

## UZASADNIENIE

Pozwem z 28 października 2013 r. powodowie M. B. i Z. B. (prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej) złożonym przeciwko Gminie M. wnieśli o zapłatę na ich rzecz solidarnie kwoty 395.466,20 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi do dnia zapłaty w następujący sposób:

- od kwoty 344.400 zł od 6 czerwca 2013 r.
- od kwoty 19.613,36 zł od 18 czerwca 2013 r.
- od kwoty 20.295 zł od 26 czerwca 2013 r.,
- od kwoty 6.642 zł od 12 października 2013 r.,
- od kwoty 501,84 zł od 27 października 2013 r.,
- od kwoty 2.214 zł od 11 listopada 2013 r.,
- od kwoty 1.800 zł od 12 października 2013 r.
- oraz kwoty odsetek ustawowych naliczonych od 40.591,31 zł w stosunku rocznym za okres od 26 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r.

Ponadto domagali się zasądzenia solidarnie na ich rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości trzykrotności stawki minimalnej.

Powodowie wywodzili te roszczenia z zawartej z pozwaną gminą 12 marca 2013 r. umowy o roboty budowlane, dotyczącej realizacji zadania pod nazwą „Renowacja z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”.

W szczególności roszczenie o zapłatę kwoty 344.400 zł powodowie opierali na wystawionej fakturze VAT nr (...) z tytułu części umówionego wynagrodzenia za roboty budowlane z umowy z 12 marca 2013 r., o zapłatę kwoty 19.613,36 zł – na fakturze nr (...) z tytułu wykonania prac dodatkowych i zabezpieczających zgodnie z kosztorysem powykonawczym nr 2 (obie te faktury zostały następnie skorygowane i „rozbite” na faktury (...)). Kwoty 20.295 zł powodowie domagali się jako kary umownej za odstąpienie od umowy na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z § 12 ust. 4 pkt 6 lit. a. Zapłaty kwot 6.642 zł i 2.214 zł (łącznie 8.856 zł) strona powodowa domagała się na podstawie faktur nr (...) wystawionych za magazynowanie materiałów, natomiast kwot 501,84 zł i 1.800 zł (łącznie 2.301,84 zł) żądała na podstawie faktur nr (...) wystawionych za dzierżawę podpór stalowych (spór dotyczył przy tym tego, czy umówiona stawka wynosiła 10 zł za dobę, czy 12 zł). Poza tym powodowie dochodzili odsetek liczonych w stosunku rocznym od kwoty 40.591,31 zł na okres od 26 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r. za dziesięć dni opóźnienia w dokonaniu zwrotu powodom przez pozwaną kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Pozwana Gmina M. złożyła odpowiedź na pozew, w której wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powodów solidarnie na jej rzecz kosztów procesu. W uzasadnieniu pozwana podała, iż 14 listopada 2013 r. – nie wiedząc o wytoczeniu przeciwko niej powództwa – zapłaciła powodom kwotę 47.887,84 zł tytułem rozliczeń między stronami w związku z odstąpieniem przez pozwaną od umowy. Na kwotę tą składały się: 30.732,76 zł z faktury nr (...), 7.431,08 zł z faktury nr (...), 1.500 zł z faktury nr (...), 7.768,30 zł z faktury nr (...) i 455,10 zł z faktury nr (...) i w tym też zakresie uznała powództwo, zaś w pozostałym zakwestionowała dochodzone przez powodów roszczenia. Pozwana przyznała, że strony zawarły umowę dotyczącą renowacji szkoły w M., jak również przyznała fakt, że od niej odstąpiła, jednakże wywodziła, iż zastosowanie znajdują do stosunku prawnego – który łączył strony – przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie k.c., w związku z czym powodom należy się wynagrodzenie jedynie za tą część prac, którą

faktycznie wykonali, a nie umówione wynagrodzenie pomniejszone o to, co zaoszczędzili w związku z odstąpieniem od umowy. Ponadto wskazywała, że podstawę odstąpienia stanowił art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do roszczenia o zapłatę za roboty dodatkowe - którego powodowie dochodzą na podstawie kosztorysu powykonawczego nr 2 - pozwana podniosła, iż powodowie błędnie wyliczyli wartość tych robót, w związku z czym zapłacona już im kwota 7.431,08 zł wyczerpuje ich roszczenie w tym zakresie.

Co do kwoty dochodzonej przez powodów z tytułu kary umownej na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy pozwana podniosła, że kara umowna powodom nie przysługuje, gdyż nie nastąpiło zdarzenie, z którym strony wiązały obowiązek zapłaty takiej kary (to pozwana, a nie powodowie, odstąpiła od umowy).

Co do żądania zapłaty za magazynowanie materiałów pozwana zakwestionowała je utrzymując, iż umowa nie dawała powodom podstawy do formułowania takiego roszczenia.

W zakresie wynagrodzenia za dzierżawę podpór z kolei podniosła, iż strony – wbrew stanowisku powodów – umówiły się na stawkę 10 zł za dobę i według takiej stawki pozwana zaspokoila już ich roszczenie.

Co do żądanych przez powodów liczonych w stosunku rocznym odsetek od kwoty 40.591,31 zł od 26 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r. strona pozwana się nie ustosunkowała.

Na rozprawie 16 kwietnia 2015 r. strony złożyły wyjaśnienia w trybie art. 212 k.p.c., wskazując na kwestie sporne i niesporne. Strona powodowa sprecyzowała, że żądanie pozwu nr 1 i 2 obejmuje kwoty wskazane w fakturach nr (...) po korekcie oraz w fakturach nr (...).

Z kolei pełnomocnik pozwanej na rozprawie 16 kwietnia 2015 r. przyznał, że między stronami nie ma sporu co do zakresu prac, jakie zostały ujęte w kosztorysie powykonawczym nr 2, inspektor nadzoru za strony pozwanej weryfikując kosztorys popełnił bowiem błędy, które miały charakter rachunkowy (w szczególności polegały na pomyleniu w rozliczeniu kwot brutto i netto). Tym samym pozwana sprecyzowała swoje stanowisko wskazując, że kosztorys numer 2 strona pozwana kwestionuje wyłącznie co do pozycji 19 kosztorysu, pod którą ujęta została kwestionowana przez pozwaną praca dotycząca wynoszenia mebli i wyposażenia szkolnego. Wyjaśnił zarazem, że strona pozwana kwestionuje pozycję 19 kosztorysu, stoi bowiem na stanowisku, iż wyniesienie mebli zostało wykonane przez pracowników powodów „grzecznościowo” wobec dyrekcji szkoły, tak samo jak grzecznościowo szkoła udostępniła później pracownikom powoda pomieszczenia socjalne w budynku szkoły.

Następnie przeprowadzone zostało postępowanie dowodowe, przesłuchano świadków, strony, wykonanych zostało 10 opinii przez biegłego sądowego.

Z uwagi na to, że postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w całości zarządzeniem z 5 sierpnia 2021 r. zobowiązano pełnomocników stron – na podstawie art. 15zszs<sup>2</sup> Ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. – do przedstawienia na piśmie stanowiska strony przed zamknięciem rozprawy, w terminie 30 dni, pod rygorem przyjęcia, że strona wnosi jak dotychczas.

Pełnomocnik powodów złożył pismo procesowe z 12 września 2021 r., natomiast pełnomocnik pozwanej pismo procesowe z 22 września 2021 r., następnie pełnomocnik powodów złożył kolejne pismo procesowe z 8 października 2021 r., w którym cofnął pozew co do części żądań (cofnięcie dotyczyło zarówno części kwoty głównej, jak i części dochodzonych odsetek).

Zarządzeniem z 21 października 2021 r. na podstawie art. 203 § 3 k.p.c. zawiadomiono pełnomocnika pozwanej o częściowym cofnięciu pozwu, strona pozwana nie odniosła się do tego zawiadomienia, zgodnie z art. 203 § 3 k.p.c. przyjęto zatem, że pozwana wyraża zgodę na częściowe cofnięcie pozwu.

Postanowieniem z 25 listopada 2021 r. postępowanie zostało umorzone w cofniętej części, tj. poza następującymi kwotami :

- kwotą 313.667,24 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r.,
- kwotą 12.182,30 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r.,
- kwotą 20.295 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 6 czerwca 2013 r.,
- kwotą 6.642 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 12 października 2013 r.,
- kwotą 46,74 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r.,
- kwotą 2.214 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 11 listopada 2013 r.,
- kwotą 300,72 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r.
- oraz kwotą ustawowych odsetek za opóźnienie liczonych od kwoty 40.591,31 zł za okres od 7 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r.

Postanowienie w przedmiocie częściowego umorzenia postępowania jest prawomocne.

Po zamknięciu rozprawy 25 listopada 2021 r. – zgodnie z art. 15zżs<sup>2</sup> Ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. – wydany został wyrok.

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

Powodowie Z. B. i M. B. prowadzą działalność gospodarczą w zakresie budownictwa jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą (...) S.C. M. B., Z. B.”.

Fakt niesporny.

Gmina M. prowadzi Szkołę Podstawową w M., która realizuje działalność oświatową w przedwojennym budynku położonym w miejscowości M..

W 2012 roku wójtem gminy M. była E. R., dyrektorem szkoły - D. W., zastępcą dyrektora szkoły - M. A..

W Urzędzie Gminy M. na stanowisku inspektora do spraw inwestycji, remontów i zamówień publicznych zatrudniony był J. B. (1).

Fakty niesporne.

Budynek szkoły w M. został wybudowany przed 1939 rokiem (nie wiadomo dokładnie kiedy), nie jest wpisany do rejestru zabytków, ale jest objęty opieką konserwatorską konserwatora zabytków.

Fakty niesporne (przyznane przez strony na rozprawie 16 kwietnia 2015 r. )

Gmina M. nie posiada żadnych przedwojennych planów dotyczących budynku, w którym funkcjonuje szkoła podstawowa.

W 2012 r. gmina zamierzała zrealizować zadanie mające na celu termorenowację budynku.

Dowód: przesłuchanie za pozwaną wójta E. R. (k. 740-741)

Realizacja zadania objęta była dofinansowaniem ze środków pochodzących z Unii Europejskiej na podstawie zawartej przez Gminę M. z Samorządem Województwa (...) umowy o dofinansowanie nr (...) - (...) - (...) z 15 listopada 2021 r. Dofinansowanie miało wynieść do 85% kosztów inwestycji.

Dowód: umowa o dofinansowanie nr (...) - (...) - (...) z załącznikami nr 1 i nr 3 (k. 428-447v).

Gmina M. zleciła mgr inż. arch. M. F. wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą: „Termorenowacja starego budynku Szkoły Podstawowej w M. oraz utworzenie miejsca pamięci związanego z tradycjami rybackimi regionu M. ul. (...) nr-15 działka nr ewid.- 159, obr. M.”.

Przed przystąpieniem do prac projektowych architekt M. F. – w obecności zatrudnionego przez gminę inspektora do spraw inwestycji, remontów i zamówień publicznych J. B. (1) – oglądał budynek szkoły w M. i dokonał w całym budynku trzech odkrywek (przy pomocy J. B. (1)). Pracownik gminy postępując ściśle wg poleceń M. F. odkopał fundament w piwnicy, odsłonił ścianki kolankowe w miejscach, w których były pomieszczenia gospodarcze nielekcyjne a nadto w jednym pomieszczeniu zerwał obudowę ścianki kolankowej, trzeciej odkrywki dokonał na strychu.

M. F. dokonywał odkrywek wg własnego uznania, uznał przy tym za stosowne wykonanie tylko tych trzech odkrywek, jako wystarczających do wykonania zleconej mu dokumentacji.

M. F. jest architektem, nie posiadał uprawnień projektanta - konstruktora.

Dowód: zeznania świadka M. F. (k. 719-721, 723);

zeznania świadka J. B. (1) (k. 713-715v, 723).

Przy wykonywaniu odkrywek dokonywanych przez przy pomocy J. B. (1) nie był obecny konstruktor (projektant z branży konstrukcyjnej) mimo tego, że zakres zadania obejmował m.in. naprawę elementów konstrukcyjnych dachu.

Fakt niesporny

W kwietniu 2012 r. wykonana została następująca dokumentacja:

- Projekt (...) -Budowlano-Wykonawczy (...), którego autorem (projektantem) był mgr inż. arch. M. F., sprawdził mgr inż. arch. K. G., a konstrukcją zajmował się inż. arch. J. J. (1);
- „Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych sporządzona przez M. F.;
- (...) sporządzona przez mgr inż. arch. M. F. i mgr inż. arch. A. W..

Dowód: projekt architektoniczno-budowlano-wykonawczy „Ocieplenie budynku i naprawa elementów konstrukcyjnych” z 04.2012 r. – tom 1 (k. 326-377);

projekt architektoniczno-budowlano-wykonawczy „Ocieplenie budynku i naprawa elementów konstrukcyjnych” z 04.2012 r. – tom 2 (k. 197-252);

specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych z 04.2012 r. – tom 2 (k. 253-297);

inwentaryzacja architektoniczno-budowlana z 04.2012 r. (k. 736)

Wójt gminy E. R. zdawała sobie sprawę, że Gmina M. jest gminą niezamożną, po wykonaniu dokumentacji przez architekta M. F. ucieszyła się więc, że konstrukcja dachu budynku szkoły nie wymaga przebudowy ani takiej inwestycji, która zwiększałyby koszty realizacji zadania.

Zakres zadania wg dokumentacji projektowej przygotowanej przez mgr inż. arch. M. F. nie wymagał pozwolenia na budowę (zgodnie z art. 29 ustawy Pr.bud.).

Dowód: przesłuchanie za pozwaną wójta E. R. (k. 740-741)

25 stycznia 2013 r. Gmina M. złożyła w Starostwie Powiatowym w S. pismo zatytułowane „Zgłoszenie robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę”. Powołując się na art. 30 ustawy Pr.bud. gmina wskazała, że prace będą polegały na: wykonaniu ocieplenia ścian fundamentowych, wykonaniu robót naprawczych konstrukcji drewnianej dachu, likwidacji kominów wentylacyjnych i wykonaniu nowego odprowadzenia wentylacji grawitacyjnej dachu, wykonaniu przewodów kominowych, uzupełnieniu belki H. 160 w konstrukcję dachu, termoelewacji, renowacji cokołu kamiennego, wymianie pokrycia dachu, naprawie studzienek piwnicznych.

Dowód: zgłoszenie robót budowlanych z 25.01.2013 r. (k. 378).

7 stycznia 2013 r. sporządzony został kosztorys inwestorski (którego wykonawcą był M. F.), podpisany przez wykonawcę M. F. oraz wójta gminy E. R.. Zgodnie z kosztorysem wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT miała wynieść 446.896,91 zł.

Dowód: kosztorys inwestorski (k. 394-423).

Gmina M. rozpiła przetarg nieograniczony w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych dla zadania pod nazwą „Renowacja wraz z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”, które miało być realizowane w ramach projektu pod nazwą „Renowacja wraz z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M. oraz utworzenie miejsca pamięci związanego z tradycjami rybackimi regionu”.

Fakty niesporne.

W postępowaniu przetargowym przedstawiona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) opatrzona datą 15 stycznia 2013 r., zgodnie z którą zakres prac miał obejmować m.in. ocieplenie ścian fundamentowych, roboty naprawcze konstrukcji drewnianej dachu i nowe uzupełnienia, likwidację kominów wentylacyjnych, nowe odprowadzenia wentylacji grawitacyjnej strychu, przewod kominowy dymowy, uzupełnienie belki konstrukcyjnej (...) 160 w konstrukcję dachu, termoelewację, renowację cokołu kamiennego, wymianę pokrycia dachu i obróbki oraz naprawę studzienek piwnicznych okien.

Oferenci mieli przy tym do składanych ofert załączyć m.in. **wyceniony przedmiar robót** określający ceny netto/brutto według tabeli elementów scalonych, zgodnie z przedmiarem robót załączonym do SIWZ przez Gminę M., nadto sporządzona przez wykonawcę oferta cenowa powinna zawierać wszystkie pozycje wymienione w przedmiarze robót (pkt 13.3.1. SIWZ), zastrzeżono przy tym, że oferent powinien kierować się wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych (pkt 13.3.2.), zaś przedmiar dołączony przez gminę należy traktować jako pomocniczy, niezwalniający oferenta od wykonania i załączenie do oferty własnego wycenionego przedmiaru zawierającego wszystkie roboty niezbędne do wykonania zadania (pkt. 13.3.3. SIWZ).

Do SIWZ jako załączniki zostały m.in. dołączone: wzór umowy oraz udostępniony oferentom przez zamawiającego - Gminę M. przedmiar robót.

Dowód: SIWZ z 15.01.2013 r. (k. 39-55, 448-464);

załącznik nr 4 do SIWZ – wzór umowy (k. 56-63);

załącznik nr 8 do SIWZ - przedmiar robót (k. 64-72).

M. B. i Z. B. jako wspólnicy spółki cywilnej w ogłoszonym przez Gminę M. przetargu złożyli ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową netto 330.000,05 zł (brutto 405.900,06 zł).

Wraz z ofertą złożyli sporządzony przez M. B. kosztorys ofertowy z 8 lutego 2013 r. Zgodnie z kosztorysem wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT miała wynieść 330.000,05 zł.

Zakres robót kosztorysu ofertowego pokrywa się z zakresem robót określonym w pierwotnym przedmiarze robót załączonym do SIWZ, uzupełniony został jedynie o pozycję 89 „wykonanie robót uzupełniających zawartych w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 06.02.2013”.

Dowód: oferta M. B. i Z. B. (k. 379-380);

kosztorys ofertowy M. B. z 8.02.2013 r. (k. 381-393).

ustna opinia biegłego z 26 lipca 2018 r. (k. 1032v-1033v)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z października 2018 r. (k.1052-1057)

ustna opinia biegłego z 14 lutego 2019 r. (k. 1091-1093)

Gmina M. w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego wyłoniła ofertę złożoną przez wspólników spółki cywilnej (...).

Fakty niesporne.

Dokumentacja projektowa wykonana przez M. F. została sporządzona w sposób nierzetelny, zawierała liczne błędy i niedokładności. Dalece nieprecyzyjny był opis przedmiotu zamówienia, istniały bowiem różnice między zakresem przedmiotu zamówienia w postaci tabeli przedmiarów (opisanym w SIWZ) oraz zakresem przedmiotu zamówienia przedstawionym w projekcie architektoniczno-budowlano-wykonawczym „Ocieplenie budynku i naprawa elementów konstrukcyjnych” (w formie rysunkowej i opisowej).

Dowód: ustna opinia biegłego z 26 lipca 2018 r. (k. 1032v-1033v)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z października 2018 r. (k.1052-1057)

ustna opinia biegłego z 14 lutego 2019 r. (k. 1091-1093)

12 marca 2013 r. Gmina M. - reprezentowana przez wójta E. R. (zwana zamawiającym) - zawarła z M. B. i Z. B. (zwanymi wykonawcą) umowę w ramach realizacji zadania „Renowacja z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”.

W § 1 umowy wskazano, że zgodnie z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zleca, a wykonawca przyjmuje do wykonania roboty budowlane według opracowanego przez zamawiającego projektu budowlanego, zgodnie z SIWZ oraz złożoną ofertą wraz z przedmiarem robót, które stanowią załączniki nr 1, 2 i 3 do umowy, wskazano również, iż przedmiot umowy obejmuje zrealizowanie w szczególności robót wymienionych w pkt 13.3.1. SIWZ. Stosownie do § 2 przekazanie placu budowy i dokumentacji technicznej miało nastąpić 10 kwietnia 2013 r., rozpoczęcie robót 15 kwietnia 2013 r., a ich zakończenie do dnia 20 sierpnia 2013 r.

W § 3 wskazano, że inspektorem nadzoru budowlanego będzie B. M., kierownikiem budowy M. B., a pracownikiem gminy upoważnionym do kontaktów z wykonawcą J. B. (1).

W § 4 strony określiły obowiązki spoczywające na wykonawcy i tak, w ust. 2 wskazały, że wykonawca jest zobowiązany posiadać atesty na materiały użyte do wykonania zadania, lub aprobaty techniczne, świadectwa jakości, w ust. 11, że będzie informował inspektora nadzoru i zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych lub

zamiennych w terminie 2 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania, czy też stosownie do ust. 12 – informowania o terminie zakrycia robót ulegających zakryciu.

Wynagrodzenie wykonawcy strony określiły w § 5 ust. 1 jako ryczałtowe w kwocie 330.000,05 zł netto (405.900,06 zł brutto), zaś w ust. 2 wskazały, że kwota ta zawiera wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy wynikające wprost z dokumentacji projektowej i przedmiaru robót, jak również nie ujęte, a niezbędne do wykonania zadania, a w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy.

W § 5 ust. 6 wskazano natomiast, że końcowe rozliczenie wynagrodzenia nastąpi fakturą końcową na podstawie protokołu odbioru końcowego, sporządzonego przy udziale przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy oraz inspektora nadzoru. Termin zapłaty określono w § 6 ust. 1 i 2 umowy jako 30 dni licząc od dnia doręczenia przez wykonawcę dla zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury wraz z dokumentami rozliczeniowymi.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać wniesione przez wykonawcę w formie gotówki w kwocie 40.590 zł (tj. 10% wynagrodzenia ustalonego w § 5 ust. 1), stosownie do § 7 ust. 1 i 2, zaś zwrócone w części stanowiącej 70% w terminie 30 dni od dnia przekazania przez wykonawcę robót budowlanych i przyjęcia ich przez zamawiającego jako należycie wykonanych, zaś w pozostałej części w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady (§ 7 ust. 3 i 4).

W § 10 ust. 1 strony przewidziały kary umowne, które zobowiązany był zapłacić dla zamawiającego wykonawca: za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, za zwłokę w usunięciu wad, za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę (pkt 1) oraz dla wykonawcy zamawiającego (pkt 2), w szczególności:

stosownie do § 10 ust. 1 pkt 2 lit. a – za zwłokę w rozpoczęciu czynności odbioru;

stosownie do § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b – „z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez zamawiającego w wysokości 5% wynagrodzenia brutto ustalonego w umowie”. „Wynagrodzenie brutto” miało być rozumiane jako ogólna wartość całości przedmiotu umowy (§ 10 ust. 2).

Zgodnie z § 11 zmiana umowy mogła zostać dokonana jedynie pisemna pod rygorem nieważności (ust. 1), przy czym nie mogły zostać zmienione postanowienia umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z wymienionych w umowie okoliczności, jak np. zmiany terminu wykonania umowy o czas opóźnienie, jeżeli wystąpi i będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy w przypadku zmian w dokumentacji dokonanych na wniosek zamawiającego, siły wyższej, konieczności wprowadzenia uzgodnionych rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru, odступаających w sposób istotny od projektu (ust. 2 pkt 5 lit. a, f, g).

Strony uregulowały kwestię odstąpienia od umowy w jej § 12: stosownie do ust. 1 zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy zgodnie z art. 656 § 1 k.c., a ponadto m.in. w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy; odstąpienie od umowy w tym przypadku mogło nastąpić w terminie miesiąca od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach (pkt 1).

W ust. 2 z kolei przyznano wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od umowy jeżeli, zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur mimo dodatkowego wezwania, w terminie 1 miesiąca od upływu terminu na zapłatę faktur określonego w umowie (pkt 1), jeżeli zamawiający odmawia bez uzasadnionej przyczyny odbioru przedmiotu umowy lub odmawia podpisania protokołu odbioru (pkt 2).

Stosownie do § 12 ust. 3 do odstąpienia od umowy strony zastrzegły wymóg zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności oraz wymóg uzasadnienia odstąpienia.

Wzajemne obowiązki strony, w przypadku dokonania odstąpienia od umowy przez którąś z nich, uregulowały natomiast w § 12 ust. 4 i tak, stosownie do pkt 1, w terminie 7 dni od daty odstąpienia od umowy wykonawca

przy udziale zamawiającego mieli sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia; stosownie do pkt 2 wykonawca miał zabezpieczyć przerwane roboty w zakresie obustronnie uzgodnionym, na koszt strony, z winy której nastąpiło odstąpienie od umowy; zgodnie z pkt 3 wykonawca miał sporządzić wykaz materiałów, które nie mogą być wykorzystane przez niego do realizacji innych robót nieobjętych tą umową, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych; zgodnie z pkt 4 wykonawca miał zgłosić do dokonania przez zamawiającego odbioru robót przerwanych oraz zabezpieczających, jeżeli odstąpienie nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada; z kolei stosownie do pkt 5 wykonawca miał niezwłocznie, a najpóźniej w terminie 10 dni, usunąć z terenu budowy urządzenia zaplecza przez niego dostarczone lub wniesione.

§ 12 ust. 4 pkt 6 lit. a umowy strony nadały z kolei następujące brzmienie: „zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada zobowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia”.

Dowód:umowa z 12.03.2013 r. (k. 31-38, 424-427).

Zakres robót budowlanych nie wymagał - zgodnie z ustawą Prawo budowlane - aby inwestor zatrudnił inspektora nadzoru, mimo tego w umowie w § 3 zamieszczono zapis o powierzeniu funkcji inspektora nadzoru (...) budownictwa (...). Nie był on jednak inspektorem nadzoru w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, gmina zatrudniła go po to, aby mieć kontrolę nad stanem budowy.

B. M. nie miał uprawnień do wykonywania funkcji inspektora nadzoru budowlanego, zawarł więc umowę podwykonawczą z (...) budownictwa (...), który posiadał takie uprawnienia, w celu zapewnienia sobie jego wsparcia przy wykonywaniu czynności objętych umową z Gminą M..

Dowód: zeznania świadka B. M. (k. 715v-171v, 723);

zeznania świadka S. T. (k. 717v-718v, 723).

W dniu zawarcia umowy wykonawcy wnieśli zgodnie z § 7 umowy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wartości przedmiotu umowy, co stanowiło kwotę 40.590 zł.

Fakt niesporny.

Przed rozpoczęciem robót pracownicy M. B. i Z. B. przenieśli – na prośbę dyrekcji remontowanej szkoły – z pierwszego piętra na parter meble i wyposażenie sal szkolnych, aby swobodnie prowadzić na piętrze prace remontowe. Pracownicy ci nie rozmawiali wówczas z dyrektorem szkoły ani z przedstawicielem gminy o wynagrodzeniu za tą czynność. Dyrektor szkoły D. W. uważała, że jest to usługa wykonana grzecznościowo. Na tej samej zasadzie – to jest grzecznościowo – dyrektor szkoły udostępniła pracownikom M. B. i Z. B. pomieszczenia w budynku do wykorzystania w celach socjalnych. Pracownicy ci korzystali także nieodpłatnie z dostępu do wody i energii elektrycznej. Świadczenie tych usług przez szkołę nie było objęte umową ani kosztorysami sporządzonymi w oparciu o przedmiar robót.

Dowód: zeznania świadek D. W. (k. 721-721v, 723);

zeznania świadka M. A. (k. 721v-722, 723);

kosztorys ofertowy z 8.02.2013 r. (k. 381-393);

kosztorys inwestorski z 7.01.2013 r. (k. 64-72, 394-423).

Zakres robót objętych umową z 12 marca 2013 r. nie wymagał (zgodnie z ustawą Prawo budowlane) prowadzenia dziennika budowy wydanego przez Starostę, tym niemniej w toku realizacji budowy strony posługiwały się formularzem dziennika budowy w celu dokumentowania poszczególnych prac wykonywanych na placu budowy oraz prowadzenia korespondencji.



M. B. odnotował w nieformalnym dzienniku budowy rozpoczęcie prac z datą 10 kwietnia 2013 r.

Fakt niesporny (nieformalny dziennik budowy - k. 73-85, 465-471v).

