

Sygn. akt **XX GC 529/11**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2016 r.

**Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XX Gospodarczy**

w składzie następującym:

**Przewodniczący** SSO Anna Zborzyńska

Protokolant sekr. sądowy Dorota Jezierska

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

**sprawy z powództwa P. S.**

**przeciwko** Miastu S. W. – Domowi Pomocy Społecznej dla (...) w W.

**o zapłatę**

I. zasądza od pozwanego Miasta S. W. – Domu Pomocy Społecznej dla (...) w W. na rzecz powoda P. S. kwotę 143 209,83 zł (sto czterdzieści trzy tysiące dwieście dziewięć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 04.01.2008 r. do dnia zapłaty.

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie.

III. koszty procesu rozdziela stosunkowo, w ten sposób, że zasądza od powoda P. S. na rzecz pozwanego Miasta S. W. – Domu Pomocy Społecznej dla (...) w W. kwotę 2 454 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

IV. nakazuje ściągnąć z kwoty zasądzonej powodowi w punkcie I wyroku na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 23 904,54 zł (dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset cztery złote pięćdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów sądowych, od których powód był zwolniony.

SSO Anna Zborzyńska

Sygn. akt XX GC 529/11

## UZASADNIENIE

**Pozwem z dnia 01.12.2010 r. powód** P. S. wniósł o zasądzenie od pozwanego Miasta S. W. kwoty 425 012,07 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4.01.2008 r. oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powyższego żądania powód wskazał, że łączyła go z pozwanym umowa o roboty budowlane zawarta dnia 18.06.2007 r., na mocy której powód zobowiązał się do wykonania na rzecz pozwanego termomodernizacji budynku (...) oraz modernizację zadaszenia nad wejściem głównym do budynku (...) według specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Strony ustaliły w Umowie termin zakończenia robót na dzień 10.10.2007 r. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone w § 4 pkt 2 Umowy na kwotę 987 654,32 zł. Powód wyjaśnił, że powyższą umowę zawarł w ramach działalności gospodarczej prowadzonej pod firmą P. P.U. H. (...).

Powód podał, iż zakończył roboty objęte Umową dnia 28.11.2007 r, a protokół odbioru został sporządzony dnia 30.11.2007 r. Przedmiot Umowy został wykonany przez powoda bez usterek i zgodnie ze sztuką budowlaną. Na skutek zwłoki w wykonaniu umowy pozwany naliczył powodowi karę umową w wysokości 246 913,58 zł. W ocenie powoda, pozwany nie miał podstaw do obciążania powoda taką karą, ponieważ opóźnienie w wykonaniu robót nastąpiło na skutek okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności. Pozwany bowiem, w okresie obowiązywania Umowy, zlecił powodowi prace dodatkowe nieobjęte zawartą Umową, które były niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy, a zarazem przedłużyły termin jej wykonania. Pozwany dokonał również zmiany technologii wykonania poszczególnych robót, co w znaczący sposób przedłużyło termin realizacji Umowy. Prace dodatkowe oraz zamiennie były wykonywane po uprzednim uzgodnieniu i akceptacji projektanta oraz zatwierdzeniu ich przez inspektora nadzoru budowlanego działającego z ramienia pozwanego. Powód wielokrotnie wnosił do pozwanego o przedłużenie terminu, ale nigdy nie uzyskał aprobaty, a jedynie polecenie, że prace te trzeba wykonać.

Powód wyjaśnił, że do prac dodatkowych wykonanych na zlecenie pozwanego należy zaliczyć:

- usunięcie istniejącego bitumicznego pokrycia dachu (...),
- większa niż w przedmiarze robót ilość obróbek blacharskich, wykonanych w innej części budynku, niż objęta Umową,
- ocieplenie kominów styropianem,
- zmiana technologii wykonania cokołów,
- wykonanie wpustów dachowych.

Te i inne prace dodatkowe zostały wymienione przez powoda w piśmie z dnia 28.09.2007 r.

Po protokolarnym odbiorze robót budowlanych powód wystawił pozwanemu faktury końcowe FV nr 01/12/2007 oraz FV nr 02/12/2007, obie z dnia 3.12.2007 r. opiewające łącznie na niesporną kwotę 571 729,66 zł. Z tej sumy pozwany potrącił kwotę 246 913,58 zł z tytułu kar umownych.

Roboty dodatkowe wykonane przez powoda opiewają na kwotę 178 098,49 zł netto.

Powód wyjaśnił, że na sumę dochodzoną pozwem składa się kwota niesłusznie potrąconych kar umownych – 246 913,58 zł oraz wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych – 178 098,49 zł.

Jedynie z ostrożności procesowej powód wniósł o miarkowanie kary umownej jako rażąco wygórowanej do 10% jej wartości tj. kwoty 24 691 zł.

**Pozwany Miasto S. W. – Dom Pomocy Społecznej dla (...) w W. w odpowiedzi na pozew** wniósł o oddalenie powództwa w całości i obciążenie powoda kosztami procesu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska procesowego pozwany podał, iż twierdzenia powoda zawarte w uzasadnieniu pozwu mijają się w prawdą, a roszczenie objęte pozwem jest w całości bezzasadne i nieudowodnione.

Pozwany przyznał, że w dniu 18.06.2007 r. Dom Pomocy Społecznej dla (...) zawarł z powodem, w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego w trybie zamówień publicznych, umowę nr (...). Zgodnie z tą umową powód zobowiązał się do wykonania przedmiotu Umowy tj. termomodernizacji budynku (...) oraz do modernizacji zadaszenia nad wejściem głównym budynku (...). Umowa określała zryczałtowane wynagrodzenie powoda za realizację całości przedmiotu umowy na kwotę 987 654,32 zł brutto.

Strony określiły termin zakończenia przedmiotu umowy na 10.10.2007 r. Za termin zakończenia robót strony przyjęły datę podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Jednocześnie strony w umowie przewidziały obowiązek zapłaty przez powoda kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości

0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, a w § 10 ust. 2 – uprawnienie pozwanego do potrącenia kar umownych przy zapłacie wynagrodzenia.

Aneksem nr (...) z dnia 6.08.2007 r. do przedmiotowej umowy strony dokonały zmiany terminu odbioru częściowego robót podlegających przejściowemu fakturowaniu z dnia 31.07.2007 r. na 8.09.2007 r. W pozostałym zakresie, w szczególności w zakresie ostatecznego terminu zakończenia robót umowa nie uległa zmianie.

Pozwany zaznaczył, że bezwzględnie wymagał wykonania prac objętych umową w nieprzekraczalnym terminie do 10.10.2007 r. i nie dopuszczał możliwości zmiany tego terminu, na co jednoznacznie wskazuje zapis w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 7.

