

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 29 stycznia 2013 roku pełnomocnik powoda S. Sp z o.o. w Ł. wniósł przeciwko pozwanemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji z siedzibą w P. o podwyższenie o kwotę 315.491,65 zł. wynagrodzenia umownego przewidzianego w umowie zawartej w dniu 29.08.2012 roku pomiędzy stronami oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pełnomocnik podniósł, że podstawę prawną powództwa stanowi art. 632 § 2 k.c., znajdujący przez analogię zastosowanie do umowy o roboty budowlane.

W ocenie strony powodowej organizator przetargu nie przewidział na etapie przedmiarów robót prac, które zostały wykonane dodatkowo. W tej sytuacji przy ustalaniu ryczałtowego wynagrodzenia na etapie tworzenia oferty, Wykonawca nie mógł przewidzieć także prac dodatkowych, a tym samym uwzględnić ich przy opracowywaniu wysokości wynagrodzenia, zaproponowanego w ofercie. Zamawiający, już na etapie realizacji umowy głównej, nie kwestionował tego faktu, jak również zakresu prac. Ich wartość wyniosła blisko 50 % wartości prac z umowy (...). Przy dokonywaniu wyceny wykonawca zastosował te same czynniki cenotwórcze, które wykorzystywał przy tworzeniu oferty.

Brak płatności za wykonanie tych prac grozi Wykonawcy rażącą stratą ekonomiczną. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 67 ustawy PZP ust. 1 pkt 5 b, jak również nie przewidział w (...) możliwości zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w określonych warunkach, odmawiając zawarcia aneksu, wystąpienie z niniejszym powództwem jest konieczne i prawnie uzasadnione.

W odpowiedzi na pozew z dnia 1 marca 2013 roku pełnomocnik pozwanego Ośrodka Sportu i Rekreacji z siedzibą w P. wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów procesu, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pełnomocnik podniósł, że strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Brak jest w ocenie strony pozwanej przesłanek do uwzględnienia żądania powoda na podstawie art. 632 par 2 k.c.

Strona pozwana wskazała, że przepis świadczy o tym, że wynagrodzenie ryczałtowe jest, co do zasady, niezmiennie i nie może być przez strony umowy zmienione. Powód zgadzając się na ten rodzaj wynagrodzenia (przystępując do przetargu i podpisując umowę) musiał zdawać sobie sprawę, że nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w momencie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. ( II CRN 913/97) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagał się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenie stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opiera się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych robotach. Zatem jeżeli w postępowaniu została zastosowana cena ryczałtowa, to wykonawca ponosi ryzyko co do adekwatności ceny do rozmiaru wykonanego zamówienia. Tak więc skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają przy tego rodzaju wynagrodzenia wykonawcę zamówienia, który kalkulując cenę oferty, musi przewidzieć wszystkie okoliczności, mające wpływ na cenę zamówienia. Podwyższenie tego wynagrodzenia wymaga zmiany wiążącej strony umowy, co musi być przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z określeniem warunków takiej zmiany a następnie skonkretyzowane w zawartej umowie. Ponieważ w postępowaniu dotyczącym „Modernizacja niecki basenowej w (...) Ośrodka Sportu i Rekreacji w P. przy ulicy (...)” nie przewidziano zmian tego rodzaju, wszelkie zmiany ustalonego wynagrodzenia były niedopuszczalne i ich wprowadzenie skutkowałoby ich unieważnieniem.

Ostatecznie podczas rozprawy w dniu 23 września 2013 roku pełnomocnik powoda S. Sp z o.o. w Ł. podtrzymał powództwo w zakresie kwotowym, jak w opinii biegłego - podtrzymał powództwo co do kwoty 246 386,93 złotych , a w pozostałym zakresie cofnął powództwo.

Pełnomocnik pozwanego Ośrodka Sportu i Rekreacji z siedzibą w P. wyraził zgodę na cofnięcie powództwa w części określonej przez pełnomocnika powoda i w pozostałej części nie uznał powództwa i wniósł o jego oddalenie.