Podczas realizacji robót wykonawca dokonał odkrywek pod stropem dachu na strychu budynku oraz stwierdził, że stan belek stropu powoduje niestabilność konstrukcji całego gmachu. Fakt ten wykonawca zgłosił inwestorowi.

7 maja 2013 r. miała miejsce narada, z której sporządzono pisemną notatkę służbową. W naradzie uczestniczyli: J. B. (1) z Urzędu Gminy M., B. M. (nadzór budowy), M. B. (kierownik budowy), M. F. i A. F. (jako projektanci). W notatce zapisano, że tego dnia dokonano przeglądu budynku i stwierdzono odcięcie belki stropowej na odcinku płatew-krokiew, co zmienia układ statyczny budynku i sprawia, że prace nie mogą być kontynuowane. W związku z tym inwestor zlecił projektantowi wykonanie projektu zamiennego, zaś kierownik budowy miał natychmiast zabezpieczyć obiekt, aby nie nastąpiło zachwianie budynku. Skonkludowano też, że dalsze prace nie mogą być kontynuowane.

W nieformalnym dzienniku budowy wpisem opatrzonym datą 7 maja 2013 r. projektant M. F. odnotował, że miała miejsce wizytacja budowy, stwierdzono trwałą wadę budynku (belki stropu są obcięte i nie stanowią elementów konstrukcji budynku).

W czynnościach tych uczestniczył S. T. - jako osoba zatrudniona przez B. M..

Dowód: nieformalny dziennik budowy (k. 73-85, 465-471v);

notatka służbowa z 7.05.2013 r. (k. 86, 472);

zeznania świadka J. B. (1) (k. 713-715v, 723);

zeznania świadka B. M. (k. 715v-717v, 723);

zeznania świadka S. T. (k. 717v-718v, 723);

zeznania świadka M. F. (k. 719-721, 723).

8 maja 2013 r. J. B. (1) wysłał do M. F. e-mail w którym wskazał, że w związku z potrzebą wykonania prac dodatkowych Gmina M. może dysponować na ten cel kwotą 136.182,91 zł brutto. Załączył do niego również symulację w zakresie kosztów robót dodatkowych.

Dowód: e-mail z 8.05.2013 r. (k. 589-590).

M. F. jako projektant sporządził datowany na maj 2013 r. „Zamienny projekt architektoniczno-budowlany Ocieplenie Budynku i P. Dachy wraz z N. (...) Konstrukcyjnych” (K. G. sprawdził architekturę, J. J. (1) odpowiadał za konstrukcję, a J. J. (2) sprawdził konstrukcję).

Z kolei B. F. sporządziła kosztorys inwestorski w oparciu o zamienny projekt architektoniczno-budowlany, przy czym opatrzyła go omyłkowo błędną datą „2013-01-07”. Zgodnie z tym kosztorysem wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT wynieść miała 757.472,78 zł.

Dowód: zamienny projekt architektoniczno-budowlany Ocieplenie budynku i przebudowa dachu wraz z naprawą elementów konstrukcyjnych z 05.2013 r. (k. 473-552);

kosztorys inwestorski z 2013 r. (k. 553-587).

Zmiany wprowadzone projektem zamiennym w stosunku do dokumentacji pierwotnej sprowadzały się do zmiany konstrukcji dachu wynikającej ze stwierdzonego w trakcie realizacji robót budowlanych niezgodności założeń dokumentacji projektowej pierwotnej w stosunku do stanu faktycznego obiektu oraz zasadniczych zmian kształtu

dachu budynku. Zmiany kształtu dachu zaproponowane przez nadzór autorski był przy tym konieczne ze względu na nieprzewidywaną pierwotnie znaczną ingerencję w konstrukcję dachu, a co za tym idzie koniecznością zatwierdzenia projektu przez organy administracji budowlanej w formie decyzji o pozwoleniu na budowę. W takim zaś przypadku konieczne jest doprowadzenie obiektu do stanu zgodnego z obowiązującymi w dniu złożenia wniosku przepisami technicznymi lub uzyskanie decyzji właściwego ministra o zgodzie na odstępstwo od tych przepisów.

Projekt zamienny obejmował także nie występujący w ogóle w dokumentacji pierwotnej zakres prac budowlanych obejmujący branżę elektryczną.

Zmiany projektowe obejmowały zmiany architektury (w szczególności wykonanie nowych okien połaciowych, wykonanie podniesienia części północnej połaci dachu celem zwiększenia wysokości części pomieszczeń na poddaszu, osadzenie okien w nowoutworzonej lukarnie oraz ściance kolankowej) oraz zmiany konstrukcyjne (w szczególności wykonanie większej ilości w stosunku do pierwotnych założeń nowoprojektowanych elementów stalowych na kondygnacji poddasza celem zapewnienia bezpieczeństwa pracy konstrukcji dachu i wykonanie nowego stropu drewnianego nad poddaszem).

Dowód: opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r. (k. 774-792)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z września 2016 r. (k. 840-845)

ustna opinia biegłego oraz załącznik do protokołu z 26 stycznia 2017 r. (k. 868-869, 871-872)

M. B. proponował gminie inne (tańsze) rozwiązanie problemu polegające na wymianie belek, do których zostały podwieszonye jętki oraz wykonanie wieńca żelbetowego na ścianach zewnętrznych umożliwiającego oparcie krokwi bezpośrednio na ścianach podłużnych, a jednocześnie „spięcie” budynku.

Z punktu widzenia technicznego rozwiązanie to - zaproponowane przez M. B. w dużym stopniu ogólności - mogłoby być wprowadzone w ramach nadzoru autorskiego prowadzonego przez autora projektu, jednakże szczegóły musiałyby być doprecyzowane w projekcie zamiennym, co wiązałoby się również z koniecznością podjęcia działań mających na celu uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Konsekwencją tych działań byłoby również dokonanie zmiany funkcji pomieszczeń na piętrze lub takie zaprojektowanie nowych rozwiązań, by uzyskać zgodność obiektu z aktualnymi warunkami technicznymi lub przeprowadzenie procedury uzyskania decyzji właściwego ministra o odstępstwie od tych wymagań.

Propozycja M. B. nie spotkała się z akceptacją.

Dowód: przesłuchanie powoda M. B. (k. 738v-740)

opinia pisemna biegłego M. S. (k. 774-792);

uzupełniająca opinia pisemna biegłego M. S. (k. 840-845).

Gmina M. reprezentowana przez wójta E. R. skierowała do M. B. i Z. B. pismo datowane na dzień 6 czerwca 2013 r. ( (...).2.2013) zatytułowane „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy”. W piśmie tym wskazała, że na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 umowy z 12 marca 2013 r. oświadcza, że z dniem 5 czerwca 2013 r. odstępuje od tej umowy z uwagi na zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, powodującej że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Uzasadniając odstąpienie od umowy wskazała, że w trakcie wykonywania odkrywek niezbędnych do realizacji robót wykonawca zasygnalizował wady ukryte obiektu, które nie były zinwentaryzowane i uwzględnione do usunięcia w przekazanej dokumentacji budowlanej, a ponieważ wady te dotyczyły statyki budynku, to 7 maja 2013 r. dokonano komisyjnego przeglądu obiektu i wstrzymano roboty, a wykonawca miał zabezpieczyć obiekt, zaś projektant przygotować projekt zamienny. Dalej wskazała, że 4 czerwca 2013 r. inwestor (gmina) otrzymał dokumentację

zamienną, jednakże opracowany na jej podstawie kosztorys inwestorski jednoznacznie wyklucza możliwość dalszej realizacji prac z uwagi na przepisy prawa zamówień publicznych (nie wskazała przy tym, które z przepisów). Zaznaczyła też, że w terminie 7 dni od odstąpienia od umowy prosi o sporządzenie odpowiedniej dokumentacji i dokonanie zgłoszeń zgodnie z § 12 ust. 4 umowy z 12 marca 2013 r.

Dowód:pismo z 6.06.2013 r. „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy” (k. 87-88, 591-592).

7 czerwca 2013 r. na pismo to odpowiedział M. B. wskazując, że 6 czerwca 2013 r. wykonawcy otrzymali drogą elektroniczną pismo z 6 czerwca 2013 r. informujące o odstąpieniu od umowy z 12 marca 2013 r. przez zamawiającego. W związku z tym wniósł o przybycie na budowę 10 czerwca 2013 r. umocowanego przedstawiciela zamawiającego i inspektora nadzoru w celu dokonania protokolarnych uzgodnień co do likwidacji placu budowy, zabezpieczenia budowy i inwentaryzacji wykonanych robót.

Dowód:pismo z 7.06.2013 r. (k. 89).

Ani Gmina M. jako inwestor, ani M. B. i Z. B. jako wykonawcy, nie mieli w chwili zawierania umowy z 12 marca 2013 r. wiedzy o rzeczywistym stanie budynku, na podstawie której można byłoby przewidzieć konieczność wprowadzenia zmian do pierwotnego projektu budowlanego.

Umowa z 12 marca 2013 r. została zawarta w oparciu o pierwotną dokumentację projektową sporządzoną przez M. F. na zlecenie Gminy M., dokumentacja ta zawierała jednakże liczne błędy i niezgodności.

Przygotowanie procesu inwestycyjnego - w szczególności procesu na tyle skomplikowanego, jakim jest remont przedwojennego obiektu budowlanego objętego nadzorem konserwatorskim - dla prawidłowego przebiegu wymaga precyzyjnego przygotowania dokumentacji technicznej, która stanowi podstawę realizacji prac remontowo-budowlanych.

W przypadku budynku remontowanej Szkoły Podstawowej w M. autor projektu oraz inwestor nie dołożyli wystarczającej staranności przy przygotowaniu inwestycji w fazie projektowej.

Poprawnie przygotowana dokumentacja projektowa dla obiektu szkoły opierać się winna na szczegółowej ekspertyzie technicznej obiektu, o którym wiadomo było, że nie posiada wiarygodnej archiwalnej dokumentacji technicznej. Brak rzetelnego opracowania na etapie projektu pierwotnego spowodował sytuację, w której inwestor i wykonawca dopiero po rozpoczęciu robót zorientowali się, że nie ma możliwości ich kontynuowania bez wprowadzenia zmian do projektu.

Projektant przed przystąpieniem do prac projektowych w zakresie remontu nie dochował należytej staranności przy dokonywaniu oceny stanu technicznego budynku, a w szczególności oceny stanu technicznego więźby dachowej. Na etapie oględzin poprzedzających wykonanie projektu w zakresie konstrukcji doświadczony konstruktor na podstawie stwierdzonych widocznych odkształceń konstrukcji ciesielskiej dachu powinien umieć wskazać miejsce, w których doszło do awarii konstrukcji i w tych miejscach dokonać odkrywek bez konieczności rozbiórki poszycia całego dachu.

Dowód: opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r. (k. 774-792)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z września 2016 r. (k. 840-845)

ustna opinia biegłego oraz załącznik do protokołu z 26 stycznia 2017 r. (k. 868-869, 871-872)

Po odstąpieniu od umowy M. B. zapytał J. B. (1) co z materiałami budowlanymi, które kupił dla realizacji tej inwestycji. J. B. (1) powiedział, że gmina może przejąć odpłatnie te materiały oraz wskazał szopę, w której M. B. mógłby je do tego czasu złożyć. M. B. uznał, że szopa jest za mała i zabrał materiały do własnych magazynów. Część materiałów, np. styropian, M. B. pozostawił u swojego dostawcy (sprzedawcy), z którym porozumiał się w taki sposób, że pozostaną one u sprzedawcy do czasu odbioru przez M. B., co zostanie sprzedawcy zrekompensowane poprzez niższy rabat na kolejne zamawiane przez M. B. materiały budowlane.

Dowód: przesłuchanie powoda M. B. (k. 738v-740)

Na terenie budowy M. B., B. M., J. B. (1) i D. W. sporządzili 10 czerwca 2013 r. protokół uzgodnień poczynionych co do zabezpieczenia obiektu.

Z kolei pismem z 11 czerwca 2013 r. wójt Gminy M. E. R. potwierdziła uzgodnienia zawarte w protokole.

Zgodnie z tymi uzgodnieniami przedsiębiorstwo (...) miało dokonać rozbiórki muru z luźnych cegieł ściany szczytowej i częściowo bocznej z uwagi na zagrożenie ich spadaniem (pkt 1), zabezpieczenia poprzez deskowanie przestrzeni pomiędzy dachem a ścianą powstałej w wyniku rozbiórki gzymsów (pkt 2), uzupełnić instalacje odgromową (pkt 3), zlikwidować nieszczelność w dachu powodującą zacieki w gabinecie pedagoga szkolnego (pkt 4), pozostawić dotychczasowe stemplowanie stropów na poddaszu (pkt 5), usunąć zgromadzony przed szkołą gruz poprzez przetransportowanie do miejscowości D. w miejsce wskazane przez zamawiającego (pkt 7), drewno z rozbiórki oraz papę pozostawić na terenie budowy (pkt 8), sporządzić wykaz materiałów, które nie mogą być wykorzystane przez niego do realizacji innych robót nie objętych umową między B. a gminą (pkt 10), piasek po oczyszczeniu cokołu miał pozostać na placu budowy na dotychczasowych przyzmacz z możliwością jego wtórnego wykorzystania (pkt 11), a także przedłożyć zamawiającemu szczegółową kalkulację cenową robót wykonanych będących przedmiotem kosztorysu ofertowego, na podstawie którego z wykonawcą zawarta była umowa, z wyodrębnieniem wartości robót zabezpieczających niebędących przedmiotem dotychczasowej umowy (pkt 12).

Z kolei drewno przeznaczone do wbudowania złożone na placu budowy miało być przyjęte przez zamawiającego i przetransportowane przez wykonawcę do magazynu gminnego przy ul. (...) (pkt. 9).

Dowód:protokół uzgodnień z 10.06.2013 r. (k. 90);

pismo z 11.06.2013 r. (k. 91).

12 czerwca 2013 r. sporządzone zostało pismo - podpisane przez wójta E. R. oraz przez M. B. - w którym wskazano, że zgodnie z protokołem uzgodnień z 10 czerwca 2013 r. wykonawca przewiózł z placu budowy do magazynu gminnego i przekazał zamawiającemu drewno na więźbę dachową wg przedstawionego w piśmie zestawienia (zestawieniem tym objęto łącznie drewno o objętości 6,842 m<sup>3</sup>).

Odbiór drewna pokwitował pracownik gminy J. B. (1).

Dowód: pismo z 12.06.2013 r. (k. 121-125).

14 czerwca 2013 r. do Urzędu Gminy M. wpłynęło pismo M. B. datowane na dzień 7 czerwca 2013 r., do którego załączył on rozliczenie wykonanych przez jego przedsiębiorstwo na podstawie umowy z 12 marca 2013 r. robót, składając dwa kosztorysy: w kosztorysie nr 1 rozliczono roboty faktycznie wykonane i wynikające wprost z dokumentacji technicznej, w kosztorysie nr 2 rozliczono prace zawarte w protokole uzgodnień z 10 czerwca 2013 r., odkrywki konstrukcji budynku na piętrze, zabezpieczenie, organizację i likwidację placu budowy oraz prace sprzętu w okresie przerwy w robotach spowodowanej koniecznością wykonania nowej dokumentacji technicznej.

M. B. do pisma załączył też zestawienie materiałów zakupionych na realizację umowy. M. B. domagał się, aby gmina wskazała miejsce i datę, gdzie mógłby protokolarnie przekazać zamawiającemu zakupione przez wykonawcę materiały. Dodał też, że prace związane z likwidacją placu budowy oraz zabezpieczeniem obiektu zostaną zakończone 17 czerwca 2013 r.

Dowód: pismo z 7.06.2013 r. (k. 92);

kosztorys powykonawczy z 12.06.2013 r. (k. 92-108);

kosztorys powykonawczy – roboty zabezpieczające, odkrywki i inne – nr 2 (k. 109#117);

Zgodnie z kosztorysem powykonawczym sporządzonym przez M. B. i datowanym na dzień 12 czerwca 2013 r. ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 51.893,60 zł brutto (42.189,92 zł netto).

Z kolei zgodnie ze sporządzonym przez niego (również datowanym na 12.06.2013 r.) kosztorysem powykonawczym robót zabezpieczających, odkrywek i innych – nr 2 wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 19.613,36 zł brutto (15.945,82 zł netto).

Pod pozycją 19 w kosztorysie ujęto „wynoszenie wyposażenia, mebli urządzeń z piętra budynku”, wartość tych prac została skosztorysowana na kwotę 758,16 zł netto.

Dowód: kosztorys powykonawczy z 12.06.2013 r. (k. 92-108);

kosztorys powykonawczy – roboty zabezpieczające, odkrywki i inne – nr 2 (k. 109#117);

14 czerwca M. B. przedłożył Gminie M. zestawienie zakupionych materiałów (obejmujące 33 pozycje), zgodnie z którym ich wartość netto wyniosła 63.518,70 zł, z kolei wartość netto powiększona o koszty zakupu (20%) – 76.222,44 zł netto, tj. 93.753,60 zł brutto.

Pod pozycją 20 wymienione zostały belki drewniane iglaste nasyczone na więźbę dachową - przekazane zamawiającemu 12 czerwca 2013 r. o objętości 6,842 m<sup>3</sup> oraz o wartości netto 4.823,07 zł.

Dowód: zestawienie zakupionych materiałów (k. 119-120).

Wartość prac dodatkowych wykonanych przez M. B. i Z. B. w związku z odstąpieniem przez Gminę M. od umowy z 12 marca 2013 r. z uwzględnieniem prawidłowych stawek rynkowych przy sporządzaniu kosztorysu nr 2 i ich zgodności z tym kosztorysem wyniosła: 1.568 zł za roboty konieczne (takie jak stemplowanie); 1.129,63 zł za transport drewna przeznaczonego do wbudowania i złożonego na placu budowy, którego przedsiębiorstwo (...) dokonało na polecenie Gminy M.; 5.688,90 zł za pozostałe konieczne prace nieujęte w przedmiarze pierwotnym i w kosztorysie zamiennym (koszty takie jak ogrodzenie placu, zabezpieczenie obiektu, praca rusztowań). Pozostałe pozycje kosztorysu powykonawczego nr 2 sporządzonego przez M. B. stanowią kwotę 11.226,83 zł, co stanowi 14% planowanych kosztów pośrednich dla całości zadania objętego umową z 12 marca 2013 r., według kosztorysu ofertowego całość kosztów pośrednich w wynagrodzeniu ryczałtowym, która obejmowała ten zakres prac miała wynieść 80.512,39 zł brutto.

Zastosowane w kosztorysie powykonawczym nr 2 stawki są tożsame z zastosowanymi przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego i mieszczą się w górnym przedziale stawek rynkowych, które podane są w uznawanych za miarodajne publikacjach (...).

Dowód: opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r. (k. 774-792)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z września 2016 r. (k. 840-845)

Wpisem z 20 czerwca 2013 r. do nieformalnego dziennika budowy M. B. poinformował, że z dniem dzisiejszym rezygnuje z funkcji kierownika budowy, zgodnie z uzgodnieniami z zamawiającym teren budowy został uprzątnięty i zabezpieczony.

Dowód: nieformalny dziennik budowy (k. 73-85, 465-471v).

25 czerwca 2013 r. M. B. przekazał protokolarnie Gminie M. (reprezentowanej przez J. B. (1)) plac budowy.

W protokole wskazano też, że na budowie pozostawiono sprzęt w postaci 20 sztuk podpór stalowych (...), 20 sztuk głowic do belek, 2 sztuki belek VT 20/490 i 3 sztuki belek VT 20/330.

Dowód: protokół przekazania budowy z 25.06.2013 r. (k. 126).

M. B. jako współnik spółki cywilnej prowadzonej z Z. B. zawarł ustną umowę z Gminą M., reprezentowaną przez J. B. (1), której przedmiotem było wdzierżawienie gminie podpór i innych elementów wymienionych w protokole przekazania budowy. Zadaniem tych podpór było stabilizowanie budynku i zapewnienie bezpieczeństwa. M. B. zapytany przez przedstawiciela gminy o koszt dzierżawy odpowiedział, że będzie to 10 zł za dobę. J. B. (1) telefonicznie kontaktował się z wójtem E. R. w celu ustalenia, czy Gmina M. zgodzi się zapłacić za dzierżawę podpór 10 zł za dobę. Po uzyskaniu zgody E. R. J. B. (1) zaakceptował proponowaną przez M. B. dobową stawkę. Podczas tych rozmów nie było jednak mowy czy 10 zł za dobę będzie to stawka netto, czy brutto.

Rozmowa ta miała miejsce w obecności zastępcy dyrektora szkoły M. A..

Przy rozmowie nie był obecny B. M., w późniejszym czasie dotarła jednak do niego informacja o zawartej ustnie umowie dotyczącej dzierżawy podpór stalowych i przyjętej przez strony stawce wynoszącej 10 zł za dobę.

Dowód: zeznania świadka J. B. (1) (k. 713-715v, 723);

zeznania świadka B. M. (k. 715v-171v, 723);

zeznania świadka M. A. (k. 721v-722, 723);

przesłuchanie za pozwaną wójta E. R. (k. 740-741)

Pismem z 25 czerwca 2013 r. (tego też dnia doręczonym do Urzędu Gminy) M. B. wezwał Gminę M. do bezzwłocznego zwrotu – w związku z odstąpieniem od umowy – wpłaconego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto prosił o przejęcie od jego przedsiębiorstwa zakupionych materiałów budowlanych, gdyż ich składowanie generuje po jego stronie dodatkowe nieuzasadnione koszty.

Jednocześnie z pismem przedłożył notę księgową wystawioną na podstawie § 10 umowy, a także oryginał „dziennika budowy” wraz z wpisem o rezygnacji przez niego z pełnienia funkcji kierownika budowy.

Załączona do pisma nota księgowa opatrzona została numerem 01/06/2013 i datowana na dzień 24 czerwca 2013 r. Nota została wystawiona przez M. B. na kwotę 20.295 zł. Jako tytuł wystawienia noty M. B. wskazał: kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez zamawiającego w wysokości 5% wynagrodzenia brutto ustalonego w umowie ( $405.900,06 \times 5\% = 20.295,00$  zł), zaś podstawę naliczenia kary umownej stanowi §10 pkt 2 lit. b umowy z 12 marca 2013 r.

Dowód:pismo z 25.06.2013 r. (k. 127);

nota księgowa nr (...) z 24.06.2013 r. (k. 128).

Gmina M. odpowiedziała pismem z 1 lipca 2013 r. ( (...).2.2013) twierdząc, że wystawienie noty jest bezzasadne i odmawiając jej zrealizowania. Gmina oświadczyła, iż odstąpienie od umowy nastąpiło w oparciu o art. 145 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w związku z zaistnieniem istotnej zmiany okoliczności, powodującej że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ponadto wskazała, że dokumentacja przekazana gminie przez projektanta 4 czerwca 2013 r. wskazuje na konieczność wykonania robót, które wykraczają w sposób znaczny swym zakresem oraz kosztami w stosunku do opracowanej dokumentacji budowlanej, wobec czego – z uwagi na Prawo zamówień publicznych – gmina musiała odstąpić od umowy i przeprowadzić powtórna procedurę przetargową z uwzględnieniem wprowadzonych zmian.

Tego samego dnia Gmina M. skierowała do M. B. i Z. B. kolejne pismo dotyczące złożonego przez nich zestawienia zakupionych materiałów (co do pozycji od 1 do 33 tego zestawienia) o wartości brutto 93.753,60 zł. W piśmie tym prosiła, ażeby M. B. i Z. B. przedłożyli oryginalne dokumenty (faktury oraz certyfikaty) potwierdzające zakup tych

materiałów włącznie z tymi, które zostały dotychczas przyjęte przez gminę. Gmina domagała się także przedstawienia szczegółowego kosztorysu, w oparciu o który przygotowany został kosztorys ofertowy do przetargu, gdyż opracowanie kosztorysu powykonawczego nr 1 w obecnej formie uniemożliwia prawidłowe rozliczenie wykonanych dotychczas prac.

Dowód: pismo z 1.07.2013 r. (k. 129, 130).

M. B. z kolei pismem z 3 lipca 2013 r. – w związku z odstąpieniem od umowy – zwrócił się na podstawie § 12 ust. 4 pkt 4 umowy o dokonanie odbioru robót przerwanych oraz zabezpieczających.

Dowód: pismo z 3.07.2013 r. (k. 131).

5 lipca 2013 r. Gmina M. wpłaciła na rachunek przedsiębiorstwa (...) kwotę 40.591,31 zł jako tytuł przelewu wskazując: „zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, plus odsetki zadanie – renowacja i termom.SP...”.

Dowód: wydruk „szczegóły operacji” z rachunku bankowego z 16.10.2013 r. (k. 132).

Pismem z 18 lipca 2013 r. Gmina M. poinformowała M. B. i Z. B. – odpowiadając na pismo z 14 czerwca 2013 r. – że po dokonaniu weryfikacji zestawienia w zakresie zgodności z kosztorysem ofertowym zdecydowała o „możliwości odbioru” wymienionych w piśmie materiałów o łącznej wartości 55.272,22 zł, przy czym w przypadku niektórych z nich gmina postawiła dodatkowe warunki, i tak co do zaprawy klejowej o wartości 3.024 zł, kleju do wtapiania siatki o wartości 1.512 zł i tynku strukturalnego o wartości 7.066,50 zł uzależniała odbiór od tego, że ich trwałość jest minimum do końca lipca 2014 r. Z kolei w przypadku styropianu o grubości 5 cm, styropianu o grubości 23 cm i piasku do piaskowania wskazała, że nie są one uwzględnione w wykazie kosztorysu ofertowego. Gmina zaznaczyła też, że do dnia sporządzenia pisma nie otrzymała od M. B. i Z. B. dokumentów potwierdzających zgodność przekazanych materiałów budowlanych z dokumentacją projektową oraz ich terminem przydatności do użytku. Od dostarczenia tych dokumentów gmina uzależniała ustalenie terminu przyjęcia materiałów. Dodatkowo gmina wskazała, że niektóre z pozycji uwzględnione w kosztorysie powykonawczym nie znajdują odpowiedników w kosztorysie ofertowym, w związku z czym dokumenty rozliczeniowe poddawane są obecnie przez gminę szczegółowej analizie.

Dowód: pismo z 18.07.2013 r. (k. 133-134).

Analizy kosztorysu ofertowego i kosztorysu powykonawczego dokonywali na zlecenie gminy B. M. i S. T..

Dowód: zeznania świadka B. M. (k. 715v-717v, 723);

zeznania świadka S. T. (k. 717v-718v, 723).

24 lipca 2013 r. Gmina M. na stronie internetowej bip.marianowo.pl opublikowała ogłoszenie o zamówieniu na wykonanie robót budowlanych w ramach zamówienia publicznego „Renowacja wraz z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”. W ogłoszeniu wskazano, że zakres prac obejmuje w szczególności: docieplenie ścian fundamentowych, roboty naprawcze konstrukcji drewnianej dachu i nowe uzupełnienia, nowe odprowadzenia wentylacji grawitacyjnej strychu, przewód kominowy wymowy, uzupełnienie belki konstrukcyjnej (...) 240 w konstrukcję dachu, okładzinę, sufity podwieszane i obudowy ogniowe z płyt g-k, termoelewację, renowację cokołu kamiennego, wymianę pokrycia dachu i obróbki, naprawę studzienek piwnicznych okien.

Dowód: wydruk ogłoszenia nr (...) -2013 ze strony bip.marianowo.pl (k. 135-139).