Zgodnie z przedmiotową umową okres jej realizacji miał wynieść **114 dni** kalendarzowych (od 18.06.2007 r. do 10.10.2007 r.). Bezspornym jest, że powód zrealizował umowę **w ciągu 164 dni** kalendarzowych (podpisanie bezusterkowego protokołu odbioru nastąpiło dnia 30.11.2007 r.), to oznacza, że powód dopuścił się 50 – dniowej zwłoki oraz, że kara za opóźnienie została mu zgodnie z umową potrącona przy wypłacie wynagrodzenia, a powód nie kwestionował sposobu jej wyliczenia.

Zdaniem pozwanego roszczenie powoda o zapłatę za roboty dodatkowe jest w całości bezzasadne. Strony umówiły się, że za wykonanie całości robót powodowi przysługiwać będzie wynagrodzenie ryczałtowe, bez względu na faktyczny rozmiar i koszt robót. Powód w momencie kalkulowania oferty cenowej był zatem zobowiązany uwzględnić w niej, ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, również nieprzewidziane koszty i rozmiar prac nawet niewskazanych szczegółowo w projektach oraz niezbędny do całkowitego wykonania przedmiotu umowy. Tym samym powód nie może domagać się dodatkowego wynagrodzenia za roboty dodatkowe, których konieczność pojawiła się w trakcie realizacji Umowy. Pozwany powołał przepis art. 632 k.c. oraz 144 p.z.p. jako przepisy, z którymi roszczenia powoda pozostają w sprzeczności.

Odnosząc się jednak merytorycznie do żądania wynagrodzenia za prace dodatkowe, pozwany podał, iż pismo powoda z dnia 28.09.2007 r. nie stanowiło zgłoszenia prac dodatkowych. W piśmie tym bowiem powód wskazywał jedynie te prace jako zmiany projektowe, które – zdaniem powoda – uzasadniły wydłużenie terminu wykonania robót. Pismo to zostało złożone 12 dni przed planowanym zakończeniem prac i dotyczyło prac już wykonanych. Ponadto kwestie wszelkich prac zostały szczegółowo omówione 24.10.2007 r. z udziałem projektantów, co zostało wpisane do dziennika budowy.

Zdaniem pozwanego prace wymienione przez powoda jako dodatkowe nie miały takiego charakteru, można je uznać za prace zamienne, których konieczność wykonania wynikała w znacznej mierze z nienależytego wykonania innych prac przez powoda. Nie jest prawdą, że została zmieniona technologia wykonania cokołów.

Zdaniem pozwanego, powód kwestionując prawo pozwanego do naliczenia kar umownych, nie przedłożył żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że opóźnienie w oddaniu robót było wynikiem okoliczności niezależnych od powoda. To powód zaraz po podpisaniu umowy zaczął opóźniać się z wykonywaniem swoich obowiązków. Powód został wprowadzony na teren budowy dnia 25.06.2007 r., a rozpoczął realizację prac z co najmniej 14 dniowym opóźnieniem. Potwierdzają to zapisy w dzienniku budowy. Pozwany w piśmie z dnia 9.07.,2007 r. wezwał powoda do natychmiastowego rozpoczęcia prac i dopiero wówczas powód rozpoczął pracę.

W trakcie realizacji prac powód wykonywał je w sposób nienależyty, przez co musiał wielokrotnie prace te poprawiać. Powód nie zapewnił właściwej ilości pracowników do wykonywania robót. Wszystkie te fakty znalazły odzwierciedlenie w dzienniku budowy. Ponadto, powód zgłosił w dniu 6.09.2007 r. i 8.09.2007 r. gotowość do odbioru, ale inspektorzy potwierdzili, że prace powoda na ten dzień nie zostały wykonane i nie nadawały się do odbioru.

Kolejną okolicznością obciążającą powoda był fakt niemożności wywiązania się z obowiązków umownych własnymi siłami, do czego się zobowiązał. Powód zaczął zatrudniać podwykonawców już w trakcie realizacji umowy. Niektórzy

podwykonawcy byli zatrudniani pod koniec realizacji zadania do prac, które powinny być wykonywane od początku obowiązywania Umowy.

W tych okolicznościach naliczona kara umowna nie może być – zdaniem pozwanego – uznana za zbyt wygórowaną, co stanowiłoby przesłankę jej miarkowania.

Pozwany zaznaczył też, że pismo obejmujące wezwanie do zapłaty kwoty 425 012,07 zł pochodzi z dnia 22.08.2011 r. czyli zostało sporządzone ponad rok po dacie wniesienia pozwu.

### ***Sąd poczynił następujące ustalenia faktyczne:***

Decyzją z dnia 25 lipca (...). Prezydent Miasta (...) W. zatwierdził projekt budowlany i udzielił pozwolenia na wykonanie robót budowlanych dla Domu Pomocy Społecznej dla (...) w W. przy ul. (...), a w szczególności na roboty budowlane związane z ociepleniem stropodachu i ociepleniem elewacji z kolorystyką ścian, według projektu stanowiącego integralną część niniejszej decyzji.

- **dowód:** decyzja nr (...) k. 93.

Dnia 18.06.2007 r. Dom Pomocy Społecznej dla (...) w W. – jako Zamawiający zawarł z P. S. – jako Wykonawcą, w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Umowę nr (...). Na podstawie tej Umowy Zamawiający zlecił, a Wykonawca przyjął do wykonania zadanie pn. Termomodernizacja budynku (...) oraz modernizacja zadaszenia nad wejściem głównym do budynku (...). Szczegółowy zakres robót został określony w załącznikach do Umowy, a to:

- Projekcie technicznym ocieplenia stropodachu, ocieplenia i kolorystyki elewacji wraz z przedmiarem robót;
- Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych ocieplenia stropodachu, ocieplenia i kolorystyki elewacji;
- Projekcie budowlanym wykonawczym instalacji odgromowej wraz z przedmiarem robót;
- Projekcie modernizacji zadaszenia nad wejściem głównym do budynku wraz z przedmiarem robót;
- Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych modernizacji zadaszenia nad wejściem głównym.

I etap robót pn. „Termomodernizacja budynku (...) obejmował:

- ocieplenie ścian zewnętrznych;
- ocieplenie stropodachu wraz z wymianą pokrycia dachu;
- wymianę instalacji odgromowej.

II etap robót pn. „Modernizacja zadaszenia nad wejściem głównym do budynku (...) obejmował modernizację zadaszenia.

