w wydawnictwie (...), ceny miały być uzgadniane z pozwanym, a w/w składniki cenotwórcze do kosztorysowania miały być stałe w okresie trwania umowy. Podstawą do określenia nakładów rzeczowych miały być normy zwarte w kosztorysie załączonym do oferty, a w przypadku ich braku odpowiednie normy rzeczowe zawarte w cennikach po uprzednim uzgodnieniu

Roboty dodatkowe wykraczające poza zakres umowy, których konieczność wykonania byłaby niezbędna dla prawidłowego wykonania umowy i których potwierdzona przez zamawiającego konieczność zamówienia nastąpiłaby w toku realizacji przedmiotu umowy, mogły być wykonane jedynie na podstawie zamówienia dodatkowego. Rozliczenie robót dodatkowych miało nastąpić za faktycznie wykonany rodzaj i zakres prac, zgodnie z zasadami rozliczania robót.

Podczas prac remontowych inspektorem nadzoru dla budynku przy ul. (...) był A. S., a dla pozostałych budynków M. K.. Inspektorzy nadzoru nie byli obecni na terenie remontowanych budynków podczas całego okresu wykonywania prac. Obecność inspektorów na powyższym terenie nie była możliwa, bowiem część prac mogła być wykonana dopiero w godzinach wieczornych, po powrocie lokatorów z pracy.

W trakcie wykonywania robót na ul. (...) inspektor nadzoru A. S. miał zastrzeżenia co do tempa i jakości wykonywanych prac, natomiast przed podpisaniem protokołu odbioru robót wszystkie zgłaszane zastrzeżenia zostały poprawione przez powodów. Powodowie zgłosili inspektorowi konieczność wykonania prac dodatkowych, takich jak usunięcie gołębnika, inspektor zaakceptował konieczność wykonania prac dodatkowych. W protokołach odbioru prac nie stwierdzono wad. Zdaniem inspektora nadzoru powodowie zawyżali ilość wykonanych prac.

Powodowie realizując przedmiot umów, udroźniając przewody wentylacyjne, powiadomili pozwanego o konieczności zwiększenia obmiaru robót niezbędnych do wykonania zleconego przedmiotu zgodnie z opinią kominiarską. Pozwany przyjął do wiadomości informację o zwiększeniu ilości robót przedstawionych kosztorysem sporządzonym przez powodów. Zakres prac wymagał większych nakładów. Powodowie wykonali pełen zakres prac w budynku przy ul. (...), a w budynkach przy ul. (...) prac zostały przerwane, bowiem były rozbieżności między stronami co do rozliczenia. W budynku przy ul. (...) nie została przez powodów wykonana naprawa przewodów kominowych w ok. 1/3 części budynku. Powodowie zaniechali wykonania tych robót. K. G. przedstawili pozwanemu kosztorysy przewidujące większe nakłady ilościowe i cenowe. Nie zostały jednak podpisane aneksy do umów ze zwiększonym zakresem robót.

Sąd Okręgowy ustalił, że każda z umów została wykonana ze zwiększoną ilością robót. Powodowie wykonali zawarte umowy zgodnie z ustalonymi zasadami na podstawie przekazanych opinii kominiarskich w celu udroźnienia przewodów kominowych, co zostało potwierdzone protokołem odbioru sporządzonym przez pozwanego, a jednocześnie przez wydanie pozytywnej opinii kominiarskiej przez niezależnego mistrza kominiarskiego.

Powodowie sporządzili kosztorys powykonawczy po wykonaniu robót na ulicy (...) na kwotę 73.823,75 zł brutto oraz kosztorys na roboty dodatkowe na kwotę 12.649,79 zł brutto. Kosztorys został sporządzony zgodnie z § 8 ust. 1 umowy lecz został zakwestionowany przez pozwanego i samodzielnie wyceniony przez inspektora nadzoru na kwotę 44.224,35 zł brutto, ponadto inspektor nadzoru sporządził własny kosztorys na roboty wykonane – kosztorys cz. II. Remont kominów w budynku przy ul. (...) został wyceniony w kosztorysie powykonawczym cz. II na kwotę 7.661,59 zł brutto, a poszczególne pozycje kosztorysowe zostały wycenione wg. (...). Inspektor nadzoru

M. K. zakwestionowała część kosztorysu powykonawczego w poz. (...) (przemuiowanie przewodów kominowych – sprawdzenie przewodów po udroźnieniu z zamuiowaniem otworów, otynkowaniem, podwójnym pomalowaniem farbą emulsyjną nowych tynków), odpowiadającego co do treści poz. (...) kosztorysu ofertowego. W kosztorysie powykonawczym powodowie wskazali, iż pozycja ta objęła 277 m. Inspektor nadzoru w sporządzonym przez siebie kosztorysie cz.(...), przyjęła w poz. (...), iż pozycja ta wyniosła 322 m, a sprawdzenie przewodów kominowych po odgruzowaniu (udroźnieniu) z pominięciem ilości z poz. (...) kosztorysu na 284,35 m. Jednocześnie inspektor nadzoru przyjęła koszt jednostkowy ustalając koszt tych pozycji wg KNR, a nie według analizy indywidualnej zgodnie z umową stron , na kwotę 1,08 zł. Inspektor dokonywała weryfikacji poszczególnych pozycji w kosztorysie powykonawczym na podstawie własnych notatek i wielu wizyt na budowie oraz w trakcie przeglądu budynku. Wartość wynagrodzenia, która została zapłacona powodom, wynosiła 52.885,94 zł brutto / 44.224,35 zł po zweryfikowaniu kosztorysu powodów plus 7.661,59 zł z kosztorysu II pozwanego / . Różnica w wycenie wynikała z tego, iż do wyceny kosztorysu czyli realizacji umowy pozwany przyjął wykonanie udroźnienia 27,65 m przewodów kominowych, natomiast opinia kominiarska potwierdziła wykonanie udroźnienia przewodów kominowych na długości 651 m. W tej sytuacji powodowie przygotowali kosztorys reklamacyjny na kwotę 45.194,84 zł. Pozwany uścił na rzecz powodów wynagrodzenie z tytułu udroźnienia przewodów kominowych dodatkowo w kwocie 700,59 zł brutto , a odmówił pozostałego w wysokości 44.454,25 zł.