Z kolei pismem z 25 lipca 2013 r. Gmina M. zwróciła się do M. B. i Z. B. o przedłożenie w nieprzekraczalnym terminie do 29 lipca 2013 r. stosownych dokumentów dotyczących materiałów budowlanych, które gmina gotowa jest przyjąć, bowiem SIWZ nowo rozpisanego przetargu na realizację zadania obejmującego remont zabytkowego budynku szkoły przewiduje udział materiałów zamawiającego. Jednocześnie gmina wskazała, że w przypadku niedostarczenia tych

dokumentów odmówi przyjęcia materiałów budowlanych od M. B. i Z. B. (poza już przyjętymi belkami drewnianymi) i wprowadzi korektę SIWZ w zakresie wykazu materiałów posiadanych przez zamawiającego.

W piśmie wskazano, że gmina oczekuje dostarczenia dokumentów potwierdzających termin ważności i odpowiednie certyfikaty potwierdzające przydatność planowanych do wbudowania materiałów (z uwagi na roczne okresy ważności niektórych materiałów sugerowany termin ważności kwiecień - maj 2014 r.), z potwierdzeniem ich nabycia w okresie między datą zawarcia umowy na wykonanie prac, a datą odstąpienia od umowy.

Dowód:pismo z 25.07.2013 r. (k. 140, 596).

Pełnomocnik M. B. i Z. B. – r.pr. P. K. – skierował do Gminy M. datowane na 26 lipca 2013 r. (doręczone 29 lipca 2013 r.) wezwanie do zapłaty na rzecz jego mocodawców następujących kwot:

- 344.000 zł tytułem umówionego w umowie z 12 marca 2013 r. wynagrodzenia wraz z odsetkami ustawowymi licząc od doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 644 w zw. z art. 656 § 1 k.c. (wywodząc, że § 12 ust. 4 pkt 6 umowy jest sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym art. 644 k.c., a zatem nieważny na podstawie art. 58 § 1 k.c., a art. 145 ust. 1 p.z.p. nie ma zastosowania);
- 19.613,36 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie prac dodatkowych związanych z odstąpieniem przez zamawiającego od umowy, a przewidzianych w protokole z 10 czerwca 2013 r. na podstawie art. 647 k.c. w zw. z § 12 ust. 4 pkt 2 umowy;
- 20.295 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy;

tj. łącznie kwoty 384.308,36 zł w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

W piśmie tym pełnomocnik wskazał dodatkowo, że w załączeniu przekazuje dokumenty potwierdzające termin ważności materiałów budowlanych oraz odpowiednie certyfikaty potwierdzające przydatność planowanych do wbudowania materiałów. Dodatkowo poinformował o trwałości materiałów budowlanych wskazując, że jeżeli chodzi o kleje, zaprawy i tynk mineralny - ich trwałość wynosi 12 miesięcy, dla emulsji asfaltowej - 6 miesięcy, dla cementu - 3 miesiące, pozostałe materiały ponad rok lub bez ograniczeń. W konkluzji wskazał, że ewentualna odmowa przyjęcia przez gminy M. „jakiś” materiałów z przedstawionego wykazu będzie uznana za ich porzucenie z zamiarem wyzbycia się.

Do pisma zostały załączone dokumenty w postaci deklaracji zgodności dla różnych materiałów budowlanych, atestu higienicznego dla systemu ociepleniowego oraz opisu produktu klej bitumiczny.

Nie załączono natomiast faktur VAT potwierdzających zakup poszczególnych materiałów ani innych dokumentów potwierdzających datę ich nabycia.

Dowód:wezwanie do zapłaty z 26.07.2013 r. (k. 141-143, 597-598v);

załączniki do wezwania do zapłaty (k. 144-169, 599-607).

Zatrudniony przez gminę B. M. przy pomocy S. T. próbował zweryfikować, czy materiały przeznaczone do przejścia przez gminę wymienione na liście sporządzonej M. B. są faktycznie tymi, które zostały kupione dla potrzeb realizowanej na rzecz Gminy M. inwestycji związanej z remontem budynku szkoły podstawowej. Zadanie to okazało się bardzo trudne, B. M. i S. T. nie mieli bowiem możliwości obejrzenia tych materiałów. (...) te nie zostały przekazane gminie w dniu wstrzymania prac, nie wiadomo było bowiem jeszcze wówczas czy umowa będzie kontynuowana. Ostatecznie – po odstąpieniu przez Gminą M. od umowy – B. M. i S. T. próbowali ustalić poprzez konfrontację listy sporządzonej przez M. B. z kosztorysem ofertowym, które z materiałów oferowanych przez M. B. do odsprzedaży dotyczą tej inwestycji. Stwierdzili przy tym wiele rozbieżności między listą sporządzoną przez M. B. i kosztorysem ofertowym, które zasygnalizowali inwestorowi.



Problemem dla B. M. i S. T. było to, że M. B. nie chciał przedłożyć przedstawicielom Gminy M. oryginałów faktur VAT za zakupione materiały budowlane, które chciał odpłatnie oddać gminie po odstąpieniu przez nią od umowy.

Ostatecznie M. B. przyjechał samochodem na plac budowy i okazał B. M. i J. B. (1) segregator, do którego wpięte były faktury VAT w oryginałach. B. M. i J. B. (1) otrzymali te faktury jedynie do wglądu, na ławce, pod gołym niebem, na terenie budowy. M. B. nie wyraził zgody na sporządzenie kserokopii jakichkolwiek dokumentów z segregatora uzasadniając to tym, że faktury stanowią jego tajemnicę handlową, ponieważ dokonując zakupów uzyskuje od dostawców materiałów budowlanych rabaty i niekoniecznie chciałby tą tajemnicę (cenę materiałów) ujawnić. Dokumentacja zebrana w segregatorze była obszerna, były tam różne faktury VAT, taki sposób okazania dokumentacji nie pozwolił B. M. i J. B. (1) na weryfikację faktur VAT, chociażby pod kątem ustalenia terminów nabycia materiałów budowlanych oraz ich ilości. Termin nabycia tych materiałów – po zweryfikowaniu które faktury z segregatora dotyczą materiałów z listy oferowanej przez M. B. – pozostawał przy tym istotny dla ustalenia okresu ich ważności.

Dowód: zeznania świadka B. M. (k. 715v-171v, 723);

zeznania świadka J. B. (1) (k. 721, 723);

przesłuchanie powoda M. B. (k. 738v-740).

Gmina M. pismem z 8 sierpnia 2013 r. ustosunkowała się do wezwania do zapłaty doręczonego jej 29 lipca 2013 r., podtrzymując swoje stanowisko, iż odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie art. 145 ust. 1 p.z.p., w związku z czym wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia za faktyczne wykonanie części umowy.

Jednocześnie gmina wskazała, że w wyniku sprawdzenia kosztorysu powykonawczego nr 1 wykonanych robót do dnia odstąpienia od umowy, po ich weryfikacji przez inspektora nadzoru, gotowa jest zapłacić kwotę 34.689,67 zł brutto po przedłożeniu prawidłowo wystawionej faktury VAT, zaś co do zapłaty za prace zabezpieczające, odkrywki i inne, oświadczyła, że po dokonaniu weryfikacji kosztorysu powykonawczego nr 2 gotowa jest zapłacić z tego tytułu kwotę 10.063,04 zł po przedłożeniu prawidłowo wystawionej faktury.

Dowód:pismo z 8.08.2013 r. (k. 170).

12 sierpnia 2013 r. Gmina M. zawiadomiła o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania „Renowacja wraz z Termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”, którą to ofertą okazała się być oferta złożona przez M. L. (1).

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 12.08.2013 r. (k. 171).

20 sierpnia 2013 r. M. B. wystawił Gminie M. faktury VAT nr (...) na kwotę 344.400,00 zł brutto (280.000,00 zł netto) za renowację wraz z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M. oraz nr (...) na kwotę 19.613,36 zł brutto (15.945,82 zł netto) za odkrywki, wykonanie robót zabezpieczających w budynku Szkoły Podstawowej w M.. Termin zapłaty za obie faktury oznaczył na 7 dni.

Dowód: faktura nr (...) (k. 172);

faktura nr (...) (k. 173).

Gmina M. wraz z pismem z 20 sierpnia 2013 r. odesłała pełnomocnikowi M. B. i Z. B. faktury nr (...) odmawiając ich realizacji, gdyż nie są one wystawione na kwoty wyszczególnione w jej piśmie z 8 sierpnia 2013 r.

Dowód:pismo z 20.08.2013 r. (k. 176).

Również 20 sierpnia 2013 r. Gmina M. zawarła umowę o roboty budowlane z M. L. (1) na wykonanie zadania: „Renowacja z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”, zgodnie z której § 6 ust. 1 za

wykonanie robót M. L. (1) przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 588.722,02 zł netto (724.128,08 zł brutto).

Dowód:umowa z 20.08.2013 r. (k. 707-710v).

Pełnomocnik M. B. i Z. B. skierował do Gminy M. pismo z 22 sierpnia 2013 r., w którym ponowił żądanie zapłaty za wystawione faktury, a ponadto wezwał do odbioru materiałów budowlanych, gdyż gmina jest w tym zakresie w zwłóce, zaś jego mocodawcy ponoszą koszty przechowywania tych materiałów w wysokości około 2.000 zł miesięcznie. Wskazał też, że zgodnie z treścią protokołu przekazania placu budowy wykonawca pozostawił na niej sprzęt w postaci belek, podpór stalowych i głowic do belek i w związku z wyborem nowego wykonawcy robót domagał się ich zwrotu oraz zapłaty za ich wypożyczenie.

Dowód:pismo z 22.08.2013 r. (k. 174-175).

Wraz z pismem z 10 września 2013 r. M. B. przesłał Gminie M. faktury VAT o numerach (...) (wszystkie wystawione 11 września 2013 r.), przy czym:

- faktury nr (...) (wystawiona na kwotę 10.063,04 zł brutto z tytułu robót zabezpieczających) i (...) (wystawiona na kwotę 34.687,67 zł brutto z tytułu robót wykonanych na mocy umowy) zostały wystawione zgodnie z pismem gminy z 8 sierpnia 2013 r., zaś zapłata za nie miała być potraktowana przez M. B. jako częściowa zapłata należnego mu i Z. B. wynagrodzenia, a dochodzenie pozostałej jego części M. B. zapowiedział na drodze sądowej,
- faktura nr (...) została wystawiona (z 30-dniowym terminem zapłaty) na kwotę brutto 1.800,72 zł z tytułu dzierżawy podpór stalowych oraz belek szalunkowych VT20 za okres od 7 maja do 6 września 2013 r., tj. za 122 dni wg ceny jednostkowej netto 12 zł za dzień;
- faktura nr (...) została wystawiona (także z 30-dniowym terminem zapłaty) na kwotę brutto 6.642 zł z tytułu magazynowania materiałów budowlanych zakupionych na realizację umowy z 12 marca 2013 r. w okresie 6 czerwca – 6 września 2013 r.

Wraz z pismem z 24 września 2013 r. M. B. doręczył Gminie M.:

- fakturę nr (...) na kwotę brutto 7.768,30 zł za dostawę drewna na naprawę więźby dachowej Szkoły Podstawowej w M.;
- korektę nr 02/09/2013 do faktury nr (...) (po korekcie wystawiona na 301.944,03 zł brutto, tj. 245.482,95 zł netto),
- korektę nr 01/09/2013 do faktury nr (...) (po korekcie wystawiona na 9.550,32 zł brutto, tj. 7.764,49 zł netto).

Dowód:pismo z 10.09.2013 r. (k. 177);

faktura nr (...) (k. 178);

faktura nr (...) (k. 179);

faktura nr (...) (k. 180);

faktura nr (...) (k. 181);

pismo z 24.09.2013 r. (k. 182);

faktura nr (...) (k. 183);

faktura korygująca nr (...) (k. 184);

faktura korygująca nr (...) (k. 185).

26 września 2013 r. Gmina M. reprezentowana przez J. B. (2) wydała M. B. 20 sztuk podpór stalowych (...), 20 sztuk głowic do belek, 2 sztuki belek (...). Nie wydała natomiast 3 sztuk belek (...).

Dowód: protokół zdawczo-odbiorczy z 26.09.2013 r. (k. 186).

M. B. wystawił Gminie M. kolejne faktury VAT:

- nr (...) z 2 października 2013 r. na kwotę w sumie 501,84 zł brutto, płatną w terminie 30 dni, w tym:

280,44 zł brutto za dzierżawę podpór w okresie od 7 do 26 września 2013 r. tj. za 19 dni wg ceny jednostkowej 12 zł netto za dzień,

oraz 221,40 zł za trzy niewydane dźwigary stropowe (...) (w cenie jednostkowej 60 zł netto),

- nr (...) z 10 października 2013 r. płatną w terminie 30 dni w kwocie 2.214 zł brutto za magazynowanie materiałów budowlanych od 7 września do 6 października 2013 r.

Dowód: faktura nr (...) (k. 192);

faktura nr (...) (k. 191).

Gmina M. skierowała do M. B. i Z. B. pismo z 10 października 2013 r., w którym domagała się skorygowania faktury nr (...) w zakresie wysokości należności za dzierżawę podpór, gdyż cena ustalona była na 10 zł netto za dobę, a także w zakresie okresu dzierżawy, gdyż winien mieć on początek zgodny z datą odstąpienia przez gminę od umowy z 12 marca 2013 r. Podobnej korekty co do wysokości domagała się w stosunku do faktury nr (...). Co do faktury nr (...) gmina stanęła zaś na stanowisku, że jest ona bezprzedmiotowa. Domagała się też poprawienia faktury nr (...), gdyż łączna cena netto zakupu to 4.823,07 zł. Faktury nr (...) wraz z ich korektami gmina odesłała bez realizacji, zaś co do faktury nr (...) wskazała na błędy rachunkowe i stanęła na stanowisku, że powinny być one wystawione na odpowiednio 30.732,76 zł brutto i 7.431,08 zł brutto.

Dowód: pismo z 10.10.2013 r. (k. 187-188, 609-610).

14 listopada 2013 r. Gmina M. zapłaciła na rachunek bankowy M. B. i Z. B. pięcioma przelewami łącznie kwotę 47.887,84 zł, wskazując w poleceniach przelewu tytuły wpłat:

- 30.732,76 zł z faktury nr (...),
- 7.431,08 zł z faktury nr (...),
- 1.500,60 zł z faktury nr (...) (za dzierżawę podpór stalowych oraz belek szalunkowych);
- 7.768,30 zł z faktury nr (...) (za dostawę drewna na naprawę więźby dachowej)
- 455,10 zł z faktury nr (...) (za dzierżawę podpór oraz za trzy niewydane dźwigary stropowe VT20/330).

Dowód: przelewy z rachunku – szczegóły transakcji (k. 321-325).

M. B. i Gmina M. ostatecznie nie porozumieli się co do odpłatnego przejęcia przez gminę zakupionych dla potrzeb inwestycji przez M. B. materiałów budowlanych (z wyjątkiem drewna na naprawę więźby dachowej, które zostało przekazane gminie zgodnie z protokołem z 10 czerwca 2013 r. oraz za które gmina zapłaciła w oparciu o wystawioną przez M. B. fakturę VAT nr (...)).

Fakty niesporne.

Wystawione przez M. B. faktury za magazynowanie materiałów budowlanych nr (...) i nr (...) (odpowiednio na 6642 zł i 2214 zł) opiewały na kwoty odpowiadające kosztom magazynowania, które M. B. samodzielnie oszacował mając na uwadze koszty dzierżawy pomieszczeń, w których materiały były składowane, a także mając na uwadze to, że część materiałów takich jak styropian była składowana u dostawców, co miało być im zrekompensowane przez niższe rabaty dla M. B.. Koszt tego „skonsumowanego” przez składowanie styropianu rabatu również został uwzględniony przez M. B. przy określaniu wysokości, na jaką wystawione zostały faktury za magazynowanie materiałów budowlanych.

Dowód: przesłuchanie powoda M. B. (k. 738v-740)

Ostatecznie część tych (...) budowlanych (...) zdołał „upłynnić”, część została zutylizowana, jakies pozostałości zostały.

Dowód: przesłuchanie powoda M. B. (k. 738v-740)

19 października 2013 r. M. B. i Z. B. (Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. M. B., Z. B. jako sprzedawcy wystawili fakturę VAT na rzecz G. Z. ( (...) G. Z.) z tytułu sprzedaży styropianu dociepleniowego, płyty (...), blachy w rynkową od tytanowej, rury spiro fi 150, tarcicy iglastej, na łączną kwotę 590,40 zł.

21 października 2013 r. M. B. i Z. B. (Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. M. B., Z. B. jako sprzedawcy wystawili fakturę VAT na rzecz A. D. ( Gospodarstwo Rolne (...)) z tytułu sprzedaży styropianu i emulsji asfaltowej, na łączną kwotę 94,10 zł.

Dowód: faktury VAT (k. 195,196).

Gmina M. zawarła umowę o wykonanie remontu budynku szkoły podstawowej w M. prac wg projektu zamiennego wykonanego przez projektanta M. F. z M. L. (2). Prace te zostały wykonane.

Fakty niesporne.

### **Ocena dowodów**

Stan faktyczny sprawy ustalony został w oparciu o załączone do akt sprawy dokumenty prywatne i inne dowody podlegające ocenie zgodnie z art. 308 § 2 k.p.c. Wiarygodność tych dowodów nie była przez strony kwestionowana, dowody te zostały uznane za wiarygodny materiał poznawczy, będący podstawą do dokonania ustaleń faktycznych rozpoznawanej sprawy.

Wyjaśnienia wymaga, że po przeprowadzeniu postępowania dowodowego (w ramach którego przesłuchano świadków i strony oraz zlecono biegłemu łącznie 10 opinii) postanowieniem z 5 sierpnia 2021 r. pominięto dowody z dokumentów załączone przez powodów do pisma procesowego z 30 sierpnia 2017 r. oraz dowód z zeznań świadka M. R. powołany przez powodów. Dowody złożone przez powodów wraz z pismem procesowym z 5 sierpnia 2021 r. okazały się spóźnione, co zasadnie podnosiła pozwana w kolejnych pismach procesowych. Pominięcie tych dowodów nie miało jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia - złożone przez powodów listy płac pracowników i listy obecności nie były przydatne do wyliczenia kwoty oszczędności, podobnie jak faktury za zakupione materiały budowlane, co do których i tak nie ma możliwości zweryfikowania czy dotyczyły materiałów kupionych na budowę objętą sporem w niniejszej sprawie. Co więcej złożone przez powodów faktury miały wykazać wartość materiałów zakupionych przez powodów dla potrzeb realizowanej inwestycji, ale niewbudowanych, tymczasem – co wyjaśniono w dalszej części rozważań – powodom w ogóle nie przysługuje roszczenie o zwrot wartości materiałów zakupionych ale niewbudowanych, w konsekwencji nie przysługuje im również roszczenie o magazynowanie tych materiałów.

Świadek M. R. został natomiast powołany jako dowód w piśmie procesowym powodów z 18 kwietnia 2018 r. w celu wykazania potwierdzenia, że świadkowie na liście prac złożonej przez powodów faktycznie pracowali na budowie. Pominięcie dowodu zeznań tego świadka jest konsekwencją wcześniejszego pominięcia dowodów list płac i list obecności. Postanowieniem wydanym na rozprawie 15 września 2015 r. pominięto z kolei dowód z zeznań świadka M. L. (1), któremu Gmina M. - po przeprowadzeniu kolejnego postępowania przetargowego - zleciła wykonanie remontu

szkoły podstawowej w M.. Powołanie tego dowodu było nie tylko spóźnione, ale także zmierzało do wykazania faktów niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia, fakty związane z wykonywaniem umowy przez świadka M. L. (1) nie miały bowiem żadnego wpływu na rozliczenie wcześniejszej umowy zawartej przez gminę z powodami.

Obie strony dla wykazania powoływanych przez siebie faktów powołały też dowody z zeznań świadków oraz dowód z przesłuchania stron. Co do zasady wszystkie te dowody należało uznać za wiarygodne (z wyjątkami opisanymi poniżej).

W charakterze świadków przesłuchani zostali: D. W. – dyrektor szkoły podstawowej w M., M. A. – zastępca dyrektora szkoły pełniący tę funkcję w czasie realizowania inwestycji, J. B. (1) – zatrudniony przez Gminę M. na stanowisku inspektora do spraw inwestycji, remontów i zamówień publicznych, B. M. – któremu pozwana gmina zleciła czynności przypisywane ustawą inspektorowi nadzoru (choć formalnie tej funkcji nie pełnił nie posiadając ku temu uprawnień), S. T. – który z kolei jako osoba posiadająca uprawnienia inspektora nadzoru wykonywał określone czynności w ramach zlecenia udzielonego mu przez B. M., pomagając mu przy realizacji zadań powierzonych przez gminę, projektant – M. F.. W charakterze strony przesłuchany został powód M. B. oraz wójt pozwanej gminy E. R..

Nie wszyscy świadkowie uczestniczyli w całym ciągu zdarzeń składających się na stan faktyczny niniejszej sprawy, dlatego też każda z przesłuchanych osób opowiadała o zdarzeniach, w których uczestniczyła.

Wiarygodne okazały się zeznania projektanta M. F.. Szczególnie ważne dla sprawy były jego relacje dotyczące opis czynności poprzedzających wykonanie pierwotnego projektu budowlanego, w oparciu o który powodowie realizowali będącą przedmiotem sporu inwestycję (wykonywanie odkrywek w obrębie budynku przeznaczonej do remontu szkoły podstawowej). Równie szczegółowe zeznania w tym samym temacie dotyczącym odkrywek złożył uczestniczący w tych czynnościach świadek J. B. (1) (w czynnościach tych nie uczestniczyli natomiast pełniący nieformalnie funkcję inspektorów nadzoru B. M. i S. T.). Zeznania obu uczestniczących w wykonywaniu odkrywek świadków korespondowały ze sobą i pozwoliły odtworzyć wyczerpujący obraz tych czynności, sprowadzający się w istocie do wykonania odkrywek w trzech miejscach. Fakt ten miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, w powiązaniu z opinią biegłego sądowego M. S. pozwolił na dokonanie oceny, że projektant należycie wykonał swoje obowiązki, nie dopełnił wszystkich wymogów zgodnych ze sztuką, przez co ukryte dla uczestników procesu budowlanego pozostały fakty związane ze złym stanem konstrukcji budynku, co w efekcie postawiło Gminę M. w niejako „przymusowej” sytuacji, w której jedynym wyjściem było odstąpienie od umowy, nie mogła być bowiem ona realizowana wg pierwotnego wykonanego przez projektanta M. F. projektu z uwagi na stan konstrukcji budynku grożący jego zawaleniem. Wobec zgodności zeznań świadków M. F. i J. B. (1) ich zeznania zostały w omówionym zakresie uznane za wiarygodne.

Świadek J. B. (1) miał zresztą szeroką wiedzę na temat faktów związanych z realizacją całej inwestycji z racji pełnionej w gminie funkcji (inspektor do spraw inwestycji, remontów i zamówień publicznych), był on w zasadzie osobą, która bezpośrednio uczestniczyła we wszystkich czynnościach związanych z wykonywaną inwestycją, zarówno na etapie wykonywania projektu, jak i na etapie wykonywania robót budowlanych. Bezpośrednio z nim powód M. B. ustalał również szereg kwestii związanych z zakończeniem procesu inwestycji po odstąpieniu od umowy przez gminę, jak np. sprawy dotyczące niewykorzystanych materiałów budowlanych czy też dzierżawy podpór stalowych. Zeznania tego świadka zostały uznane za wiarygodne w całości, jak już wspomniano uczestniczył on niemal we wszystkich zdarzeniach związanych z realizacją inwestycji, zaś wszystkie opisywane przez niego fakty były zgodne z zeznaniami tych świadków, którzy kolejno w tych poszczególnych zdarzeniach w korelacji z J. B. (1) uczestniczyli.

W oparciu o zeznania świadków J. B. (1) i B. M., a także – co ważne – w oparciu o dowód z przesłuchania powoda M. B. ustalone zostały fakty dotyczące okazania na ławce pod gołym niebem segregatora z materiałami budowlanymi przez M. B. (J. B. (1) składał zeznania dwukrotnie, po raz drugi po przesłuchaniu M. F. właśnie w zakresie faktów dotyczących okazania przez M. B. segregatora z fakturami). Obaj świadkowie jak również sam powód M. B. zgodnie przedstawili przebieg tej sytuacji jak również motyw, które podawał powód odmawiając przedstawicielom gminy wykonania kserokopii faktur VAT potwierdzających zakup materiałów budowlanych, które powód zamierzał sprzedać pozwanej gminie. Zeznania obojga świadków jak również powoda M. B. zostały w tym zakresie ocenione jako wiarygodne, za taką oceną przemawia przede wszystkim ich daleko idąca zbieżność. Fakty te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia,

pozwołyły bowiem ustalić, że stroną, która ponosi winę za ostateczne fiasko rozmów zmierzających do zawarcia umowy odsprzedaży materiałów budowlanych jest powód M. B. (rozważania na ten temat zostały przedstawione w dalszej części uzasadnienia).

Zeznania świadków jak również dowód z przesłuchania stron były znaczącymi dowodami pozwalającym ustalić kwotę czynszu najmu podpór stalowych do podtrzymywania stropu. Zeznania co do tych faktów złożył J. B. (1), powód M. B., wójt E. R., nieformalny inspektor nadzoru B. M., a także zastępca dyrektora szkoły M. A., przy czym B. M. nie był bezpośrednio obecny przy rozmowie o podporach (słyszał jedynie o takiej w rozmowie między J. B. (1) i M. B. i zapamiętał, że padła wówczas kwota 10 zł, przy czym świadek nie wiedział czy była to kwota netto czy brutto), zaś M. A. był jedynie obecny przy rozmowie dotyczącej podpór stalowych, ale w niej nie uczestniczył (zachował jednak w pamięci, że w czasie tej rozmowy była mowa o stawce 10 zł za dobę). Rozmowa prowadzona była przez J. B. (1) i M. B.. Z zeznań J. B. (1) wynika, że w czasie rozmowy powód zaproponował stawka 10 zł za dobę, choć nie zostało wówczas uściślone czy będzie to kwota netto czy brutto, świadek ten zeznał, że strony zgodziły się wówczas na proponowaną przez M. B. stawkę. Wcześniej J. B. (1) zadzwonił do wójta E. R. i zapytał ją czy akceptuje proponowaną przez M. B. stawkę, E. R. zgodziła się wówczas na kwotę 10 zł za dobę, choć zrozumiała, że jest to kwota brutto, ostatecznie jednak zgodziła się, aby była to kwota netto (a więc zgodziła się zapłacić więcej niż pierwotnie zrozumiała). Ostatecznie zresztą gmina – zgodnie z zeznaniami wójta – zapłaciła za dzierżawę podpór stalowych 10 zł + VAT za dobę wg faktur wystawionych przez powodów, co jest faktem niespornym – co do tej zapłaconej kwoty powodowie cofnęli zresztą pozew.

Definitywnie wszyscy przesłuchani dla wykazania tego faktu świadkowie oraz wójt pozwanej gminy złożyli zeznania wskazujące na zawarcie przez strony umowy wg stawki wynoszącej 10 zł, w rozmowie nie było mowy jedynie o tym, czy ma być to kwota netto czy brutto, pozostaje to jednak bez znaczenia dla sprawy, gmina przyjęła bowiem mniej korzystną dla siebie wersję zakładającą, że umówiona kwota 10 zł była to kwota netto.

Jedyną osobą, która złożyła zeznania odmienne co do stawki dzierżawy podpór jest powód M. B.. Według jego relacji na pytanie przedstawiciela gminy czy podpory mogą zostać powód miałby odpowiedzieć „dogadamy się” proponując stawkę w przedziale 10 lub 12 zł za dzień, uważał bowiem, że powodom należy się jeszcze zysk i koszty ogólne. Ostatecznie M. B. zeznał, że strony „dogadały się”, ale ustalona stawka wyniosła 12 zł za dzień + VAT. W tym zakresie zeznania M. B. zostały uznane za niewiarygodne. Przeczą temu relacje wszystkich opisanych wyżej świadków, w zeznaniach żadnego z nich nie padła kwota 12 zł za dzień, świadkowie jednomyślnie wskazywali kwotę 10 zł za dzień dodając zarazem, że nie było jasne jedynie to, czy ma to być kwota netto czy brutto.