Zgodnie z Umową wprowadzenie Wykonawcy na teren budowy miało nastąpić dnia 25.06.2007 r. na podstawie protokołu sporządzonego z udziałem inspektora nadzoru inwestorskiego i przedstawiciela użytkownika budynku. W tym dniu Zamawiający zobowiązał się przekazać Wykonawcy dziennik budowy i prawomocne pozwolenie na budowę. Wykonawca natomiast zobowiązał się do przedłożenia Zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia podpisania Umowy harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wprowadzenie na budowę mogło nastąpić po akceptacji przez Zamawiającego przedłożonego harmonogramu. Jednocześnie zastrzeżono, że harmonogram musi uwzględniać

założenie, że odbiór częściowy elementów robót podlegających przejściowemu fakturowaniu odbędzie się nie później niż do dnia 31.07.2007 r.

Termin zakończenia robót strony ustaliły na dzień 10.10.2007 r. Przy czym, za termin zakończenia robót strony przyjęły datę podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu Umowy.

Całkowite zryczałtowane wynagrodzenie Wykonawcy za realizację całości przedmiotu Umowy, na podstawie złożonej Oferty, ustalono na kwotę 923 041,42 zł netto (987 654,32 zł brutto).

W Umowie zastrzeżono, że powyższe wynagrodzenie obejmuje całość kosztów robót i wydatków niezbędnych do zrealizowania całości przedmiotu Umowy, na warunkach określonych Umową, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kosztów robót. Wykonawca oświadczył w Umowie, że przed jej podpisaniem dokonał oględzin obiektu, zapoznał się z warunkami wykonania robót i uwzględnił je w kalkulacji ceny ofertowej.

Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonane roboty miało być płatne na podstawie jednej faktury przejściowej i faktury końcowej. Wykonawca został zobowiązany do rozliczenia budowy i wystawienia faktury końcowej w terminie 7 dni od daty ostatecznego odbioru.

Wynagrodzenie Wykonawcy miało być płatne w terminie 30 dni od daty złożenia Zamawiającemu faktury wystawionej przez Wykonawcę.

W Umowie tej strony przyznały Zamawiającemu prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej m.in. za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Jednocześnie przyznano Zamawiającemu prawo do potrącenia kar umownych przy zapłacie wynagrodzenia lub poprzez potrącenie z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy według własnego wyboru. Kara umowna za każdy rozpoczęty dzień zwłoki stawała się wymagalna wraz z pierwszym dniem zwłoki.

Strony zastrzegły, że postanowienia Umowy nie mogą być zmieniane w stosunku do treści oferty na podstawie której został wybrany Wykonawca, chyba że konieczność zmian spowodowana będzie okolicznościami, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy, lub zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego. Dla wszelkich zmian Umowy strony zastrzegły formę pisemną pod rygorem nieważności w formie aneksu zaakceptowanego przez Biuro Ochrony (...) (...) W..

Aneksem nr (...) z dnia 6.08.2007 r. strony zmieniły datę odbioru częściowego elementów robót podlegających przejściowemu fakturowaniu, z dnia 31.07.2007 r. na dzień 8.09.2007 r. Pozostałe zapisy Umowy nie uległy zmianie.

- **dowód:** Umowa nr (...) k. 94-104.

Aneks k. 105.

Harmonogram k. 106-108.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia k. 109-117;

Przedmiar Robót k. 119-166;

Specyfikacja techniczna k. 167-233.

zeznania świadka J. L. k. 584-585.

wyjaśnienia powoda k. 725-726, 956.

Dnia 25 czerwca 2007 r. Wykonawca został protokolarnie wprowadzony na teren wykonywania robót będących przedmiotem Umowy nr (...). Po zapoznaniu się na miejscu z obiektem, Wykonawca oświadczył, że przyjmuje ww.

teren i obiekt do wykonania robót – remontu zgodnie z zawartą Umową i będzie przestrzegał zawartych w niej terminów, a po zakończeniu zgłosi do odbioru.

- **dowód:** protokół wprowadzenia na budowę k. 91-92.

Dziennik budowy k. 34.

Od dnia 25.06.2007 r. do 12.07.2007 r. powód nie wykonywał na terenie obiektu żadnych prac. W piśmie z dnia 09.07.2007 r. pozwany wezwał powoda do natychmiastowego rozpoczęcia prac do dnia 12.07.2007 r, pod rygorem rozwiązania Umowy.

Powód przystąpił do wykonywania prac dopiero dnia 13.07.2007 r.

W dniach 8 i 9 sierpnia, 5, 10, 11 września, intensywne opady deszczu uniemożliwiały powodowi pracę na elewacji i dachu budynku (...).

W dniu 13.08.2007 r. inspektor nadzoru robót elektrycznych stwierdził brak postępu robót przy instalacji ogromowej, brak elektryków na budowie i brak kierownika tych robót.

W dniu 14.08.2007 r. przedstawiciel inwestora stwierdził, że brak obróbek blacharskich oraz brak zabezpieczeń dachu przed opadami atmosferycznymi oraz przeciągające się 6 tygodni roboty remontowe dachu spowodowały zalanie pokoi na III piętrze.

Dnia 20.08.2007 r. inspektor nadzoru robót elektrycznych nadal potwierdził brak postępu robót przy instalacji ogromowej i brak elektryków na budowie. Według stanu na dzień 07.09.2007 r. nadal nie wykonano instalacji ogromowej na dachu budynku.

Powód nie wykonywał prac w terminach wynikających z harmonogramu.

W dniu 07.09.2007 r. inspektor nadzoru – w związku ze zgłoszeniem przez powoda dnia 4.09.2007 r. zakończenia robót i gotowości do odbioru robót dachowych, stwierdził, że prace są nadal kontynuowane i w znacznej części niewykonane, co nie kwalifikuje ich do odbioru.

Dnia 24.10.2007 r. A. R. (1) – inspektor nadzoru budowlanego zwrócił się do Wykonawcy o zwiększenie mocy przerobowej i wskazał na to, że obecny postęp prac nie gwarantuje zakończenia robót do 30.10.2007 r.

- **dowód:** dziennik budowy k. 32-90.

Pisma pozwanego k. 556- 559

zeznania świadka J. L. k. 584-585.

zeznania świadka A. M. k. 666-668.

zeznania świadka A. Z. k. 682.

zeznania świadka A. R. (1) k. 722-724.

W piśmie z dnia 24.09.2007 r. pozwany – po otrzymaniu od powoda umowy z podwykonawcą (...) oświadczył, że akceptuje postanawianie umowy z ww. podwykonawcą za wyjątkiem terminu wykonania na dzień 30.10.2007 r. i jednocześnie oświadczył, że nie wyraża zgody na przesunięcie terminu realizacji umowy nr (...) z dnia 18.06.2007 r.

- **dowód:** pismo pozwanego k. 550- 551.

pismo powoda k. 552.

