

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Kraków dnia 7 listopada 2012 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie, Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSR Wojciech Żukowski (del.)

Protokolant: starszy protokolant Marzena Stępkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. w Krakowie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie Miejskiej K.

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

o zapłatę

I. ***powództwo oddala,***

II. ***zasądza od strony powodowej Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz strony pozwanej Gminy Miejskiej K. kwotę 3600 (słownie: trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.***

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 5 stycznia 2012 r. strona powodowa Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. wniosła o zasądzenie od strony pozwanej Gminy Miejskiej K. kwoty 95375,52 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 26 czerwca 2011 r. oraz o zasądzenie od strony pozwanej kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na uzasadnienie żądania pozwu podała, że wspólnie z innymi przedsiębiorcami zawarła ze stroną pozwaną umowę dotyczącą budowy linii tramwajowej oraz budowy estakady w ciągu ulic (...). Wynagrodzenie przewidziane w umowie miało charakter kosztorysowy co wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowy i odpowiedzi na pytania oferentów. W pkt 1.1.11 zdefiniowano maksymalną nominalną wysokość zobowiązania zamawiającego określając ją na kwotę 154717230,34 zł. Zakres prac, których wykonania podjęli się konsorcjanci określono w przedmiarach robót stanowiących załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozycja robót, za którą adekwatnej zapłaty domaga się strona powodowa została oznaczona jako pozycja 2.2. „Roboty ziemne z transportem na wysypisko”, która według przedmiaru miała wynosić 11297,9 m³, a strona powodowa zaoferowała cenę jednostkową w kwocie 14,50 zł. netto. W toku robót strona powodowa uzyskała odbiory robót zanikających między innymi stwierdzone protokołami z dnia 3 grudnia 2010 r. i 6 kwietnia 2011 r. Z raportów kontroli robót wynika, że od początku robót wykonano 16645,36 m³, jednakże odbierająca roboty w imieniu inwestora Z. Ł. w to miejsce wpisała 11297,7m³ czyli ilości nie wykonane faktycznie ale wynikające z przedmiaru. Pomimo niekwestionowania rzeczywistej ilości wykonanych robót zwiększona ilość wykazana w obmiarze w stosunku do przedmiaru nie została uwzględniona przez inwestora jako podstawa do wynagrodzenia. W ocenie strony powodowej ponieważ wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy, a autorem przedmiarów był zamawiający, wynagrodzenie powinno być ustalone na podstawie obmiarów powykonawczych nie zaś na podstawie przedmiarów. Strona powodowa domaga

się zatem zasądzenia pozostałej należnej części wynagrodzenia wynikającego z przemnożenia wykonanego zgodnie z obmiarem powykonawczym zakresu i oferowanych cen jednostkowych przyjętych przez zamawiających w odniesieniu do robót ziemnych z transportem na wysypisko wykonanych w ramach robót 5.1.M Drogi, pozycja 2.2. Biernie legitymowanym w sprawie jest Gmina Miejska K., albowiem umowa wyraźnie rozdzielała zadania inwestycyjne i ich płatników, a ponieważ strona powodowa realizowała roboty budowlane w zakresie estakady biernie legitymowaną w niniejszej sprawie jest Gmina Miejska K.. Ponieważ każdy z przedsiębiorców wchodzących w skład konsorcjum wykonywał odrębny element zamówienia a w umowie konsorcjum zastrzeżono, że współpraca pomiędzy nimi nie ma charakteru spółki cywilnej legitymacja czynna przysługuje stronie powodowej jako dochodzącej kwoty wyłącznie jemu należnej.

W piśmie z dnia 8 lutego 2012 r. strona pozwana Gmina Miejska K. wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych. W piśmie z dnia 23 lutego 2012 r. odniosła się strona pozwana merytorycznie do żądania pozwu i zarzuciła, że z uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. wynika nadrzędność projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót. Wykonanie robót budowlanych, które nie zostały przewidziane w projekcie budowlanym nie wymaga zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej ani też umowy na roboty dodatkowe. Z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że rozstrzygającym i podstawowym dokumentem dla zakresu robót i oszacowania ceny jest projekt budowlany. Nie ma znaczenia, iż danych robót jest więcej w stosunku do przedmiaru skoro są zgodne z projektem. Ich cena jest już odpowiednio skalkulowana a ceny robót ziemnych ujętych w projekcie były szacowane przez wykonawcę i miały określoną wysokość nawet jeżeli w przedmiarze jakieś prace ziemne nie zostały uwzględnione. Powód w oparciu o zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mógł wystąpić o zawarcie umowy na roboty uzupełniające czy zlecenie robót dodatkowych, czego nie uczynił.