Pełnomocnicy wnieśli o zasądzenie kosztów postępowania.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Projekt wykonawczy modernizacji niecki basenowej został sporządzony przez (...) sp. z o.o. z W.. Projekt jest z czerwca 2012 roku. Składa się z czterech rozdziałów tj:

1) Opis techniczny modernizacji niecki basenowej - w rozdziale opisane są konieczne do wykonania prace remontowe, czyli prace rozbiórkowe, naprawy niecki powykonanych otworach badawczych, próba szczelności, wykonanie uszczelnienia podpłytkowego, układanie ceramiki basenowej oraz spoinowanie. Podano również wymiary płytek, ich kolor, klasę antypoślizgowości.

Jako podstawę opracowania podano między innymi ekspertyzę techniczną nr (...) niecki i podłoża gruntowego pod niecką wykonaną w kwietniu 2012 roku przez firmę (...) z Ł. (brak w aktach sprawy).

Z opisu wynika, że poza zdjęciem okładziny z płytek wraz z izolacją podpłytkowa, nie przewidywano konieczności usunięcia i odtworzenia warstw podłoża znajdujących się poniżej. Nie zakładano również konieczności wykonania wyrównania podłoża po usunięciu płytek ceramicznych, nakazywano jedynie piaskowanie powierzchni.

2) Montaż oraz wymiana wyposażenia hali basenowej i szatni - opisano rodzaj wyposażenia do zamontowania tj. wyposażenie niecki takie jak słupki startowe, drabinki, liny torowe itp. oraz wyposażenie szatni, czyli szafki z laminatu (...).

3) Część rysunkowa - zawiera trzy rysunki:

- Hala basenowa i niecka. Sposób układania ceramiki (rys. nr 01)
- Wyposażenie niecki basenowej (rys. nr 02)

- Szczegół zasklepienia istniejących otworów badawczych wykonanych w płycie dennej niecki basenu na etapie prac eksperckich związanych z oceną stanu technicznego niecki basenu (rys. nr 03).

Na rysunku nr 03 zaznaczono miejsca wykonania otworów badawczych (6 szt.)

4) Dokumenty projektantów - zawiera dokumenty projektantów, potwierdzające posiadanie przez nich przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz potwierdzenia przynależności do odpowiednich samorządów zawodowych.

### **Projekt nie przewidywał prac związanych z wymianą warstw podłoża betonowego.**

Wykonując ekspertyzę odsłonięto łącznie 6 szt. odkrywek badawczych w różnych miejscach dna basenu.

( dowód: projekt k. 140-155 )

Zamawiający Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w P. ogłosił w trybie ustawy Prawo Zamówień publicznych przetarg nieograniczony , którego przedmiotem była modernizacja niecki basenowej w budynku (...) w P. przy ul. (...).

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotycząca przedmiotowej inwestycji w rozdziale V. „Zamówienia uzupełniające” nie przewiduje udzielania zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W rozdziale XVII „Opis sposobu obliczania ceny” w pkt. 6. Zamawiający żąda od oferentów wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w (...), a następnie przeniesienia tak wyliczonej wartości oferty do (...)

SIWZ nie przewiduje wystąpienia robót dodatkowych. Nie jest opisana procedura zgłaszania, obmiarowania i rozliczania kosztorysowego robót dodatkowych. Nie jest też opisany sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego (metoda szczegółowa czy uproszczona).

Zamawiający nie zobowiązał starających się o udzielenie zamówienia do podania stawek roboczogodziny, narzutów (kosztów pośrednich i zysku) cen materiałów.

W toku postępowania przetargowego pojawiły się zapytania ze strony oferentów w skutek czego SIWZ został zmodyfikowany jak również zostały udzielone odpowiedzi na zapytania. Nastąpiła także modyfikacja SIWZ precyzująca elementy opisu technicznego.