W piśmie z dnia 28 września 2007 r. powód poinformował Dyrektora Domu Pomocy Społecznej dla (...) w W., że w trakcie realizacji przez niego Umowy zaszła konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych nieprzewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z w dokumentacji projektowej, a koniecznych do wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną. Powód podkreślił, iż wykonanie prac dodatkowych (szczegółowo opisanych w piśmie) podnosi koszty i wydłuża czas realizacji zadania. W związku z tym powód zwrócił się do pozwanego o wydłużenie terminu realizacji Umowy i sporządzenie protokołu rozbieżności w celu podpisania stosownego aneksu do Umowy.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pozwany w piśmie z dnia 19.10.2007 r. przypomniał powodowi, że termin zakończenia przedmiotu Umowy upłynął dnia 10.10.2007 r. oraz, że powód rozpoczął wykonywanie zadania ze znacznym opóźnieniem, bo dopiero dnia 13.07.2007 r. Pozwany zwrócił także uwagę na fakt licznych przestojów pracowników powoda w trakcie wykonywania robót, skutkujących powstałym opóźnieniem oraz na zapewnienia powoda o tym, że końcowy termin wykonania robót nie jest zagrożony. Pozwany stwierdził, że nie zachodzą przesłanki do przesunięcia terminu zakończenia robót, a w świetle art. 144 ustawy o zamówieniach publicznych zmiana taka byłaby nieważna. W odniesieniu do wniosku powoda o podwyższenie wynagrodzenia w związku z robotami dodatkowymi, pozwany przywołał zapis § 4 ust. 2 i ust. 3 Umowy.

- **dowód:** pismo powoda k. 27-30.

pismo pozwanego k. 31.

wyjaśnienia powoda k. 725-726, 956.

Dnia 1.10.2007 r. P. S. – jako Zamawiający zawarł z (...) Sp. Jawną – jako Wykonawcą umowę nr (...), na mocy której Zamawiający zlecił, a Wykonawca przyjął do wykonania modernizację zadaszania nad wejściem głównym do budynku Domu Pomocy Społecznej dla (...) przy ul. (...) w W.. W Umowie tej ustalono termin rozpoczęcia prac na dzień 1.10.2007 r., a zakończenia – na dzień 31.10.2007 r.

W piśmie z dnia 2.10.2007 r. powód powiadomił pozwanego o zawarciu umowy o podwykonawstwo z (...) Spółką Jawną, w miejsce firmy (...).

W piśmie z dnia 6.11.2007 r. (...) Sp. Jawna wskazała P. S., że z jego winy nie mogła prowadzić zleconych jej prac. Wykonanie przedmiotu Umowy było bowiem uzależnione technologicznie od wykonania przez powoda rozbiórki istniejącej uprzednio konstrukcji klatki schodowej. Rozbiórka ta została wykonana przez powoda dopiero dnia 29.10.2007 r. Ponadto, do dnia sporządzenia niniejszego pisma powód nie usunął wad i usterek w wykonanych przez siebie rusztowaniach, co uniemożliwiało (...) wykonywanie prac.

- **dowód:** umowa nr (...) k. 547-549.

pismo powoda k. 546;

pismo podwykonawcy 544-545.

Dnia 19.10.2007 r. powód dokonał wpisu w dzienniku budowy, w którym poinformował o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych nieprzewidzianych w projekcie, których wykonanie wpłynie na wydłużenie terminu realizacji zadania. Powód wniósł o podpisanie aneksu do Umowy wydłużającego czas jej realizacji.

- **dowód:** dziennik budowy k. 61.

wyjaśnienia powoda k. k. 725-726, 956.

Dnia 30 listopada 2007 r. odbył się protokolarny odbiór końcowy robót dotyczących przedsięwzięcia pn. Termomodernizacja budynku (...) oraz modernizacja zadaszania nad wejściem głównym do budynku (...) dla (...) przy ul. (...) w W.. W protokole odbioru końcowego potwierdzono, że powód wykonał całość robót. Nie stwierdzono usterek

w robotach wykonanych przez powoda. Potwierdzono, że całkowita wartość robót wykonanych i odebranych wynosi brutto 987 654,32 zł. Jednocześnie, stwierdzono zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy liczącą 50 dni. Wysokość kary umownej przysługującej Zamawiającemu z tytułu tej zwłoki określono na kwotę 246 913,58 zł – zgodnie z zapisem § 10 ust. 1 pkt b Umowy.

Ustalono, że protokół odbioru końcowego stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę dwóch faktur VAT:

- płatnej ze środków Powiatowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej(...) W. – na kwotę 415 924,66 zł;

- płatnej ze środków inwestycyjnych (...) W. – na kwotę 155 805 zł brutto.

Nadto, uzgodniono, że z wynagrodzenia Wykonawcy zostaną potrącone kary umowne w następujący sposób i wysokości:

- z wynagrodzenia płatnego ze środków Powiatowego Funduszu Ochrony Środowiska ni Gospodarki Wodnej (...) W. – w wysokości 207 962,33 zł;

- z wynagrodzenia płatnego ze środków inwestycyjnych (...) W. – w wysokości 38 951,25 zł.

Powyższa kara umowna została w całości potrącona z wynagrodzenia należnego powodowi zgodnie z powyższymi zasadami. (fakt przyznany)

- **dowód:** protokół odbioru końcowego k. 20-22;

zeznania świadka A. Z. k. 682.

wyjaśnienia powoda k. 725-726, 956.

W notatce do protokołu końcowego odbioru (stanowiącej załącznik do tego protokołu) Wykonawca umieścił informację, iż umowa ryczałtowa nie zawierała wszystkich robót wykonanych przez niego w trakcie realizacji zadania, a których wykonanie było konieczne i niezbędne w celu prawidłowego wykonania zadania. Fakt wykonania robót dodatkowych został potwierdzony wpisami do dziennika budowy i potwierdzony przez inspektora nadzoru.

Ponadto, Wykonawca oświadczył, że nie zgadza się z naliczonymi karami umownymi, albowiem termin robót został przesunięty, a zakres robót – zwiększony. Jednocześnie Wykonawca wniósł o przesunięcie terminu zakończenia robót ustalonego w Umowie oraz o zwiększenie wartości jego wynagrodzenia o roboty dodatkowe nie ujęte w przedmiocie Umowy, a wykonanych zgodnie z zaleceniami Zamawiającego.

- **dowód:** Notatka k. 21-26.

wyjaśnienia powoda k. 725-726, 956.