W piśmie z dnia 14 marca 2012 r. strona powodowa sprecyzowała, że sformułowania „wynagrodzenie kosztorysowe” użyła w pozwie w potocznym znaczeniu, ale domaga się zapłaty wynagrodzenia w oparciu o normę art. 628 § 1 zd. 1 w zw. z art. 647 k.c. gdyż całkowite wynagrodzenie nie zostało ostatecznie ustalone przed realizacją umowy, ale jedynie wskazano podstawy do jego ustalenia w postaci cen jednostkowych prac wskazanych w przedmiarze. Zarzuciła, że prace zostały przewidziane w przedmiarze w nieadekwatnej ilości, ale strona pozwana na żadnym etapie nie kwestionowała faktu, że były one konieczne dla prawidłowego wykonania umowy. Przedmiar nie był traktowany jako podstawa do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia całkowitego i pozwana wyraźnie informowała oferentów, że nie mają się przejmować ewentualnymi błędami w przedmiarze, gdyż wynagrodzenie będzie uzależnione od obmiarów powykonawczych.

W zgłoszonej w dniu 23 marca 2012 r. interwencji ubocznej interwenient Miejskie Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie od strony powodowej na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu interwencji zarzuciła, że w dniu 30 czerwca 2011 r. został podpisany protokół końcowego odbioru obiektu „Budowa estakady w ciągu ulic (...)” co zgodnie z postanowieniem 7.3.5. umowy stanowiło końcowe rozliczenie umownego wynagrodzenia wykonawcy. Zarzuciła, że z zapisów pkt XI ppkt 8 SIWZ wynika, że jeżeli przedmiary nie obejmowały wszystkich faz operacyjnych niezbędnych do wykonania robót, których konieczność wynikała z rysunków i wymagań podanych w specyfikacjach technicznych a także wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, to wykonawca zobowiązany był wyliczyć wynagrodzenie za pominięte fazy do ceny jednostkowej a w konsekwencji nie mógł domagać się za owe fazy wynagrodzenia w wielkości większej niż to wynikało z przedmiarów. Różnica pomiędzy ilością robót wynikających z operatów geodezyjnych a ilością z przedmiarów jest skutkiem pominięcia w przedmiarach niektórych faz operacyjnych robót, które wykonawca obowiązany był wliczyć w cenę jednostkową bez prawa domagania się odrębnego wynagrodzenia. Ponadto za roboty ziemne (wymianę gruntu) wykonawca otrzymał już wynagrodzenie w ramach zamówienia uzupełniającego przewidzianego w umowie z dnia 4 października 2010 r.

dotyczącej robót wzmacniających i stabilizujących grunt. Interwenient zarzucił nadto, że żądanie w zakresie odsetek za opóźnienie jest niezgodne z uregulowaniem zawartym w pkt 7.3.2. umowy.

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2012 r. strona pozwana oświadczyła, że wynagrodzenie zostało ustalone na podstawie cen z oferty, a podstawą ustalenia ceny w ofercie był przedmiar wraz ze specyfikacjami technicznymi a nadto strona pozwana jako jednostka sektora finansów publicznych nie mogła zaciągać zobowiązań, których wartość nominalna należna do zapłaty w dniu wymagalności nie została ustalona w dniu zawierania transakcji.

W piśmie z dnia 19 kwietnia 2012 r. strona powodowa zarzuciła, że do protokołu z dnia 30 czerwca 2011 r. zostało sporządzone „stwierdzenie rozbieżności” wskazujące na istnienie roszczeń strony powodowej. Zaprzeczyła aby zakres roboty objęte niniejszym postępowaniem pokrywały się w całości albo w części z robotami objętymi umową z dnia 4 października 2010 r. Natomiast zarzut niezasadności żądania odsetek za opóźnienie jest bezzasadny, gdyż stopa procentowa określona w pkt 7.3.2 umowy dotyczy tylko wiarygodności niespornych uznanych przez zamawiającego.

W piśmie z dnia 26 czerwca 2012 r. strona powodowa zarzuciła, że strona pozwana stosowała zmienną interpretację umowy tak, jak to było jej wygodne – gdy przerób stwierdzony obmiarem był niższy od przerobu z przedmiaru wynagrodzenie obliczała według rzeczywistego przerobu, ale gdy przerób z obmiaru był wyższy niż przerób z przedmiaru, to obliczała wynagrodzenie wyłącznie w oparciu o przerób z przedmiaru.

W piśmie z dnia 22 października 2012 r. złożonym na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. interwenient uboczny zarzucił, że prace na podatnie umowy zostały wykonane wadliwie oraz zarzuciła, że operaty geodezyjne, na których strona powodowa opiera swoje roszczenie zostały wykonane nierzetelnie. Nieprawidłowości przy wykonaniu inwestycji oszacowano na kwotę 10441880.92 zł.