W dniu 9 sierpnia 2012 roku komisja przetargowa poinformowała o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczącej modernizacji niecki basenowej w budynku krytej pływalni w P. przy ul. (...). i znajdowała się tam oferta powoda (...) Sp. z o.o.

( dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 86-108, modyfikacja SIWZ k. 108, protokół k. 82 )

Strona powodowa w dniu 29.08.2012 roku zawarła z pozwanym Ośrodkiem Sportu i Rekreacji z siedzibą w P. umowę , na mocy której zobowiązała się do wykonania robót budowlanych, polegających na modernizacji niecki basenowej w budynku (...) w P. przy ul. (...), zgodnie z opisem przedmiotu umowy znajdującym się w przedmiarach robót, specyfikacjach technicznych wykonania i odebrania robót, w projekcie wykonawczym oraz kserokopii modyfikacji SIWZ stanowiących załącznik nr 1 do umowy.

Przedmiar robót zawiera pięć rozdziałów kolejno zatytułowanych i zawierających:

- 1) Roboty rozbiórkowe - wyliczone zostały ilości robót dotyczące demontażu i utylizacji starego wyposażenia basenu, rozebranie wykładziny ściennej z płytek, piaskowanie powierzchni betonowych, rozkucia i pogłębienie odkrywek oraz wywóz i utylizacja gruzu i ziemi
- 2) Roboty remontowe - dotyczy robót zbrojarskich, betoniarskich i izolacyjnych przy likwidacji odkrywek
- 3) Próba szczelności - dotyczy napełnienia basenu wodą, przeprowadzenia próby szczelności, spust wody i ewentualne doszczelnienia
- 4) Roboty wykończeniowe - w rozdziale podano ilości robót dotyczących ułożenia płytek ceramicznych (z gruntowaniem, wykonaniem izolacji podpłytkowej, wklejeniem taśm uszczelniających) i montażem kratki, pochwytów itp. elementów
- 5) Wyposażenie - rozdział dotyczy dostawy i montażu: podnośnika dla niepełnosprawnych, szafek basenowych oraz elementów wyposażenia basenu (drabinki, słupki startowe, liny torowe itp.)

Brak jest dokładnych wyliczeń ilości przewidzianych do usunięcia płytek ceramicznych. Z punktu 6 (wywóz materiałów z rozbiórki) wynika, że kosztorysant przyjął 4 cm jako grubość płytek wraz z klejem. Brak w rozdziale pozycji dotyczących rozbiórki warstw podłoża betonowego znajdującego się pod wykładziną ceramiczną.

W rozdziale czwartym w pozycji 33 znajdują się wyliczenie ilości koniecznych do ułożenia płytek ceramicznych na zaprawie klejowej o gr. 5 mm. Przy wycenie zastosowano kalkulację indywidualną. Brak jest w rozdziale pozycji kosztorysowych dotyczących przygotowania podłoża pod okładziny z płytek.

Kosztorys ofertowy został opracowany na podstawie (...), który stanowił załącznik do dokumentacji przetargowej. Zawiera on te same rozdziały, pozycje kosztorysowe i ilości robót, co przedmiar. Na stronie tytułowej kosztorysu znajdują się następujące wskaźniki:

- stawka roboczogodziny 14,09 zł
- koszty pośrednie w wysokości 65,10 % wartości robocizny oraz sprzętu

- zysk na poziomie 11,20 % wartości robocizny i kosztów pośrednich od robocizny oraz 11,20 % wartości sprzętu i kosztów pośrednich od sprzętu.

- poziom cen materiałów i sprzętu określono na II kwartał 2012 roku – według cen rynkowych

Kosztorys został sporządzony metodą uproszczoną tj. podano jedynie ceny jednostkowe robót bez szczegółowych ich wyliczeń. Nie dodano zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu.