Powód w dniu 3 grudnia 2007 r wystawił Zamawiającemu dwie faktury VAT. Pierwsza nr 01/12/2007 na kwotę 155 805 zł z tytułu wynagrodzenia za modernizację zadaszzenia nad wejściem głównym do budynku Domu Pomocy Społecznej dla (...) przy ul. (...). Druga nr 2/12/2007 na kwotę 415 924,66 zł z tytułu wynagrodzenia za modernizację budynku Domu Pomocy Społecznej dla (...) przy ul. (...) – etap I.

- **dowód:** faktury VAT k. 17-18.

Dnia 5 grudnia 2007 r. Zamawiający – Dom Pomocy Społecznej dla (...) w W. wystawił notę księgową, w której obciążył powoda karą umowną w kwocie 207 962,33 zł.

- **dowód:** nota księgowa k. 19.



W piśmie z dnia 22.08.2011 r. powód wezwał Dom Pomocy Społecznej dla (...) w W. do zapłaty kwoty 425 012,07 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3.01.2008 r.

- **dowód:** wezwanie ostateczne k. 516.

Powód w trakcie realizacji obowiązków wynikających z Umowy nr (...) wykonał roboty dodatkowe polegające na obłożeniu kominów styropianem grubości 3 cm oraz ich otynkowaniu tynkiem cienkowarstwowym.

Ocieplenie kominów styropianem nie było przewidziane w Umowie, ale kominy powinny być ocieplone, co wynika z potrzeby poprawienia siły ciągu kominowego i jest zgodne ze sztuką budowlaną. Zgodnie z wymaganiami szczegółowymi dla kominów wszystkich typów, kominy na zewnątrz budynku powinny być izolowane termicznie i ten wymóg zawarty jest na liście wymagań eksploatacyjnych i odbiorowych systemów kominowych - Norma (...):2004.

Powód wykonał ocieplenie i otynkowanie kominów w ilości 116,29 m<sup>2</sup>.

Nadto, powód wykonał roboty zamienne w postaci wymiany wpustów dachowych oraz wykonanie zadaszania nad wejściem. Powód wykonał demontaż i obsadzenie wpustów dachowych z kołpakiem w licznie 20 sztuk, a przy kryciu papą termozgrzewalną konieczna była wymiana wpustów, co powód wykonał w ilości 21 sztuk.

Robota zamienna polegająca na wykonaniu zadaszania nad wejściem głównym do budynku została wykonana z inicjatywy własnej powoda. Projekt był wykonany z zastosowaniem profili typu S., natomiast powód zatrudnił w charakterze podwykonawcy firmę (...), która wykonała zadaszanie w wersji zamiennej.

Wykonanie prac zamiennych nie wpłynęło na zwiększenie czasu pracy powoda, co potwierdził nadzór autorski.

Nie można uznać za robotę dodatkową usunięcia istniejącego bitumicznego pokrycia dachu, ponieważ pozycja ta została zawarta w umowie stron i znajduje się w przedmiarze robót, dokumentacji technicznej i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powinna być zatem ujęta przez powoda w kosztorysie ofertowym do przetargu z uwzględnieniem kosztów zdjęcia pokrycia, wywozu z budowy i utylizacji. Koszt wykonania tych prac, a składających się z rozebrania pokrycia dachowego z papy ułożonej na zakład w ilości 6 warstw z usunięciem z dachu, ułożeniem w stopy i wywiezieniem z terenu budowy wyniósłby 49 338 zł netto. Przy założeniu, że zerwana papa została wywieziona do zakładu utylizacji koszt ten wyniósłby 59 063,18 zł netto. Powód powyższe prace zlecił podwykonawcy. Brak jest faktury wystawionej przez tego podwykonawcę za ww. roboty.

Większość obróbek blacharskich wykonanych przez powoda nie stanowi robót dodatkowych, a wynika z faktu wykonania przez powoda zwiększonej ilości robót, co było konsekwencją zaniżonego przedmiaru. Powód samowolnie wykonał zbyt dużą ilość robót blacharskich, co znalazło odzwierciedlenie w zapisach w dzienniku budowy. Obróbki pionowych wewnętrznych płaszczyzn ścian attyki zostały wykonane przez powoda niezgodnie z dokumentacją projektową, co zwiększyło ich ilość. Wykonawca nie uzgodnił tych robót z projektantem oraz inspektorem nadzoru.

Łączna ilość obróbek blacharskich jaka powinna być wykonana wynosi 332,52 m<sup>2</sup>. Przedmiar określający ilość do wykonania był zaniżony o 64,05 m<sup>2</sup>.

Wartość robót dodatkowych wykonanych przez powoda wyniosła 30 279,99 zł netto (+ 7% VAT) = **32 399,58 zł brutto**.

Wartość robót zamiennych wykonanych przez powoda wyniosła 11 550 zł netto (+7% VAT) = **12 358,50 zł brutto**.

Wartość robót wykonywanych przez powoda, a wynikających z zaniżonego przedmiaru wyniosła 5 553,78 zł netto (+7% VAT) = **5 942,54 zł brutto**.

Łączna wartość wymienionych robót wyniosła 47 383,77 zł netto (7% VAT) + 3 316,86 VAT = **50 700,62 zł brutto**.

Całkowity czas wykonania robót dodatkowych i wynikających z błędnego przedmiaru wyniósłby 1 150 roboczogodzin, co daje 144 roboczodniówki, tj. 24 dni przy założeniu, że wymienione roboty wykonywałby zespół 6-osobowy. Przy odpowiednim zwiększeniu obsady czas wykonania tych prac uległby zmniejszeniu. Dotrzymanie umownego terminu wykonania przedmiotu umowy musiałoby się wiązać ze zwiększeniem pracowników zatrudnionych przez powoda na budowie.

- **dowód:** opinia główna i uzupełniająca biegłego k. 774-779; 815-819, 903-910;

zeznania biegłego sądowego k. 870-871.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Niespornym było, że na żądanie pozwu składały się dwa odrębne roszczenia, a to roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego o kwotę 178 098,49 zł oraz roszczenie o zapłatę części umówionego wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 246 913,58 zł stanowiącej równowartość kar umownych, którymi powód został obciążony za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy.

W uzasadnieniu pierwszego roszczenia powód wskazał, iż w ramach realizacji obowiązków wynikających z Umowy stron nr (...) z dnia 18.06.2007 r., wykonał roboty dodatkowe nieobjęte przedmiotem Umowy, których wartość wyliczył na kwotę 178 098,49 zł. Powód zaznaczył, że konieczność wykonania tych robót zgłaszał pozwanemu w trakcie realizacji Umowy, a także wnosił o podpisanie stosowanego aneksu do Umowy, co jednak nie spotkało się z aprobatą pozwanego.