Bezspornym było pomiędzy stronami, że strona pozwana nigdy nie uznała większej ilości robót aniżeli była przewidziana w przedmiarze oraz że faktycznie ostateczna wysokość wypłaconego wynagrodzenia za cały kontrakt to kwota 151861375,97 zł. (oświadczenia w protokole rozprawy, k. 404/2).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidziano:

- w pkt I pkt 8.2., że rozliczenie robót budowlanych nastąpi w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów częściowych robót oraz w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów końcowych robót
- w pkt XI ppkt 4., że ceny jednostkowe podane w ofercie są cenami ostatecznymi i nie podlegają zmianom przez okres ważności oferty i obowiązywania umowy,
- w pkt XI ppkt 11, że elementem obowiązującym przy ustalaniu ceny jednostkowej jest opis robót ujęty w przedmiarze robót. Przedstawione w przedmiarze robót podstawy wyceny KNR poszczególnych pozycji są podane pomocniczo w celu ułatwienia wyceny jednak kalkulacja ceny jednostkowej jest wyłączną sprawą Wykonawcy
- w pkt XI ppkt 12, że przedmiar robót powinien być odczytywany z powiązaniu z umową, specyfikacjami technicznymi i rysunkami
- w pkt XI ppkt 13, że opisy poszczególnych pozycji przedmiary robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: a) specyfikacji technicznych o obowiązujących przepisów technicznych, b) rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej, c) wiedzy technicznej
- w pkt XI ppkt 15, że ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z rysunkami i wymaganiami, podanymi w specyfikacjach technicznych, a także wiedzą techniczną i sztuką budowlaną.

Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach przedmiaru,

- w pkt XI ppkt 16, że wykonawcy nie zezwala się na dodawanie żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części przedmiaru robót. Jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidoczonych na rysunkach przekazanych wykonawcy to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach przedmiaru,

- w pkt XI ppkt 19, że podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór nad robotami, ustanowiony przez zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót.

Dowód: - odpis specyfikacji istotnych warunków zamówienia, k. 20 i nast.

Na zapytanie nr 48 wykonawcy o treści: „ Czy zamawiający zapłaci za różnice, które wystąpią między przedmiarem na podstawie którego przygotowana będzie oferta a rzeczywistym obmiarem w terenie, z pieniędzy przewidzianych na roboty uzupełniające czy dodatkowe ?” (...) S.A. w imieniu zamawiających odpowiedziało, że „ Rozliczenie z Wykonawcą nastąpi, na podstawie postanowień SIWZ i umowy, w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbioru robót, zgodnie z rzeczywistym obmiarem zamówionych i wykonanych robót”.

Dowód: - pismo z zapytaniami, k. 34-35

W odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotycząc różnic pomiędzy danymi zawartymi w projekcie technicznym dotyczące między innymi objętości robót ziemnych (...) S.A. w imieniu zamawiających odpowiedziało, że należy przyjąć ilości zgodnie z przedmiarami.

Dowód: - pismo z zapytaniami, k. 36-37

W dniu 20 stycznia 2010 r. pomiędzy (...) S.A. w K. i Gminą Miejską K. jako zamawiającymi a konsorcjum firm (...) S.A. w K., (...) sp. z o.o. w W., Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. i T. (...) s.p. z o.o. w W. porozumienie, na mocy którego postanowiły, że Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. jako wykonawcami została zawarta w trybie zamówień publicznych umowa o roboty budowlane obejmująca zobowiązanie wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia pod nazwą „Budowa linii tramwajowej (...) etap (...): Rondo (...) K. – K. – ul. (...) wraz z przebudowa pasa drogowego i budową ul. (...) oraz budową estakady w ciągu ulic (...)” zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zasadami wiedzy technicznej i do usunięcia wszystkich wad występujących w tym przedmiocie w okresie umownej odpowiedzialności za wady oraz w okresie rękojmi za wady fizyczne (pkt 2.1.1 umowy).

W pkt 2.1.6. uznano, że umowę tworzy niniejszy formularz umowy oraz następujące dokumenty, które będą uznawane za integralne części umowy oraz będą stosowne i interpretowane w następującej kolejności: a) dokumentacja projektowa (rysunki), b) umowa, c) Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (ST), d) oferta wybranego przez zamawiającego wykonawcy, d) wyceniony przedmiar robót (kosztorys ofertowy) oraz poprawione przez zamawiającego kosztorysy ofertowe o numerach kolejnych: 18, 30, 49, 57, 65, 69.

W pkt 6.3.4. umowy przewidziano, że odbioru częściowego dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. W przypadku zaistnienia faktycznie stwierdzonych rozbieżności w takcie realizacji robót, różnice są korygowane przy ostatecznym rozliczeniu robót. Jeżeli powodują one zwiększenie ostatecznej wysokości ceny umownej, pokrycie ich kosztów powinno być realizowane na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót i uzgodnionych cen.

W pkt 7.2.1. umowy przewidziano, że maksymalna nominalna wartość zobowiązania zamawiającego wynosi 154717230,34 zł. zmieniona następnie aneksem z dnia 20 stycznia 2010 r. na kwotę 154858898 zł. a następnie na kwotę 155308167,47 zł.

W pkt 7.3.1. umowy przewidziano, że podstawa płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór nad robotami, ustanowiony przez zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót.