Przedmiot umowy nr (...) z dnia 29.08.2012 umowy został opisany w § 1., tj wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji niecki basenowej w budynku krytej pływalni, zgodnie z opisem przedmiotu umowy znajdującym się w Przedmiarach (...), Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, Projekcie Wykonawczym oraz kserokopii Modyfikacji SIWZ. Termin zakończenia prac ustalono na 80 dni od daty podpisania umowy.

W zakres czynności remontowych przy modernizacji niecki basenowej w budynku (...) w P. przy ul. (...) wchodziło:

- 1) Demontaż i utylizacja starego wyposażenia basenu (drabinki zejściowe, słupki startowe, zestawy lin torowych, nawrotowych i falstartowych)
- 2) Rozebranie wykładziny ściennej z płytek
- 3) Piaskowanie powierzchni betonowych po zdjęciu płytek
- 4) Naprawa niecki przez odtworzenie ciągłości zbrojenia oraz uzupełnienie betonu w otworach badawczych w płycie dennej niecki basenu
- 5) Wywóz i utylizacja gruzu i ziemi z rozbiórki
- 6) Wykonanie izolacji podpłytkowej z folii w płynie wraz z gruntowaniem i wklejeniem taśm uszczelniających
- 7) Ułożenie płytek ceramicznych wraz z montażem pochwyków, naroży, okładzin stopni, odpływu liniowego, kratek (...) nad rynnami przelewowymi, dekli w napływie naściennym i krat w spuście dennym wraz z uszczelnieniem obwodowej dylatacji w plaży.
- 8) Dostawa i montaż wyposażenia niecki basenu (słupki startowe, drabinki zejściowe, liny torowe, zestawy nawrotne, zestawy falstartowe i podnośnik dla niepełnosprawnych)
- 9) Dostawa i montaż szafek basenowych (...) ze sterowaniem elektronicznym
- 10) Wykonanie próby szczelności basenu

W zakres czynności objętych umową nie wchodziły prace związane z dodatkowym usunięciem odspojonych warstw podłoża betonowych.

Za wykonanie zadania strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe brutto w wysokości 698 640,00 zł. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało wszystkie koszty, jakie ponosi wykonawca w związku z realizacją umowy, a w szczególności: wszystkich robót, organizacji i utrzymania zaplecza technicznego wraz z jego późniejszą likwidacją, koszty związane z materiałami potrzebnymi do wykonania umowy -zgodnie z formularzem ofertowym i kosztorysem ofertowym opracowanym przez wykonawcę na podstawie przedmiaru robót.

(dowód: kserokopia umowy nr (...) z dnia 29.08.2012 r. k. 34-38, przedmiar robót k. 21-24, kosztorys k. 26v-29 )

Po przystąpieniu do realizacji umowy na etapie prac remontowych stwierdzono okoliczności, które nie zostały przewidziane w przedmiarach robót - odspojenie warstwy z wierzchniej betonu grubości około 5 cm od powierzchni dennej niecki basenowej. Zaistniała rodzila konieczność skucia odspojonej warstwy i na jej miejsce położenie nowej, o czym powód poinformował w piśmie z dnia 5 września 2012 roku .

Zasadność tych robót została potwierdzona przez inspektora nadzoru inwestorskiego .

Strona powodowa zwróciła się z wnioskiem o wdrożenie procedury udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 b PZP., której nie uznała strona pozwana, jednakże uznała aneks do umowy w zakresie zakończenia terminu inwestycji.

(dowód: pismo powoda z dnia 5.09.2012 roku, P\N- (...) - (...) k. 39, odpowiedź pozwanej z dnia 30.10.2012 k. 42, aneks nr (...) do umowy (...), pismo OSiR z dnia 9.11.2012 wraz notatką służbową z 9.11.2012 k. 43,44, zeznania świadków T. Ś. k. 276-278, A. B. k. 278, M. M. k. 278-279, W. G. k. 279 – 280, J. R. k. 280)

Po zdjęciu wierzchniej warstwy betonu stwierdzono odspojenie od dna niecki kolejnej 10-centymetrowej warstwy betonu, którą należało usunąć, o czym strony sporządziły w dniu 11 września 2012 roku notatkę służbową. Wykonawca dokonał jakości betonu dnia niecki „młotek S.". Ustalono konieczność usunięcia tej warstwy wylewki do podłoża betonowego. Dnia 2 września 2012 roku strony potwierdziły odspojenie kolejnej warstwy wylewki od podłoża betonowego o grubości średnio 5 cm. Jednocześnie stwierdzono, że odspojenie tej warstwy było możliwe dopiero po osunięciu warstw leżących wyżej.