Po zakończeniu robót na ul. (...) powodowie przedstawili kosztorys powykonawczy wyceniony zgodnie z zapisem w umowy na kwotę 156.754,09 zł brutto oraz sporządzili obmiar robót. Odbiór robót nastąpił w dniu 10 listopada 2010 roku. Dnia 1 grudnia 2010 roku inspektor M. K. dokonała w imieniu pozwanego weryfikacji kosztorysu powykonawczego powodów na kwotę 64.746,87 zł brutto, sporządziła również własny kosztorys II remontu kominów na kwotę 3.395,51 zł, przyjmując wartości z (...). Stawka z KNR wynosiła 0,48 zł/mb, natomiast stawka wg oceny indywidualnej wynosiła 79,72 zł/mb. Opinia kominiarska wskazywała na udroźnienie przewodów kominowych na długości 770 m. Dnia 9 grudnia 2010 roku powodowie sporządzili kosztorys reklamacyjny na kwotę 60.866,17 zł , udzielając upustu do kwoty umownej w wysokości 29.315,48 zł brutto i wystawiając jednocześnie fakturę VAT nr (...) na kwotę 31.550,69 zł.. Pozwany oświadczył, że umowa nr (...) została rozliczona zgodnie z warunkami umowy i nie uścił kwoty wynikającej z przedłożonej przez powodów faktury . Powodowie otrzymali od pozwanego za roboty wykonane w budynku przy ul. (...) w sumie 68.749,77 zł / 64.746,87 zł po weryfikacji kosztorysu powodów plus 3.395,51 zł z kosztorysu II pozwanego/ , a odmówił zapłaty31.550,69 zł.

Za roboty wykonane na ul. (...) powodowie przedstawili pozwanemu kosztorys powykonawczy wyceniony na kwotę 94.701,70 zł brutto. Dnia 1 grudnia 2010 roku inspektor nadzoru A. S. dokonał w imieniu pozwanego weryfikacji kosztorysu wykonawczego na kwotę 58.702,99 zł brutto, na podstawie sporządzonych przez siebie notatek. W poz. 11 kosztorysu inspektor zmniejszył ilość robót z 140 początkowo na 6 metrów, a następnie do zera, przekreślając w całości tę pozycję kosztorysu. Inspektor nadzoru zwiększył natomiast ilość robót w poz. 22 kosztorysu (przemuiowanie przewodów kominowych – sprawdzenie przewodów) z 249 na 450 metrów. Roboty z poz. (...) były obszerniejsze niż z poz. (...). Roboty z pozycji (...) wymagały wykucia kilku cegieł, żeby się dostać do przewodów kominowych, odgruzowania, a następnie zamuiowania, otynkowania i pomalowania. W pozycji (...) kosztorysu powykonawczego inspektor nadzoru przyjął stawkę analizy indywidualnej, natomiast w pozycji (...) inspektor ten przyjął stawkę wg KNR 1,08 zł/mb, zamiast stawki ustalonej w sporządzonym przez powodów kosztorysie ofertowym 79,72 zł. Zdaniem pozwanego analizę indywidualną można było zastosować jedynie po wyrażeniu zgody przez inspektora nadzoru inwestorskiego . W związku z zakwestionowaniem kosztorysu powykonawczego, powodowie sporządzili kosztorys reklamacyjny do kosztorysu powykonawczego na kwotę 32.943,03 zł brutto, przedstawiając udroźnienie przewodów kominowych na długości 436 m. Opinia kominiarska wskazywała na udroźnienie przewodów kominowych na długości 635 m, lecz powodowie nie zwiększyli wartości kosztorysu reklamacyjnego. Pomimo przedłożenia kosztorysu reklamacyjnego pozwany odmówił zapłaty powodom kwoty 32.423,01 zł brutto .

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, których prawdziwość nie została zakwestionowana przez strony postępowania, zeznań świadków A. S., M. K.. Oceniając zeznania powodów Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż byli oni zainteresowani korzystnym dla siebie rozstrzygnięciem przedmiotowej sprawy.

Niemniej zauważył, iż zeznania powodów oraz zeznania świadków – pracowników pozwanego – były w znacznej mierze zbieżne co do stanu faktycznego. Świadek A. S. potwierdził przy tym, iż w budynku przy ul. (...) zostały przez powodów wykonane roboty dodatkowe, niewskazane początkowo w kosztorysie ofertowym. Natomiast świadek M. K. i C. S. oraz powód K. G. potwierdzili, że miały miejsce spotkania stron co do rozliczenia robót. Rozbieżność w zeznaniach świadków z zeznaniami powodów wynikała tylko i wyłącznie z subiektywnej oceny sporządzonych kosztorysów powykonawczych, w szczególności co do przyjętych stawek jednostkowych oraz zakwalifikowania konkretnych czynności pod pozycje kosztorysowe. W ocenie Sądu Okręgowego, nie jest natomiast możliwe zweryfikowanie, jak często inspektorzy nadzoru przebywali na terenie budynków, wobec braku jakichkolwiek innych dowodów na tę okoliczność.

W ocenie Sądu Okręgowego jako niewiarygodne należało uznać zeznania świadków M. K. i C. S. co do tego, że opinia kominiarska po wykonaniu prac stwierdza jedynie drożność kominów, natomiast nie określa długości wykonanych prac. Zeznania świadków pozostawały bowiem w ocenie Sądu w sprzeczności z opinią biegłego sądowego z zakresu kominiarstwa W. B., którą uznał za rzetelną, fachową, obiektywną, bezstronną i rzeczową, sporządzoną w oparciu o wnikliwą analizę akt sprawy i własną wiedzę biegłego. Sąd podkreślił, że wszelkie wątpliwości w odniesieniu do opinii biegłego zostały wszechstronnie wyjaśnione w ustnej uzupełniającej opinii złożonej na rozprawie, co dotyczyło również wątpliwości zgłaszanych przez stronę pozwaną.