W pkt 7.3.2. umowy przewidziano, że wszystkie rozliczenia za wykonane roboty odbywają się na podstawie protokołów odbioru robót, kosztorysów powykonawczych z uwzględnieniem potrąceń wynikających z umowy, w terminie 30 dni od daty dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej i potwierdzonej przez inżyniera faktury VAT.

W pkt 1.1.11 umowy przewidziano, że maksymalna nominalna wartość zobowiązania zamawiającego to wartość równa cennie ofertowej brutto za wykonanie robót, wynikająca z sumowania cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy wycenionym przedmiarze brutto).

W pkt 1.1.28 umowy przewidziano, że zamówienie dodatkowe to jest zamówienie publiczne udzielane wykonawcy, nieobjęte zamówieniem podstawowym i nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędne do jego prawidłowego wykonania, którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W pkt 9.1.9 umowy przewidziano, że w przypadku gdy zachodzi potrzeba wykonania robót uzupełniających, nie przewidzianych w umowie a przewidzianych w SWIZ zamawiający sporządza protokół konieczności a następnie dostarcza dokumentację projektową na te roboty wraz z zamówieniem ich wykonania w trybie wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Na wykonanie robót uzupełniających strony zobowiązane są do zawarcie odrębnej umowy.

W pkt 9.1.10 umowy przewidziano, że w przypadku gdy zachodzi potrzeba wykonania robót dodatkowych zamawiający musi złożyć dodatkowe zamówienie na ich wykonanie, w trybie wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Na wykonanie robót uzupełniających strony zobowiązane są do zawarcie odrębnej umowy.

Umowę za konsorcjum firm podpisał W. N. jako Prezes Zarządu (...) S.A. w K..

Dowód: - odpis umowy, k. 44 i nast.

W przedmiarze robót w pozycji 2.2 roboty ziemne wykonywane koparkami z transportem urobku samochodami na wysypisko na odległość wg decyzji Wykonawcy wraz z kosztami utylizacji przewidziano ilość 11297,9 m3.

Dowód: - odpis przedmiaru, k. 399

W raporcie kontroli robót z dnia 3 grudnia 2010 r. podpisanym przez Z. Ł. – Kierownika Biura Inżyniera Projektu (...) S.A. dotyczącym pozycji 2.2. robot ziemne wykonywane koparkami z transportem urobku samochodami na wysypisko na odległość wg decyzji Wykonawcy wraz z kosztami utylizacji za okres od 1 października 2010 r. do 30 listopada 2010 r. wpisaną pierwotnie ilość wykonanych w danym okresie m3 4528,09 wykreślono, wpisaną pierwotnie ilość wykonanych w danym okresie m3 15825,79 m3 wykreślono zaś ilość wykonanych od początku robót do poprzedniego okresu rozliczeniowego 11297 zatwierdzono.

W raporcie kontroli robót z dnia 6 kwietnia 2011 r. podpisanym przez Z. Ł. – Kierownika Biura Inżyniera Projektu (...)S.A. dotyczącym pozycji 2.2. robot ziemne wykonywane koparkami z transportem urobku samochodami na wysypisko na odległość wg decyzji Wykonawcy wraz z kosztami utylizacji za okres od 24 marca 2011 r. do 4 kwietnia 2011 r. wpisaną pierwotnie ilość wykonanych ogółem od początku robót do poprzedniego okresu rozliczeniowego w wysokości 16645,36m3 wykreślono wpisują w to miejsce 11297,7 m3. Zmiana odręczna liczby 16645,36 na 11.297,7

została dokonana przez E. G. ponieważ taka była ilość przewidziana w projekcie. Zmianę wykonano dlatego, że została przekroczona ilość przewidziana w przedmiarze prac.

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

Dowód: - odpis protokołu, k. 82, 109

- zeznania świadka J. B., k. 406

- zeznania świadka Z. Ł., k. 405

- zeznania świadka W. F., k. 405

Wykopy głębsze niż przewidywał projekt zostały wykonane ponieważ okazało się że w projekcie grunty nieściśle określono jako nośne. Zostało to zgłoszone inwestorowi, że na tych gruntach nie da się posadzić budowli o nazwie droga i zostało to stwierdzone protokołami konieczności.

Dowód: - zeznania świadka J. B., k. 406

W dniu 4 października 2010 r. pomiędzy (...) S.A. w K. i Gminą Miejską K. jako zamawiającymi a konsorcjum firm (...) S.A. w K., (...) sp. z o.o. w W., Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. i T. (...)s.p. z o.o. w W. porozumienie, na mocy którego postanowiły, że Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. jako wykonawcami została zawarta u mowa na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zamówienie uzupełniająca przewidująca wykonanie stabilizacji podłoża gruntowego i wymianę gruntu na ul. (...), ul. (...) oraz dróg serwisowych oraz stabilizację podłoża gruntowego i wymianę gruntu w ul. (...) i ul. (...) wraz z pętlą tramwajową oraz ul. (...). Maksymalną wartość nominalną zobowiązania zamawiającego ustalono na kwotę 13098058,75 zł. Zakres prac określono w oparciu o protokoły konieczności z dnia 14 kwietnia 2010 r. (3 protokoły), z dnia 8 maja 2010 r. i z dnia 7 czerwca 2010 r.