(dowód: notatka służbowa z dnia 11.09.2012 roku k. 40v, pismo powoda z dnia 11.09.2012 roku- PW- (...) - (...) k. 41, protokół konieczności z dnia 14.09.2012 roku k.40, zeznania świadków T. Ś. k. 276-278, A. B. k. 278, M. M. k. 278-279, W. G. k. 279 – 280, )

Po zdjęciu kolejnych warstw betonu, w dniu 27.09. 2012 strony stwierdziły konieczność usunięcia z dna niecki basenu 10 cm warstwy betonu, zalegającej bezpośrednio na hydroizolacji z papy ze względu na zły stan techniczny betonu na około 50 % powierzchni.

Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w dniu 27.09. 2012 roku nakazał usunięcie wraz z warstwą betonu warstwy hydroizolacji z papy celem umożliwienia wykonania dalszych prac remontowych wykończeniowych bez konieczności wykonania wylewki betonowej na dnie niecki basenu.

Kolejno dniach :

- 15.10.2012 - kierownik budowy, po zdjęciu płytek ze ścian basenu, stwierdził zły stan podłoża ścian
- 16.10.2012 - inspektor nadzoru zalecił wykonanie reprofilacji ścian basenu
- 19.10.2012 - kierownik budowy stwierdził wykonanie reprofilacji ścian basenu. Grubość warstwy wyrównującej deklarował na 2-3 cm

- 22.10.2012 - kierownik budowy, po zdjęciu płytek z plaży, stwierdził zły stan podłoża
- 23.10.2012 - inspektor nadzoru zalecił wykonanie reprofilacji i wyrównania podłoża plaży
- 30.10.2012 - kierownik budowy stwierdził wykonanie reprofilacji podłoża plaży. Grubość warstwy wyrównującej deklarował na maksymalnie 7-8 cm
- 31.10.2012 - inspektor nadzoru nakazał wykonanie reprofilacji dna niecki basenu
- 8.11.2012 - kierownik budowy stwierdził wykonanie polecenia inspektora nadzoru ze wcześniejszego wpisu. Grubość warstwy reprofilującej deklarował na średnio 8 cm

Ostatecznie wylewki skuwane na inwestycji miały grubość 5-10-15 cm.

W dniu 30 listopada 2012 roku został opisany protokół odbioru prac dodatkowych ( protokół karta 52)

W dniu 27 grudnia 2012 roku został podpisany protokół odbioru końcowego inwestycji. Wykonawca został zobowiązany do usunięcia wskazanych podczas odbioru usterek do dnia 04.01.2013 ( protokół karta 53)

W dniu 4 stycznia 2013 roku podpisano załącznik nr 1 do protokołu odbioru zadania inwestycyjnego stwierdzający usunięcie usterek i gotowość do eksploatacji.

(dowód: dziennik budowy k. 243-249, załącznik do protokołu k. 236, zeznania świadków T. Ś. k. 276-278, A. B. k. 278, M. M. k. 278-279, W. G. k. 279 – 280, zeznania J. P. k. 342v nagranie od 03:10-08:49 )

W dniu 11 września 2012 roku strona powodowa przedstawiła dodatkowy kosztorys na kwotę 41 621,26 zł netto .

W dniu 19 grudnia 2012 roku na kwotę 256 497,28 zł netto oraz przedstawiła niedatowany kosztorys na kwotę 42 621,51 zł netto.