W oparciu tak ustalony materiał dowodowy Sąd Okręgowy wskazał, że w przedmiotowej sprawie sporna było część wynagrodzenia należnego powodom z tytułu wykonania prac remontowych w postaci udroźnienia przewodów kominowych. Sąd odwołał się do treści art. 647 k.c. zawierającego definicję umowy o roboty budowlane, wskazując, że zgodnie z łączącymi strony umowami, rozliczenie robót kominiarskich w budynkach komunalnych pozwanego nastąpić miało za faktycznie wykonany rodzaj i zakres prac po ich zakończeniu w oparciu o kosztorysy wykonane przez powodów metodą szczegółową, na podstawie analizy indywidualnej z kosztorysu załączonego do oferty powodów, stanowiącej załącznik do umowy. Kosztorysy ofertowe sporządzone przez powodów nie określały ilości wykonanych robót lecz ceny jednostkowe według analizy indywidualnej. Rozliczenie wykonanych inwestycji polegać miało na przeniesieniu stawek z kosztorysu ofertowego do kosztorysu powykonawczego i przemnożenie przez odpowiednią ilość jednostek wykonanych prac, zgodnie z obmiarem wykonanym po zakończeniu robót. Pozwany nie wykonał przedmiaru robót aczkolwiek umowy stron podawały wartość maksymalną robót komunalnych w każdym budynku lecz w razie przekroczenia tych wartości strony miały zawrzeć aneksy do umów. Z kolei po wykonaniu robót na zlecenie pozwanego został wykonany obmiar powykonawczy, którego strona nie kwestionowała.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany bezzasadnie zakwestionował natomiast kosztorysy powykonawcze powodów, opierając się na stanowisku swoich inspektorów nadzoru inwestorskiego, chociaż powołany w sprawie biegły sądowy W. B. ustalił, że wykonany przez powodów obmiar udroźnienia przewodów kominowych przy ul. (...) był zbieżny ze sporządzonymi po zakończeniu robót opiniami kominiarskimi, tak pozwanego, jak też wykonanej na zlecenie samych powodów. W przypadku remontu kominów w budynku przy ul. (...) wykonany przez powodów obmiar wskazywał na udroźnienie przewodów w ilości 784 m, zaś opinia kominiarska powykonawcza wykonana na zlecenie pozwanego potwierdziła wykonanie jedynie 770 m. W tym przypadku powodowie dokonali jednak upustu w kosztorysie reklamacyjnym, przyjmując wielkość udroźnienia wskazaną przez rzeczoznawcę kominiarskiego. Z kolei w przypadku remontu w budynku przy ul. (...) opinia kominiarska wskazywała na udroźnienie przewodów na odcinku 635 m, natomiast powodowie sporządzili kosztorys reklamacyjny, w którym wskazali udroźnienie na długości 436 m. przy czym pozwany nie zakwestionował ilości przewodów kominowych, które zostały udroźnione przez powodów i wskazane w opiniach kominiarskich.

Sąd Okręgowy zważył, iż w przedmiotowej sprawie wynagrodzenie powodów nie zostało określone w sposób ryczałtowy. W żadnym razie maksymalna wartość robót określona przez pozwanego w umowach i zaakceptowana przez powodów nie miała stanowić górnego pułapu wynagrodzenia, gdyż strony w razie jej przekroczenia miały zawrzeć aneksy. Powodowie zresztą monitowali pozwanego o konieczności podpisania takich aneksów bądź chociażby protokołu konieczności w miarę postępu robót kominiarskich i zwiększającego zakresu tych prac.

W ocenie Sądu Okręgowego, powodom należało się zatem wynagrodzenie stanowiące iloczyn wykonanych prac według obmiaru powykonawczego i ceny jednostkowej według analizy indywidualnej. Przyczyną podwyższenia wynagrodzenia było faktyczne zwiększenie ilości wykonywanych robót – udroźnionych przewodów kominowych niż pozwany zakładał. Opierając się na opinii biegłego sądowego i zeznaniach świadków, Sąd Okręgowy stwierdził, iż z uwagi na specyfikę prac kominiarskich, na etapie przetargu i rozpoczęcia prac trudno było ilościowo zakres robocizny i nakładów. Aby dokładnie określić te ilości, konieczne byłoby wejście do każdego lokalu i sprawdzenie drożności kominów. Było to niemożliwe bowiem w ten zakres wchodziło też odgruzowywanie części przewodów. Zamawiający powinien był wykonać możliwie najbardziej precyzyjnie określić zakres prac i ich wartość, co pozwoliłoby uniknąć późniejszego sporu. Nie został jednakże wykonany obmiar przed rozpoczęciem remontu. Ponieważ przedmiar nie określał dokładnie ilości i zakresu prac, nie można przyjąć, iż wynagrodzenie zostało ustalone w wysokości maksymalnej i nieprzekraczalnej ustalonych w umowach wartości robót. Nie dość tego, również ilość wykonanych przez powodów prac została zwiększona, co przyznała zresztą także inspektor nadzoru inwestorskiego M. K., sporządzając własne kosztorysy powykonawcze. O zwiększeniu nakładów i udrożeń w stosunku do przedmiaru świadczą obmiary powykonawcze, dokonanych przez mistrza kominiarskiego na zlecenie pozwanego.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że biegły sądowy W. B. wskazał, iż nie było możliwe, aby inspektorzy nadzoru inwestorskiego przez cały czas byli obecni przy powodach podczas prac związanych z udrożnieniem przewodów kominowych i trudne byłoby z pewnością stwierdzenie zanikowych robót. Ponadto część prac mogła być wykonana dopiero w porze wieczornej, gdy lokatorzy wrócili do swoich mieszkań, już po godzinach pracy inspektorów nadzoru. Z kolei przedłożone przez powodów opinie kominiarskie wskazywały, iż udroźnionych zostało przez powodów więcej przewodów kominowych niż powodowie podnosili w żądaniu pozwu.

Sąd Okręgowy zaznaczył, iż zgodnie z umową stron inspektor M. K. nie była uprawniona, aby w imieniu pozwanego sporządzić kosztorys powykonawczy, w którym zastosowano wyceny wg. KNR zamiast wyceny indywidualnej. Kosztorys powykonawczy sporządzony przez inspektora nadzoru nie był zgodny z ofertą, jest rozbieżny również co do zastosowaniem stawki. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem strony pozwanej, iż w celu dostosowania wynagrodzenia do wysokości określonej w umowach, dopuszczalne było jednostronne przyjęcie przez pozwanego stawek wg. KNR.

Kosztorys ofertowy przewidywał natomiast, że przy ustaleniu wynagrodzenia za roboty wskazane w punkcie (...)kosztorysu zostanie zastosowana analiza indywidualna. Ta analiza indywidualna wynikała ze stawki przyjętej w ofercie i nie powinna być zmieniona. Podkreślić należy, że pozwany zaakceptował kosztorys ofertowy. Nie zostało przez stronę pozwaną udowodnione, że powodowie wyrazili zgodę lub domagali się zastosowania stawki według KNR do rozliczania pozycji 15 kosztorysu ofertowego. Poz. (...) z kosztorysu ofertowego winna zatem zostać rozliczona według analizy indywidualnej. Powołany przez Sąd biegły stwierdził, iż poz. (...) kosztorysów powykonawczych sporządzonych przez powoda została obliczona prawidłowo, opierając się na opiniach kominiarskich, a pozycja 10 kosztorysów nie dotyczyła zamurowywania pojedynczych otworów, gdyż poz. (...) obejmowała jedynie odgruzowywanie tych przewodów. Sprawdzenie przewodów po udrożnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem i dwukrotnym pomalowaniem farbą nowych tynków zostało ujęte w poz. (...) kosztorysów. Sąd Okręgowy podkreślił również, iż pozwany zgodził się na przedłużenie terminu wykonania umowy z uwagi na zwiększoną ilość prac kominiarskich, a zatem miał świadomość, iż ilość prac została zwiększona.