Dowód: - odpis umowy, k. 174 i nast.

W dniu 5 grudnia 2011 r. zostało zwarte pomiędzy (...) S.A. w K., (...) sp. z o.o. w W., Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. i E. (...) s.p. z o.o. w W. porozumienie, na mocy którego postanowiły, że Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. w K. występuje w stosunku do Zamawiającego z żądaniem otrzymania zapłaty za prace wykonywane przez niego bez udziału innych stron porozumienia.

Dowód: - odpis porozumienia, k. 15

W dniu 30 czerwca 2011 r. został sporządzony protokołów odbioru końcowego umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. W tym samym dniu został sporządzony protokół rozbieżności, w którym stwierdzono, że wykonawca wniósł do zamawiającego pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. roszczenie o zapłatę określonych w tym piśmie robót, według wykonawcę nierozliczonych przez zamawiającego, które nie zostały uznane przez zamawiającego w treści protokołów odbioru końcowego robót oraz ostatecznego.

Dowód: - odpis protokołu, k. 168

- odpis stwierdzenia rozbieżności, k. 122

Przy ustalaniu stanu faktycznego oparł się sąd na dowodach z dokumentów prywatnych – umowie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołach, przedmiarze, pismach stron – które nie były kwestionowane co do ich prawdziwości i stanowiły dowód na okoliczność złożenia oświadczeń woli w nich stwierdzonych.

Nie dał sąd wiary zeznaniom świadków W. F. i J. B. co do okoliczności faktycznej ilości wykonanych prac ziemnych, albowiem z zeznań tych wynika, że świadkowie wiedzą w tym przedmiocie czerpią z prywatnych opinii geodezyjnych w sytuacji gdy wiarygodność tych opinii została zakwestionowana przez pozwaną i interwenienta. W pozostałym zakresie co do istotnych w sprawie okoliczności sąd dał wiarę zeznaniom tych świadków i świadka Z. Ł., albowiem zeznania te nie popadają w tym zakresie w sprzeczności ani wzajemnie ani z pozostałym materiałem dowodowym.

Zgłoszone na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. przez stronę powodową wnioski o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka S. W. i A. P. z protokołów konieczności oraz z dziennika budowy na okoliczność faktycznie wykonanej ilości robót przez stronę powodową zostały oddalone, albowiem zgłoszono je ze znacznym uchybieniem terminowi określonym zarządzeniem z dnia 20 kwietnia 2012 r. (k. 225), a pełnomocnik nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających późniejsze zgłoszenie tych dowodów, tym bardziej, że co najmniej treść zapisów dziennika budowy i protokołów konieczności winna być stronie powodowej znana już od momentu ich sporządzenia.

Zgłoszony na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. przez interwenienta wniosek o przesłuchanie świadka Z. Ł. na okoliczność czy na podstawie umowy z 4.10.2010r., wykonawca zobowiązał się do wywiezienia gruntów został oddalony, albowiem świadek umowy tej nie zawierała (podpisali ją wiceprezes zarządu (...) S.A. i prezes Zarządu (...) S.A.) a zatem nie może wypowiadać się co do znaczenia, jakie postanowieniom tej umowy przypisywały zgodnie strony tej umowy, a tylko w takim zakresie zgodnie z art. 65 § 2 k.c. można badać czy w umowie tej strony postanowiły coś, co wykracza poza jej czysto językowe brzmienie dające się ustalić w oparciu o zapoznanie się z dokumentem umowy.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność faktycznej wielkości wykonanych przez stronę powodową prac podlegał oddaleniu z dwóch przyczyn. Po pierwsze, wykonanie takiej opinii wymagałoby zapoznania się przez biegłego z całą dokumentacją budowlaną inwestycji, a wniosku o dopuszczenie dowodu z tej dokumentacji żadna ze stron nie zgłosiła, a w aktach znajdują się tylko jej niewielkie części. Nie jest natomiast dopuszczalne przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie opinii biegłego w oparciu o inne dokumenty, aniżeli dopuszczone w poczet dowodów. Nadto, z uwagi na okoliczność, że niżej przedstawiona ocena prawna stanu faktycznego prowadzi do wniosku, że na stronie pozwanej nie ciążył obowiązek zapłaty za ewentualne prace przekraczające zakres określony w przedmiarach przeprowadzenie tego dowodu należało ocenić jako zbędne dla rozstrzygnięcia.