W sprawie nie było sporu co do tego, że do zawarcia Umowy nr (...) doszło w wyniku w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 144 ust. 1 cytowanej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przez strony Umowy oraz w czasie jej wykonywania, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.(ust. 2)

Na tle powołanego przepisu w judykaturze Sądu Najwyższego i sądów powszechnych utrwalił się pogląd, zgodnie z którym do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Przepis ten nie przyznaje natomiast wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego (jak w niniejszej sprawie), art. 144 ust. 1 p.z.p. nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357<sup>1</sup> k.c., który z mocy art. 139 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem orzeczenie sądu w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy. (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. III CSK 143/10)

Zgodnie ze stanowiskiem judykatury, również przepis art. 632 § 2 k.c. może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W wypadku przyjęcia tego przepisu jako podstawy prawnej takiej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych

wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim, w odniesieniu do art. 632 § 2 k.c. określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie, zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 632 § 2 k.c. (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. III CSK 143/10, uchwała Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r. III CZP 41/09, OSNC 2010, Nr 3, poz. 33; (wyroki SN: z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, niepubl. i z dnia 4 lutego 2011 r. III CSK 143/10).

Przenosząc regulację prawną zawartą w art. 144 p.z.p. oraz utrwalone na jej tle stanowisko judykatury na grunt niniejszej sprawy, należało uznać, iż wobec braku zgody pozwanego na dokonanie zmian Umowy nr (...) w zakresie wysokości należnego powodowi wynagrodzenia, przepis ten nie mógł stanowić podstawy prawnej roszczenia powoda o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego.

W tych okolicznościach, należało ustalić, czy zostały spełnione przesłanki do uwzględnienia roszczenia powoda o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c., bądź na podstawie art. 632 § 2 k.c.

Powołane przepisy różnią się pod względem treści, gdyż zgodnie z art. 357<sup>1</sup> § 1 zd. 1 k.c. jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Natomiast zgodnie z art. 632 § 2 k.c. jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca strata, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, przy czym z uwagi na treść § 1 tego artykułu, ma on zastosowanie w sytuacji, gdy strony umówiły się o tzw. wynagrodzenie ryczałtowe, tak jak w niniejszej sprawie.

Z powyższego wynika, że w przeciwieństwie do art. 357<sup>1</sup> k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, przepis art. 632 § 2 k.c. zezwala na modyfikację umowy przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, jej wykonanie groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca strata.

W judykaturze przyjmuje się, że ingerencja sądu w umowny stosunek obligacyjny ma podstawie przepisu art. 357<sup>1</sup> k.c., może mieć miejsce wtedy, gdy wystąpią kumulatywnie następujące przesłanki, do wykazania których zobowiązany jest podmiot, który domaga się ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy:

- 1) źródłem powstania zobowiązania jest umowa,
- 2) nastąpiła zmiana stosunków o charakterze nadzwyczajnym,
- 3) zmiana ta musi nieść za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub musi grozić jednej ze stron rażąca strata,
- 4) między dwoma ostatnimi przesłankami zachodzi związek przyczynowy,
- 5) strony nie przewidywały przy zawieraniu umowy wpływu zmiany stosunków na wykonanie zobowiązania.

Natomiast przesłankami żądania wykonawcy opartego na art. 632 § 2 k.c. są:

- 1) źródłem powstania zobowiązania jest umowa o dzieło/roboty budowlane,
- 2) wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy),

- 3) brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków,
- 4) zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu,
- 5) związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie.

Z powyższego porównania wynika, że przesłanki zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. są szersze niż przesłanki przewidziane w art. 632 § 2 k.c. Dodatkowo Sąd Najwyższy podkreślił, że nie można w pełni utożsamiać przesłanki "nadzwyczajnej zmiany stosunków" z art. 357<sup>1</sup> k.c. i "zmiany stosunków" z art. 632 § 2 k.c. Za samym zrównaniem tych pojęć nie może przemawiać założenie, że w obu tych sytuacjach chodzi o pojawienie się po zawarciu umowy zdarzeń, które nie są objęte typowym ryzykiem kontraktowym wyznaczonym przez określony rodzaj umowy (np. umowy o roboty budowlane). Chociaż obie kategorie nie muszą nawiązywać do zdarzeń o charakterze katastroficznym, to zdarzenie w postaci "nadzwyczajnej zmiany stosunków" powinno zawierać w sobie więcej elementów niezwykłości niż "zmiana stosunków" w rozumieniu art. 632 § 2 k.c.

W pierwszej sytuacji chodzi o zmianę treści stosunku obligacyjnego także przy uwzględnieniu elementu słuszości (rozważenie interesów stron i zasad współzycia społecznego), w drugiej podstawowe znaczenie ma czynnik natury ekonomicznej, tj. zachowanie względnej, odpowiedniej równowagi pomiędzy świadczeniem niepieniężnym wykonawcy robót budowlanych i poziomem należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego, tj. relacja "rozmiaru lub kosztów prac" i określonego w umowie "ryczałtu" (por. wyrok SN z dnia 29 października 2015 r., I CSK 901/14). Innymi słowy, w przeciwieństwie do art. 357<sup>1</sup> k.c., mającego zastosowanie jedynie w razie wykazania nadzwyczajnej zmiany stosunków, przepis art. 632 § 2 k.c. zezwala na modyfikację umowy przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego już w wypadku, gdy skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, jej wykonanie groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą.

W ocenie Sądu, powód nie wykazał, aby w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki do podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego określonego w Umowie stron na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c.

Przeprowadzony przez Sąd na wniosek powoda dowód w postaci opinii biegłego sądowego, pozwolił na ustalenie, że w toku realizacji obowiązków umownych powód wykonał roboty dodatkowe polegające na ociepleniu kominów styropianem, co nie było wprawdzie przewidziane Umową, ale było zgodne ze sztuką budowlaną i wynikało z zobowiązującej Normy (...):2004. Wartość robót dodatkowych zamknęła się kwotą 32 399,58 zł brutto. Ponadto, z opinii biegłego sądowego wynika, że powód wykonał z własnej inicjatywy roboty zamiennie o łącznej wartości 12 358,50 zł. Ponadto, powód wykonał prace dodatkowe wynikające z zaniżonego przedmiaru (przygotowanego przez pozwanego i stanowiącego podstawę oferty powoda), których wartość zamknęła się kwotą 5 942,54 zł brutto.

Zarówno z opinii biegłego sądowego, jak i z zapisów w dzienniku budowy, zeznań świadków: J. L., A. M., A. Z., A. R. (1) oraz wyjaśnień powoda, nie wynika, aby w trakcie realizacji obowiązków umownych przez powoda nastąpiła jakakolwiek „nadzwyczajna zmiana stosunków”, której nie można było przewidzieć w momencie podpisywania Umowy nr (...), skutkiem której po stronie powoda powstała rażąca strata.