Z tytułu udrożnienia przewodów kominowych w budynku przy ul. (...) pozwany uiszczył na rzecz powodów kwotę 58.729,99 zł, w tym kwotę 58.250,01 zł na podstawie kosztorysu powykonawczego powodów, weryfikowanego co do wysokości przez inspektora nadzoru A. S., a także kwotę 520,02 zł na podstawie kosztorysu reklamacyjnego. Udrożnienie przewodów kominowych nastąpiło rzeczywiście na długości 635 m lecz powodowie ostatecznie domagali się zapłaty za udrożnienie 436 m. Ponieważ pozwany uiszczył na podstawie kosztorysu reklamacyjnego jedynie kwotę 520,02 zł, zamiast ustalonej w przedłożonym przez powodów kosztorysie kwoty 32.943,03 zł, zdaniem Sądu Okręgowego powodom należna była z tego tytułu kwota 32.423,01 zł.

Odnosnie remontu w budynku przy ul. (...) Sąd Okręgowy stwierdził, iż powodom nie została zapłacone wynagrodzenia za udrożnienie (odgruzowanie) przewodów kominowych na odcinku 587,35 m (615 m wskazane w opinii kominiarskiej

minus 27,65 m przyjęte w kosztorysie cz. II). Po uwzględnieniu stawki z zaakceptowanego przez powoda kosztorysu ofertowego tj. 79,72 zł/m, wykonane roboty zostały wycenione przez powodów w kosztorysie reklamacyjnym na kwotę 45.194,86 zł. Pozwany uścił na rzecz powodów wynagrodzenie z tego tytułu udroźnienia przewodów kominowych w kwocie 700,59 zł brutto, do zapłaty pozostała więc kwota 44.494,25 zł.

Natomiast co do remontu w budynku przy ul. (...) Sąd Okręgowy stwierdził, iż dodatkowe prace, wykonane przez powodów zostały bez uzgodnienia z powodami wycenione przez inspektora nadzoru niezgodnie z kosztorysem ofertowym na kwotę 3.395,51 zł lecz mimo tego nie zapłacone. Kosztorys ten został sporządzony na podstawie wycen z KNR (...), co było niezgodne z kosztorysem ofertowym i rażąco zaniżyło wartość robót. Wartość robót, która została zapłacona powodom przez pozwanego wyniosła 68.749,77 zł. Kosztorys reklamacyjny powodów opiewał na kwotę 60.8667 zł brutto, powodowie udzieli przy tym upustu w wysokości 29.315,48 zł, powodom nie zostało zatem zapłacone należne wynagrodzenie w kwocie 31.550,69 zł.

Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności, na podstawie art. 647 k.c. w zw. z art. 367 § 1 k.c., Sąd Okręgowy zasądził od pozwanych (...) W. na rzecz powodów J. G. i K. G. solidarnie kwotę 108.467,95 zł stanowiącą sumę należnego wynagrodzenia 31.550,69 zł z ul. (...), 44.494,25 zł z ul. (...) i 32.423,01 zł z ul. (...).

Ponieważ pozwem objęto roszczenie w wysokości 108.469,29 zł to w pozostałym zakresie powództwo /czyli co do kwoty 1,34 zł / Sąd Okręgowy uznał za niezasadne.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie pierwszym sentencji wyroku na podstawie art. 481 § 1 k.c. i zasądził odsetki ustawowe, zgodnie z żądaniem powodów, od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 zdanie drugie k.p.c. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając go w całości oraz wniósł o jego zmianę przez oddalenie powództwa w całości oraz orzeczenie o obowiązku zapłaty przez powodów solidarnie na rzecz pozwanego kosztów procesu I i II instancji.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1/ naruszenie art. 354 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany bezpodstawnie odmówił powodom zawarcia aneksu do umowy i podwyższenia wynagrodzenia wobec zgłoszenia w trakcie realizacji umów przez powodów/wykonawcę robót, że wynagrodzenie uzgodnione w umowach, jako wynagrodzenie maksymalne, jest niewystarczające wobec „zwiększonej ilości robót”. To stanowi również naruszeniem podstawowych reguł prawa cywilnego Pacta sunt servanda i zasady swobody umów.

2/ naruszenie art. 144 Prawa zamówień publicznych (Dz. U.2010 Nr 113 poz. 759) poprzez przyjęcie, iż powodowie po wygraniu konkursu ofert w trybie przetargu nieograniczonego i zawarciu umowy z uzgodnionym wynagrodzeniem maksymalnym mają roszczenie o wynagrodzenie ponad wynagrodzenie maksymalne uzgodnione w umowie i zmianę treści umowy w sytuacji, gdy nie było to przewidziane w dokumentach przetargowych.

3/ naruszenia art. 25 ustawy Prawo budowlane (j.t. Dz. U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623) poprzez zanegowanie prawa inspektorów nadzoru budowlanego do korekty obmiarów powołanych przez wykonawcę w kosztorysie powykonawczym, jako podstawa obliczenia należnego wynagrodzenia.

4/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., to jest przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez przyjęcie za udowodnione, wysokość dochodzonego roszczenia dokonanego przez powodów i biegłego, w sytuacji gdy żaden z dowodów w sprawie nie wskazuje szczegółowego rozliczenia, na co pozwany wskazywał w toku postępowania.

5/ sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez:

a/ przyjęcie, iż cenę jednostkową z 15. pozycji kosztorysu ofertowego należało zastosować do całkowitej długości remontowanych przewodów kominowych i wentylacyjnych, wynikającej z opinii kominiarskiej.

b/ przyjęcie, iż inspektor nadzoru sprawdzając kosztorys powykonawczy powodów zmienił uzgodnione w umowach podstawy obliczenia wynagrodzenia powodów.

c/ przyjęcie, iż inspektor nadzoru w cz. II kosztorysów zmienił zasady rozliczania stosując normy z KNR, w przypadkach, gdy kosztorys cz. II wskazuje do zapłaty czynności, których nie przewidywał przedmiar robót i kosztorys ofertowy;

które to okoliczności miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

W odpowiedzi na apelację powodowie wnieśli o:

1. oddalenie w całości apelacji pozwanego z dnia 28 października 2015 r.;
2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tymże postępowaniu, według norm przepisanych.

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

Apelacja pozwanego jest uzasadniona.