Łącznie strona powodowa przedstawiła trzy kosztorysy dodatkowe, z których kosztorys dodatkowy na kwotę 256 497,28 zł netto był przedmiotem rozpoznania w sprawie, gdyż zawierał całkowite zestawienie kosztów dodatkowych poniesionych przez stronę powodową.

Kosztorys składa się z pięciu rozdziałów tj:

- 1) Niecka basenowa - skucie warstwy 5 cm
- 2) Niecka basenowa - skucie warstwy 10 cm
- 3) Niecka basenowa - skucie warstwy 15 cm
- 4) Plaża - skucie warstwy 5 cm + rynny przelewowe
- 5) Niecka basenowa, plaża

Przy opracowaniu kosztorysu powtórzono narzuty kosztów pośrednich (65,10 % wartości robocizny oraz sprzętu) i zysku (11,20 % wartości robocizny i kosztów pośrednich od robocizny oraz 11,20 % wartości sprzętu i kosztów pośrednich od sprzętu) z kosztorysu ofertowego.

Zwiększono natomiast stawkę roboczogodziny z 14,09 zł na 14,16 zł.

Przy wycenie prac wyceniono ponownie niektóre roboty, które mają swoje ceny jednostkowe w ofercie wykonawcy (np. wywóz gruzu).

Strona powodowa na realizację robót budowlanych zaciągnęła kredyt w kwocie 100.000 zł., który został spłacony oraz następnie z powodu przedłużających się robót rozszerzono kredyt na dalsze 100.000 zł. i dotychczas ta należność nie została spłacona. Firma zatrudniała 5 pracowników.

(dowód: kosztorys robót dodatkowych k. 71, 223, 253, zeznania J. P. k. 342v nagranie od 05:25-08:27, opinia biegłego k. 300-320)

Poza zakresem objętym umową powodowa spółka wykonała następujące prace:

- 1) Skucie warstwy betonu o grubości ok. 5 cm (I warstwa) wraz z wywozem i utylizacją gruzu
- 2) Skucie warstwy betonu o grubości ok. 10 cm (II warstwa) wraz z wywozem i utylizacją gruzu
- 3) Skucie warstwy betonu o grubości ok. 10 cm (III warstwa) wraz z usunięciem warstwy izolacji poziomej z papy wraz z wywozem i utylizacją gruzu i papy
- 4) Wykonanie reprofilacji ścian basenu
- 5) Wykonanie reprofilacji i wyrównanie podłoża plaży
- 6) Wykonanie reprofilacji dna niecki basenu
- 7) Wykonanie badania podłoża betonowego młotem Schmitta
- 8) Uszczelnienie dylatacji w płycie dennej niecki basenu

Wyżej wymienione prace były ustalane pomiędzy stronami, co do zakresu rzeczowego (rodzaju prac) i zostały odebrane przez przedstawicieli zamawiającego (Protokół odbioru prac dodatkowych z dnia 30.11.2012 - karta 52).

Wyżej wymienione prace były ustalone pomiędzy stronami również, co do ilości. Wpisy w dzienniku budowy pozwalają oszacować ilości wykonanych robót i były przyjmowane do wiadomości przez przedstawicieli zamawiającego.

Powodowa spółka wykonała także kolejne prace dodatkowe tj:

1. Demontaż ruchomego rurociągu biegnącego dnem niecki basenu wraz z uszczelnieniem otworu w ścianie po wykutej rurze
2. Obniżenie kraterów ściekowych na dnie niecki basenu
3. Wykonanie otworu badawczego w pionowej ścianie basenu wraz z późniejszym jego zabetonowaniem

( dowód: zeznania świadków T. Ś. k. 276-278, A. B. k. 278, M. M. k. 278-279, W. G. k. 279 – 280, zeznania J. P. k. 342v nagranie od 03:10-08:49, opinia biegłego k. 300-320 )

Nie było możliwości przewidzenia przez wykonawcę konieczności zerwania kolejnych trzech warstw podłoża betonowego na dnie niecki basenu i wykonania wynikających z tej sytuacji kolejnych robót dodatkowych.