Za wiarygodnością wersji przedstawionej przez świadków przemawia również stanowcze stanowisko pozwanej gminy wyrażone w prowadzonej przez strony korespondencji. Niezwłocznie po wystawieniu przez powodów faktur VAT wg stawki 12 zł netto za dobę pozwana gmina skierowała bowiem do powodów pismo z 10 października 2013 r., w którym domagała się skorygowania faktur w zakresie wysokości należności za dzierżawę podpór podkreślając, iż cena ustalona została na 10 zł netto za dobę. Jest to dodatkowy argument przemawiający za wiarygodnością świadków oraz brakiem wiarygodności po stronie powoda M. B. w zakresie wysokości dobowej stawki za dzierżawę podpór.

Wiarygodne okazały się zeznania B. M. nieformalnie pełniącego funkcję inspektora nadzoru, wykonującego na zlecenie gminy zadania związane z nadzorem budowlanym nad realizowaną inwestycją, a także zadania związane z rozliczeniem po jej rozwiązaniu na skutek odstąpienia przez pozwaną gminę (weryfikacja kosztorysów powykonawczych wykonanych przez powoda). Te same zadania - tyle że na zlecenie B. M. - wykonywał S. T.. Relacje obu tych świadków były zgodne ze sobą jak również z innymi pod dowodami, które dotyczyły opisywanych przez nich faktów, tym samym ich zeznania zostały uznane za wiarygodne dowody w sprawie.

Tak samo należy ocenić zeznania D. W. – dyrektora szkoły oraz M. A. – ówczesnego wicedyrektora szkoły. Świadców ci zostali powołani dla wykazania faktów związanych z ustaleniami stron w zakresie przenoszenia mebli z pierwszego piętra na parter przez pracowników powoda, między stronami sporne bowiem było to, czy strony niniejszego procesu umówiły się, że powodowie wykonają tą usługę odpłatnie (tak twierdzili powodowie), czy też przeniesienie mebli

nastąpiło na prośbę dyrekcji szkoły i stanowiło usługę grzecznościową, w zamian za co dyrektor szkoły udostępniła pracownikom powoda pomieszczenia socjalne, aby mogli tam przechowywać swoje rzeczy, przebierać się, itp. (jak twierdziła pozwana). D. W. i M. A. złożyli co do tych faktów zeznania zbieżne co do wszystkich szczegółów (zeznali, że była to usługa jedynie grzecznościowa, tj. uprzejmość wykonana na rzecz dyrektora szkoły, na którą dyrektor odpowiedział uprzejmością ze swojej strony), zeznania te – z uwagi na ich zgodność – zostały uznane za wiarygodne.

M. A. dodatkowo był obecny przy rozmowie między powodem i J. B. (1) dotyczącej dzierżawy podpór stalowych, w swoich zeznaniach opisał więc również treść tej rozmowy (co już wspomniano wyżej), przy czym opis ten jest zbieżny z opisem przedstawionym przez świadka J. B. (1). Także w tym zakresie zeznania świadka M. A. okazały się więc wiarygodne.

W sprawie przeprowadzony został również dowód z przesłuchania stron - E. R. jako wójta Gminy M. oraz powoda M. B.. Relacje E. R. znalazły potwierdzenie w innych zgromadzonych w sprawie dowodach, wójt gminy nie przedstawiła żadnych faktów, które nie korespondowałyby z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym, obejmującym zarówno zeznania świadków jak i dowody z dokumentów. Tym samym brak było podstaw do uznania ich za niewiarygodne.

W dużym stopniu wiarygodne były również zeznania powoda M. B., w zasadzie dotyczy to niemal całych zeznań powoda, z wyjątkiem jedynie ustalonej przez strony dobowej stawki czynszu z tytułu umowy dzierżawy podpór stalowych (brak wiarygodności zeznań powoda w tym zakresie została omówiona powyżej). W pozostałej części jego zeznania były wiarygodne i w dużej mierze istotne dla rozstrzygnięcia. Istotne znaczenie dla sprawy miał chociażby opisany przez niego fakt przedstawienia przedstawicielom gminy na ławce faktur dotyczących zakupionych materiałów jedynie do wglądu. M. B. był też jedyną osobą, która mogła wskazać co się ostatecznie stało z tymi materiałami - w tym zakresie zeznał, że część materiałów zdołał upłynnić, część została zutylizowana, jakies pozostałości wciąż leżą w jego magazynie. Także w tym zakresie zeznania powoda są wiarygodne, strona przeciwna nie wskazała bowiem żadnych dowodów przeciwnych, które mogłyby podważać prawdziwość relacji powoda w omawianym zakresie.

Stan faktyczny sprawy ustalony został w dużej mierze również w oparciu o dowody z opinii biegłego sądowego. W sprawie wykonano łącznie 10 opinii biegłego, których autorem jest stały biegły sądowy mgr inż. M. S..

Biegły wykonał w początkowej fazie procesu 3 opinie zmierzające do ustalenia trzech kwestii: po pierwsze, opinie które zmierzały do ustalenia faktów pozwalających ocenić czy ziściły się przesłanki z § 12 ust. 1 pkt 1 umowy z 12 marca 2013 r. i zarazem z art. 145 ust. 1 p.z.p. (czy inwestor należycie wykonał swoje obowiązki na etapie przygotowania projektu, w szczególności czy na etapie przygotowywania projektu można było przewidzieć, że stan budynku będzie wymagał znacznie szerszego niż ujęty w projekcie zakresu robót zmierzających do zapewnienia statyki budynku); po drugie czy możliwe było - po stwierdzeniu, że stan budynku zagraża jego stateczności - kontynuowanie robót z rozszerzonym zakresem prac wg propozycji powoda; po trzecie jaka była wartość prac dodatkowych, odkrywek i robót zabezpieczających wykonanych przez powodów, tj. robót związanych z odstąpieniem od umowy przez pozwaną.

Ostatecznie biegły wykonał w celu ustalenia powyższych kwestii 3 opinie:

opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r. (k. 774-792)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z września 2016 r. (k. 840-845)

ustna opinia biegłego oraz załącznik do protokołu z 26 stycznia 2017 r. (k. 868-869, 871-872).

Opinie te zostały uznane za dowody w pełni wiarygodne, biegły rzeczowo wyjaśnił swoje stanowisko oraz przedstawił sposób dochodzenia do przedstawionych w opiniach wniosków, wyczerpująco odpowiedział również na pytania pełnomocników stron na wyznaczonej w tym celu rozprawie, przedkładając dodatkowo załącznik do protokołu rozprawy z 26 stycznia 2017 r.

Po zakończeniu na rozprawie czynności związanych z wyjaśnieniami biegłego pełnomocnik pozwanej wniósł o dalsze kontynuowanie procesu poprzez przystąpienie do zlecenia biegłemu opinii zmierzających do ustalenia wysokości roszczenia powodów, w szczególności wysokości oszczędności o jakich mowa w art. 644 k.c.

Biegły sądowy M. S. wykonał zatem kolejno 7 opinii zmierzających do ustalenia wysokości wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane opartego o art. 644 k.c., których celem w istocie było określenie kwoty oszczędności w rozumieniu tego przepisu. Są to:

opinia pisemna biegłego z sierpnia 2017 r. dotycząca oszczędności (k. 891-903);

uzupełniająca opinia biegłego z lutego 2018 r. (k.981-988)

ustna opinia biegłego z 26 lipca 2018 r. (k. 1032v-1033v)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z października 2018 r. (k.1052-1057)

ustna opinia biegłego z 14 lutego 2019 r. (k. 1091-1093)

opinia pisemna biegłego z sierpnia 2020 r.+ kosztorys (k. 1204-1277)

uzupełniająca opinia pisemna biegłego z marca 2021 r. (k.1296-1305).

Wszystkie wykonane przez biegłego opinie (w liczbie 10) są zdaniem Sądu wiarygodnymi dowodami w sprawie. Magister inżynier M. S. jest stałym biegłym sądowym, nabyte przez niego umiejętności, wiedza oraz doświadczenie zawodowe, a także bezstronność związana z brakiem powiązania z którąkolwiek ze stron, czynią wykonane opinie dowodami istotnymi dla ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Istota dowodu z opinii biegłego polega na tym, że biegli, w odróżnieniu od świadków, nie mają w zasadzie za zadanie przedstawiać swoich spostrzeżeń o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, mają natomiast udzielać sądowi wiadomości specjalnych, przy czym opinie swoje formułują oni dopiero w danym procesie (art. 278 k.p.c.). W tym przypadku wiedza specjalna biegłego pozwoliła mu na dokonanie oceny zgromadzonych w sprawie dokumentów w sposób, jakiego nie zdołałaby uczynić osoba nieposiadająca takiej wiedzy. Nie ma żadnych podstaw, aby zanegować wykonane przez biegłego opinie, trzeba mieć bowiem na względzie, że Sąd może oceniać opinię biegłego wyłącznie pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności, może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe, nie może jednak nie podzielać poglądów biegłego, czy w ich miejsce wprowadzać własnych stwierdzeń [por. wyrok S.N. z dnia 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90].

Dodatkowych rozważań wymaga praca biegłego związana z wykonaniem 7 opinii zmierzających do ustalenia wysokości wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane opartego o art. 644 k.c., których celem było określenie kwoty oszczędności w rozumieniu tego przepisu.

W pierwszej opinii z sierpnia 2017 r. biegły celem wyliczenia oszczędności na wstępie szacunkowo określił stopień zrealizowania robót objętych umową oraz przeprowadził analizę porównawczą kosztorysu ofertowego z kosztorysem powykonawczym. Za punkt wyjścia do wyliczeń biegły przyjął całkowity koszt robót objętych umową o wartości netto 330.000,05 zł (bez podatku VAT). Co ważne dla dalszych rozważań - biegły wykonał opinię porównując stopień zrealizowanych przez powodów robót do zakresu robót przewidzianego umową i opisanego w przedmiarze wykonanym przez gminę (załączonym do SIWZ) i w konsekwencji w sporządzonym przez powodów kosztorysie ofertowym (jak okazało się później założenie to sam biegły uznał za błędne, zakres robót faktycznie zleconych powodom obejmował bowiem roboty wymienione w dokumentacji projektowej, a nie w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ, zaś zakresy te dość znacznie różniły się między sobą).

Biegły ponadto przyjął, że do kwot zaoszczędzonych należy zaliczyć:



1. wartość materiałów niezakupionych w związku z niewykonaniem części robót (w istocie jest to wartość materiałów niewbudowanych, niezależnie od tego czy zostały kupione czy nie zostały kupione przez powodów, co biegły wyjaśnił w późniejszych motywach)
2. koszty zakupu materiałów z pkt 1
3. koszty robocizny koniecznej dla realizacji prac niewykonanych
4. koszty sprzętu koniecznego do realizacji prac niewykonanych
5. część kosztów pośrednich

Oszczędności wyniosły w zakresie materiałów 97,46% oraz w zakresie robocizny 83,56%. Biegły wyjaśnił zarazem, że przeprowadzona kalkulacja nie obejmuje tych wydatków związanych z kupionymi materiałami na cele realizacji robót objętych umową, które nie zostały wbudowane.

Oszczędności biegły wyliczył na kwotę 242.784,47 zł netto.

W opinii uzupełniającej z lutego 2018 r. odpowiadając na pytania stron biegły:

- wyjaśnił, że wartość robót dodatkowych nie stanowi ani kwoty zaoszczędzonej, ani kwoty wydatkowanej w ramach realizacji robót objętych umową;
- raz jeszcze podkreślił, że wykonana przez niego kalkulacja nie obejmuje tych wydatków związanych z kupionymi materiałami na cele realizacji robót objętych umową, które nie zostały wbudowane, ponieważ opinia dotyczy kwoty zaoszczędzonej ściśle w wyniku niewykonania części prac budowlanych, tym samym nie może uwzględniać wydatków poniesionych na zakup niewbudowanych materiałów budowlanych;
- wyjaśnił również, że w opinii posługiwał się kwotami netto.

W związku z tym, że przedstawione wyżej kwestie podnoszone były przez powodów w ramach uwag do kolejno wykonywanych opinii - powodowie konsekwentnie stali bowiem na stanowisku, że kwotę wynagrodzenia z art. 644 k.c. należy powiększyć o wartość materiałów kupionych, ale niewbudowanych oraz powiększyć o podatek VAT - już w tym miejscu zaznaczyć trzeba, że obie te kwestie pozostawały poza zakresem badań biegłego, ich rozstrzygnięcie należy do Sądu i dokonywane jest w oparciu o obowiązujące prawo materialne, tym samym rozważania dotyczące tych dwóch kwestii przedstawione zostały poniżej w wyodrębnionych redakcyjnie jednostkach uzasadnienia, w ramach dokonanej przez Sąd oceny prawnej roszczenia powodów z art. 644 k.c.

Natomiast kwestia robót dodatkowych stanowi odrębne od wynagrodzenia z art. 644 k.c. roszczenie powodów (skonkretyzowane przez powodów kosztorysem nr 2 obejmującym wartość robót dodatkowych i zabezpieczających), ostateczne stanowisko pozwanej odnośnie tego roszczenia nie obejmowało jego negacji co do zasady (pозwana co do zasady uznawała to roszczenie i po części je spełniła), na pierwszej rozprawie pełnomocnik pozwanej sprecyzował swoje stanowisko wskazując, że kwestionuje jedynie jedną pozycję kosztorysu nr 2 obejmującą koszt usługi polegającej na wyniesieniu mebli i wyposażenia sal szkolnych z pomieszczeń przeznaczonych do remontu. Tym samym roszczenie powodów o zapłatę za roboty dodatkowe było oceniane osobno.

Wracając do oceny wykonanych przez biegłego 7 opinii wskazać trzeba, że po wykonaniu dwóch pierwszych opinii biegły został wezwany na rozprawę celem przedstawienia opinii ustnej, ostatecznie na rozprawie 26 lipca 2018 r. biegły przedstawił ustną uzupełniającą opinię odpowiadając na pytania stron. Podczas wyjaśnień biegłego ujawniły się kwestie, które wymagały przeprowadzenia przez biegłego dalszej opinii pisemnej (biegły rozprawie nie wykluczył korekty opinii w tym zakresie po dokładnej analizie dokumentów).

W opinii uzupełniającej z października 2018 r. biegły potwierdził fakt zawyżenia ilości robót wystawionych w przedmiarze (załączonym do SIWZ) i w konsekwencji również w kosztorysie ofertowym w porównaniu do ilości robót wynikających z dokumentacji projektowej (przygotowanej na zlecenie gminy przez projektanta). Biegły już poprzednio (we wcześniejszych trzech opiniach) wskazywał zresztą na daleko idącą niestaranność w przygotowaniu projektu budowlanego podkreślając, że dokumentacja projektowa została sporządzona w sposób nierzetelny, zawierała liczne błędy i niedokładności - dalece nieprecyzyjny był opis przedmiotu zamówienia, istniały bowiem różnice między zakresem przedmiotu zamówienia w postaci tabeli przedmiarów (opisanym w SIWZ) oraz zakresem przedmiotu zamówienia przedstawionym w projekcie architektoniczno-budowlano-wykonawczym „Ocieplenie budynku i naprawa elementów konstrukcyjnych” (w formie rysunkowej i opisowej). Ma to znaczenie o tyle, że powodowie przygotowali ofertę na etapie postępowania przetargowego w oparciu o udostępnioną im wraz z SIWZ tabelą przedmiarów. Tymczasem okazało się, że zakres robót zgodnie z dostarczonym powodom już po zawarciu umowy projektem architektoniczno-budowlano-wykonawczym (w formie rysunkowej i opisowej) jest mniejszy. Umowa zawarta między stronami przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe, tym samym w przypadku zakończenia realizacji robót powodowie otrzymaliby wynagrodzenie w pełnej wysokości wynikającej z umowy, niezależnie od tego, czy wykonali roboty w ilości przewidzianej tabelą kosztorysu ofertowego, czy też w zakresie mniejszym bądź większym od kosztorysu ofertowego. Konsekwencją powyższego jest to, że niezależnie od teoretycznych kosztów realizacji robót wynikających z założeń kosztorysu ofertowego i przedmiaru (załączonego do SIWZ), powodowie realizując cały zakres robót wynikających z projektu (w rzeczywistości mniejszy niż założony w przedmiarze i kosztorysie ofertowym), ponieśliby jedynie koszty faktycznych nakładów, robocizny oraz prace sprzętu i materiałów koniecznych do wykonania robót w ilości wynikającej z projektu.

Mając na uwadze powyższe biegły ponownie wyliczył kwotę oszczędności przyjmując tym razem za podstawę wyliczeń (inaczej niż w opinii z sierpnia 2017 r.) nie zakres robót wynikający z kosztorysu ofertowego, tylko zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej, w oparciu, o którą miały być faktycznie realizowane prace. Przy tym założeniu, stosując tą samą co za pierwszym razem metodę, biegły wyliczył oszczędności na kwotę 161.379,98 zł netto [po zaokrągleniu 161.380 zł netto].

Na rozprawie 14 lutego 2019 r. biegły ponownie przedstawił ustną uzupełniającą opinię, odpowiadając na pytania stron.

Biegły wyjaśnił, że obie opinie podtrzymuje w zależności od tego, co zostanie przyjęte za podstawę ich wykonania (czy zakres robót wynikający z przedmiaru i kosztorysu ofertowego jak w opinii z sierpnia 2017 r. czy też zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej jak w opinii z października 2018 r.). Biegły podkreślił raz jeszcze - opierając się o analizę znajdującej się w aktach dokumentacji - że problemem w sprawie było to, iż opis przedmiotu zamówienia był dalece nieprecyzyjny, istniały bowiem różnice między przedmiotem zamówienia pierwotnym w postaci tabeli przedmiarów (opisanym w SIWZ) w oparciu o którą wykonany został przez powodów kosztorys ofertowy oraz przedmiotem zamówienia przedstawionym w dokumentacji projektowej (w formie rysunkowej i opisowej). Pierwsza opinia z sierpnia 2017 r. (oraz opinia uzupełniająca do niej z października 2018 r.) opiera się o założenie, że podstawą rozliczenia jest kosztorys ofertowy stanowiący załącznik do umowy. Kolejna opinia z października 2018 r. za podstawę przyjmuje zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej, co jest konsekwencją założenia, że wykonawcy przysługiwałoby wynagrodzenie ryczałtowe niezależnie od tego, że w kosztorysie ofertowym przewidziano większe ilości robót do wykonania, niż w dokumentacji projektowej.

Taki sposób wykonania przez biegłego opinii - to jest wykonanie dwóch opinii, z których każda oparta jest o odmienne założenia faktyczne - nie stanowi wady wykonanych przez biegłego alternatywnych opinii, przeciwnie - jest to jej zaleta. W procesach sądowych niekiedy wręcz wymagane jest sporządzenie opinii przy przyjęciu różnych założeń co do faktów, a więc w kilku wariantach. W takiej sytuacji do Sądu orzekającego w sprawie będzie należała ocena, które fakty winny być podstawą do rozważań biegłego zmierzających do ich oceny pod kątem posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych.

W rozpoznawanej sprawie za adekwatną do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy przyjąć należało drugą z wykonanych przez biegłego opinii (z października 2018 r.), w której biegły za podstawę przyjął zakres robót określony w dokumentacji projektowej (w formie rysunkowej i opisowej), w oparciu o tą umowę miały być bowiem wykonywane przez powodów prace remontowe, innymi słowy realny (faktycznie przewidziany do wykonania) zakres prac powodów wynika właśnie z projektu, a nie z dostarczonego powodom na etapie postępowania przetargowego stanowiącego element SIWZ przedmiaru robót.

Tym samym przyjąć należało, że na tle stanu faktycznego sprawy kwotę oszczędności określa opinia wskazująca jej wartość na 161.379,98 zł netto [po zaokrągleniu 161.380 zł netto].

Na rozprawie 14 lutego 2019 r. biegły udzielił odpowiedzi na pytania stron dotyczące wykonanej opinii, wyjaśniając wszelkie wątpliwości dotyczące przeprowadzonego przez niego rozumowania.

Obie strony - po zakończeniu składania przez biegłego wyjaśnień - wystąpiły w tym momencie z wnioskiem ażeby biegły podjął się raz jeszcze wykonania opinii w sprawie, ale tym razem z zastosowaniem innej metodologii wycień, opartej o kosztorys wykonany „tradycyjną” metodą, tj. w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych. Biegły wyjaśnił, że jest możliwe wycięnie oszczędności również wg tej metodologii proponowanej przez strony. Z uwagi na to, że obie strony należały ażeby opinię wykonać raz jeszcze, opierając się o wskazaną wyżej metodę kosztorysową, taka opinia została biegłemu zlecona i ostatecznie wykonana, przy czym kwota oszczędności wycięna przez biegłego tą metodą wyniosła początkowo 191.728,60 zł netto (opinia z sierpnia 2020 r. połączona z kosztorysem), przy czym biegły przedstawiając tą opinię podkreślił, że w całej rozciągłości podtrzymuje wcześniejszą opinię sporządzoną w październiku 2018 r., w której wycięnia zostały przeprowadzone wg innej metodologii. Biegły wyjaśnił, że obie opinie są prawidłowo wykonane, mimo tego, że wynik końcowy - za każdym razem uzyskany przy zastosowaniu innej metody wycień - okazał się odmienny.

Opinia z sierpnia 2020 r. została poddana ocenie przez powodów, którzy ustosunkowali się do niej oraz do załączonego do opinii kosztorysu w piśmie procesowym z 14 października 2020 r. wskazując szczegółowo, które pozycje kosztorysu są zdaniem powodów błędnie wycięne i jakich przyczyn, w tym zakresie powodowie wnieśli o wydanie przez biegłego opinii uzupełniającej.

Z kolei strona pozwana w piśmie procesowym z 14 października 2020 r. nie odniosła się merytorycznie do opinii, wniosła natomiast o przedłużenie terminu do ustosunkowania się opinii o 14 dni, zarządzeniem z 19 października 2020 r. termin ten został przedłużony do 28 października 2020 r., pozwana zarzutów do opinii jednak nie przedstawiła.

W tym stanie rzeczy biegłemu zlecono opinię uzupełniającą jedynie w zakresie uwag przedstawionych przez powodów. Biegły dokonał ponownej analizy i weryfikacji wykonanego kosztorysu i po części uznał uwagi te za zasadne. Biegły dokonał więc korekty wcześniej przedstawionej opinii (skorygował omyłki, błędy rachunkowe i rzeczowe) wskazując ostatecznie w opinii z marca 2021 r., że wysokość oszczędności wycięna z zastosowaniem metody kosztorysowej wynosi 111.260 zł netto.

Powodowie odnieśli się do opinii w piśmie procesowym z 26 kwietnia 2021 r. wskazując, że ich zdaniem sporządzona przez biegłego w marcu 2021 r. opinia kosztorysowa jest bardziej miarodajna niż wykonana wcześniej opinia z zastosowaniem poprzedniej metody badawczej. W podsumowaniu powodowie wskazali, że nie wnoszą już więcej uwag do końcowej opinii uzupełniającej z marca 2021 r., podtrzymali jednak swoje stanowisko odnośnie zasadności powiększenia wynagrodzenia umownego pomniejszonego o oszczędności o podatek VAT, jak również w zakresie tego, że składową tego roszczenia winna stanowić kwota odpowiadająca wartości zakupionych przez powodów, lecz niewbudowanych materiałów (ich wartość zdaniem powodów powinna powiększać kwotę przysługującego im wynagrodzenia z art. 644 k.c., zaś biegły konsekwentnie tych materiałów do wynagrodzenia przysługującego powodom nie wycięzał). Jak już wyżej wspomniano jest to kwestia prawna, nie należąca do zakresu opinii zleconej biegłemu. Mając na uwadze takie ostateczne stanowisko powodów brak było podstaw do dalszego zlecenia biegłemu kolejnych opinii uzupełniających.

Strona pozwana z kolei dwukrotnie wniosła o przedłużenie terminu do ustosunkowania się do opinii biegłego i ostatecznie przedstawiła 17 czerwca 2021 r. pismo procesowe (datowane na 19 maja 2021 r.) z zarzutami do opinii. Podstawowy zarzut pozwanej, podtrzymany następnie w piśmie procesowym złożonym 17 czerwca 2021 r. (opatrzonym datą 19 maja 2021 r.) sprowadza się do tego, że wykonane przez biegłego w toku sprawy opinie wykazują odmienne wyniki, które w sposób „drastyczny” odbiegają od pierwszej opinii w sprawie (wskazującej największą kwotę oszczędności i tym samym dla pozwanej najkorzystniejszą) i na tej tylko podstawie zakwestionowała całą pracę biegłego.

Specyfika sposobu wyliczenia wynagrodzenia z art. 644 k.c. jest taka, że dla wykonawcy korzystniejsze jest, aby kwota oszczędności była jak najmniejsza, wynagrodzenie z art. 644 k.c. (które stanowi różnicę między wynagrodzeniem umownym i kwotą oszczędności) będzie bowiem wówczas wyższe, zaś dla inwestora korzystniejsze jest, aby kwota oszczędności była jak największa. Nie dziwi więc to, że powodowie uznali za najbardziej adekwatną i miarodajną w sprawie opinię ostatnią przewidującą najniższą kwotę oszczędności, zaś stanowisko pozwanej sprowadza się do negowania kolejnych opinii, odbiegających w sposób „drastyczny” od pierwszej opinii w sprawie, która wskazywała kwotę oszczędności największą.

Podkreślenia wymaga, że stanowisko obu stron nie jest oparte na wyważonej i racjonalnej ocenie opinii, ale na dążeniu do przekonania Sądu aby za podstawę rozstrzygnięcia przyjęta została opinia dla strony najbardziej korzystna. Żadna ze stron nie przedstawiła bowiem racjonalnych i rzeczowych argumentów na poparcie swojego - w każdym przypadku skrajnego - stanowiska.

Odnosząc się do stanowiska pozwanej przypomnieć w tym miejscu trzeba, że opinia wg innej metodologii połączonej z kosztorysowaniem w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych została przeprowadzona na zgodny wniosek stron wyrażony na rozprawie, gdzie również pełnomocnik pozwanej nalegał na przeprowadzenie opinii w formie tak wykonanego kosztorysu. Ostatecznie strona pozwana nie przedstawiła argumentacji wskazującej na to, która opinia jest najbardziej miarodajna w sprawie, zamiast tego zanegowała wszystkie opinie biegłego jako wskazujące odbiegające od siebie kwoty oszczędności.

Ta przyjęta przez pozwaną linia obrony jest w ocenie Sądu nieskuteczna. We wcześniejszej części rozważań wyjaśniono już, że nie jest błędem biegłego wykonanie dwóch opinii alternatywnych, z których każda oparta jest o odmienne fakty. W tym miejscu dodać trzeba, że nie jest również błędem wykonanie przez biegłego dwóch opinii, z których każda została wykonana wg innej metody badawczej. Biegły wskazał, że obie opinie, każda wykonana wg innej metody, są prawidłowe, mimo tego, że wskazują na rozbieżne wyniki. Rozbieżność wyników powstała stąd, że u podstaw metodologii przyjętej do wykonania każdej z tych opinii leży czynność szacowania, a więc podawania w przybliżeniu określonych wartości. Kwestią prawną pozostaje, która z tych opinii będzie stanowiła podstawę rozstrzygnięcia (powyższe zostało przedstawione w dalszej części rozważań obejmujących ocenę prawną).