Sąd Okręgowy dokonując ustaleń faktycznych dopuścił się bowiem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., uznając że wysokość roszczenia dochodzonego przez powodów została przez nich w toku procesu udowodniona. W tym zakresie Sąd Okręgowy błędnie oparł się na treści kosztorysów powykonawczych i reklamacyjnych sporządzonych przez powodów oraz opinii biegłego sądowego z zakresu kominiarstwa. Powyższy materiał dowodowy nie był wystarczający do poczynienia tego rodzaju ustaleń.

Na wstępie, czyniąc uwagi o charakterze ogólnym należy stwierdzić, że zakres okoliczności faktycznych, które wymagają udowodnienia w toku procesu wyznacza z jednej strony roszczenie strony powodowej, oparte na określonej normie prawnej, czego wyrazem jest art. 227 k.p.c., z drugiej zaś strony wyznaczają je twierdzenia przeciwnika procesowego, gdyż dowodu nie wymagają fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jak również, w określonych sytuacjach te twierdzenia, co do których przeciwnik procesowy się nie wypowiedział, o czym stanowią art. 229 k.p.c. i 230 k.p.c. Nie wymagają też dowodu fakty notoryjne i znane sądowi z urzędu stosownie do art. 228 k.p.c. Przy tym w procesie o charakterze kontradyktoryjnym, zasadą nadrzędną jest ta, zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c.).

Odnosząc się zatem do koniecznych do dokonania w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych należy wskazać, że zostały one wyznaczone przez twierdzenia stron, przy czym ciężar dowodu spoczywał na powodach, jako stronie, która domagając się zapłaty wynagrodzenia, wywodziła korzystne dla siebie skutki prawne z twierdzeń dotyczących wykonania określonych prac remontowych na rzecz pozwanego, w ramach zawartych przez strony umów o remont przewodów kominowych i wentylacyjnych w trzech budynkach, wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy.

Sporne okoliczności w sprawie dotyczyły: zakresu prac wykonanych przez powodów, okoliczności czy rodzaj prac koniecznych do wykonania pokrywał się z pozycjami z przedmiaru, wysokości wynagrodzenia w związku ze sposobem obliczenia należności za prace zrealizowane w ramach poz. 15 przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego (79,72 zł) tj. za „sprawdzenie przewodów po udroźnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem i pomalowaniem 2x farbą emulsyjną nowych tynków”.

Nie było sporne natomiast, że przedmiar i sporządzony na jego podstawie przez powodów kosztorys ofertowy obejmowały jedynie ceny jednostkowe (za m bieżący, m<sup>2</sup>, sztukę), że nie był znany ostateczny zakres prac ze względu na ich specyfikę, bowiem udroźnienie przewodów wymagało m.in. wykucia otworów w kominach, odgruzowania,



następnie sprawdzenia drożności z zamurowaniem, otynkowaniem i pomalowaniem farbą. Jednocześnie, zważywszy, że do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały załączone opinie kominiarskie, z których wynikały informacje o niedrożności niektórych przewodów kominowych i wentylacyjnych, należy przyjąć, że pełen zakres prac z poz. (...) kosztorysu ofertowego nie był konieczny na całej długości wszystkich przewodów, przy czym w sprawie niniejszej nie była sporna sama długość przewodów i wynikała bezspornie z opinii kominiarskich sporządzonych zarówno przed, jak i po wykonaniu prac. Nie było też wątpliwości, jaka kwota została wypłacona przez pozwanego na rzecz powodów z tytułu wynagrodzenia za każdą z umów tj. za budynek przy ul. (...) 51.885,94zł (44.224,35zł + 7.661,59 zł), za budynek przy ul. (...) 68.749,77 zł (64.746,87zł + 3.395,51zł), za budynek przy ul. (...) 58.725,99 zł tj. łącznie 179.361,70 zł (pisma k. 238v, 359, 358, 411). Bezspornie także, mimo iż powodowie nie wykonali pełnego zakresu zleconych im prac (1/3 zaniechali w dwóch budynkach z uwagi na rozbieżności między stronami co do rozliczenia), to jednak opinie kominiarskie wykonane po zejściu powodów z budowy potwierdziły, iż kominy są drożne, a zatem funkcjonują prawidłowo.

Sąd Apelacyjny uznaje za uzasadnione dokonanie też pewnych dodatkowych ustaleń faktycznych, które rzutują na ocenę zasadności powództwa.

W przypadku budynku przy ul. (...) sporządzony przez wykonawcę kosztorys powykonawczy z dnia 22.11.2010 opiewał na kwotę 73 823,75zł z czego pozwany uznał 44 224,35 zł na dzień 14.12.2010r (k. 154) w oparciu o zweryfikowany obmiar z dnia 1.12.2010r. (k. 159). Niezależnie od tego inspektor sporządził dodatkowy kosztorys powykonawczy z dnia 17.12.2010r. na kwotę 7 661,59 zł (tzw. cz. II k. 162), gdzie m.in. dodatkowo uwzględniono samo sprawdzenie przewodów wg. opinii kominiarskiej (czyli wg. faktycznej długości przewodów). Inspektor nadzoru odmówił zaakceptowania kolejnego obmiaru wykonawcy z dnia 12.12.2010r. (k. 175), a wykonawcy wypłacono w sumie kwotę 51 885,94zł.

W przypadku budynku przy ul. (...) kosztorys powykonawczy z dnia 5.11.2010r. (k. 204) opiewał na kwotę 156 754,09zł, z czego ostatecznie pozwany uznał roboty wycenione na kwotę 64 746,87zł na dzień 1.12.2010r. w oparciu o zweryfikowany przez inspektora obmiar robót (k. 226-233). Dodatkowo też inspektor sporządził uzupełniający kosztorys powykonawczy z dnia 30.11.2010r. na kwotę 3 395,51 zł (tzw. cz. II k. 220), w którym uwzględniono dodatkowo samą czynność sprawdzenia przewodów wg. opinii kominiarskiej czyli faktycznej długości przewodów. Następnie powodowie przedstawili kolejny kosztorys reklamacyjny z dnia 9.12.2010r. (k. 240) na kwotę 60 866,17 zł, jednak nie został on zaakceptowany przez inspektora nadzoru. W sumie powodom wypłacono kwotę 68 749,77 zł.

Odnośnie budynku przy ul. (...) w aktach znajduje się kosztorys powykonawczy z dnia 24.11.2010r. (k. 287) na kwotę 94 701,70 zł, z czego uznano 58 725,99 zł w oparciu o obmiar robót z dnia 3.12.2010r. (k. 271), a następnie powodowie złożyli kosztorys reklamacyjny z dnia 16.12.2010r. na kwotę 32 423,01zł (k. 312), który nie został zweryfikowany ani zaakceptowany przez inspektora nadzoru.