W nauce podkreśla się, że pod pojęciem "nadzwyczajna zmiana stosunków" rozumieć należy taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykły, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany. Nadzwyczajna zmiana stosunków może mieć tło przyrodnicze, jak i społeczne. Jako przykłady zdarzeń powodujących nadzwyczajną zmianę stosunków można wskazać na nieurodzaj, epidemie, operacje wojenne, strajki generalne, różnego rodzaju klęski żywiołowe, nadzwyczajną, szczególnie głęboką zmianę sytuacji gospodarczej, gwałtowną zmianę poziomu cen na określonym rynku, długotrwały paraliż środków transportu lub łączności, zmianę ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa itd. Nadzwyczajna zmiana stosunków może wystąpić również w warunkach stabilnego rozwoju gospodarczego, a nadzwyczajną zmianę stosunków może tworzyć ciąg zdarzeń w postaci przemian społecznych, gospodarczych i politycznych, które przez swoje oddziaływanie na treść łączącego strony stosunku

prawnego zniweczyły pierwotne kalkulacje stron, a które nie były, nawet przy dołożeniu należytej staranności do przewidzenia w chwili zawarcia umowy (zob. wyrok SN z dnia 17 października 2012 r., II CSK 646/11, Lex nr 1243010).

W opinii Sądu, w rozpoznawanej sprawie nie zaszła żadna zmiana stosunków, którą można by zakwalifikować jako nadzwyczajną. Brak również podstaw do przyjęcia, że na skutek wykonania robót dodatkowych i wynikających z zaniżonych przedmiarów, powodowi groziła „rażąca strata” (o czym będzie mowa w dalszej części rozważań).

Zdaniem Sądu, w niniejszej sprawie powód nie udowodnił również spełnienia przesłanek z art. 632 § 2 k.c., pozwalających na ingerencję Sądu w wysokość umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Stosownie do przepisu art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

W literaturze przyjmuje się zgodnie, że wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych za wykonanie przedmiotu umowy stanowi jej essentialia negotii (element przedmiotowo istotny), przy czym sposób określenia wynagrodzenia nie został uregulowany w kodeksie cywilnym, a więc strony mogą - w ramach zasady swobody zawierania umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. - ukształtować stosunek prawny w tym przedmiocie zgodnie z zasadami wynikającymi z tego przepisu. O wynagrodzeniu ryczałtowym można mówić w wypadku, gdy strony umówią się z góry na określoną kwotę wynagrodzenia, przy wyraźnej lub dorozumianej ich woli na to, że kwota ta nie będzie podlegać zmianom, a więc z jednej strony wykonawca nie będzie mógł się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego niż umówione, a z drugiej strony inwestor nie będzie mógł żądać jej obniżenia i twierdzić, że doszło do nadpłaty z uwagi na faktycznie wykonane prace.

Zgodnie z przepisem art. 632 § 2 k.c., jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Z orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, iż przesłankami żądania przyjmującego zamówienie opartego na art. 632 § 2 k.c. są: 1) wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy o dzieło); 2) brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków; 3) zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu; 4) związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie.

Wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków (między zawarciem a wykonaniem umowy o dzieło) może przybrać postać zaskakującej zmiany podatków i cel, cen materiałów i innych czynników koniecznych do wykonania dzieła, bez względu na to, czy są one wynikiem zarządzenia właściwego organu państwowego. W każdym wypadku rzeczywista istotna zmiana stosunków obejmuje wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane).

SN stwierdził, że przepis art. 632 § 2 k.c. chroni przyjmującego zamówienie przed rażącą stratą. Utraty dochodu, w szczególności niewielkiego w relacji do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie można utożsamiać z „rażącą stratą” w rozumieniu tego przepisu (OSP 1999, z. 1, poz. 9). Z drugiej strony,

nie musi to być koniecznie strata, która zachwiałaby sytuacją finansową wykonawcy czy groziła mu upadłością. O rażącej stracie decyduje nie samo porównanie aktualnej wartości świadczeń, ale całokształt skutków wykonania zobowiązania dla majątku strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać”. Sąd Najwyższy przyjął, że dla ustalenia rażącej straty w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. niezbędna jest analiza elementów ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego i zestawienie jej z takimi elementami, jak zysk, dochód i inne elementy pozwalające określić to, czy strata (nie szkoda) istotnie powstała, czy powstała właśnie w związku ze zmianą stosunku, czy z innych przyczyn, czy miała charakter rażący i jak ewentualnie liczbowo można ją

wyrazić. Niekorzystny wynik finansowy umowy nie oznacza jeszcze rażącej straty. (por. wyroku SN z dnia 15 listopada 2006 r. ,V CSK 251/06; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CKN 913/97; wyrok SN z dnia 18 września 1998 r., III CKN 621/97).

W judykaturze panuje jednak zgoda co do tego, że skorzystanie z uprawnienia wskazanego w art. 632 § 2 k.c. nie jest możliwe, jeżeli przyjmujący zamówienie popadł w zwłokę z wykonaniem dzieła/ robót budowlanych. (por. wyrok SN z dnia 9 marca 1990 r., IV CR 867/89, OSNC 1991, nr 5–6, poz. 76, z glosą S. Dmowskiego, Orzecznictwo Gospodarcze 1991, nr 1, s. 18–21; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 maja 2016 r. I ACa 179/16).

Z zapisów zawartej przez strony dnia 18.06.2007 r. Umowy, jak również okoliczności przyznanych przez strony, wynika wprost, że wynagrodzenie zastrzeżone dla powoda miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Jednocześnie w § 4 ust. 2 Umowy strony zaznaczyły, że wynagrodzenie to „obejmuje całość kosztów robót i wydatków niezbędnych do zrealizowania całości przedmiotu umowy, na warunkach określonych umową, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kosztów robót”. Nadto, w § 4 ust. 3 Umowy Wykonawca oświadczył, że „przed podpisaniem umowy dokonał oględzin obiektu, zapoznał się z warunkami wykonywania robót i uwzględnił je w kalkulacji ceny ofertowej”.

Powyższe zapisy, w opinii Sądu, uzasadniają zastosowanie przepisu art. 632 § 1 k.c. wykluczającego podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w Umowie stron.

Niezależnie od tego, w ocenie Sądu, powód nie udowodnił żadnej z przesłanek z art. 632 § 2 k.c., która uzasadniałaby podwyższenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Jak wyżej wskazano, brak jest podstaw faktycznych do przyjęcia, że po zawarciu Umowy i w trakcie jej realizacji zaszła taka zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć w dacie podpisywania Umowy, a która ponadto groziłaby powodowi rażącą startą.