Odniesić należy się na koniec do zarzutu pozwanej przedstawionego w piśmie procesowym złożonym 17 czerwca 2021 r. (opatrzonym datą 19 maja 2021 r.), w którym pozwana zakwestionowała opinię uzupełniającą z marca 2021 r., korygującą wnioski przedstawione w opinii z sierpnia 2020 r., połączonej z kosztorysem opartym o Katalogi Nakładów Rzeczowych. Zdaniem pozwanej w opinii uzupełniającej biegłych dokonał korekty wcześniejszej opinii przyjmując zakres świadczenia powodów odbiegający od złożonej oferty, to jest odbiegający od zakresu robót przewidzianych przez SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu wskazać trzeba, że opinia uzupełniająca stanowiła korektę pomyłek popełnionych w opinii z sierpnia 2020 r., które w dużej mierze związane były z błędami w dokumentacji projektowej, a w szczególności z rozbieżnościami między zakresem prac wynikającym z SIWZ i zakresem prac wynikającym z projektu budowlanego, w oparciu o który powodowie mieli realizować zadanie. Dokonanie tych korekt, jak wynika z treści opinii uzupełniającej, nie było oparte o założenie, że powodowie wprowadzą rozwiązania zamiennie w stosunku do dokumentacji projektowej. Chybiona jest również argumentacja pozwanej dotycząca pozycji 29 kosztorysu, gdzie biegły opierając się o Katalogi Nakładów Rzeczowych miałby przyjąć cenę kanałów wentylacyjnych o średnicy do 200 mm, a następnie w

opinii uzupełniającej skorygować ją do kanałów o średnicy 150 mm (powodowie wskazali bowiem na zakup materiałów o takich właśnie wymiarach). Zaznaczyć trzeba, że pozwana błędnie zakłada, że w pozycji 29 kosztorysu przyjęto zastosowanie kanałów wentylacyjnych o średnicy 200 mm, w istocie przyjęto bowiem materiały o średnicy „do” 200 mm (pozwana pominęła poprzedzające wielkość średnicy słowo „do”). Przyjęta przez biegłego korekta jest więc uszczegółowieniem opinii, a nie wprowadzaniem rozwiązań zamiennych.

Wskazany przez pozwaną przykład dobitnie świadczy o tym, że u podstaw każdej wykonanej przez biegłego opinii leży czynność szacowania, a więc podawania w przybliżeniu określonych wartości, o czym świadczy właśnie fakt, że w pozycji 29 kosztorysu biegły - stosując określony Katalog Nakładów Rzeczowych - przyjął przybliżoną wartość kanałów „do” 200 mm, a nie skonkretyzowaną wartość kanałów o średnicy 200 mm bądź 150 mm.

Mając na uwadze powyższe, a przede wszystkim argumentację prawną przedstawioną w dalszej części rozważań, odnoszącą się do szacunkowego (jedynie przybliżonego) wyniku każdej ze zleconych biegłemu opinii, Sąd uznał za niecelowe zlecenie biegłemu dalszych opinii uzupełniających, z których każda i tak zawierałaby w sobie element szacowania, a ostateczny wynik podawałaby w przybliżeniu i nadal polegałaby kwestionowaniu przez stronę niezadowoloną z kolejnej opinii. W sprawie wykonanych zostało już 10 opinii biegłego, dalsze przedłużanie postępowania i przeprowadzenie kolejnych, kosztownych dowodów z opinii, które jak wskazano i tak podają jedynie przybliżoną kwotę oszczędności, nie leży w interesie żadnej ze stron.

### **Sąd zważył co następuje:**

Po częściowym cofnięciu pozwu oraz prawomocnym umorzeniu postępowania w cofniętej części (cofnięcie dotyczyło części kwot głównych i części odsetek) powodowie dochodzą następujących sześciu roszczeń, mających podstawę faktyczną związaną z wykonywaniem łączącej strony umowy o roboty budowlane z 12 marca 2013 r. zawartej w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej p.z.p.

1) kwoty 313.667,24 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. z tytułu wynagrodzenia umownego (podstawy prawnej tego żądania powodowie upatrywali w art. 644 k.c. stosowanym odpowiednio na podstawie art. 656 § 1 k.c.; pozwana z kolei broniła się, iż to nie wskazany przepis k.c. znajduje zastosowanie w sprawie co do tego roszczenia, lecz art. 145 ust. 2 p.z.p.);

2) kwoty 12.182,30 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. (roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za prace dodatkowe i zabezpieczające);

3) kwoty 20.295 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 6 czerwca 2013 r. (roszczenie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy z 12 marca 2013 r., zaś podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 483 § 1 k.c.);

4) kwoty 6.642 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 12 października 2013 r. oraz

kwoty 2.214 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 11 listopada 2013 r. (roszczenie obejmujące koszty magazynowania materiałów budowlanych);

5) kwoty 46,74 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. oraz kwoty 300,72 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. (roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z tytułu zawartej ustnie z pozwaną umowy dzierżawy sprzętu w postaci podpór stalowych do podtrzymywania stropu);

6) oraz kwoty ustawowych odsetek za opóźnienie liczonych od kwoty 40.591,31 zł za okres od 7 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że powodowie wywodzą roszczenia objęte żądaniem pozwu z umów zawartych w 2013 roku, tym samym zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego z tej daty, jak również przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z zm.), która obecnie już nie

obowiązuje, utraciła bowiem moc na podstawie art. 89 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

W zakresie przepisów procesowych wskazać natomiast trzeba, że sprawa została wszczęta na skutek pozwu złożonego 28 października 2013 r., od dnia 7 listopada 2019 r. zastosowanie znajdują więc – na podstawie art. 9 ust 1 Ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 lipca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469) – przepisy k.p.c. w brzmieniu obowiązującym od 7 listopada 2019 r.

Przed przejściem kolejno do rozważań dotyczących wskazanych wyżej sześciu roszczeń w pierwszym rzędzie wskazać trzeba, iż w stosunku do każdego z nich powództwo zostało oddalone w zakresie, w jakim obejmowało zasądzenie dochodzonych roszczeń od pozwanej na rzecz powodów „solidarnie”, zamiast tego - uwzględniając w części powództwo - zasądzono na rzecz powodów jako współników spółki cywilnej uzasadnioną kwotę roszczenia „do niepodzielnej ręki”, co spowoduje wejście wyegzekwowanego świadczenia do majątku wspólnego współników.

Rozważając kwestię solidarności czynnej współników spółki cywilnej za punkt wyjścia przyjąć bowiem trzeba art. 369 k.c., zgodnie z którym zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W przypadku solidarności czynnej brak jest w kodeksie cywilnym przepisu, który solidarność taką ex lege statuowałby w danym stosunku prawnym. Błędem jest przyjmowanie, iż solidarność czynna występuje w przypadku roszczeń przysługujących współnikom spółki cywilnej, nie ma bowiem tu mowy o solidarności wierzycieli – brak jest dla niej szczególnego źródła, którego wymaga art. 369 k.c., ani też nie dochodzi do podziału zobowiązania (dopóki trwa stosunek spółki cywilnej). Wierzytelności te przysługują wierzycielom łącznie, w związku z występującą między nimi współwłasnością (wspólnością) łączną [por. wyrok SN z dnia 19.03.2004 r., sygn. IV CK 172/O3; D., Komentarz do art. 369 k.c. (w:) red. E. G., P. M., Kodeks cywilny. Komentarz, W. 2014].

Podstawę zasądzenia solidarnego, stosownie do art. 369 k.c., mogłaby natomiast stanowić czynność prawna. W rozpoznawanej sprawie solidarność po stronie powodów jako współników spółki cywilnej i zarazem wierzycieli z umowy o roboty budowlane nie została jednakże zastrzeżona w łączącej ich z pozwaną gminą umowie.

W doktrynie był rozważany problem wielości wierzycieli jako powodów na tle wspólności łącznej majątku współników spółki cywilnej - por. E. G., O wadliwościach stosowania zasad solidarności czynnej w postępowaniu sądowym – uwag kilka [Monitor Prawniczy, 2009 r., nr 3]. W tym względzie wskazane zostało, że sąd winien zasądzić należne świadczenie na rzecz powodów (wspólników spółki cywilnej) bez niedopuszczalnego stosowania konstrukcji solidarności czynnej po stronie powodów jako wierzycieli, ale też bez rozdzielania świadczenia na części przypadające każdemu z powodów (wspólników). W takiej sytuacji zasądzenie należnego świadczenia na rzecz powodów będących współnikami spółki cywilnej spowoduje wejście wyegzekwowanego świadczenia do majątku wspólnego współników. Sąd nie może zatem ulegać wyrażonemu w pozwie żądaniu solidarnego zasądzenia świadczenia na rzecz powodów współuczestniczących w procesie, jeżeli strony stosunku zobowiązaniowego nie zastrzegły w umowie solidarności czynnej po stronie wierzycielskiej. Nie ma przy tym uzasadnienia dla pełnego oddalenia powództwa, gdy merytorycznie chybione jest tylko żądanie zasądzenia świadczenia według reżimu solidarności czynnej wierzycieli, sąd winien zatem dokonać zasądzenia świadczenia na rzecz powodów współników spółki cywilnej bez podziału świadczenia na oznaczone części i zarazem bez zastosowania konstrukcji solidarności czynnej wierzycieli.

Przedstawiony wyżej pogląd E. G. (2) jest powszechnie stosowany w orzecznictwie, sądy powszechne w przypadku powodów jako współników spółki cywilnej zasądzają bowiem na ich rzecz świadczenie bez stosowania konstrukcji solidarności czynnej wierzycieli i bez podziału świadczenia na oznaczone części. Natomiast w przypadku gdy żądaniem pozwu objęta jest solidarność po stronie powodów, uzasadnione jest oddalenie powództwa w zakresie żądania solidarnego.

***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 313.667,24 zł (pkt 1):***

Pierwotnie żądanie powodów wyrażało się kwotą 344.400 zł, częściowe cofnięcie pozwu nastąpiło na skutek zapłaty przez pozwaną kwoty 30.732,76 zł, dokonanej 14 listopada 2013 r. Cofnięcie dotyczyło również części odsetek - pierwotnie powodowie domagali się odsetek od 6 czerwca 2013 r., po cofnięciu żądają odsetek od 16 listopada 2013 r.

Powodowie wywodzili omawiane roszczenie z art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Niesporny jest fakt, że pozwana gmina po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarła z powodami 12 marca 2013 r. umowę o roboty budowlane obejmujące realizację zadania: „Renowacja z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.”. Nie ma również sporu co do tego, że pozwana gmina skierowała do powodów pismo datowane na dzień 6 czerwca 2013 r. ((...).2.2013) zatytułowane „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy”, w którym wskazała, że na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 umowy z 12 marca 2013 r. oświadcza, że z dniem 5 czerwca 2013 r. odstępuje od tej umowy z uwagi na zaistnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przypomnieć trzeba, że § 12 ust. 1 pkt 1 umowy z 12 marca 2013 r. regulował kwestię odstąpienia od umowy przez inwestora przyznając mu takie prawo zgodnie z art. 656 § 1 k.c., a nadto m.in. w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy; odstąpienie od umowy w tym przypadku mogło nastąpić w terminie miesiąca od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach (pkt 1).

Zapis ten stanowi w istocie powtórzenie art. 145 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym: W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Ponadto w art. 145 ust. 2 p.z.p. wskazano, że: w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Pozwana gmina stoi na stanowisku, że skutecznie odstąpiła od umowy, ponieważ nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Strona pozwana ma bowiem na uwadze art. 144 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym:

zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Strony niniejszego procesu zgadzały się co do tego, że w toku robót, po wykonaniu pierwszych odkrywek na strychu przez wykonawcę (powodów) wyszło na jaw, że budynek dotknięty jest trwałą wadą (okazało się, że belki stropu są obcięte i nie stanowią elementów konstrukcji budynku), co dla wszystkich uczestników procesu budowlanego było jednoznaczne z tym, że nie jest możliwe realizowanie umowy wg projektu pierwotnego, a więc tym samym za określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe wynoszące 405.900,06 zł (z podatkiem VAT). Następnie wykonany został przez projektanta M. F. zamienny projekt architektoniczno-budowlany, który pozwalał kontynuować realizację

zadania i zarazem przewidywał prace usuwające wady budynku, zaś kosztorys inwestorski wykonany w oparciu o ten zamienny projekt zakładał wartość kosztorysową całości robót na poziomie ponad dwukrotnie wyższym niż pierwotny, tj. 757.472,78 zł netto (bez podatku VAT). Koszt wykonania prac wg projektu zamiennego przekraczał więc znacznie 50% kosztów pierwotnie założonych. Oznacza to, że obowiązująca w 2013 roku ustawa Prawo zamówień publicznych zakazywała zlecenia robót dodatkowych wg projektu zamiennego dotychczasowemu wykonawcy (tj. prowadzącym spółkę cywilną powodom).

W tym stanie rzeczy strona pozwana - powołując się na fakt, że nie mogła przewidzieć w chwili zawarcia umowy istotnej zmiany powodującej konieczność wykonania robót wg innego niż pierwotny projektu - argumentowała, że skutecznie odstąpiła od umowy, zaś wykonawca (powodowie) mogą żądać wyłącznie wynagrodzenia z tytułu wykonanej części umowy, zgodnie z art. 145 ust. 2 p.z.p.

Z kolei powodowie stali na stanowisku, że taka kwalifikacja nie jest prawidłowa, tym samym gmina wprowadziła skutecznie od umowy (inwestor posiada bowiem takie uprawnienie), ale ze skutkiem o jakim mowa w art. 644 k.c.

Spór między stronami pojawił się w pierwszym rzędzie na tle oceny stanu faktycznego sprawy pod kątem zakwalifikowania zaistniałego stanu rzeczy jako sytuacji, którego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Jak już wspomniano ujawniona w czasie wykonywania robót wada budynku powodowała, iż pierwotny projekt w niezmiennym kształcie nie mógł być realizowany, zagrażało to bowiem bezpieczeństwu statycznemu budynku, z czym obie strony procesu się zgadzają.

Dla ustalenia, czy można było taką sytuację przewidzieć (w oparciu o oględziny budynku na etapie wykonywania pierwotnego projektu budowlanego) niezbędna jest wiedza specjalna, w tym zakresie został więc dopuszczony dowód z opinii biegłego sądowego M. S.. Biegły wykonał w tym temacie trzy opinie (opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r., opinia pisemna uzupełniająca z września 2016 r., opinia ustna oraz połączony z nią załącznik do protokołu rozprawy z 26 stycznia 2017 r.).

Biegły przedstawił kategorię wniosków oraz odpowiedział na dodatkowe pytania i odniósł się do wszystkich uwag stron. Biegły jednoznacznie stwierdził, że projektant (M. F.) przed przystąpieniem do prac projektowych w zakresie remontu nie dochował należytej staranności przy dokonywaniu oceny stanu technicznego budynku, a w szczególności więźby dachowej i elementów konstrukcyjnych dachu. Dalej biegły wyjaśnił, że doświadczony konstruktor na podstawie stwierdzonych widocznych odkształceń konstrukcji ciesielskiej dachu powinien umieć wskazać miejsce, w których doszło do awarii konstrukcji i w tych miejscach dokonać odkrywek bez konieczności rozbiórki poszycia całego dachu.

Przebieg czynności związanych z wykonywaniem odkrywek (poprzedzających wykonanie przez projektanta M. F. zleconej mu dokumentacji) opisany został przez świadków, którzy w tych czynnościach uczestniczyli: projektanta M. F. i pracownika gminy J. B. (1) (w czynnościach tych nie uczestniczył natomiast świadek B. M., zatrudniony przez pozwaną w celu wykonywania zadań inspektora nadzoru na etapie wykonywania robót, ani zatrudniony przez B. M. – posiadający uprawnienia inspektora nadzoru – świadek S. T.). Opis czynności związanych z wykonywaniem odkrywek przedstawiony przez świadków M. F. i J. B. (1) jest zgodny co do szczegółów, co czyni te zeznania wiarygodnymi (ocena dowodów została dokonana we wcześniejszej części rozważań). Jak wynika z zeznań świadków M. F. wykonał odkrywkę w trzech miejscach: przy fundamentach piwnicy, w pomieszczeniach lekcyjnych i gospodarczych ostatniej kondygnacji (gdzie odsłonił ścianki kolankowe) oraz na strychu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że gmina nie dysponowała żadną dokumentacją budynku szkoły, wiedziała jedynie, że jest to budynek, który powstał przed 1939 rokiem (nie wiadomo dokładnie kiedy), nie zachowały się żadne przedwojenne ani późniejsze plany, rysunki czy projekty budynku. Projektant M. F. przystępując do wykonania projektu budowlanego całą wiedzę na temat konstrukcji budynku mógł więc uzyskać wyłącznie w oparciu o jego oględziny. Tymczasem zadanie, które zamierzała realizować gmina, polegało z jednej strony na wykonaniu termoelewacji (połączonej z renowacją cokołu kamiennego i ociepleniem ścian fundamentowych), z drugiej strony



na gruntownym remoncie dachu - wykonaniu robót naprawczych konstrukcji drewnianej dachu, uzupełnieniu belki H. 160 w konstrukcję dachu, likwidacji kominów wentylacyjnych i wykonaniu nowej wentylacji i przewodów kominowych.

Nie trzeba nawet wiedzy specjalnej aby stwierdzić, że remont drewnianego dachu z uzupełnieniem belek konstrukcji dachu w przedwojennym budynku, co do którego nie ma żadnych planów, wymaga uprzedniego sprawdzenia statyki budynku, w szczególności oceny stanu podpór. Nawet dla osoby nieposiadającej wiedzy specjalnej jest oczywiste, że w tej sytuacji wykonanie tylko pojedynczej odkrywki ścianki kolankowej na ostatniej kondygnacji oraz jednej tylko odkrywki na strychu jest niewystarczające do tego, aby można było rzetelnie ocenić stan całej konstrukcji przedwojennego budynku z drewnianym dachem (zakres zadania obejmował przy tym również naprawę elementów konstrukcyjnych, na co wskazuje chociażby tytuł projektu architektoniczno-budowlano-wykonawczego: „Ocieplenie budynku i naprawa elementów konstrukcyjnych”). O ile projektant M. F. (architekt) nie posiadał wiedzy bądź uprawnień w zakresie konstrukcji, powinien w tej sytuacji zapewnić sobie na etapie wykonywania odkrywek wsparcie projektanta konstruktora bądź zwrócić się do gminy o zlecenie konsultacji osobie z tej branży. Tymczasem dopiero na etapie wykonywania projektu budowlanego zatrudniony został projektant konstruktor, jak bowiem wynika z projektu konstrukcją zajmował się inż. arch. J. J. (1), który nie uczestniczył w czynnościach związanych z dokonywaniem odkrywek.

Tymczasem zapewnienie wsparcia konstruktora już na etapie wykonywania odkrywek zdecydowanie wymagał zaistniały stan rzeczy, przede wszystkim brak jakiegokolwiek dokumentacji przedwojennego budynku z drewnianym dachem. Co więcej biegły sądowy stwierdził kategorycznie, że doświadczony konstruktor na podstawie obserwowanych widocznych odkształceń konstrukcji ciesielskiej dachu powinien umieć wskazać miejsce, w których doszło do awarii konstrukcji i w tych miejscach dokonać odkrywek bez konieczności rozbiórki poszycia całego dachu.

Z zeznań świadków wynika, że projektant M. F. ani nie poczynił takich spostrzeżeń, ani nawet nie podjął próby wykonania większej ilości odkrywek, chociażby losowo, punktowo rozmieszczonych w obrębie więźby dachowej, ścianek kolankowych, stropu, itp. Nie podjął też żadnych działań zmierzających do uzyskania konsultacji projektanta konstruktora. Podkreślenia wymaga, że nakład pracy związany z wykonaniem takich odkrywek nie jest nadmierny, a dałby obraz stanu konstrukcji dachu i tym samym wiedzę na temat statyki budynku. Podkreślić należy znamienne dla oceny tej sytuacji fakt: wykonawca (powodowa spółka cywilna) przystąpił do robót 10 kwietnia 2013 r. (jak wynika z wpisu w nieformalnym dzienniku budowy), a już 7 maja 2013 r. (po 3 tygodniach od rozpoczęcia prac, w obrębie których przypadła przerwa na weekend majowy) zorganizowane zostało spotkanie z udziałem inwestora, projektanta, nieformalnego inspektora nadzoru oraz wykonawcy w celu omówienia stwierdzonych przez wykonawcę wad budynku. Z powyższego wynika, że odkrycie wad konstrukcji budynku zostało dokonane przez M. B. już na samym początku robót, co świadczy o tym, że stwierdzenie tego stanu rzeczy nie wymagały wielkiego nakładu pracy przy wykonywaniu odkrywek.

Z powyższych rozważań – opartych przede wszystkim o wiedzę specjalną biegłego sądowego – wynika jednoznacznie, że opracowana na zlecenie pozwanej gminy przez projektanta M. F. dokumentacja projektowa została wykonana nienależycie. Nieprawidłowości wystąpiły już na etapie oględzin budynku oraz oceny jego stanu, nieprawidłowości te przełożyły się następnie na wykonanie tak dalece wadliwego projektu, że roboty w ogóle nie mogły być wykonywane na jego podstawie. Zaakcentowania wymaga, że różnica między projektem pierwotnym (wadliwym) a projektem zamiennym (prawidłowo wykonanym w oparciu o wiedzę uzyskaną na podstawie odkrywek M. B. w obrębie elementów konstrukcyjnych stropu) jest ogromna, dotyczy nie tylko zakresu i rozmiaru wykonywanych prac, ale także kosztów wykonawstwa (które w przypadku projektu zamiennego są ponad dwukrotnie większe). Co więcej prace w oparciu o projekt pierwotny nie wymagały pozwolenia na budowę, w przeciwieństwie do prac realizowanych w oparciu o projekt zamienny.

Dalej zauważyć trzeba, że obecnie na rynku usług budowlanych funkcjonują dwojakiego rodzaju formuły prowadzenia robót budowlanych: formuła „zaprojektuj i wybuduj” (inwestor zleca wykonawcy robót budowlanych zarówno opracowanie projektu budowlanego jak i wykonawstwo robót) oraz formuła, w ramach której inwestor dostarcza

wykonawcy projekt budowlany, zlecając mu wyłącznie wykonawstwo. Łącząca strony niniejszego procesu umowa o roboty budowlane w § 1 przewidywała, iż gmina jako inwestor (w umowie nazywana zamawiającym) zleca wykonanie robót budowlanych według opracowanego przez zamawiającego projektu budowlanego. Zadanie nie było więc realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, to gmina dostarczyła bowiem wykonawcy projekt budowlany (zlecony wcześniej M. F.), natomiast wykonawca (Z. i M. B.) nie miał żadnego wpływu na jego kształt.

Zgodnie z art 647 k.c. do obowiązków inwestora należy przygotowanie robót, w szczególności dostarczenie projektu, natomiast stosownie do art. 18 ust. 1 pkt 1 pr.bud. do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, w szczególności zapewnienie opracowania projektu budowlanego.

W realiach rozpoznawanej sprawy pozwana gmina dostarczyła projekt budowlany, wykonując obowiązki inwestora z art 647 k.c. i art. 18 ust. 1 pkt 1 pr.bud, projekt ten został jednak opracowany nierzetelnie, co bezpośrednio spowodowało zaistniałą sytuację, jaką był brak możliwości przewidzenia przez strony konieczności realizacji robót w znacznie szerszym zakresie, niż wynikało to z pierwotnego projektu. Zarazem z opinii biegłego wynika, że projektant należycie wykonujący swoje zadanie winien już na etapie oględzin dostrzec potrzebę wykonania na tyle dokładnych odkrywek, aby możliwa była ocena stanu technicznego budynku, tym bardziej, że - jak podkreślał biegły - planowany przez pozwaną gminę remont był skomplikowanym procesem inwestycyjnym, budynek był bowiem stary (przedwojenny), objęty nadzorem konserwatorskim, inwestor nie dysponował żadnymi planami budynku.

Z powyższego wynika, że strony niniejszej umowy, a w szczególności gmina, zawierając umowę nie miały wiedzy o konieczności wprowadzenia zmian do pierwotnego projektu budowlanego, jednakże przy należyтым przygotowaniu inwestycji (co było obowiązkiem inwestora) było możliwe uzyskanie takiej wiedzy. Tym samym strona pozwana nie ma racji co do tego, że zaistniały przesłanki odstąpienia od umowy z 12 marca 2013 r. na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 umowy (czy też na podstawie art. 145 ust. 1 p.z.p., który łącząca strony umowa powtarza w powołanym § 12), nie można bowiem przyjąć, że spełniona została przesłanka opisana słowami: „czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy”.

Po drugie wskazać trzeba, że materiał dowodowy zebrany w sprawie pozwala przyjąć, iż nie wystąpiła również przesłanka opisana słowami „zaistnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym”. Faktem jest, że projektant M. F. na zlecenie gminy wykonał projekt zamienny i kosztorys inwestorski zakładający wartość kosztorysową robót na poziomie 757.472,78 zł netto (bez podatku VAT), podczas gdy łącząca strony umowa przewidywała wynagrodzenie w kwocie 405.900,06 zł (z podatkiem VAT), tym samym koszt wykonania prac wg projektu zamiennego przekraczał 50% kosztów pierwotnie założonych. Zauważyć jednakże trzeba - co również wynika z opinii biegłego sądowego M. S. - że rozwiązanie zamiennie zaproponowane przez projektanta M. F. w projekcie zamiennym nie było jedynym możliwym rozwiązaniem zaistniałego problemu, przykładowo M. B. zaproponował możliwe do realizacji inne rozwiązanie zamienne (polegające na wymianie belek, do których zostały podwieszonye jętki oraz wykonanie wieńca żelbetowego na ścianach zewnętrznych umożliwiającego oparcie krokwi bezpośrednio na ścianach podłużnych, a jednocześnie „spięcie” budynku), które nie spowodowałoby wzrostu kosztów inwestycji do poziomu 50% kosztów pierwotnie założonych. Biegły sądowy podkreślał, że jest to rozwiązanie alternatywne, możliwe do wprowadzenia z punktu widzenia technicznego w ramach nadzoru autorskiego prowadzonego przez autora projektu, decyzja w tym zakresie należała jednak do inwestora, rozwiązanie to mogłoby bowiem spowodować zmiany funkcjonalności pomieszczeń na piętrze. Niemniej jednak z opinii biegłego wynika, że możliwe było kontynuowanie umowy przy zastosowaniu innego rozwiązania technicznego, którego koszty nie czyniłyby wykonania umowy czynnością nieleżącą w interesie publicznym, w szczególności koszty te nie przekraczałyby 50% kosztów pierwotnie założonych.

Mając na uwadze powyższe rozważania przyjąć należało, że nie zaistniały przesłanki do odstąpienia od umowy przez pozwaną gminę w oparciu o § 12 ust. 1 pkt 1 umowy.

Pozostaje rozważyć, czy w tej sytuacji zastosowanie winien znaleźć wskazywany przez powodów jako podstawa prawna omawianego roszczenia art. 644 k.c., znajdujący odpowiednie zastosowanie do umów o roboty budowlane i

stanowiący, że: Dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

W orzecznictwie wyrażono zaaprobowany następnie w doktrynie pogląd, że odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. wywiera skutek *ex nunc*, a zatem wywiera skutek od chwili dokonania odstąpienia, umowa o dzieło pozostaje zaś w mocy w odniesieniu do okresu przed wykonaniem prawa odstąpienia i stanowi podstawę obowiązku zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego, o którym to obowiązku mowa w tym przepisie. Taki charakter odstąpienia na podstawie art. 644 k.c. pozwala też wyjaśnić, dlaczego wykonana część nieukończonego dzieła pozostaje u zamawiającego oraz dlaczego przyjmujący zamówienie ma obowiązek wydania nieukończonego dzieła zamawiającemu [por. uzasadnienie wyroku SN z 26.01.2001 r. w sprawie II CKN 365/00, OSNC z 2001 r. Nr 10, poz. 154; P. D., w: red. G., Kodeks cywilny. Komentarz, W. 2013 (...). III, cz. 2, s. 283; M. G. w: red. G., Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, art. 644, nb. 6; Ł. Ż. w: red. O., Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2020, art. 644 k.c.].