Sąd Okręgowy dysponując zweryfikowanymi przez inspektorów nadzoru kosztorysami powykonawczymi, dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa o specjalności roboty kominiarskie (postanowienie k. 597) na okoliczność ustalenia, czy powodowie wykonali umowy zgodnie z ustalonymi warunkami i zasadami sztuki budowlanej, a jeżeli nie, to w jakim zakresie umowa nie została wykonana lub nienależycie wykonana i czy pozwany zapłacił powodom wynagrodzenie zgodnie z umową i zasadami rozliczania tego rodzaju robót budowlanych, a jeżeli nie to w jakim zakresie oraz o jakiej wartości rozliczenie pozwanego jest obciążone błędem. Teza powyższa jest prawidłowa, jednakże opinia w tej sprawie została ostatecznie sporządzona przez biegłego z zakresu kominiarstwa i sprowadza się do rozumowania, że skoro po zakończeniu prac przez powodów wszystkie przewody kominowe i wentylacyjne są drożne, to tym samym zlecone prace zostały wykonane prawidłowo, w konsekwencji powodom należy się wynagrodzenie w wysokości wynikającej ze sporządzonych przez nich kosztorysów powykonawczych, ofertowych i reklamacyjnych, w oparciu o które domagali się zapłaty. Tak sporządzona opinia jest jednak całkowicie nieprzydatna, zważywszy, że biegły nie dokonywał jakiegokolwiek analizy kosztorysów powykonawczych i zapisów inspektorów zawartych zarówno w kosztorysach, jak też obmiarach. Biegły przyjął jednocześnie, że powodom należy się wynagrodzenie za prace wycenione w poz. 15 na całej długości przewodów kominowych. Na marginesie należy

zauważyć, że dla samego określenia długości kominów opinia była zbędna, gdyż okoliczność ta nie była sporna i wynikała z opinii kominiarzy, którzy wykonali badanie drożności kominów po zejściu powodów z budowy. W swojej opinii biegły bezkrytycznie oparł się w całości na kosztorysach reklamacyjnych powodów, powykonawczym i na roboty dodatkowe jakie złożyli oni pozwanemu po zakwestionowaniu zakresu prac z pierwotnych kosztorysów powykonawczych. Tak sporządzona opinia biegłego z zakresu kominiarstwa nie mogła stanowić dowodu wykonania określonego rodzaju prac, jak też ich zakresu, jakości oraz wysokości należnego z tego tytułu wynagrodzenia.

Aktualnie zresztą, zakresu wykonanych prac nie da się już określić na podstawie oględzin budynków, z uwagi na wykonanie prac o charakterze zanikającym, które ulegały zakryciu przy kolejnych etapach i można je było zweryfikować wyłącznie na etapie wykonywania prac, dokonując stosownych zapisów, adnotacji lub gromadząc materiał zdjęciowy, co następowało z udziałem inspektorów nadzoru ze strony pozwanego. W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny zaniechał kierowania sprawy do biegłego sądowego z zakresu budownictwa celem sporządzenia prawidłowej opinii, mając na uwadze, że zakres wykonanych prac wynika z niekwestionowanych co do zgodności z oryginałami kserokopii dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy i pod tym kątem winny być one analizowane.

Chociaż w aktach sprawy znajduje się cały szereg kosztorysów sporządzonych przez powodów, w tym powykonawcze, ofertowe i reklamacyjne, i dwa kosztorysy wykonane przez inspektorów nadzoru, to jednak ostatecznie nie budzi wątpliwości, że zasadnicze znaczenie winny mieć jedynie kosztorysy powykonawcze sporządzone przez wykonawcę po zakończeniu prac wraz ze stosownymi obmiarami, skorygowane przez inspektorów nadzoru, których odpowiednie odrębne zapisy są zawarte w tychże kosztorysach. Wynika z nich, że inspektorzy uznawali mniejszą ilość prac, aniżeli podał to wykonawca w sporządzonych przez siebie kosztorysach i obmiarach (kosztorys z 22.11.2010r k. 154-158, zweryfikowany przez inspektora obmiar robót k. 159-161, kosztorys z 24.11.2010r k. 287-304, zweryfikowany obmiar robót k. 271-283, kosztorys z 5.11.2010r. k. 204-219, obmiar k. 226-238).

Status i rolę inspektora nadzoru określa art. 25 Prawa budowlanego, zgodnie z którym do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art. 10, sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania, potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

W toku procesu powodowie nie kwestionowali obmiaru dokonanego przez inspektorów, co wynika z pism pełnomocnika powodów (k. 369 i k 392), twierdzili natomiast, że inspektorzy zastosowali błędne stawki tj. wg KNR zamiast analizy indywidualnej, co miało powodować znaczne różnice między kwotą wynagrodzenia wyliczonego przez powodów a wynikającą z szacunków inspektorów nadzoru reprezentujących pozwanego. Tymczasem z analizy zapisów zawartych w kosztorysach wynika, że inspektorzy prace wymienione w pozycji 15 kosztorysu uwzględnili zgodnie z umową i kosztorysem ofertowym według analizy indywidualnej, stosując stawki z kosztorysu ofertowego tj. 79,72 zł za metr, jak domagają się tego powodowie, przyjęli jednak mniejszą, aniżeli twierdzą powodowie, ilość metrów przewodów kominowych. Powodowie bowiem domagali się zapłaty wg. stawki z poz. 15 kosztorysu (79,72 zł) za całą długość kominów, chociaż bezspornie na większości odcinków sprawdzenie drożności polegało jedynie na użyciu kuli kominiarskiej, gdyż nie na całej długości kominów konieczne było wykonanie pełnego zakresu prac, obejmujących wykucie otworów i odgruzowywanie, do których to czynności odnoszą się pozycje 13 i 14, a w konsekwencji także nie na całej długości było konieczne wykonanie prac ze spornej pozycji 15 (k. 370).

W świetle powyższego apelacja strony pozwanej jest uzasadniona w zakresie w jakim kwestionuje ustalenia Sądu Okręgowego co do przyjęcia za udowodnione, że powodowie wykonali prace wykraczające poza zakres zaakceptowany przez inspektorów nadzoru w zweryfikowanych kosztorysach powykonawczych i obmiarach oraz w dodatkowych kosztorysach sporządzonych przez inspektorów, oznaczonych jako cz.II kosztorysu powykonawczego. Sporządzone w ten sposób kosztorysy stanowią jedyny wiarygodny dowód na okoliczność zakresu wykonanych prac i ich wartości, a

tym samym ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy Sąd Apelacyjny uznaje za nieprawidłowe w części, w jakiej Sąd odwołał się do wykonania przez powodów robót wykraczających ponad kwotę faktycznie wypłaconego wynagrodzenia w oparciu o zweryfikowane kosztorysy powykonawcze tj. za budynek przy ul. (...) - 51.885,94zł (44.224,35zł + 7.661,59 zł), za budynek przy ul. (...) - 68.749,77 zł (64.746,87zł + 3.395,51zł), za budynek przy ul. (...) - 58.725,99 zł (kosztorys z 22.11.2010r k. 154-158, zweryfikowany przez inspektora obmiar robót k. 159-161, kosztorys z 24.11.2010r k. 287-304, zweryfikowany obmiar robót k. 271-283, kosztorys z 5.11.2010r. k. 204-219, obmiar k. 226-238).