Wartość robót dodatkowych (ocieplenie komina styropianem) i robót wynikających z zaniżonego przedmiaru – na podstawie opinii biegłego sądowego – Sąd ustalił na kwotę 38 342,12 zł (32 399,58 zł + 5 942,54 zł), a nie jak twierdził powód – 178 098,49 zł.

Podkreślenia wymaga, że Sąd nie uznał robót zamiennych wykonanych z inicjatywy własnej powoda, bądź jego podwykonawcy za roboty dodatkowe, o których wartość – gdyby zostały spełnione przesłanki z art. 357<sup>1</sup> k.c., bądź art. 632 § 2 k.c. – należałoby podwyższyć wynagrodzenie powoda.

Kwota 38 342,12 zł odpowiadająca wartości robót dodatkowych wykonanych przez powoda, w porównaniu z wynagrodzeniem powoda uzgodnionym przez strony na kwotę 987 654,32 zł brutto, nie może być uznana – w opinii Sądu - jako grożąca powstaniem w majątku powoda „rażącej straty”.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, Sąd oddalił w całości powództwo w części obejmującej żądanie zasądzenia kwoty 178 098,49 zł z tytułu podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego.

Ponadto, uwzględnieniu roszczenia powoda o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego o kwotę 38 342,12 zł stał na przeszkodzie fakt dopuszczenia się przez powoda zwłoki w wykonaniu robót budowlanych będących przedmiotem Umowy.

Niespornym było, że pozwany obciążył powoda karą umowną w kwocie 246 913,58 zł za liczącą 50 dni zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy.

Jako podstawę naliczenia powyższej kary umownej pozwany powołał zapis § 10 pkt 1b Umowy, zgodnie z którym „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki”.

Porównanie daty zakończenia robót ustalonej Umową z datą sporządzenia protokołu odbioru końcowego robót wykonanych przez powoda, pozwala na stwierdzenie, że powód wykonał przedmiot Umowy ze zwłoką liczącą 50 dni, tak jak przyjął pozwany.

Z zapisów w dzienniku budowy, z zeznań świadka J. L., A. Z., A. R. (2), z korespondencji kierowanej do powoda przez pozwanego, wynika niespornie, że powód dopuścił się opóźnienia już z rozpoczęciem prac. Protokolarne wydanie powodowi terenu budowy nastąpiło bowiem dnia 25.06.2007 r., a pierwsze prace powód zaczął wykonywać dnia 13.07.2007 r. Z powyższych dowodów wynika także, że w trakcie realizacji Umowy powód nie wykonywał prac zgodnie z terminami wynikającymi z harmonogramu, mimo, że był dyscyplinowany przez przedstawicieli Zamawiającego, zarówno w zakresie przyspieszenia tempa prac, jak i zwiększenia liczby pracowników.

Powód, w obronie przed zarzutem dopuszczenia się zwłoki w oddaniu przedmiotu Umowy, nie powołał żadnego dowodu. W żaden sposób powód nie usprawiedliwił opóźnienia w przystąpieniu do wykonywania prac. Twierdził jedynie, że z winy jednego z podwykonawców doznał opóźnienia w trakcie realizacji prac. Twierdzenia tego jednak powód również nie udowodnił.

W tych okolicznościach Sąd uznał, iż obciążenie powoda karami umownymi było co do zasady słuszne. Sąd przyjął jednak inny okres zwłoki w wykonaniu przedmiotu Umowy, niż wynikający z wyliczeń pozwanego.

Mianowicie, Sąd uznał, iż od okresu 50 dni zwłoki należy odliczyć 5 dni (8 i 9 sierpnia, 5, 10, 11 września), w trakcie których – co wynika z zapisów w dzienniku budowy – powód nie mógł wykonywać żadnych prac z uwagi na złe warunki atmosferyczne.

Ponadto, kierując się opinią biegłego sądowego, Sąd uznał, iż za usprawiedliwione opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy należy uznać 24 dni, w trakcie których powód mógł wykonać roboty dodatkowe i roboty wynikające z zaniżonych przedmiarów, przy założeniu, że prace te zlecił 6-osobowemu zespołowi pracowników.

Jak wynika z opinii biegłego, roboty polegające na ociepleniu kominów styropianem nie były ujęte w Umowie, a ich wykonanie było zgodne ze sztuką budowlaną. Natomiast zaniżenie przedmiarów stanowiło okoliczność, za którą odpowiedzialność ponosił pozwany. Nie ulega wątpliwości, że na podstawie błędnych przedmiarów powód przygotował swoją ofertę. Prace wykonane zatem, aby naprawić powyższy błąd pozwanego, były w pełni uzasadnione. Czas przeznaczony na ich wykonanie, należało – w opinii Sądu - uznać za usprawiedliwione opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy.

Łączny usprawiedliwiony czas opóźnienia powoda w oddaniu przedmiotu umowy wyniósł zatem – w ocenie Sądu – 29 dni (5 + 24). Tym samym kara umowna wyliczona za ten czas na kwotę 143 209,83 zł (29 dni x 4 983,27 zł [987 654,32 zł x 0,5%]) jest karą nienależną, o którą niezasadnie pomniejszono wynagrodzenie należne powodowi, a wynikające z faktur VAT dołączonych do pozwu.

W pozostałym zakresie, a to odnośnie żądania pozostałej potrąconej kary umownej w kwocie 103 703,75 zł powództwo podlegało oddaleniu.

Orzeczenie o kosztach procesu uzasadnia przepis art. 100 k.p.c. zd. 1, zgodnie z którym w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone.

Porównanie kwoty, której zasądzenia żądał powód w pozwie z kwotą zasądzoną na jego rzecz od pozwanego, pozwala na ustalenie, że powód wygrał proces w 33%, a pozwany – w 67%. Jedyne koszty procesu poniesionymi przez każdą ze stron było wynagrodzenie pełnomocnika będącego radcą prawnym w kwocie 7 217 zł. W związku z tym, powód

powinien zwrócić pozwanemu kwotę 4 835 zł, a pozwany winien zwrócić powodowi kwotę 2 381 zł tytułem powyższych kosztów. Różnica tych kwot stanowi sumę 2 454 zł zasądzoną od powoda na rzecz pozwanego.

Sąd nakazał ściągnąć koszty sądowe, od których powód był zwolniony i które tymczasowo zostały pokryte ze środków budżetowych Skarbu Państwa, a na które składał się wpis sądowy od pozwu (21 251 zł) oraz wynagrodzenie biegłego sądowego (2 653,54 zł) z należności zasądzonych od pozwanego na rzecz powoda w punkcie I wyroku. Podstawę prawną tego rozstrzygnięcia stanowi przepis art. 113 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

***SSO Anna Zborzyńska***