Strona pozwana w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy nie powoływała się na art. 644 k.c., wskazywała natomiast § 12 ust. 1 pkt 1 umowy. Jak już wspomniano § 12 ust. 1 pkt 1 łączącej strony umowy jest w istocie powtórzeniem zapisów art. 145 ust. 1 p.z.p. W rozpoznawanej sprawie istotne znaczenie ma przy tym fakt, że po wykonaniu projektu zamiennego przez projektanta M. F. pozwana była pozbawiona możliwości powierzenia powodom wykonania robót dodatkowych (to jest kontynuowania prac wg projektu zamiennego), zabraniał jej bowiem tego cytowany wyżej art. 144 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Tym samym pozwana była niejako zmuszona wypowiedzieć umowę powodom, co w zaistniałym stanie rzeczy możliwe było jedynie na dwóch podstawach prawnych: albo w oparciu o wskazywany przez pozwaną w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy § 12 ust. 1 pkt 1 umowy, albo na podstawie art. 644 k.c.

Co zrozumiale pozwana w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy wskazała jako podstawę odstąpienia § 12 ust. 1 pkt 1 umowy, zapis ten pozwalał jej bowiem odstąpić od umowy płacąc powodom jedynie wynagrodzenie należne za prace faktycznie wykonane do dnia odstąpienia od umowy, a więc inaczej niż w przypadku odstąpienia na podstawie art. 644 k.c., co wymagałoby zapłaty powodom całego przewidzianego umową wynagrodzenia, pomniejszonego jedynie o oszczędności powodów związane z tym, że umowa nie była realizowana do końca. Analiza stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy – jak już wyjaśniono – wskazuje jednakże na to, że nie zaistniały przesłanki z § 12 ust. 1 pkt 1 umowy.

Zarazem przyjąć trzeba, że pozwana – niezależnie od istnienia bądź nieistnienia tych przesłanek – i tak zmuszona była odstąpić od umowy z powodami z uwagi na cytowany wyżej art. 144 ust. 1 pkt 2 p.z.p. składając jednostronne oświadczenie woli w przedmiocie odstąpienia.

Dalej wskazać trzeba, że w przypadku jednostronnego oświadczenia woli dokonuje się jego wykładni stosownie do art. 65 § 1 k.c., który stanowi, że: oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Szczególną postacią wykładni oświadczenia woli zmierzającą do utrzymania skutków prawnych czynności jest **konwersja**, która polega na uznaniu czynności nieważnej za inną czynność o podobnych skutkach. Zastosowanie konwersji wymaga jednak ustalenia, czy strony czynności prawnej preferowałyby uznanie dokonanej czynności za czynność innego rodzaju, zamiast uznania tej czynności prawnej za bezwzględnie nieważną. Konwersja wymaga zatem rekonstrukcji hipotetycznej woli stron czynności prawnej [por. P. S. w: red. O., Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2020, art. 65 k.c.].

Ze względu na opisane wyżej fakty, w otoczeniu których złożone zostało jednostronne oświadczenie woli pozwanej w przedmiocie odstąpienia od umowy przyjąć trzeba, że na wypadek, gdyby nie zaistniały przesłanki z § 12 ust. 1 pkt 1 umowy (a także z art. 145 ust. 1 p.z.p) i tym samym jednostronne oświadczenie woli pozwanej o odstąpieniu od umowy nie mogłoby wywołać skutków prawnych w postaci jej rozwiązania w oparciu o wskazaną przez pozwaną podstawę, to wolą pozwanej nie byłoby uznanie czynności prawnej odstąpienia za nieskuteczną (nieważną), tylko byłoby uznanie odstąpienia za skuteczne w oparciu o jedyną możliwą w tym stanie rzeczy podstawę prawną, jaką jest art. 644 k.c. Podkreślenia wymaga raz jeszcze, że obowiązująca wówczas ustawa Prawo zamówień publicznych zakazywała

pozwaną kontynuowania umowy z powodami przy zleceniu im prac dodatkowych w zakresie objętym projektem zamiennym (koszt prac dodatkowych przekraczał 50% wartości pierwotnego zamówienia). Pozwana nie miała więc innego wyjścia jak tylko od umowy z powodami odstąpić, powołała się przy tym na § 12 ust. 1 pkt 1 umowy, który stanowił dla niej „ostatnią deskę ratunku” pozwalającą nie płacić powodom umówionego wynagrodzenia. Zauważyć, jednakże trzeba, że odstąpienie od umowy przez pozwaną nie zostało spowodowane jakkolwiek winą po stronie powodów, powodowie nie dopuścili się żadnego uchybienia przy wykonywaniu umowy (po ich stronie nie miało miejsce nienależyte wykonanie umowy), odstąpienie od umowy przez pozwaną stawiało ich przy tym w sytuacji, w której w trybie nagłym musieli zejść z budowy nie mając zapewnionych innych kontraktów, na dodatek w sytuacji, w której podjęli już czynności związane z przygotowaniem się do objętych umową robót (w szczególności czynności związane z zakupem materiałów budowlanych).

Mając na uwadze powyższe przyjąć należało, że jednostronne oświadczenie woli pozwaną o odstąpieniu od umowy jest skuteczne (tym samym doszło do rozwiązania stosunku umownego), ale ze skutkami o jakich mowa w art. 644 k.c.

Dodać jeszcze trzeba, że podobne rozumowanie, oparte o wykładnię oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy zmierzającą do utrzymania skutków prawnych czynności, stosowane już było w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w szczególności w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2001 r. w sprawie II CKN 365/00 [OSNC 2001/10/154], gdzie wskazano, że co prawda strona wyraźnie jako podstawę odstąpienia od umowy wskazywała przepis art. 635 k.c. to jednak przyjąć należy, że jeżeli zamawiający odstępuje od umowy w sytuacji, gdy opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, to odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. bezskuteczne i w tej sytuacji należy je traktować, jako odstąpienie na podstawie art. 644 k.c.

### ***Kwestia wysokości wynagrodzenia opartego o art. 644 k.c.***

Dalszą kwestią sporną między stronami jest wysokość roszczenia powodów opartego o tą podstawę prawną. Niesporny jest fakt, że objęte umową wynagrodzenie opiewało na kwotę 330.000,05 zł netto (405.900,06 zł z podatkiem VAT), spór dotyczy natomiast tego, jaka jest kwota oszczędności powodów, o jakich mowa w art. 644 k.c. Ustalenie kwoty oszczędności wymagało wiadomości specjalnych, dlatego też w tym zakresie zlecona została opinia biegłemu sądowemu M. S..

Wyjaśnić jeszcze trzeba, że powodowie roszczenie o zapłatę znajdujące podstawę prawną w art. 644 k.c. skonkretyzowali w wystawionej fakturze nr (...) (skorygowanej następnie fakturą korygującą nr (...)) oraz fakturze nr (...). Faktura nr (...) została wystawiona przez powodów na kwotę **344.400 zł** i następnie - na prośbę pozwaną - skorygowana do kwoty 301.944,03 zł z jednoczesnym wystawieniem kolejnej faktury nr (...), przy czym powodowie wyjaśniają w niniejszym procesie, że fakturą nr (...) wystawioną na kwotę 34.687,67 zł objęta została część wynagrodzenia pierwotnie objętego fakturą nr (...) (część skorygowana). Z tej ostatniej faktury nr (...) pozwana zapłaciła kwotę 30.732,76 zł zaspokajając w części roszczenie powodów (powództwo w tym zakresie zostało ostatecznie cofnięte, a roszczenie powodów po cofnięciu wyraża się kwotą 313.667,24 zł).

Powodowie w pozwie „wstępnie” wyjaśnili w jaki sposób wyliczyli kwotę roszczenia opartego o art. 644 k.c. na kwotę 344.400 zł: pomniejszyli wynagrodzenie umowne wynoszące 405.900,61 zł brutto o kwotę oszczędności uzyskując wartość 344.400 zł.

Następnie powodowie - podsumowując swoje stanowisko procesowe oparte m.in. o wykonane w niniejszej sprawie opinie biegłego sądowego M. S. - ostatecznie wyjaśnili w jaki sposób wyliczyli kwotę roszczenia opartego o art. 644 k.c. na 344.400 zł w końcowym piśmie procesowym z 12 września 2021 r., mianowicie:

- pomniejszyli wynagrodzenie umowne wynoszące 330.000,05 zł netto o kwotę oszczędności wynoszącą wg biegłego 111.260 zł netto (już w tym miejscu zasygnalizowania wymaga jednak, że kwota ta nie jest adekwatna ze stanowiskiem biegłego, biegły wyliczył bowiem kwotę oszczędności wg dwóch alternatywnych sposobów uzyskując za każdym razem

inną wartość i podkreślając, że każda z opinii jest prawidłowa, powodowie przyjęli zaś dla wyliczeń korzystniejszą dla siebie kwotę 111.260 zł), uzyskując różnicę: 218.740,05 zł

- tak uzyskaną różnicę powiększyli o podatek VAT 23%, otrzymując kwotę 269.050,26 zł

- kwotę tą powiększyli o 85.985,30 zł (tj. o wartość materiałów budowlanych, które powodowie zakupili w związku z zawarciem umowy, ale nie zdążyli ich wybudować), uzyskując w ten sposób wysokość wynagrodzenia opartego o art. 644 k.c. na kwotę **355.035,56 zł**, a więc na kwotę przekraczającą wysokość wynagrodzenia dochodzonego przez powodów pozwem, pierwotnie szacunkowo określonym na 344.400 zł (powodowie nie dochodzą jednak ostatecznie z tego tytułu wyższej kwoty niż objęta żądaniem pozwu kwota 344.400 zł).

Następnie w piśmie procesowym z 8 października 2021 r. powodowie w związku z dokonaną przez pozwaną zapłatą kwoty 30.732,76 zł - jako części wynagrodzenia określonego przez powodów na kwotę 344.400 zł - cofnęli powództwo z tego tytułu w części, dochodząc kwoty wynagrodzenia z art. 644 k.c. w wysokości 313.667,24 zł (różnica między kwotą 344.400 zł i kwotą 30.732,76 zł).

W ocenie Sądu kwota roszczenia powodów z tytułu wynagrodzenia z art. 644 k.c. wynosi 207.494,25 zł i została wyliczona w następujący sposób:

- wynagrodzenie umowne wynoszące 330.000,05 zł netto pomniejszone zostało o kwotę oszczędności wynoszącą 136.320 zł netto, co daje 193.680,05

- tak uzyskana różnica powiększona została o podatek VAT 23%, co daje 238.227, (...)

- kwota ta pomniejszona została o kwotę zapłaconą przez gminę, co do której pozew został cofnięty, tj. 30.732,76, co daje kwotę 207.494, (...), w ostateczności uzyskana kwota przysługującego powodom wynagrodzenia z art. 644 k.c. (po zaokrągleniu) to 207.494,25 zł.

Dla ustalenia wysokości roszczenia powodów opartego o art. 644 k.c. w pierwszej kolejności ustalić należy wysokość oszczędności. W niniejszym procesie wysokość oszczędności (a w konsekwencji wysokość roszczenia powodów z art. 644 k.c.) została ustalona w oparciu o kolejno wykonywane opinie biegłego sądowego M. S. oraz w oparciu o niżej przedstawioną argumentację.

W celu wyliczenia kwoty oszczędności biegły M. S. wykonał łącznie siedem opinii, które zostały kolejno omówione i poddane ocenie w części uzasadnienia obejmującej ocenę dowodów (do której należy w tym miejscu odesłać). Przypomnieć trzeba jedynie, że biegły wykonał następujące opinie dotyczące oszczędności:

- opinia pisemna biegłego z sierpnia 2017 r. (k. 891-903);
- uzupełniająca opinia biegłego z lutego 2018 r. (k.981-988)
- ustna opinia biegłego z 26 lipca 2018 r. (k. 1032v-1033v)
- uzupełniająca opinia pisemna biegłego z października 2018 r. (k.1052-1057)
- ustna opinia biegłego z 14 lutego 2019 r. (k. 1091-1093)
- opinia pisemna biegłego z sierpnia 2020 r.+ kosztorys (k. 1204-1277)
- uzupełniająca opinia pisemna biegłego z marca 2021 r. (k.1296-1305).

Dalsze rozważania są kontynuacją myśli wyrażonych w części uzasadnienia obejmującej ocenę dowodów, w której poszczególne opinie zostały poddane ocenie z uwzględnieniem uwag stron oraz ocenie połączonej z wyjaśnieniem, dlaczego za istotne dla rozstrzygnięcia przyjęte zostały dwie opinie (stąd też poniższe rozważania należy czytać łącznie z

oceną dowodów w zakresie opinii biegłego sądowego). Jak już bowiem wyjaśniono (w części uzasadnienia obejmującej ocenę dowodów) adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy i zarazem w pełni wiarygodne są dwie opinie biegłego, każda wykonana wg innej metodologii:

1) wykonana wg pierwotnej metody opinia wskazująca kwotę oszczędności 161.379,98 zł netto - po zaokrągleniu 161.380 zł netto (wg tej metody biegły wykonał dwie alternatywne opinie oparte o inne założenia faktyczne, we wcześniejszej części rozważań obejmującej ocenę dowodów wyjaśniono z jakich przyczyn za adekwatną do stanu faktycznego sprawy przyjęto opinię wskazującą kwotę oszczędności na 161.380 zł netto),

2) wykonana z wykorzystaniem kosztorysu szczegółowego wg Katalogu Nakładów Rzeczowych opinia wskazująca kwotę oszczędności wynoszącą 111.260 zł netto (jest to wartość podana w opinii uzupełniającej, korygującej pomyłki popełnione przez biegłego przy pierwotnym wyliczeniu kwoty oszczędności z wykorzystaniem kosztorysu).

Wyjaśniono już również we wcześniejszej części rozważań (por. uzasadnienie obejmujące ocenę dowodów) przyczyny, dla których nie ma racji strona pozwana podważając opinie biegłego tylko dlatego, że każda z nich opiewa na inną kwotę, a różnice między wartościami końcowymi są istotne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu raz jeszcze, że w toku procesu przeprowadzono dowód z opinii biegłego uzyskując pierwszy wynik oszczędności wyrażający się kwotą 161.380 zł, wówczas na rozprawie 14 lutego 2019 r. obie strony zgodnie złożyły wniosek, aby zobowiązać biegłego do wyliczenia kwoty oszczędności ponownie, ale z zastosowaniem innej niż przyjęta przez biegłego metodologii, to jest z wykorzystaniem kosztorysu. Z uwagi na to, że wniosek taki złożyły obie strony, nie było podstaw do jego oddalenia. W wyniku zlecenia biegłemu opinii połączonej z wykonaniem kosztorysu kwota oszczędności została wyliczona przez biegłego na poziomie 111.260 zł.

Jak wyjaśnił biegły każda z tych opinii jest prawidłowo wykonana i tym samym każda z uzyskanych wartości końcowych oszczędności jest prawidłowa, zaś rozbieżności wynikają stąd, że każda z tych opinii została wykonana z zastosowaniem innej metody. W opinii z sierpnia 2020 r. skorygowanej opinią uzupełniającą z marca 2021 r. biegły – wyliczając zarazem w oparciu o kosztorys kwotę oszczędności na poziomie 111.260 zł – podkreślił, że w pełni podtrzymuje swoją wcześniejszą opinię oraz ostateczne wnioski przedstawione w opinii z października 2018 r. Biegły wykonał kolejną opinię połączonej z kosztorysem (na wniosek stron wg tej metodologii) równoległe, celem określenia poziomu możliwych oszczędności powodów w związku z brakiem realizacji części robót objętych zakresem umownym opierając się o kosztorys szczegółowy, sporządzony w oparciu o przywołane w aktach sprawy kosztorysy inwestorski i ofertowy (w zakresie przyjętych przez zamawiającego nakładów rzeczowych). Biegły wskazał, że sporządzenie kosztorysu szczegółowego jest w powszechnej praktyce jedną ze sposobów określenia wartości robót budowlanych i opiera się powszechnie uznawane normy kosztorysowe przyjmujące postać tzw. Katalogów Nakładów Rzeczowych.

Tym samym po przeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego sądowego, który wykonał opinię wg dwóch różnych metodologii, uzyskano odmienne wartości oszczędności: 161.380 zł netto i 111.260 zł netto. Brak jest podstaw ażeby którąkolwiek z tych metod uznać za metodę pozwalającą uzyskać dokładniejszy czy też obarczony mniejszym marginesem błędu wynik oszczędności związanych z nieprzeprowadzonym procesem budowlanym. Pierwsza z tych metod zawiera w sobie element szacowania, a więc sposób przybliżony określa wartość każdej wielkości. Biegły w opinii sierpnia 2020 r. (w której na nowo wyliczył kwoty oszczędności wg innej metody) stanowczo podtrzymał wszystkie swoje wcześniejsze założenia dotyczące sposobu oszacowania wartości kwoty zaoszczędzonej, przedstawione we wcześniejszych opiniach. Opinia z sierpnia 2020 r. opiera się na kosztorysie szczegółowym opracowanym w oparciu o powszechnie uznawane normy kosztorysowe publikowane w Katalogach Nakładów Rzeczowych, zaś katalogi te - jak wyjaśnił biegły - bazują na długoterminowych analizach kosztów realizacji poszczególnych rodzajów robót budowlanych i dają podstawy do oszacowania kosztów robót budowlanych wykonywanych w określonym w okresie (w tym przypadku biegły przyjął normy dla drugiego kwartału 2013 r.). Tym samym Katalogi Nakładów Rzeczowych stanowią usystematyzowany zbiór zawierający opisy robót oraz odpowiadających im w danym okresie średnich cen jednostkowych. Także ta metoda ta zawiera więc w sobie czynnik szacunkowy, pozwalając jedynie na orientacyjne (przybliżone) określenie wartości poszczególnych wielkości, których wypadkową jest wynik końcowy.

Wniosek z powyższych rozważań jest taki, że żadna z metod nie daje możliwości wyliczenia z matematyczną dokładnością realnie (rzeczywiście) zaoszczędzonej przez powodów kwoty na skutek niezrealizowania inwestycji budowlanej, a więc takiej kwoty, o którą powodowie faktycznie uszczupliliby majątek swojego przedsiębiorstwa gdyby nie to, że inwestycja została przerwana. Wynika to stąd, że każda z metod zawiera w sobie element szacowania, a więc wskazuje określone wartości w przybliżeniu. Tym samym przyjąć trzeba, że niewykonalne jest dokładne określenie oszczędności, tj. wskazanie z precyzją co do złotówki takiej dokładnej kwoty, jaką powodowie faktycznie zaoszczędziliby przez to, że inwestycja nie była realizowana do końca. Bez względu na to, na której opinii oparte zostałyby rozstrzygnięcia, zawsze będzie to wartość przybliżona.

Dla powodów – co oczywiste – najbardziej korzystne jest przyjęcie za miarodajną opinii wskazującej jak najmniejszą kwotę oszczędności, ponieważ im mniejsza kwota oszczędności tym wyższe wynagrodzenie powodów z art. 644 k.c. (które stanowi różnicę między wynagrodzeniem umownym i kwotą oszczędności). Dlatego też nie dziwi, że powodowie w ostatnim piśmie procesowym za najbardziej miarodajne uznali stanowisko wyrażone przez biegłego w opinii z marca 2021 r., która przewidywała najniższą kwotę oszczędności 111.260 zł netto. Nie ma jednak żadnych podstaw, aby przyjąć że metodologia przyjęta przez biegłego dla wykonania opinii z sierpnia 2020 r. i uzupełniającej opinii z marca 2021 r. jest bardziej adekwatna i obarczona mniejszym marginesem błędu niż metodologia przyjęta dla wcześniejszych opinii. W szczególności sam biegły nie wyraził takiego poglądu stanowczo podtrzymując stanowisko, że obie opinie, każda wykonana wg innej metodologii, są wykonane prawidłowo.

Strona pozwana przyjęła inną linię obrony, w piśmie procesowym z 27 kwietnia 2021 r., a następnie w piśmie procesowym złożonym 17 czerwca 2021 r. (opatrzonym datą 19 maja 2021 r.) wskazała, że wykonane przez biegłego w toku sprawy wykazują odmienne wyniki, które w sposób „drastyczny” odbiegają od pierwszej opinii w sprawie (wskazującej największą kwotę oszczędności i tym samym dla pozwanej najkorzystniejszej) i na tej tylko podstawie zakwestionowała całą pracę biegłego. Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że opinia wg innej metodologii połączonej z kosztorysowaniem została przeprowadzona na zgodny wniosek stron wyrażony na rozprawie, gdzie również pełnomocnik pozwanej nalegał na przeprowadzenie opinii w formie kosztorysu. Ostatecznie strona pozwana nie wskazała, która opinia jest jej zdaniem najbardziej miarodajna w sprawie.

W tym stanie rzeczy pozostaje rozważyć w jaki sposób dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wyliczyć roszczenie powodów adekwatne do art. 644 k.c., a więc obejmujące wynagrodzenie pomniejszone o oszczędności. Nie ma wątpliwości, że kwota wynagrodzenia umownego powodów wynosiła 330.000,05 zł (405.900,61 zł z podatkiem VAT). Co do wartości oszczędności okazało się natomiast, że niemożliwe jest jej wyliczenie w taki sposób, aby wartość oszczędności została wyrażona taką kwotą, co do której istnieje absolutna pewność, iż jest to jedyna adekwatnie do okoliczności sprawy wyliczona wartość oszczędności (kwota o którą powodowie faktycznie uszczupliliby majątek swojego przedsiębiorstwa gdyby nie to, że inwestycja została przerwana), każda z wyliczeń dokonanych przez biegłego opinii zawiera bowiem w sobie element szacowania i wskazuje wynik przybliżony. Innymi słowy kwota oszczędności realnie poniesionych okazała się niemożliwa do jednoznacznego wyliczenia, w zależności od przyjętej metodologii obliczeń – z których każda jest prawidłowa – wynosi bowiem bądź 161.380 zł, bądź 111.260 zł.

Przyjąć więc trzeba, że kwota oszczędności w przybliżeniu waha się w przedziale między 161.380 zł i 111.260 zł. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne było więc określenie, jaką kwotę ze wskazanego wyżej przedziału należy uwzględnić przy wyliczaniu wynagrodzenia powodów z art. 644 k.c.

Mając na uwadze, że wyliczenie absolutnie pewnej kwoty oszczędności jest niemożliwe w rozumieniu opisanym wyżej, a także mając na uwadze, iż pomniejszone o oszczędności wynagrodzenie z umowy roboty budowlane stanowi w istocie dochód wykonawcy w rozumieniu art. 322 k.p.c., uzasadnione okazało się zastosowanie w rozpoznawanej sprawie normy wynikającej z tego właśnie przepisu, który obowiązuje w brzmieniu: jeżeli w sprawie o naprawienie szkody, o dochody, o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia lub o świadczenie z umowy o dożywocie sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe, nader utrudnione lub oczywiście niecelowe, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy.

W orzecznictwie i doktrynie do spraw o dochody w rozumieniu art. 322 k.p.c. zalicza się nie tylko postępowania o korzyści i inne przychody na podstawie art. 53 i 54 oraz art. 207 i 224 § 2 k.c., ale także sprawy o wynagrodzenie za pracę jeśli przepisy określające jego wysokość zostały skonstruowane w sposób uniemożliwiający sądowi ścisłe ustalenie wysokości wynagrodzenia, jak również sprawy o świadczenie wyrównawcze agenta z art. 764<sup>3</sup> § 1 k.c. [por. A. M. (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz, W. 2019 oraz cytowane tam orzecznictwo: wyroki SN z 27.4.2007 r., I CSK 37/07, z 29.9.2011 r., IV CSK 650/10].

Pod pojęciem „dochód” w rozumieniu art. 322 k.p.c. w orzecznictwie i doktrynie rozumie się więc m.in. wynagrodzenie z umów, jeżeli jego wysokość jest niemożliwa do ścisłego ustalenia. Tym samym za „dochód” wykonawcy robót budowlanych należy uznać jego wynagrodzenie pomniejszone - w okolicznościach o jakich mowa w art. 644 k.c. - o oszczędności wykonawcy związane z tym, że nie wykonał do końca robót budowlanych. Jak już wyżej wyjaśniono w rozpoznawanej sprawie ścisłe udowodnienie wysokości żądania powodów było niemożliwe, niemożliwe okazało się bowiem jednoznaczne udowodnienie wysokości poczynionych przez nich oszczędności.

Tym samym Sąd zasądził na rzecz powodów na podstawie art. 644 k.c. „odpowiednią sumę według swej oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy”, wyliczoną wg opisanego we wcześniejszej części rozważań równania. W ostatecznym rozrachunku na rzecz powodów w oparciu o art. 644 k.c. zasądzona została więc kwota 207.494,25 zł, wyliczona w oparciu o założenie, że kwota oszczędności wynosi 136.320 zł (co stanowi średnią z przedziału 161.380 - 111.260, który ustalony został w oparciu o dwie opinie biegłego wykonane wg alternatywnych metod). W ocenie Sądu kwota **238.227,01 zł** brutto (207.494,25 + 30.732,76) stanowi odpowiednią sumę ustaloną wg oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy (w rozumieniu art. 322 k.p.c.).

Podsumowując zauważyć bowiem trzeba, że powodowie mieli otrzymać za wykonanie zadania kwotę 405.900,06 zł brutto, zadania tego nie wykonali, zrealizowali jedynie część robót, którą sami skosztorysowali na kwotę 51.893,60 zł, za niewykonane do końca zadanie powodowie ostatecznie (z uwzględnieniem kwoty zasądzonej niniejszym wyrokiem) uzyskają wynagrodzenie w kwocie **238.227,01 zł** brutto (zasądzona kwota 207.494,25 zł + kwota zapłacona przez pozwaną 30.732,76 zł). Zdaniem Sądu kwota ta w sposób adekwatny równoważy z jednej strony to, że powodowie bez swojej winy zostali pozbawieni możliwości realizacji kontraktu i w trybie pilnym potrzebowali znaleźć inne zlecenie (przy czym prace objęte umową wiążącą strony niniejszego procesu przewidziano na 4 miesiące), z drugiej strony powodowie otrzymają jednak wynagrodzenie wynoszące 238.227,01 zł bez potrzeby realizacji kontraktu do końca, pracując na budowie jedynie przez 3 tygodnie.

Kwestią sporną między stronami było również to, czy wynagrodzenie powodów z art. 644 k.c. powinno być powiększone o podatek VAT oraz czy należy doliczyć do niego wartość materiałów niewbudowanych, ale zakupionych przez powodów dla potrzeb tej inwestycji. W ocenie Sądu na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć pozytywnie, na drugie zaś negatywnie, o czym niżej.

### ***Kwestia materiałów zakupionych, ale niewbudowanych:***

Powodowie stoją na stanowisku, że kwota ich roszczenia opartego o art. 644 k.c. (wyliczona jako różnica między kwotą wynagrodzenia i kwotą oszczędności wskazaną przez biegłego, po czym powiększona o podatek VAT), powinna być jeszcze powiększona o kwotę stanowiącą wartość materiałów budowlanych zakupionych przez powodów w związku z zawarciem umowy i w celu jej wykonania, ale które nie zostały wbudowane, ponieważ pozwana odstąpiła od umowy. Na tej płaszczyźnie powodowie kwestionowali opinię biegłego sądowego M. S., który konsekwentnie w kolejno wykonywanych opiniach nie doliczał do kosztów oszczędności wartości tych materiałów, które nie zostały wybudowane.