W pozostałym zakresie ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę także swojego rozstrzygnięcia.

Przechodząc do kwestii związanych z zastosowaniem przepisów prawa materialnego należy wskazać, że umowy zawarte przez strony stanowiły umowy o remont budynku, do których z mocy art. 658 k.c. stosuje się przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane. Powodowie zobowiązali się do przeprowadzenia remontu przewodów kominowych i wentylacyjnych wraz z robotami towarzyszącymi w trzech budynkach mieszkalnych, przy czym zakres przedmiotu umów określały opis przedmiotu zamówienia wraz z opiniami z wyników kontroli przewodów kominowych, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Z kolei zamawiający zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia, przy czym w każdej z umów zostało określone wynagrodzenie maksymalne, jakiego powodowie mogą się domagać z tytułu zawartej umowy. Górną granicę wynagrodzenia wyznaczała więc kwota wynagrodzenia maksymalnego, przy czym rozliczenie robót nastąpić miało po zakończeniu robót za faktycznie wykonany rodzaj i zakres prac, kosztorysem wykonanym metodą szczegółową, na podstawie cen z kosztorysu załączonego do oferty, stanowiącej załącznik do umowy. Okoliczność tę Sąd Okręgowy jednak pominął, zasądzając na rzecz powodów wynagrodzenie wykraczające ponad kwoty wynagrodzenia maksymalnego, określonego w umowach przez strony na 63 964,60 zł (ul. (...)), 100 301,80zł (ul. (...)) i 64 200zł (ul. (...)). Co istotne, w każdej z umów przewidziano, że w przypadku gdy do całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych w dniu zawarcia umowy, a koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie sporządzić protokół konieczności i przekazać go inspektorowi nadzoru. Wykonanie robót dodatkowych wykraczających poza zakres niniejszej umowy, których konieczność wykonania zostanie potwierdzona przez inspektora nadzoru, może nastąpić jedynie na podstawie umowy podpisanej w wyniku przeprowadzenia odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Roboty dodatkowe wykraczające poza zakres umowy których konieczność wykonania będzie niezbędna dla prawidłowego wykonania umowy i których potwierdzona przez zamawiającego konieczność zamówienia nastąpi w toku realizacji przedmiotu umowy mogą być wykonane jedynie na podstawie zamówienia dodatkowego. Rozliczenie robót dodatkowych nastąpi za faktycznie wykonany rodzaj i zakres prac, zgodnie z zasadami podanymi dla podstawowego zakresu (§ 8). Jednocześnie pamiętać należy o zapisach Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót, zgodne z którymi koszty robót przygotowawczych, tymczasowych i towarzyszących koniecznych do prawidłowego przeprowadzenia robót i właściwego ich przygotowania powinny być przewidziane na etapie przygotowania oferty i uwzględnione w cenach jednostkowych (część ogólna pkt. 1 c Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót). W trakcie realizacji zamówienia wykonawcy sygnalizowali konieczność wykonania prac dodatkowych i składali kosztorysy ofertowe na roboty pomocnicze i towarzyszące, wskazując np. na potrzebę wywiezienia gruzu, zabezpieczenia podłogi folią. Prace te zostały zakwestionowane przez inspektorów, którzy podkreślali, że są to prace, które uwzględniono w kosztorysie powykonawczym.

W tym kontekście należy zauważyć, że w praktyce obrotu cywilnoprawnego, zależnie od charakteru dzieła i obowiązków, jakie ciążą na przyjmującym zamówienie, wynagrodzenie za wykonanie dzieła jest ustalane jako wynagrodzenie ryczałtowe albo wynagrodzenie kosztorysowe (zob. W. Czachórski, *Zobowiązania*, 2007, s. 466–467; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, 2006, s. 825; M. Gersdorf, *Umowa...*, s. 66; W. Białończyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005, z. 5, poz. 60; szerzej zob. uwagi do art. 629*). Przewidziane w art. 628 § 1 k.c. sposoby ustalenia wysokości wynagrodzenia mają charakter subsydiarny i stanowią normy interpretacyjne odnoszące się do sytuacji, w których strony umowy o dzieło nie określiły w niej wysokości wynagrodzenia (albo podstaw do jego

ustalenia; zob. S. Buczkowski (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, s. 434; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2008, s. 168; A. Brzozowski (w:) System prawa prywatnego, t. 7, 2004, s. 344; P. Drapała (w:) J. Gudowski, Komentarz, t. III, cz. 2, 2013, uwagi do art. 628 k.c.).

W okolicznościach sprawy niniejszej, strony co prawda przewidziały rozliczenie według analizy indywidualnej (kosztorysowe), jednak określiły jego maksymalną granicę, co oznacza, że wynagrodzenie w ramach zawartej umowy nie mogło ponad tę kwotę wykraczać, co umknęło Sądowi Okręgowemu.

Celem zawartych przez strony umów było bez wątpienia doprowadzenie do udroźnienia przewodów kominowych i wentylacyjnych, strony przewidziały też rodzaj czynności koniecznych do wykonania i sposób ich wyceny, nieznany był natomiast zakres ilościowy konkretnych robót, wycenionych jednostkowo w kosztorysach ofertowych, przy czym na etapie przystępowania do przetargu wiadomym było, że niektóre przewody kominowe są niedrożne i konieczne będzie ich odgruzowanie. W tym celu wykonawca będzie musiał przeprowadzić prace takie jak wykucie otworu (poz. 13 kosztorysu), odgruzowanie przewodu (poz. 14), a następnie dokonać sprawdzenia przewodów po udroźnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem i pomalowaniem 2x farbą emulsyjną nowych tynków (poz. 15).