Na podstawie analizy kosztorysu dodatkowego na kwotę 256 497,28 zł netto (pozostałe kosztorysy dołączone do akt sprawy pominięto z uwagi na powtórzenie robót w nich zawartych w analizowanym kosztorysie) oraz jego porównania z kosztorysem opracowanym przez biegłego (załącznik nr 1 do opinii) stwierdzono zawyżenie wartości robót dodatkowych o 56 182,70 zł netto (a przez to nieprawidłową wycenę) poprzez:

- 1) Przyjęcie błędnej stawki roboczogodziny kosztorysowej (14,16 zł/r-g zamiast 14,09 zł/r-g jak jest przyjęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy).

- 2) Wykonanie ponownej, wyższej wyceny cen jednostkowych prac, które znajdują się już w kosztorysie ofertowym.
- 3) Przyjęcie, jako podstawy wyceny prac, dla których brak jest cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym, nieadekwatnych pozycji katalogów nakładów rzeczowych (KNR) do wykonanych robót.

Wartość robót dodatkowych oszacowana w kosztorysie wynosi 200.314,58 zł netto (246.386,93 zł brutto z podatkiem VAT).

( dowód: opinia biegłego k. 300-320 )

Powyższej wskazany stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie całokształtu materiału dowodowego, który w ocenie Sądu nie budził wątpliwości i nie był kwestionowany przez strony. Strony nie kwestionowały rodzaju i zakresu robót. Strony nie kwestionowały dowodu z opinii biegłego w zakresie budownictwa lądowego L. D., co do wyceny robót.

### ***Sąd zważył co następuje ;***

Możliwość żądania przez stronę stosunku zobowiązaniowego określonego ukształtowania tego stosunku przez sąd jakkolwiek jest kompetencją o charakterze procesowym, stanowi element struktury stosunku zobowiązaniowego. Została przyznana przepisami prawa materialnego i ostatecznym skutkiem jej realizacji jest zmiana zobowiązania .Do przepisów stanowiących podstawę wydania przez sąd orzeczeń wpływających na istnienie lub kształt stosunku zobowiązaniowego zaliczyć należy niewątpliwie art. 357<sup>1</sup> i art. 632 § 2 k.c. Przepis art. 632 § 2 k.c. dotyczy umowy o dzieło, podzielić jednak należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 roku III CZP 41/09 , że może mieć on ( a także art. 629 k.c. ) zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane .Przepis dopuszcza zmianę umowy przez sąd przez podwyższenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, gdy na skutek zmiany stosunków , której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła za umówionym wynagrodzeniem, groziłoby wykonawcy rażąco strata (także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 .02.2011r. –IIICSK 143/10-Lex nr 785535 ) .

Wynagrodzenie ryczałtowe jest jedną z dopuszczalnych przez prawo form umownego określenia wynagrodzenia za wykonane dzieła. Decydując się na przyjęcie tej formy, strony muszą liczyć się z jej bezwzględnym i sztywnym charakterem, który zgodnie z art. 632 § 1 k.c. polega na tym ,że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Jedynie tylko wyjątkowo sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę , jeżeli na skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco strata ( art. 632 § 2 k.c. ).

Wystąpienie przesłanki zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć ( tożsamej z przesłanką okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy ) oraz wystąpienie przesłanki rażącej straty w razie wykonania umowy ( o roboty budowlane ) w tych zmienionych warunkach, uprawniały wykonawcę do wystąpienia z powództwem na podstawie art. 632 §2 k.c.