Oddalono wniosek strony powodowej o przesłuchanie stron, albowiem okoliczności faktyczne, na których udowodnienie wniosek ten został powołany (k. 229-230) nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Natomiast zgłoszony w pozwie wniosek o przesłuchanie stron na okoliczność wykładni postanowienia § 4 pkt 2 porozumienia wykonawczego z dnia 17 maja 2010 r. (k. 72) podlegał oddaleniu, albowiem wykładnia postanowień porozumienia zawartego pomiędzy członkami konsorcjum, bez udziału strony pozwanej i interwenienta, nie może mieć żadnego znaczenia dla wykładni postanowień umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. Zgłoszony w pozwie wniosek o przesłuchanie stron (k. 4/2) dotyczył okoliczności wykonywania umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. i okoliczności te w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia zostały dostatecznie wyjaśnione zeznaniami świadków, a w konsekwencji przeprowadzanie w tym zakresie dowodu z przesłuchania stron było zgodnie z art. 299 k.p.c. niedopuszczalne. Natomiast przesłuchiwanie stron na okoliczności, czy umowa konsorcjum miała charakter umowy spółki cywilnej (k. 5/2) było zbędne, albowiem strona pozwana i interwenient takiego zarzutu nie zgłaszali.

Sąd zważył co następuje:

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Strona powodowa oparła żądanie pozwu w niniejszej sprawie na twierdzeniu, że zgodnie z zawartą pomiędzy stronami umową z dnia 20 stycznia 2010 r. strona pozwana zobowiązana jest do zapłaty również za te faktycznie wykonane przez stronę powodową prace, które nie mieściły się w granicach określonych w przedmiarach, tj. za różnicę

pomiędzy faktycznie wykonanymi pracami obejmującymi 16645,36 m³ robót ziemnych i transportu koparkami a przewidzianymi w przedmiarze pracami obejmującymi 11297,7m³.

Rozstrzygnięcie, czy strona pozwana jest zobowiązana do zapłaty tak określonego wynagrodzenie uzależnione jest w pierwszej kolejności od mających do tego zagadnienia zastosowanie postanowień umowy obowiązującej pomiędzy stronami, a to zgodnie z art. 56 w zw. z art. 353[1] k.c. Podstawowym postanowieniem umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. określającym sposób ustalenia wynagrodzenia jest pkt 7.3.1. umowy, który przewiduje, że podstawą płatności są rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez nadzór (...) oraz ceny jednostkowe podane w wycenionym przedmiarze robót (pkt 7.3 umowy). Stwierdzenie w tym postanowieniu, że podstawą płatności są rzeczywiste ilości prac zarówno zamówionych jak i wykonanych należy rozumieć, że wynagrodzenie należy się za te prace, które były rzeczywiście wykonane ale w granicach zamówienia. Wskazuje na to użycie pomiędzy słowem „zamówionych” a słowem „wykonanych” spójnika „i”, którego sens jest taki, że podstawą zapłaty są prace spełniające kumulatywnie oba te warunki. Konsekwencją tak sformułowanego postanowienia umownego jest to, że jeżeli faktycznie wykonano mniej prac aniżeli zamówiono, to należy się wynagrodzenie stosownie do faktycznie wykonanej ilości prac. Jeżeli jednak faktycznie wykonano prac więcej niż zamówiono, to zamówiona wielkość limituje wysokość wynagrodzenia należnego na podstawie umowy. Jako prace zamówione w rozumieniu pkt 7.2.1. umowy należy rozumieć prace, które zostały przewidziane w przedmiarach robót. Do przedmiarów robót odesłano bowiem ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nadto wyceniony przedmiar robót stanowił również - zgodnie z pkt 2.1.6 umowy - integralną część umowy, a sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia współokreśla zakres zobowiązania wykonawcy co wynika z pkt 2.1.1 umowy. Znaczenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako określającej zakres zamówienia wynika nadto z postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej cytowana jako p.z.p.) gdyż to ten dokument jest udostępniany potencjalnym oferentom w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego, w oparciu o ten dokument oferenci sporządzają oferty a zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Z postanowień Specyfikacji do umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. wynika w sposób jednoznaczny, że zwiększony w stosunku do zamówienia określonego przedmiarem robót zakres poszczególnych prac, których potrzebę zamawiający mógł przy formułowaniu oferty przewidzieć, powinien być przez niego uwzględniony na etapie sporządzania oferty zgodnie z zawartymi w pkt I ppkt 11-16 s.i.w.z. wytycznymi co do ustalenia ceny jednostkowej, w szczególności z postanowieniami pkt 15 (z którego wynika, że koszty faz operacyjnych nie objętych w opisie pozycji przedmiaru powinny być uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach przedmiaru) i pkt 16 (zgodnie z którym jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych na rysunkach przekazanych wykonawcy, to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach przedmiaru). W kontekście tych postanowień umowy i Specyfikacji ani strona powodowa ani jej reprezentant zwierający w jej imieniu umowę z dnia 20 stycznia 2010 r. nie powinni mieć uzasadnionych wątpliwości co do tego, że wynagrodzenie będzie należeć się za tylko za te prace faktycznie wykonane, które były objęte zamówieniem strony powodowej, a zatem przedmiarem, na który powoływano się w specyfikacji. Wątpliwości takich nie powinna wzbudzić u nich odpowiedź udzielona na złożone w toku procedury zamówień publicznych zapytanie o treści „Czy zamawiający zapłaci za różnice, które wystąpią między przedmiarem na podstawie którego przygotowana będzie oferta a rzeczywistym obmiarem w terenie, z pieniędzy przewidzianych na roboty uzupełniające czy dodatkowe?”. Odpowiedź na to pytanie zawierała bowiem w sobie również wskazanie, że zapłata nastąpi zgodnie z rzeczywistym obmiarem zamówionych i wykonanych prac. Niejako na marginesie zauważyć należy, że sama treść zadanego pytania wskazuje na to, że zapytujący zdawał sobie najwyraźniej sprawę, że nie ma możliwości zapłaty za wskazane w pytaniu prace z wynagrodzenia przewidzianego w umowie, skoro pytanie dotyczyło zapłaty za te prace ze środków na roboty uzupełniające lub dodatkowe. Natomiast okoliczność, że w odpowiedzi na zapytania dotyczące rozbieżności pomiędzy przedmiarem a projektem technicznym konsekwentnie udzielana była odpowiedź, że należy przyjąć ilości zgodnie z przedmiarem jednoznacznie wskazywała potencjalnym wykonawcom na znaczenie, jakie zamawiający przydawali zapisom zawartym w przedmiarze.