Swoje stanowisko w tej kwestii powodowie podsumowali w piśmie procesowym z 12 września 2021 r. w którym wskazali, że poniesiony przez nich koszt zakupu materiałów budowlanych w celu wykonywania umowy, których pozwana nie odkupiła po odstąpieniu od umowy, a które „uległy zmarnowaniu”, bo powodowie nie mieli gdzie ich wykorzystać, winien pomniejszyć kwotę oszczędności obliczoną przez biegłego i tym samym zwiększyć kwotę



wynagrodzenia należnego powodom. Powodowie podkreślili, że uważają za oczywiste, iż poniesionych wydatków na zakup materiałów budowlanych do wykonania umowy nie można uznać za ich oszczędności, lecz wręcz przeciwnie. Ostatecznie powodowie wywiedli, że wyliczona przez nich kwota przysługującego im roszczenia z art. 644 k.c. (powiększona o VAT różnica między kwotą wynagrodzenia i kwotą oszczędności) powinna być powiększona jeszcze o kwotę 85.985,30 zł. Jest to kwota wynikająca z zestawienia z 14 czerwca 2013 r., pomniejszona o kwotę wartości drewna na więźbę dachową.

Słusznie powodowie dostrzegają, że biegły sądowy M. S. nie doliczał do kosztów oszczędności wartości tych materiałów, które zostały kupione, ale nie zostały wybudowane. Trafnie wskazują również, że drewno na więźbę dachową zostało przez gminę „odkupione”, w przeciwieństwie do pozostałych materiałów budowlanych, co do których strony prowadziły jedynie negocjacje zmierzające do ich odkupienia. W ocenie Sądu prawidłowa jest dokonana przez powodów kwalifikacja prawna umowy dotyczącej drewna na więźbę dachową – i tym samym innych niedoszłych do skutku umów dotyczących niewbudowanych materiałów – jako umów sprzedaży (powodowie wskazują bowiem na „odkupienie” materiałów).

Dalsze rozważania poprzedzić należy uwagą dotyczącą tego, jakie są skutki odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c., tj. czy odstąpienie takie ma skutek wsteczny, czy jedynie skutek na przyszłość. W orzecznictwie i doktrynie – poczynając od wyroku Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2001 r., II CKN 365/00 – jednolicie przyjmuje się, że odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. wywiera skutek ex nunc, a więc na przyszłość [por. Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. K. O., rok 2021 wydanie 29 L.]. Sąd Najwyższy w wyroku z 24 stycznia 2017 r. w sprawie V CSK 219/16 rozwijając ten temat wskazał, że odstąpienie od umowy przewidziane w art. 644 k.c. odbiega od klasycznej konstrukcji, według której w razie wykonania prawa do odstąpienia następuje zniesienie skutków prawnych z mocą wsteczną, czyli umowę uważa się za niezawartą (art. 395 § 2 zd. pierwsze k.c.). Różnica sprowadza się przede wszystkim do konieczności zapłaty umówionego wynagrodzenia za nieukończone dzieło. Skoro zaś zamawiający zapłaci wynagrodzenie należne przyjmującemu zamówienie, to przysługuje mu prawo żądania wydania nieukończonego dzieła. Podstawę tych świadczeń może stanowić tylko zawarta przez strony umowa. Oznacza to, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego nie niweczy całego stosunku zobowiązaniowego, lecz działa tylko na przyszłość.

Z powyższego wynika, że konstrukcja przewidziana przez art. 644 k.c. zakłada, iż na mocy umowy o roboty budowlane – wiążącej do dnia odstąpienia – każda ze stron umowy otrzymuje należne jej świadczenie: inwestor nieukończony obiekt budowlany, zaś wykonawca przewidziane umową wynagrodzenie (pomniejszone jedynie o oszczędności związane z tym, że umowa nie została przez niego w całości wykonana). W konsekwencji zachowana zostaje po obu stronach ekwiwalentność świadczeń z wiążącej strony do dnia odstąpienia umowy.

Wyliczenie wynagrodzenia z art. 644 k.c. wymaga więc porównania dwóch wartości: określonego umową wynagrodzenia oraz kwoty oszczędności. Mając na uwadze to, że inwestor otrzymuje nieukończony obiekt budowlany (ewentualnie odbiera budynek, w którym rozpoczęto będący przedmiotem umowy remont) oraz płaci całe wynagrodzenie określone umową (pomniejszone tylko o oszczędności), to nie wywołuje żadnych wątpliwości stwierdzenie, iż niezakupione przez wykonawcę materiały budowlane stanowią jego oszczędności zmniejszające należne mu wynagrodzenie. Kwestia ta nie wywołała zresztą między stronami niniejszego procesu żadnego sporu.

Inaczej wygląda kwestia materiałów budowlanych, które wykonawca zakupił, ale których nie zdążył wybudować. Z punktu widzenia prawa rzeczowego materiały te są odrębnymi rzeczami stanowiącymi własność wykonawcy (art. 45 k.c.), bowiem dopiero po wybudowaniu tych materiałów stałyby się one częścią składową budowanego obiektu (bądź remontowanego budynku) i tym samym stałyby się własnością inwestora (art. 191 k.c.). Właśnie dlatego nie można rzeczy zakupionych, ale niewbudowanych, co do zasady traktować jako oszczędności pomniejszających wynagrodzenie z art. 644 k.c., pozostają one bowiem własnością wykonawcy, zwiększają jego majątek, może on nimi swobodnie rozporządzać, w szczególności jeżeli prowadzi działalność gospodarczą w branży budowlanej może je wykorzystać na innej budowie, sprzedać bądź w inny sposób zagospodarować. Gdyby wartość tych rzeczy zakupionych, ale niewbudowanych miała powiększyć wynagrodzenie z art. 644 k.c., wykonawca byłby dwukrotnie uprzywilejowany,

z jednej strony wartość tych rzeczy otrzymałby bowiem jako jeden z elementów wynagrodzenia z art. 644 k.c., z drugiej strony rzeczy te pozostałyby jego własnością i zwiększałyby jego majątek. Zachwiałyby to ekwiwalentnością świadczeń obu stron, jaką co do istoty zakłada koncepcja odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c. ze skutkiem ex nunc.

Problem pojawia się jedynie w przypadku takich materiałów budowlanych, które mają indywidualny charakter, dostosowany do potrzeb konkretnego obiektu budowlanego (bądź konkretnego remontowanego budynku) i w tym znaczeniu są unikatowe. Jedynie w takim przypadku można byłoby przyjąć, iż wartość tych materiałów budowlanych powinna być zaliczona do oszczędności i tym samym zwiększać wynagrodzenie z art. 644 k.c.

Pogląd taki wyrażony został również w doktrynie. Przywołać w tym miejscu należy komentarz pod redakcją E. G. i P. M. „Kodeks cywilny. Komentarz”. (wyd. 10, Warszawa 2021, Legalis), gdzie na tle umowy o dzieło odnośnie materiałów do wykonania dzieła w kontekście oszczędności wskazano, że sprawa jest prosta, gdy chodzi o materiały i surowce, które były konieczne do wykonania dzieła, a przyjmujący zamówienie nie nabył ich - pojawi się wówczas oszczędność zmniejszająca należne mu wynagrodzenie. W przypadku natomiast ich nabycia kwestia jest bardziej złożona jeśli tylko są to materiały, których przy wykonywaniu innych dzieł nie da się bezpośrednio wykorzystać, ponieważ mają one unikatowy charakter. Mogą się wówczas pojawić trudności w ocenie tego, co przyjmujący zamówienie oszczędził. Zdaniem komentatorów trzeba wtedy ocenić ich wartość nie wedle cen nabycia, ale uwzględniając możliwość ich dalszego wykorzystania. Niekiedy przyjmujący zamówienie zmuszony zrezygnować z nabycia materiałów koniecznych do wykonania dzieła oszczędzi w ten sposób, że nie zapłaci ich ceny, niejednokrotnie jednak w omawianym rachunku trzeba będzie uwzględnić np. utratę danego wcześniej zadatku.

W rozpoznawanej sprawie zakupione dla potrzeb remontu szkoły podstawowej w M. materiały budowlane nie stanowiły materiałów unikatowych, które mogłyby być wykorzystane tylko przy remoncie wskazanej szkoły. Po odstąpieniu od umowy pozostały one własnością powodów i zwiększyły ich majątek. Powodowie mogli nimi swobodnie dysponować, m.in. sprzedać je pozwanej gminie. Taka umowa sprzedaży została zawarta w odniesieniu do drewna przeznaczonego na naprawę więźby dachowej. Już na spotkaniu 10 czerwca 2013 r. strony ustaliły, że drewno to zostanie przyjęte przez zamawiającego i przetransportowane przez wykonawcę do magazynu gminnego przy ul. (...) (pkt. 9 protokołu uzgodnień), następnie powodowie wystawili z tytułu sprzedaży drewna fakturę VAT, a pozwana ją opłaciła. Tym samym doszło do zawarcia i wykonania umowy sprzedaży części zakupionych przez powodów materiałów budowlanych w postaci drewna na więźbę dachową.

Niesporny jest też fakt, że pozostałe materiały budowlane nie zostały sprzedane pozwanej gminie, strony nie doszły bowiem do porozumienia w kwestii sprzedaży. Dalsze losy tych materiałów budowlanych przedstawił w swoich zeznaniach powód M. B. wskazując, że część tych materiałów zdołał „upłynnić”, część została zutylizowana, jakies pozostałości zostały. Powód nie sprecyzował jednak, które materiały zostały sprzedane, które zutylizowane, które zostały oraz w jaki sposób rozliczył styropian pozostawiony u dostawcy.

Wobec takiego stanu rzeczy brak jest podstaw ażeby materiały te miały zwiększać wynagrodzenie powodów z art. 644 k.c. Pozostały one własnością powodów i zwiększyły ich majątek. Powodowie po części tymi materiałami rozporządzili, zostały one bowiem „upłynnione”, po części nie zostały jednak one sprzedane i musiały być utylizowane bądź pozostały w majątku powodów.

Należy jednak podkreślić, że do zawarcia umowy sprzedaży oferowanych gminie przez powoda materiałów budowlanych nie doszło z winy samego powoda. Jak wynika z zeznań M. B. złożonych w charakterze strony po odstąpieniu od umowy M. B. zapytał J. B. (1) co z materiałami budowlanymi, które kupił dla realizacji tej inwestycji, J. B. (1) powiedział wówczas, że gmina może przejąć odpłatnie te materiały oraz wskazał szopę, w której M. B. mógłby je do tego czasu złożyć, z czego powód nie skorzystał. Następnie w protokole z 10 czerwca 2013 r. w pkt 10 strony postanowiły, że powód sporządzi wykaz materiałów, które nie mogą być wykorzystane przez niego do realizacji innych robót nie objętych umową między B. a gminą. Pismem z 18 lipca 2013 r. pozwana gmina poinformowała powodów – że po dokonaniu weryfikacji zestawienia w zakresie zgodności z kosztorysem ofertowym zdecydowała o „możliwości odbioru” wymienionych w piśmie materiałów o łącznej wartości 55.272,22 zł, przy czym gmina

postawiła dodatkowe warunki dotyczące przedstawienia określonych dokumentów dotyczących tych materiałów, które pozwoliłyby ocenić np. ich jakość oraz datę zakupu i na jej podstawie termin ważności. Następnie pismem z 25 lipca 2013 r. gmina zwróciła się do powodów o przedłożenie w nieprzekraczalnym terminie do 29 lipca 2013 r. stosownych dokumentów dotyczących materiałów budowlanych, które gmina gotowa jest przyjąć, bowiem SIWZ nowo rozpisanego przetargu na realizację zadania obejmującego remont zabytkowego budynku szkoły przewiduje udział materiałów zamawiającego (jednocześnie gmina wskazała, że w przypadku niedostarczenia dokumentów odmówi przyjęcia materiałów budowlanych i wprowadzi korektę SIWZ w zakresie wykazu materiałów posiadanych przez zamawiającego). Wśród dokumentów, których gmina domagała się od powodów, wymieniono nie tylko certyfikaty jakości, ale także dokumenty potwierdzające termin ważności (gmina dostrzegła bowiem, że z uwagi na roczne okresy ważności niektórych materiałów sugerowany termin ich ważności to kwiecień - maj 2014 r.). Tym samym gmina oczekiwała dokumentów potwierdzających nabycie materiałów w okresie między datą zawarcia umowy na wykonanie prac, a datą odstąpienia od umowy (a więc w istocie faktur VAT). W odpowiedzi pełnomocnik powodów złożył pismo z 26 lipca 2013 r. stanowiące wezwanie do zapłaty, do którego załączono certyfikaty, ale nie załączono dokumentów zakupowych potwierdzających datę nabycia materiałów budowlanych. W toku niniejszego procesu powód M. B. przyznał - składając zeznania w charakterze strony - że nie przekazał gminie kopii faktur zakupowych dotyczących materiałów budowlanych, doszło jedynie do spotkania M. B., B. M. i J. B. (1) na placu budowy, gdzie na ławce, pod gołym niebem, M. B. okazał im segregator z fakturami, nie pozwolił jednak wykonać kserokopii uzasadniając to tajemnicą swojego przedsiębiorstwa. Fakty te wynikają również ze zgodnych z relacjami samego powoda zeznań świadków B. M. i J. B. (1) (wszystkie te trzy osoby zeznające jednolicie zostały w tym zakresie uznane za wiarygodne).

Przyjąć trzeba, że w takich okolicznościach przedstawiciele gminy pozbawieni zostali możliwości weryfikacji, czy oferowane przez powodów materiały budowlane istotnie nie są przeterminowane i czy istotnie są tymi, których dotyczyły certyfikaty przedstawione wraz z pismem powodów z 26 lipca 2013 r. Za prawdziwe należy bowiem uznać zeznania świadków co do tego, że nie ma możliwości dokonania takiej analizy na ławce na placu budowy, zwłaszcza wobec ilości oferowanych materiałów budowlanych i obszerności dokumentacji związanej z ich zakupem oraz dokumentacji potwierdzającej ich jakość.

Mając na uwadze powyższe brak było podstaw do zwiększenia wynagrodzenia powodów wyliczonego zgodnie z art. 644 k.c. o wskazywaną przez nich kwotę 85.985,30 zł, stanowiącą wartość zakupionych, ale niewbudowanych materiałów budowlanych, które ostatecznie pozostały w majątku powodów i co do których nie doszło do zawarcia umowy sprzedaży, za co jednakże winę ponosi sam powód.

### ***Kwestia podatku VAT:***

W rozpoznawanej sprawie należne wykonawcy wynagrodzenie zgodnie z umową obejmowało także podatek VAT, co jest faktem niespornym.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że roszczenie z art. 644 k.c. nie ma charakteru odszkodowawczego, lecz stanowi wynagrodzenie należne przyjmującemu zamówienie, które może być pomniejszone o kwotę, którą oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

Jak już wcześniej wyjaśniano w art. 644 k.c. (który posługuje się pojęciem „umówionego wynagrodzenia”) jest mowa o wynagrodzeniu jako o świadczeniu będącym ekwiwalentem, a nie jego surogatem, czy też zryczałtowanym odszkodowaniem. Tylko czynność jaką jest otrzymanie odszkodowania nie jest czynnością podlegającą opodatkowaniem VAT [por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 2 września 2015 r., sygn. I ACA 220/15]. Rekompensata za przedterminowe rozwiązanie kontraktu jest z nim integralnie związana i trzeba od niej uiścić podatek VAT, jeśli umowa jest opodatkowana tym podatkiem [por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 7 lutego 2014 r., sygn. akt I FSK 1664/12].

Jak wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny [por. wyrok z 10 czerwca 2014 r., sygn. akt I FSK 981/13] roboty budowlane na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług są usługami w rozumieniu tej ustawy i na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT. Wskazane w art. 5

ust. 1 ustawy czynności podlegają opodatkowaniu niezależnie od tego, czy zostały wykonane z zachowaniem warunków oraz form określonych przepisami prawa. Z art. 15 ust. 1 i art. 5 ust. 2 ustawy wynika, że opodatkowaniu podlegają wszystkie czynności wykonywane w ramach działalności gospodarczej niezależnie od ich causa w rozumieniu prawa cywilnego. Rozliczenia związane z umową o roboty budowlane podlegają VAT.

Przytoczyć należy również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z 21 stycznia 2010 r. w sprawie (...) SA/Wa (...), w której Sąd ten wyjaśnił, iż uzyskanie zapłaty za roboty budowlane nie na skutek dobrowolnego spełnienia świadczenia przez dłużnika, ale dopiero w wyniku wyroku, nie ma znaczenia dla opodatkowania tych robót podatkiem VAT. Przepisy ustawy nie uzależniają bowiem uznania określonych czynności podatnika za świadczenie usług, podlegającej opodatkowaniu, od sposobu uzyskania zapłaty za tą czynność.

Mając na uwadze powyższe poglądy przyjąć trzeba, że w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do zasądzenia kwoty wynagrodzenia ustalonego zgodnie z art. 644 k.c. w kwocie netto. Dlatego też kwota wyliczonego zgodnie z regulami z art. 644 k.c. wynagrodzenia została powiększona o podatek VAT.

### ***Kwestia wymagalności roszczenia z art. 644 k.c. (roszczenie o zapłatę odsetek)***

W pozwie powodowie domagali się odsetek od kwoty wynagrodzenia z art. 644 k.c. od 6 czerwca 2013 r., po cofnięciu pozwu dokonany pismem procesowym z 8 października 2021 r. dochodzą odsetek od 16 listopada 2013 r.

W doktrynie i w orzecznictwie przyjmuje się obecnie, że jednoczesna z oświadczeniem zapłata wynagrodzenia nie stanowi warunku prawnego odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia nie oznacza uzależnienia skuteczności oświadczenia od jednoczesnej zapłaty. Jeżeli bowiem zamawiający nie zapłaci wynagrodzenia wraz ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu, to oświadczenie wywrze skutek, a wykonującemu dzieło (roboty budowlane) będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę wynagrodzenia [por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2002 r., II CKN 1334/00].

Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z art. 644 k.c. należy więc uznać za terminowe (w rozumieniu art. 455 k.c.), staje się ono wymagalne w dacie odstąpienia od umowy, zaś odsetki za opóźnienie przysługują wykonawcy od dnia następnego po odstąpieniu. Powodowie dochodzą odsetek ustawowych za opóźnienie w oparciu o art. 481 § 1 k.c. od późniejszej daty niż data odstąpienia od umowy, tym samym na rzecz powodów zasądzono - zgodnie z ich żądaniem - wynagrodzenie z art. 644 k.c. z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od wskazanej przez nich daty.

### ***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 12.182,30 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. - wynagrodzenie za prace dodatkowe i zabezpieczające (pkt 2):***

Drugie z roszczeń powodów – pierwotnie o zapłatę kwoty 19.613,36 zł z odsetkami od 18 czerwca 2013 r. – jest roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za zrealizowane przez powodów prace dodatkowe i zabezpieczające. Częściowe cofnięcie pozwu nastąpiło na skutek zapłaty przez pozwaną kwoty 7.431,08 zł, dokonanej 14 listopada 2013 r. Cofnięcie dotyczyło również części odsetek, pierwotnie powodowie domagali się odsetek od 18 czerwca 2013 r., po cofnięciu żądają odsetek od 16 listopada 2013 r. Roszczenie to skonkretyzowane zostało fakturą nr (...), skorygowaną fakturą korygującą nr 01/09/2013 i fakturą nr (...) (za którą pozwana zapłaciła ostatecznie kwotę 7.431,08 zł).

Objęte żądaniem roboty dodatkowe i zabezpieczające powodowie wykonali na mocy pisemnych uzgodnień zawartych w protokole uzgodnień z 10 czerwca 2013 r. i piśmie wójta pozwanej gminy z 11 czerwca 2013 r.

Wspomnieć jeszcze trzeba, że wzajemne obowiązki stron – w przypadku dokonania odstąpienia przez którąś z nich od umowy dotyczącej realizacji zadania pod nazwą „Renowacja z termomodernizacją zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej w M.” – uregulowane zostały w § 12 ust. 4 pkt 1 umowy (zgodnie z którym w terminie 7 dni od daty odstąpienia od umowy wykonawca przy udziale zamawiającego mieli sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia) oraz w § 12 ust. 4 pkt 2 (zgodnie z którym wykonawca

miał zabezpieczyć przerwane roboty w zakresie obustronnie uzgodnionym, na koszt strony, z winy której nastąpiło odstąpienie od umowy).

Strony zachowały się zgodnie z zapisami umowy, 10 czerwca 2013 r. na placu budowy spotkali się bowiem powód M. B. oraz B. M., J. B. (1) i D. W.. Spotkanie zaowocowało sporządzeniem protokołu uzgodnień poczynionych co do zabezpieczenia obiektu, z kolei pismem z 11 czerwca 2013 r. wójt Gminy M. E. R. potwierdziła uzgodnienia zawarte w protokole.

Tym samym przyjąć trzeba, że omawiane roszczenie znajduje swoją podstawę w łączącej strony umowie, a jego podstawą prawną jest art. 354 § 1 k.c. w brzmieniu: dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, stosowany w związku z § 12 ust. 4 pkt 2 umowy z 12 marca 2013 r.

Między sporami nie ma sporu co do tego, że za czynności zabezpieczające związane z przerwaniem robót powinna zapłacić pozwana gmina (po części gmina zaspokoila zresztą to roszczenie płacąc kwotę 7.431,08 zł). W protokole z 10 czerwca 2013 r. w pkt 12 strony postanowiły, że wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu szczegółową kalkulację cenową robót wykonanych będących przedmiotem kosztorysu ofertowego, na podstawie którego z wykonawcą zawarta była umowa, z wyodrębnieniem wartości robót zabezpieczających niebędących przedmiotem dotychczasowej umowy (pkt 12).

W oparciu o ustalenia pkt 12 protokołu powodowie sporządzili dwa kosztorysy:

- datowany na dzień 12 czerwca 2013 r. „Kosztorys powykonawczy”, w którym ujęto wartość robót wykonanych zgodnie z umową do dnia odstąpienia (kosztorys ten nie dotyczy omawianego żądania),
- również datowany na 12 czerwca 2013 r. „Kosztorys powykonawczy – roboty zabezpieczające, odkrywki i inne – nr 2”, zgodnie z którym wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wykonanych do dnia odstąpienia wyniosła 19.613,36 zł brutto (15.945,82 zł netto).

Przedmiotem omawianego żądania jest właśnie kwota za wykonane przez powodów roboty zabezpieczające i dodatkowe, których wartość powodowie oszacowali we wskazanym wyżej w kosztorysie na kwotę 19.613,36 zł brutto (k. 109#117).

Kosztorys ten obejmuje 40 pozycji, w stosunku do każdej z nich podano opis robót, koszt jednostkowy, jednostkę miary (tj. jednostkę pomiarów, np. m<sup>2</sup> czy m<sup>3</sup> bądź roboczegodzinę jako jednostkę miary), ponadto w zależności od rodzaju opisywanych robót podano koszty robocizny [R], materiałów [M], sprzętu [S]. Poszczególne pozycje kosztorysu były analizowane na zlecenie gminy przez nieformalnego inspektora nadzoru B. M. i zatrudnionego przez niego S. T., którzy uznali część robót ujętych w kosztorysie za zasadne (pismem z 8 sierpnia 2013 r. pozwana gmina oświadczyła, że gotowa jest zapłacić po dokonaniu weryfikacji kosztorysu powykonawczego nr 2 kwotę 10.063,04 zł po przedłożeniu prawidłowo wystawionej faktury, ostatecznie zapłaciła z tego tytułu tylko kwotę 7.431,08 zł).

Dodać trzeba jeszcze, że pod pozycją 19 w kosztorysie ujęto „wynoszenie wyposażenia, mebli, urządzeń z piętra budynku”, wartość tych prac została skosztorysowana na kwotę 758,16 zł netto (932,54 zł brutto).

W toku sprawy przeprowadzony został dowód z opinii biegłego sądowego M. S., który stwierdził, że wartość prac zabezpieczających i dodatkowych wyszczególnionych w 40 pozycjach kosztorysu została prawidłowo określona na kwotę 19.613,36 zł brutto, przy czym biegły wskazał, że zastosowane w kosztorysie powykonawczym nr 2 stawki są tożsame z zastosowanymi przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego i mieszczą się w górnym przedziale stawek rynkowych, które podane są w uznawanych za miarodajne publikacjach (...) [por. opinia pisemna biegłego z kwietnia 2016 r. (k. 774-792), uzupełniająca opinia pisemna biegłego z września 2016 r. (k. 840-845), ustna opinia biegłego oraz załącznik do protokołu z 26 stycznia 2017 r. (k. 868-869, 871-872)].

W punkcie 8.3 opinii z kwietnia 2016 r. biegły potwierdził ostatecznie, że uzasadniona jest cała kwota z kosztorysu wynosząca (łącznie z kwotą uznaną przez pozwaną) 19.613,36 zł brutto.

W piśmie procesowym z 18 maja 2016 r. (omyłkowo oznaczone datą 18 kwietnia 2015 r.) pozwana odniosła się do opinii biegłego wskazując w zakresie w punkcie 8.3 opinii, że nie zgłasza żadnych uwag do opinii poza podtrzymaniem zarzutów dotyczących pozycji nr 19 kosztorysu nr 2 obejmującej kwotę 758,16 zł netto za wynoszenie mebli. Pozwana gmina nie kwestionowała, że powodowie (a ściślej pracownicy powodów) wykonali tą pracę, wywodziła jednak że, iż podjęli się tego w zamian za to, iż pozwana udostępniła im pomieszczenia na lokal socjalny dla pracowników z możliwością korzystania z energii elektrycznej i wody, tak do celów socjalnych, jak i do celów związanych z realizacją umowy. Pozwana zaznaczyła, że powyższe jest rozstrzygnięciem dotyczącym stanu faktycznego sprawy i nie należy do zakresu zadania zleconego biegłemu.

Stanowisko tożsame z wyrażonym w omawianym piśmie pełnomocnik pozwanej przedstawił już na pierwszej rozprawie z 16 kwietnia 2015 r. wyjaśniając, że jeżeli chodzi o kosztorys nr 2 to strona pozwana nie kwestionuje zakresu prac, jakie zostały w nim ujęte, przyznał zarazem, że inspektor nadzoru dokonując weryfikacji kosztorysów popełnił błędy rachunkowe (polegające na pomyleniu kwot netto i brutto), tym samym pozwana w zakresie robót ujętych w kosztorysie nr 2 kwestionuje wyłącznie pozycję nr 19 dotyczącą wynoszenia mebli. Pełnomocnik pozwanej podkreślił, że pozycję nr 19 pozwana kwestionuje co do zasady, w ocenie pozwanej prace te zostały bowiem wykonane nieodpłatnie, w zamian za nieodpłatną możliwość korzystania z pracowników powoda z pomieszczeń socjalnych udostępnionych przez szkołę.