Na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. wydanego w sprawie III CSK 143/10 przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W wypadku przyjęcia tych przepisów 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. 629 k.c. lub 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. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. ( LEX nr 785535)

Zgodnie zaś z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 roku wydanym w sprawie V CSK 251/06 W art. 632 § 2 k.c. nie chodzi o utratę spodziewanego dochodu ale o poniesienie „rażącej straty” w ramach konkretnego stosunku



prawnego, wyznaczonego zawartą umową o dzieło. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, dla małego zaś być stratą „rażącą”, o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c. ( LEX nr 278677 ).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 września 1998 roku, w sprawie IIICKN 621/97 (OSP 1999, nr 1 poz. 9) stwierdził, że ogólna kondycja finansowa wykonawcy nie ma tu większego znaczenia. Trzeba więc uznać, że chodzi o rażącą stratę poniesioną w ramach konkretnego stosunku prawnego, wyznaczonego zawartą umową o dzieło. Ogólny stan prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa może mieć znaczenie pośrednie o tyle, że ustalając rozmiary poniesionej straty, nie można tego czynić wyłącznie w kategoriach zobiektywizowanych, oderwanych od rozmiarów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, jest bowiem rzeczą zrozumiałą, że ta sama kwota straty może nie mieć znaczenia dla dużego przedsiębiorcy, zaś dla małego być stratą „rażącą”, o jakiej mowa w art. 632 § 2 k.c.

Dodać należy, że w procesie dowód wystąpienia rażącej straty obarcza powoda ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 roku V CSK 251/06 niepubl. ).

Sąd w przedmiotowej sprawie uznał, iż powództwo zasługuje na uwzględnienie zgodnie z treścią art. 632 §2 k.c. nastąpiła bowiem przewidziana w tym przepisie zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i wykonanie tejże umowy o roboty budowlane stanowiłoby dla powoda rażącą stratę.

Prawidłowe wykonanie umowy zawartej przez strony wymagało co jest w sprawie bezsporne wykonania szeregu robót dodatkowych ( których wykonanie, zakres oraz koszt) nie był kwestionowany przez pełnomocników stron i został ustalony w oparciu o opinię biegłego sądowego, który jednoznacznie stwierdził, że konieczności wykonania tych prac nie można przewidzieć w chwili zawarcia umowy przez strony, wynika w toku jej wykonywania ze względu na stan techniczny remontowanego obiektu, co przyznał pozwany, który w toku prac wyraził zgodę na ich wykonanie i akceptując ich niezbędności i wielkość.

Koszt tychże prac dodatkowych określony przez biegłego na kwoty 246 386,93 złotych przyjęty przez Sąd przy wyrokowaniu stanowi 35% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie przez strony i dlatego też Sąd uznał, iż w niniejszej sprawie zachodzi tylko zmiana stosunków, która uzasadnia zastosowanie art. 632 § 2 k.c. i zasądzenie dodatkowego wynagrodzenia bowiem w przeciwnym wypadku firma (...) poniosłaby rażącą stratę wynikającą z tegoż stosunku prawnego, a mającego istotny wpływ także biorąc pod uwagę wielkość i dochody tej spółki na jej całą kondycję i działalność gospodarczą ( kwestia zwiększonego i niespłaconego kredytu).

Z tych też względów Sąd orzekł jak w sentencji i zasądził od pozwanego Miasta P. na rzecz powódki kwotę 246 386,93 złotych –zgodnie z jej żądaniem ( ustalonym na podstawie opinii biegłego )a w pozostałej części z uwagi na skuteczne prawnie cofnięcie powództwa za zgodą pozwanego, umorzył postępowanie na podstawie art. 203 § 4 kpc. w zw z art. 355 kpc.

O kosztach procesu, na które składają się koszty opłaty sądowej, opinii biegłego oraz zastępstwa procesowego stron łącznie ( 32 423 złotych ) orzekł zgodnie z zasadą stosunkowego rozliczenia kosztów procesu ( art. 100 kpc. ) i stosownie do wyniku sprawy ( powódka wygrała w 78%, przegrała 22% - co do których cofnięto powództwo ) obciążyło nim strony procesu.

Z tych względów Sąd orzekł jak w sentencji.