Podstawy dochodzenia wynagrodzenia za prace przekraczające rozmiar określony w przedmiarze robót nie można również upatrywać w fakcie, że w pkt 7.2.1. umowy przewidziano maksymalną wartość nominalną zobowiązania,

która (pkt 1.1.11 umowy) stanowi sumę cen jednostkowych podanych w ofercie. Wbrew stanowisku strony powodowej z umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. i dokumentów stanowiących ich integralną część w żaden sposób nie wynika możliwość dokonywania przy obliczaniu ostatecznej ceny operacji polegającej na uwzględnieniu przy niektórych pozycjach ofertowych wynagrodzenia wynikającego z większej ilości prac niż przewidywał przedmiar robót „kosztem” tych pozycji, w których rzeczywiście wykonane prace były mniejsze, aniżeli przewidziano w przedmiarze robót. Postanowienie przewidujące maksymalny charakter tego zobowiązania pieniężnego strony pozwanej potwierdza jedynie to, że strona pozwana zobowiązała się zapłacić tylko za prace rzeczywiście wykonane ale zarazem mieszczące się w granicach określonych w zamówieniu. Gdyby bowiem któryś prac mniej wykonano aniżeli to przewidywało zamówienie, to wówczas kwota ostatecznego zobowiązania strony pozwanej byłaby mniejsza od maksymalnej. Natomiast dające się przewidzieć zwiększenie zakresu prac w stosunku do przewidzianego w przedmiarze wykonawca winien był, zgodnie z pkt XI ppkt 15 i ppkt 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uwzględnić ich koszt przy formułowaniu oferty cenowej. Natomiast zwiększony zakres prac niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, których potrzeby wykonawca nie był w stanie na etapie formułowania oferty przewidzieć, podlega uregulowaniu zawartemu w pkt 9.1.10 umowy, przewidującym w wypadku gdy zachodzi potrzeba wykonania prac dodatkowych zawarcie umowy w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo o zamówieniach publicznych. Jeżeli zatem zakresu prac ziemnych, których dotyczy rozstrzygnięcie dochodzone w niniejszej sprawie, rzeczywiście nie dawało się na etapie formułowania oferty i zawarcia umowy przewidzieć, to właściwą drogą do uzyskania wynagrodzenia było zaproponowanie przez wykonawców zamawiającym zawarcia umowy o wykonanie prac dodatkowych.

Treść uregulowań zawartych w pkt I pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pkt 7.3.2. umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. nie przemawiają za uwzględnieniem żądań strony powodowej. W postanowieniach tych odwołano się wprawdzie do rozliczenia robót budowlanych w oparciu o kosztorysy powykonawcze. W kontekście uregulowania z pkt 7.3.1. umowy (i odpowiadającego mu postanowienia z pkt XI ppkt 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w którym mowa jest o wynagrodzeniu ustalonym w oparciu o rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót postanowienia z pkt I pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pkt 7.3.2. umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. mają tylko takie znaczenie, że określają w oparciu o jakie dokumenty rzeczywisty zakres wykonanych robót współlimitujący wielkość należnego wynagrodzenia ma zostać ustalony (tj. w oparciu o kosztorysy powykonawcze i protokoły odbiorów). Nie można jednak tego postanowienia rozumieć w ten sposób, że eliminuje ono tą część postanowienia w pkt 7.3.1. umowy z dnia 20 stycznia 2010 r., w którym jako element współlimitujący wysokość wynagrodzenia określono również zakres zamówienia dokonanego przez zamawiających, gdyż niezrozumiałym byłoby wprowadzanie przez strony dwóch wzajemnie sprzecznych postanowień do tej samej jednostki redakcyjnej umowy.