Spór między stronami i rozbieżność co do należnej kwoty wynagrodzenia sprowadza się w istocie do wykładni oświadczeń woli w zakresie ustaleń stron odnośnie sposobu wyceny prac wymienionych w poz.(...) kosztorysu ofertowego. Potwierdza to tezę, że opinia biegłego z zakresu budownictwa nie byłaby przydatna, nie mówiąc już o opinii biegłego z zakresu kominiarstwa, gdyż ustalenie powyższych okoliczności nie należało do biegłego lecz sądu orzekającego. Kierując się treścią art. 65 § 1 k.c. należy zauważyć, że powodowie niesłusznie stosują stawkę z poz. 15 do całej długości kominów, mimo iż na niektórych odcinkach sprawdzenie drożności wymagało użycia samej tylko kuli kominiarskiej, a w przypadku stwierdzenia, że przewód jest drożny, nie było konieczności wykonania takich czynności jak: wykucie otworów, odgruzowanie zagruzowanego fragmentu, zamurowanie otworów, otynkowanie i pomalowanie dwukrotnie farbą.

Nieracjonalna i nieprzekonująca jest wykładnia umowy prezentowana przez powodów co do tego, że stawkę 79,72 zł za metr, wynikającą z poz. 15 kosztorysu, należy odnosić do całej długości przewodów kominowych bez względu na rzeczywisty zakres prac. Zakłada ona bowiem niezgodnie z rzeczywistością, że prace określone jako „sprawdzenie przewodów po udroźnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem i pomalowaniem 2x farbą emulsyjną nowych tynków” należy wykonać na każdym metrze bieżącym, chociażby nie było potrzeby uprzedniego wykucia otworów oraz odgruzowania, o czym mowa w pozycjach (...). Ponadto powodowie, mimo iż przyznają, że nie wykonali 1/3 prac, to jednak żądają zapłaty za prace z poz. (...) za całą długość przewodów, a bezspornie na części odcinków przeprowadzili sprawdzenie drożności przewodów przy użyciu samej kuli kominiarskiej (co wykonywali także kominiarze sporządzający opinie przed przetargiem i po zakończeniu prac przez powodów) i trudno zgodzić się z argumentacją, że tego rodzaju czynności powinny być wycenione według tej samej stawki co sprawdzenie przewodów po udroźnieniu z zamurowaniem otworów, otynkowaniem i pomalowaniem 2x farbą emulsyjną nowych tynków, co przewiduje poz.(...) kosztorysu. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że pozycja (...) z kosztorysu winna się odnosić jedynie do zakresu faktycznie wykonanych prac związanych odgruzowaniem przewodów, nie zaś do całej długości kominów, bowiem przyjmując punkt widzenia powodów wystarczyłoby ustalenie przez strony w umowie długości przewodów i pomnożenie metrów bieżących przez zaakceptowaną przez strony stawkę, bez potrzeby odwoływania się do konkretnego zakresu prac związanych z odgruzowaniem kominów.

Ostatecznie w związku ze sporem jaki powstał na etapie rozliczenia, inspektorzy uwzględnili dodatkowy zakres prac, sporządzając kosztorysy oznaczone jako cz. II, na podstawie których uwzględniono dodatkowo m.in. pozycję obejmującą sprawdzenie wszystkich kominów według ich rzeczywistej długości i stawki z KNR tj. 0,48 zł za metr bieżący. Zastosowanie KNR było w tym przypadku uzasadnione, zważywszy, że tego rodzaju prace nie zostały oszacowane przez strony, stąd konieczność odwołania się do stawek wynikających z Katalogu Norm Rzeczowych (KNR). Bezspornie też nie doszło do złożenia dodatkowego zamówienia ze strony pozwanego, ani też nie było dodatkowego postępowania przetargowego (poza zleceniem usunięcia gołębnika), a jednak pewne prace dodatkowe zostały uznane przez pozwanego i uwzględnione na podstawie wyceny inspektora nadzoru zawartej w kosztorysie

cz.II. Należało mieć na uwadze zapis zawarty w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2012.113.759), który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna ze ściśle określonych w nim okoliczności. Nie miała więc racji strona powodowa, że pozwany jednostronnie zmienił postanowienia umowy, uwzględniając ostatecznie dodatkowe prace w postaci sprawdzenia drożności przewodów przy użyciu kuli kominiarskiej i wyceniając je wg. stawki 0,48 zł za metr (wg. KNR), zamiast 79,72 zł za metr (wg analizy indywidualnej).

Z tego też względu Sąd Apelacyjny nie podziela rozumowania i stanowiska Sądu Okręgowego co do należnego powodowi wynagrodzenia i zakresu zrealizowanych przez niego prac.

W tych okolicznościach należy dojść do wniosku, że powódowie nie udowodnili, ażeby wykonali więcej robót, aniżeli zostało to potwierdzone przez inspektorów nadzoru w kosztorysach (zweryfikowanych powykonawczych i oznaczonych jako cz. II), i że należy im się wynagrodzenie wyższe, aniżeli wypłacone przez pozwanego, za wyjątkiem kwoty 1.052,36 zł. Jak wspomniano wyżej wycenę z pozycji (...) inspektorzy uwzględnili według analizy indywidualnej i stawki z kosztorysu ofertowego w wysokości 79,72 zł za metr, przyjmując mniejszą ilość metrów, aniżeli chcą tego powódowie, którzy obliczają wynagrodzenie według powyższej stawki za całą długość kominów. Błąd wyceny pozwanego dotyczył jedynie budynku przy ul. (...), bowiem jak wynika z zapisów w kosztorysie powykonawczym, przyjęto stawkę 41,66 zł zamiast 79,72 zł za prace wykonane na odcinku o długości 27,65 metra. Różnica z tego tytułu wynosi 1 052,36 zł ponad kwoty wypłacone przez pozwanego (27,65m x 38,06 zł). Zasądzeniu na rzecz powodów podlegała więc jedynie kwota 1 052,36 zł zamiast zasądzonej przez Sąd Okręgowy kwoty 108 467,95 zł, która nie dość, że nie została udowodniona, to także wykracza w znaczący sposób ponad uzgodnione przez strony wynagrodzenie maksymalne. Również nie znajdowało uzasadnienia zasądzenie wynagrodzenia solidarnie na rzecz powodów, z uwagi na brak umocowania w czynności prawnej oraz właściwym przepisie ustawy, stosownie do art. 369 k.c.. Zgodnie zaś z art. 379 § 1 k.c. wynagrodzenie pieniężne jako wierzytelność podzielna dzieli na tyle niezależnych od siebie części ilu jest wierzycieli.

Reasumując, apelacja pozwanego jako w przeważającej części uzasadniona, wymagała zmiany zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zakresie punktów I i III.

O zwrocie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym orzeczono na podstawie art. 100 zd. drugie k.p.c.

SSO(del. Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska) SSA Beata Byszewska SSA Robert Obrębski