Sprzeczne z powyższej zaprezentowaną wykładnią umowy nie jest również postanowienie zawarte w pkt 6.3.4 zd. 2 umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. przewidujące, że odbioru częściowego dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. W przypadku zaistnienia faktycznie stwierdzonych rozbieżności w takcie realizacji robót, różnice są korygowane przy ostatecznym rozliczeniu robót. Jeżeli powodują one zwiększenie ostatecznej wysokości ceny umownej, pokrycie ich kosztów powinno być realizowane na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót i uzgodnionych cen. Postanowienie to nie określa sposobu w jaki w takiej sytuacji strony miałyby dokonać uzgodnienia cen za zwiększoną ilość robót, a fakt użycia sformułowania „uzgodnione ceny” wskazuje że strony miały na myśli coś innego, aniżeli zdefiniowaną w pkt 1.1.2 umowy cenę umowną, względnie cenę oferty złożonej do przetargu, w oparciu o którą zgodnie z pkt 7.2.6 ma być ustalane wynagrodzenie. Taki stan rzeczy wskazuje, że przewidziane pkt 6.3.4 pokrycie kosztów może nastąpić tylko w oparciu o dodatkową umowę zawartą zgodnie z pkt 9.1.10 umowy, w ramach której nastąpiłoby uzgodnienie ceny, o którym mowa w pkt 6.3.4. zd. 2 umowy. Interwenient uboczny twierdził zresztą, że takie wynagrodzenie zostało przewidziane w umowie z dnia 4 października 2010 r. i wypłacone. Strona powodowa nie zaprzeczała faktu wypłaty wynagrodzenia należnego z umowy z dnia 4 października 2010 r. jednakże zarzucała, że zakres tej umowy nie obejmował prac, za które domaga się wynagrodzenia w niniejszej sprawie. Zarzut ten nie został jednak przez stronę pozwaną udowodniony. Jak bowiem wynika z umowy z dnia 4 października 2010 r. zobowiązanie wykonawcy z tej umowy obejmowało stabilizację podłoża gruntowego i wymianę gruntów. Z zeznań świadka J. B. wynika bowiem, że zwiększony w stosunku do projektu zakres wykopów ziemi wynikał z faktu, że grunty zostały nieściśle określone jako nośne, co zostało zgłoszone inwestorowi

i stwierdzone protokołami konieczności. Natomiast umowa z dnia 4 października 2010 r. została zawarta właśnie w oparciu o protokoły konieczności (por. § 1 ust. 2 pkt 2 umowy). Zarzut zaś strony pozwanej podniesiony na rozprawie, że wymiana gruntów przewidziana w umowie z dnia 4 października 2010 r. nie przewidywała wywiezienia ziemi, które miało nastąpić tylko na podstawie umowy głównej nie mógł zostać uwzględniony. Sformułowanie „wymiana gruntu” według jego potocznego rozumienia obejmuje bowiem w sobie zarówno dostarczenie gruntu do wymiany i usunięcie gruntu wymienianego, bo bez usunięcia gruntu wymienianego nie mielibyśmy do czynienia z wymianą ale z nawiezieniem nowego gruntu na dotychczas istniejący. Nadto z treści umowy z dnia 4 października 2010 r. ograniczenie na jakie powołuje się strona powodowa bynajmniej wprost nie wynika. Powyższy stan rzeczy silnie przemawia za przyjęciem, że za roboty, za które strona powodowa domaga się wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, strona powodowa rzeczywiście otrzymała wynagrodzenie na podstawie umowy z dnia 4 października 2010 r. a zatem – niezależnie od braku obowiązku zapłaty takiego wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. – tym bardziej nie może domagać się go w niniejszym postępowaniu.

Strona powodowa nie twierdziła, aby nie otrzymała wynagrodzenia za te faktycznie wykonane prace, które były przewidziane w przedmiarze robót do umowy z dnia 20 stycznia 2010 r. Ponieważ z przyczyn wyżej wskazanych umowa z dnia 20 stycznia 2010 r. nie przewidywała obowiązku zapłaty przez stronę pozwaną wynagrodzenia za faktycznie wykonane prace w zakresie przekraczającym wielkości wskazane w przedmiarze robót, obowiązek zapłaty w tym zakresie wynagrodzenia na stronie pozwanej nie ciąży. W konsekwencji powództwo podlegało oddaleniu w całości o czym orzeczono w pkt I sentencji na podstawie wyżej powołanych przepisów.

Na zasądzone w pkt II wyroku od przegrywającej proces strony powodowej na rzecz wygrywającej strony pozwanej Gminy Miejskiej K. na zasadzie art. 98 § 1 k.p.c. koszty postępowania złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika strony pozwanej w kwocie 3600 zł.