Mając na uwadze, że 39 pozycji kosztorysu nie było między stronami sporne (pozwana ostatecznie nie kwestionowała tych pozycji co do zasady ani co do wysokości, dodatkowo co do wysokości robót ujętych w tych pozycjach wypowiedział się biegły sądowy uznając je w całości za zgodne ze stawkami stosowanymi przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego i zarazem za mieszczące się w górnym przedziale stawek rynkowych podawanych w uznawanych za miarodajne publikacjach (...)) przeprowadzone zostało postępowanie dowodowe obejmujące zeznania świadków powołanych przez pozwaną w celu ustalenia faktów związanych z treścią umowy dotyczącej wynoszenia mebli. W tym temacie zeznawali świadkowie D. W. (dyrektor szkoły) oraz M. A. (ówczesny wicedyrektor szkoły). D. W. wyjaśniła, że rozmowę dotyczącą przeniesienia mebli przeprowadziła osobiście prosząc powoda czy na zasadzie grzecznościowej jego pracownicy mogliby przenieść meble i wyposażenie sal szkolnych z pierwszego piętra - gdzie miały rozpocząć się prace remontowe - na parter. W rozmowie tej nie było mowy o wynagrodzeniu za tą usługę. D. W. jednocześnie udostępniła pracownikom powodów pomieszczenie socjalne w celu przechowywania sprzętu i rzeczy osobistych, dlatego też uznała, że obie strony nieodpłatnie grzecznościowo spełniły sobie nawzajem określone świadczenia. D. W. podkreśliła, że wg jej wiedzy pozwana Gmina M. (reprezentowana przez umocowane osoby) nie zlecała powodowi wyniesienia tych mebli. Zeznania zgodne z zeznaniami D. W. złożył M. A. podkreślając, że nie ma żadnej wiedzy co do tego ażeby ktokolwiek z urzędu gminy rozmawiał na temat przeniesienia mebli z powodem. Świadek M. A. dodał, że pracownicy powoda na prośbę dyrekcji szkoły pomogli wykonać tą pracę, świadek odebrał to jako formę grzecznościową, tym bardziej, że tych mebli nie było dużo, a zarazem przenosili je pracownicy powodów oraz pracownik szkoły.

Mając na uwadze zeznania obojga świadków Sąd przyjął, że nie została zawarta między pozwaną Gminą M. oraz powodami żadna umowa, której treścią byłoby odpłatne przeniesienie mebli. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że ani D. W., ani M. A. nie byli umocowani do tego, ażeby występować w charakterze pełnomocników gminy składających w jej imieniu oświadczenia woli zmierzające do zaciągnięcia jakichkolwiek zobowiązań. Jednakże nawet gdyby przyjąć, że D. W. i M. A., działając jako rzekomi pełnomocnicy takie oświadczenia woli złożyli i nawet gdyby przyjąć, że miała to być usługa odpłatna (jak twierdzi powód, czemu jednak D. W. i M. A. zaprzeczają), to i tak nie doszło do potwierdzenia przez gminę czynności wykonanych przez rzekomych pełnomocników, tym samym brak jest podstaw do zasądzenia objętej pozycją 19 kosztorysu kwoty z tytułu przenoszenia mebli. Co więcej brak jest również podstaw ażeby przyjąć, że ewentualna umowa zawierana przez D. W. i M. A. miałyby być umową odpłatną, świadkowie w sposób wyczerpujący wyjaśnili bowiem - odnosząc się do całego kontekstu sytuacyjnego związanego z wzajemnym

świadczeniem sobie usług grzecznościowych - na jakiej podstawie uważali, że jest to umowa nieodpłatna, tj. właśnie grzecznościowa.

Mając na uwadze powyższe na rzecz powodów zasądzono z tytułu omawianego roszczenia kwotę 11.249,74 zł, wyliczoną jako różnica między kwotą z kosztorysu nr 2 brutto wynoszącą 19.613,36 zł i kwotą 932,54 zł (powiększona o podatek VAT pozycja nr 19 z kosztorysu obejmująca koszt przenoszenia mebli, wyrażająca się kwotą netto 758,16 zł).

Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty zabezpieczające i dodatkowe należy uznać za roszczenie nieterminowe, w rozumieniu art. 455 k.c., stało się więc ono wymagalne niezwłocznie po doręczeniu pozwanej gminie wezwania do zapłaty. Takie wezwanie objęte pismem z 26 lipca 2013 r. zostało doręczone pozwanej gminie 29 lipca 2013 r.

Po częściowym cofnięciu pozwu powodowie domagają się odsetek ustawowych za opóźnienie od daty późniejszej niż data doręczenia wezwania do zapłaty, tym samym na rzecz powodów zasądzono – zgodnie z ich żądaniem – wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zabezpieczające z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od wskazanej przez nich daty.

### ***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 20.295 zł (pkt 3):***

Powodowie dochodzą kwoty 20.295 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 6 czerwca 2013 r. jako kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy z 12 marca 2013 r. Powodowie wywodzą, że jest to kara umowna za odstąpienie przez pozwaną od umowy z przyczyn, za które ona sama ponosi odpowiedzialność. Kara umowna na taki wypadek miałyby być – według powodów – zastrzeżona w § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy z 12 marca 2013 r., zaś podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Przesłanki odpowiedzialności dłużnika opartej na normie odczytywanej ze wskazanego przepisu uzupełnić trzeba odpowiednimi przesłankami wskazanymi w art. 471 k.c., który jest przepisem ogólnym regulującym odpowiedzialność według reżimu kontraktowego. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Norma odczytywana z art. 471 k.c. wymaga dla ustalenia odpowiedzialności dłużnika spełnienia łącznie trzech przesłanek: po pierwsze – dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, po drugie – powstała szkoda po stronie wierzyciela i wreszcie po trzecie (stosownie do 361 § 1 k.c.) – między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika a powstaniem szkody po stronie wierzyciela zachodzi adekwatny związek przyczynowy, a zatem szkoda jest następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez dłużnika. Ciężar udowodnienia, że te trzy przesłanki zostały spełnione zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. spoczywa na wierzycielu.

Z uwagi na zakres ciężających na wierzycielu obowiązków dowodowych w przypadku odpowiedzialności kontraktowej na zasadach ogólnych, zastrzeżenie kary umownej z art. 483 § 1 k.c. określa się często jako zryczałtowane odszkodowanie (z uwagi na art. 484 § 1 k.c.). W takim bowiem przypadku strony w umowie same ustalają, że jeżeli dojdzie do określonego w umowie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, to dłużnik poniesie odpowiedzialność w zryczałtowanej – z góry określonej – kwocie.

Tym samym w przypadku dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu kary umownej wierzyciel musi jedynie udowodnić, iż zawarł z dłużnikiem umowę, w której zastrzeżono karę umowną na wypadek danego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, oraz że do tego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego doszło.

W rozpoznawanej sprawie strony zastrzegły wprawdzie w umowie kary umowne w § 10 ust. 1, które z jednej strony zobowiązany był zapłacić zamawiającemu wykonawca – tj. powodowie (pkt 1), zaś z drugiej strony wykonawcy zamawiający – tj. Gmina M. (pkt 2). Czytając dokładnie te przepisy należy dojść do wniosku, że strony zastrzegły w

umowie, iż w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek z nich z przyczyn zawinionych przez drugą stronę, stronie odstępującej od umowy będzie przysługiwała kara umowna związana z tym, że druga strona nienależycie wykonywała zobowiązanie, co stało się przyczyną odstąpienia od umowy. Inaczej mówiąc powodom przysługiwałaby kara umowna, gdyby to oni odstąpili od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej gminy.

Taki wypadek nie wystąpił jednak w rozpoznawanej sprawie.

Karę umowną naliczyli powodowie notą księgową nr (...) datowaną na dzień 24 czerwca 2013 r. Od umowy odstąpiła natomiast Gmina M. (składając pismo datowane na dzień 6 czerwca 2013 r. nr (...).2.2013 zatytułowane „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy”), przy czym sami powodowie wskazują w niniejszej sprawie – a ich stanowisko zostało uznane przez Sąd za prawidłowe, o czym mowa we wcześniejszej części uzasadnienia – że odstąpienie nastąpiło ze skutkiem prawnym z art. 644 k.c. W przypadku odstąpienia od umowy na tej podstawie prawnej nie dochodzi jednak do odstąpienia w związku z tym, że którakolwiek ze stron nienależycie wykonywała swoje zobowiązanie.

Konstrukcja prawna odstąpienia opartego o art. 644 k.c. wyklucza w zasadzie możliwość dochodzenia przez stronę przeciwną wobec strony odstępującej kary umownej za odstąpienie od umowy związane z tym, że umowa była wykonywana nienależycie. Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 644 k.c. (odpowiednio stosowanym w odniesieniu do umowy o roboty budowlane) inwestorowi przysługuje prawo odstąpienia od umowy o roboty budowlane w każdej chwili i bez podania jakichkolwiek przyczyn, dopóki obiekt budowlany nie został ukończony, zarazem inwestor ma jednak obowiązek zapłacić należne wynagrodzenie.

Jak już wskazano wyżej w orzecznictwie i doktrynie – poczynając od wyroku Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2001 r., II CKN 365/00 – jednolicie przyjmuje się, że odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. wywiera skutek ex nunc, a więc na przyszłość [por. Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. K. O., rok 2021 wydanie 29 L.]. Sąd Najwyższy w wyroku z 24 stycznia 2017 r. w sprawie V CSK 219/16 podzielił stanowisko, że odstąpienie od umowy przewidziane w art. 644 k.c. odbiega od klasycznej konstrukcji, według której w razie wykonania prawa do odstąpienia następuje zniesienie skutków prawnych z mocą wsteczną, czyli umowę uważa się za niezawartą (art. 395 § 2 zd. pierwsze k.c.). Różnica sprowadza się przede wszystkim do konieczności zapłaty umówionego wynagrodzenia za nieukończone dzieło. Skoro zaś zamawiający zapłaci wynagrodzenie należne przyjmującemu zamówienie, to przysługuje mu prawo żądania wydania nieukończonego dzieła. Podstawę tych świadczeń może stanowić tylko zawarta przez strony umowa. Oznacza to, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego nie niweczy całego stosunku zobowiązaniowego, lecz działa tylko na przyszłość.

Tym samym konstrukcja przewidziana przez art. 644 k.c. przewiduje, że na mocy umowy o roboty budowlane – wiążącej do dnia odstąpienia – każda ze stron umowy otrzymuje należne jej świadczenie: inwestor nieukończony obiekt budowlany, zaś wykonawca przewidziane umową wynagrodzenie (pomniejszone jedynie o oszczędności związane z tym, że umowa nie została przez niego w całości wykonana). Tym samym ekwiwalentność świadczeń po obu stronach zostaje zachowana, żadna ze stron nie ponosi szkody, jaką miałyby rekompensować kara umowna, która jest przecież zryczałtowanym odszkodowaniem. Inaczej ujmując: nie można przyjąć, że inwestor, który czyni użytek ze swojego prawa do odstąpienia od umowy ze skutkami z art. 644 k.c. w jakikolwiek sposób nienależycie wykonuje zobowiązanie, odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. jest bowiem – jak już podkreślano – prawem inwestora, zaś wykonywanie prawa nie jest nienależytym wykonaniem zobowiązania, co więcej zostaje w pełni zachowana ekwiwalentność świadczeń.

Podobny pogląd został wyrażony w orzecznictwie: w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11 kwietnia 2013 r. w sprawie I ACa 75/13 [L.] wyjaśniono, że konsekwencją odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c. jest to, iż wykonawca zachowuje prawo do wynagrodzenia (stosownie pomniejszonego). Sąd Apelacyjny wskazał również, że zastrzeżenie kary umownej „w miejsce” wynagrodzenia mogłoby zostać uznane za dopuszczalne, jeżeli przyjąć, że art. 644 k.c. w tym zakresie ma charakter dyspozytywny, więc strony mogą w umowie odmiennie unormować skutki odstąpienia i np. zamiast wynagrodzenia przewidzieć karę umowną za odstąpienie. Przepis art. 353<sup>1</sup> k.c.



potwierdza zasadę wolności umów; strony zawierające umowę mogą więc ułożyć stosunek prawny według swego uznania, jednakże już w samym art. 353<sup>1</sup> k.c. zawarte są ograniczenia swobody kształtowania stosunku prawnego ze względu na właściwość zobowiązania, ustawę i zasady współżycia społecznego. Przepisy ustawy o charakterze iuris cogentis mają zastosowanie do stosunku umownego niezależnie od woli stron umowy, przy czym w zakresie skutków odstąpienia przez zamawiającego od umowy o dzieło dla wymagalności roszczenia przyjmującego zamówienie o umówione wynagrodzenie takim bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy jest art. 644 k.c. [por. wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2003 r., IV CK 294/02].

Tym samym wykluczone jest zastrzeżenie kary umownej „w miejsce” wynagrodzenia z art. 644 k.c. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w cytowanym wyżej wyroku podkreślił, że konsekwencją przyjęcia odmiennego poglądu byłaby konieczność akceptowania stanowiska, że zgodne z ustawą odstąpienie od umowy w oparciu o art. 644 k.c. rodzi skutek odszkodowawczy wyrażony karą umowną, a to jest nie do zaakceptowania.

Mając na uwadze powyższe rozważania roszczenie powodów o zapłatę kary umownej należy uznać za nieuzasadnione.

***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 6.642 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 12 października 2013 r. oraz kwoty 2.214 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 11 listopada 2013 r. - roszczenie obejmujące koszty magazynowania materiałów budowlanych (pkt 4):***

Powodowie dochodzącą zapłaty kwoty 6.642 zł oraz kwoty 2.214 zł jako kosztów magazynowania materiałów budowlanych. Z tytułu tych roszczeń powodowie wystawili dwie faktury VAT: nr (...), odpowiednio na kwoty 6.642 zł i 2.214 zł.

Powodowie stoją na stanowisku, że kwoty te stanowią szkodę poniesioną przez powodów na skutek niewywiązywania się przez pozwaną z umowy (co wskazali w piśmie procesowym z 12 września 2021 r.). W piśmie tym wyjaśnili również, że szkodą po ich stronie są koszty związane m.in. z transportem zakupionych towarów i ich przeładunkiem, odpowiednim zabezpieczeniem, pracą i transportem związanym ze zwolnieniem miejsc magazynowych, wydatkami związanymi z dzierżawą pomieszczeń magazynowych.

Roszczenie odszkodowawcze powodów jest nieuzasadnione ani co do zasady, ani co do wysokości.

Jak już wyjaśniono we wcześniejszej części rozważań dotyczących kwestii związanych z rozliczeniem w ramach wynagrodzenia z art. 644 k.c. kosztów zakupu niewbudowanych materiałów budowlanych - powodowie z chwilą odstąpienia od umowy przez pozwaną (co nastąpiło ze skutkiem ex nunc) mogli swobodnie rozporządzać zakupionymi przez nich i zarazem niewbudowanymi materiałami budowlanymi, materiały te stanowiły bowiem własność powodów (por. art. 45 k.c. i art. 191 k.c.). Szersze rozważania na ten temat zostały przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia, obejmującej zagadnienia związane z rozliczeniem kosztów zakupu niewbudowanych materiałów budowlanych w ramach wynagrodzenia z art. 644 k.c., do których należy w tym miejscu odesłać.

Jak już kilkakrotnie podkreślano strony zawarły umowę sprzedaży jedynie części tych materiałów w postaci drewna więźbę dachową (z tytułu tej umowy powodowie wystawili fakturę VAT, którą pozwana opłaciła), co do pozostałych materiałów budowlanych strony prowadziły rozmowy zmierzające do ewentualnego odkupienia tych materiałów przez pozwaną gminę (a więc w celu zawarcia umowy sprzedaży), nie doprowadziły one jednakże do zawarcia tej umowy, za co winę ponosi powód M. B., który mimo kilkakrotnych wezwań ze strony gminy nie przedstawił dokumentów potwierdzających zakup tych materiałów (faktur VAT), co pozwoliłoby ocenić ich terminy ważności jak również zweryfikować czy dostarczone przez M. B. deklaracje zgodności dotyczą tych materiałów, które M. B. oferował gminie do odsprzedaży (również w tym temacie szersze rozważania zostały przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej kwestii związanych z rozliczeniem w ramach wynagrodzenia z art. 644 k.c. kosztów zakupu niewbudowanych materiałów budowlanych, do których należy się w tym miejscu odwołać).

Wobec takiego stanu rzeczy nie znajduje podstaw prawnych stanowisko powodów, którzy upatrują w swoim majątku szkody związanej z niewykonywaniem umowy przez gminę. Jak należy domyślać się powodowie uważają, że gmina

miała obowiązek zawarcia z nimi umowy sprzedaży zakupionych, ale niewbudowanych materiałów budowlanych. Taki obowiązek nie wynika jednak ani z umowy łączącej strony, ani z obowiązującego prawa.

W umowie o roboty budowlane strony uregulowały kwestię odstąpienia od umowy w § 12, wskazując m.in. w § 12 pkt 1 sytuacje, w których prawo odstąpienia od umowy przysługuje inwestorowi: mogło to nastąpić zgodnie z art. 656 § 1 k.c. a ponadto w sześciu innych wymienionych w umowie przypadkach, z których żaden nie zaistniał w rozpoznawanej sprawie. Z kolei w dalszych punktach § 12 strony uregulowały wzajemne obowiązki w przypadku dokonania odstąpienia od umowy przez którąś z nich, w szczególności zgodnie z § 12 ust. 4 pkt 3 wykonawca miał sporządzić wykaz materiałów, które nie mogą być wykorzystane przez niego do realizacji innych robót nieobjętych tą umową, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. Żaden zapis umowny nie nakładał jednak na inwestora obowiązku odkupienia od wykonawcy niewykorzystanych przez niego materiałów budowlanych. Co więcej zauważyć trzeba, że uregulowane umową obowiązki stron nie dotyczyły odstąpienia od umowy przez inwestora na podstawie art. 644 k.c., tylko odstąpienia od umowy w sytuacjach opisanych w § 12 pkt 1. Strony wprawdzie postąpiły tak jak przewidywał to § 12 ust. 4 pkt 3, to jest powodowie sporządzili spis materiałów budowlanych, nie oznacza to jednak, że po stronie gminy obowiązek powstał obowiązek odkupienia tych materiałów.

Zauważyć też trzeba w tym miejscu, że sami powodowie już w pozwie dostrzegli, że wiele regulacji umownych nie znajdzie zastosowania w przypadku odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c., co do którego podkreślali, iż jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Uzupełniając tą myśl powodów dodać trzeba, że jest to przepis nie tylko bezwzględnie obowiązujący, ale także autonomicznie i wyczerpująco regulujący zasady rozliczenia stron na wypadek odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c. Ustawodawca nie przewidział przy tym ażeby w przypadku odstąpienia od umowy na tej podstawie prawnej po stronie inwestora powstał obowiązek odkupienia materiałów budowlanych od wykonawcy, zakupionych przez niego w celu wykonania umowy.

Ostatecznie przyjąć więc trzeba, że obowiązek taki nie istnieje ani w oparciu o umowę, ani nie wynika z obowiązujących przepisów prawa. Tym samym po stronie powodów nie mogła powstać żadna szkoda związana z tym, że nie doszło do zawarcia umowy sprzedaży zakupionych przez powodów i zarazem niewbudowanych materiałów budowlanych. Raz jeszcze podkreślić trzeba, że do zawarcia umowy nie doszło z winy powoda M. B..

W tym stanie rzeczy po stronie powodów co do zasady nie powstało roszczenie odszkodowawcze obejmujące koszty magazynowania zakupionych przez powodów i niewbudowanych materiałów budowlanych.

Niezależnie od powyższych rozważań, które samoczynnie stanowią podstawę do oddalenia roszczenia powodów o zapłatę kwot 6.642 zł i 2.214 zł, przyjąć trzeba, że koszty magazynowania tych towarów nie zostały również wykazane co do wysokości. Powód M. B. przesłuchany w charakterze strony wyjaśnił, że wystawił faktury za magazynowanie materiałów budowlanych nr (...) i nr (...) (odpowiednio na 6.642 zł i 2.214 zł), wyliczając kwotę z faktur wg własnego oszacowania jako kwotę odpowiadającą kosztom magazynowania, które z kolei wyliczył mając na uwadze koszty dzierżawy pomieszczeń, w których materiały te były składowane, a także mając na uwadze to, że część materiałów takich jak styropian była składowana u dostawców, co miało być im zrekompensowane przez niższe rabaty dla M. B.. Tym samym koszt tego „skonsumowanego” przez składowanie styropianu rabatu również został uwzględniony przez M. B. przy określaniu wysokości, na jaką wystawione zostały faktury za magazynowanie materiałów budowlanych. Odnosząc się do powyższego wskazać trzeba, że bezpodstawne było wystawienie przez powodów faktur VAT za magazynowanie w sytuacji, gdy między stronami nie zawarto żadnej umowy przechowania. Tym samym kwota podatku VAT objętego fakturami o numerach (...) nie mogłaby być wliczona do ewentualnej szkody w majątku powodów. Co więcej powód przedstawił żadnych materiałów źródłowych, z których wynikałoby, za jaką kwotę wynajmuje pomieszczenia przeznaczone na składowanie towaru oraz jakie rabaty utracił w związku z przechowywaniem u dostawcy styropianu, a tylko w taki sposób możliwe byłoby ustalenie rzeczywistej szkody w majątku powodów poniesionej na skutek niewywiązywania się przez pozwaną z umowy. Ustalenie wysokości ewentualnej szkody w majątku powoda nie mogłoby natomiast być dokonane w oparciu o rynkowe ceny najmu pomieszczeń magazynowych, dlatego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest załączony do pozwu wydruk ze strony internetowej obejmujący ofertę najmu pomieszczeń magazynowo- biurowych na terenie S..

Tym samym roszczenie o zapłatę kwot stanowiących koszty magazynowania towarów, jako nieuzasadnione co do zasady i co do wysokości, podlegało oddaleniu w całości.

***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 46,74 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. oraz kwoty 300,72 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 16 listopada 2013 r. (pkt 5):***

Piąte z roszczeń powodów dotyczy zapłaty czynszu z tytułu zawartej przez strony ustnie umowy dzierżawy sprzętu w postaci podpór stalowych do podtrzymywania stropu.

Z tego tytułu powodowie pierwotnie domagali się zapłaty 2.301,84 zł z odsetkami: od kwoty 501,84 zł od 27 października 2013 r. i od kwoty 1.800 zł od 12 października 2013 r., powołując się na faktury VAT odpowiednio o numerach:

- (...) na kwotę 501,84 zł z tytułu czynszu za dzierżawę podpór za 19 dni wg stawki 12 zł netto + VAT oraz na kwotę 221,40 zł za trzy niewydane dźwigary stropowe VT20/330 po 60 zł netto;
- nr (...) na kwotę 1.800 zł z tytułu czynszu za dzierżawę podpór za 122 dni wg stawki 12 zł netto + VAT.

Częściowe cofnięcie pozwu nastąpiło na skutek zapłaty przez pozwaną kwoty 455,10 zł i kwoty 1.500,60 zł. Cofnięcie dotyczyło również części odsetek, po cofnięciu powodowie żądają odsetek od obu żądań od 16 listopada 2013 r.

O ile jednak strony nazywały umowę dotyczącą podpór stalowych umową dzierżawy to wskazać trzeba, iż nie zawiera w tym zakresie niezbędnych essentialia negotii, zaś treść tej umowy wskazuje, iż była to umowa najmu. Podstawę prawną dla tego roszczenia stanowił zatem art. 659 § 1 k.c., zgodnie z którym przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz.

Spór między stronami na tle tej umowy sprowadzał się przy tym nie tyle do kwestii zawarcia umowy (co było faktem niespornym), lecz co do tego jaka była wysokość umówionej stawki czynszu. Powodowie w toku procesu podnosili, że strony umówiły się na 12 zł netto za dobę, pozwana wskazywała natomiast na kwotę 10 zł netto za dobę.

Ostatecznie pozwana zapłaciła za fakturę nr (...) kwotę 455,10 zł, natomiast za fakturę nr (...) kwotę 1.500,60 zł. Tym samym z faktury nr (...) zapłaciła czynsz za wszystkie objęte fakturą (...) dni, ale wg stawki 10 zł + VAT oraz zapłaciła za niewydane dźwigary całą zafakturowaną kwotę (roszczenie dotyczące dźwigarów nie jest przedmiotem sporu między stronami), natomiast z faktury nr (...) zapłaciła czynsz za wszystkie objęte fakturą (...) dni, ale wg stawki 10 zł + VAT. W piśmie procesowym z 8 października 2021 r. powodowie w części zapłaconej cofnęli pozew, przedmiotem sporu pozostają kwoty 46,74 zł i 300,72 zł.

W celu ustalenia wysokości umówionego czynszu najmu powołany został dowód z zeznań świadków (J. B. (1), B. M., M. A.) oraz dowód z przesłuchania stron (zeznania złożył powód M. B., który jako wspólnik spółki cywilnej zawierał ustną umowę z Gminą M., reprezentowaną przez J. B. (1)). Nie sposób pominąć w tym miejscu, że wątek dotyczący stawki czynszu najmu pojawił się również w korespondencji stron - po wystawieniu przez powodów faktur VAT wg stawki 12 zł netto za dobę pozwana gmina skierowała do powodów pismo z 10 października 2013 r., w którym domagała się skorygowania faktur w zakresie wysokości należności za dzierżawę podpór podkreślając, iż cena ustalona została na 10 zł netto za dobę. Z kolei ocena dowodów z zeznań świadków przedstawiona została w części uzasadnienia obejmującej ocenę dowodów.

W tym miejscu - nawiązując do końcowych wniosków tej oceny - wskazać trzeba, że z przeprowadzonych dowodów wynika, iż strony umówiły się na stawkę czynszu wynoszącą 10 zł + VAT, tym samym podtrzymywane przez powodów powództwo o zapłatę czynszu najmu ponad umówioną stawkę podlegało oddaleniu.

***W zakresie roszczenia o zapłatę kwoty ustawowych odsetek za opóźnienie liczonych od kwoty 40.591,31 zł za okres od 7 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r. (pkt 6):***

Podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 481 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Świadczeniem pieniężnym zapłaconym przez pozwaną gminę z opóźnieniem jest zdaniem powodów kwota wniesionego przez nich w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 12 marca 2013 r., która wraz z odstąpieniem od umowy przez pozwaną gminę straciła rację bytu, a zatem winna zostać zwrócona przez pozwaną, co pozwana uczyniła, jednakże po terminie. Strona pozwana wniosła o oddalenie tak sformułowanego żądania, nie przedstawiła jednak żadnych argumentów prawnych uzasadniających brak roszczenia po stronie powodów o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie za okres od 7 czerwca 2013 r. do 5 lipca 2013 r.

Przypomnieć trzeba, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać wniesione przez wykonawcę w formie gotówki w kwocie 40.590 zł (tj. 10% wynagrodzenia ustalonego w § 5 ust. 1). Powodowie zapłacili kwotę 40.590 zł w dniu zawarcia umowy, co jest faktem niespornym. Po odstąpieniu od umowy przez Gminę M. pismem z 25 czerwca 2013 r. (tego też dnia doręczonym do Urzędu Gminy) powód M. B. wezwał Gminę M. do bezzwłocznego zwrotu – w związku z odstąpieniem od umowy – wpłaconego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Gmina M. wpłaciła na rachunek przedsiębiorstwa powodów kwotę 40.591,31 zł dopiero 5 lipca 2013 r., w tytule przelewu wskazując: „zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, plus odsetki zadanie – renowacja i termom.SP...”.

Z powyższych faktów wynika, że pozwana gmina zwróciła kwotę zabezpieczenia w wysokości 40.590 zł oraz zapłaciła odsetki za opóźnienie wyliczone przez nią na kwotę 1,31 zł.

Roszczenie o zwrot kwoty zabezpieczenia – w sytuacji, gdy inwestor odstąpił od umowy na podstawie art. 644 k.c. – należy uznać za roszczenie bezterminowe, które staje się wymagalne niezwłocznie po wezwaniu do zapłaty, zgodnie z art. 455 k.c. Strony nie przewidziały bowiem w umowie zasad zwrotu kwoty zabezpieczenia na wypadek odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c., uregulowały jedynie zasady zwrotu kwoty zabezpieczenia na wypadek wykonania umowy (oddania obiektu budowlanego przez wykonawców i przyjęcia go przez inwestora). Zgodzić należy się z powodami co do tego, że wobec odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 k.c. wpłacona inwestorowi tytułem zabezpieczenia kwota stała się świadczeniem nienależnym (zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, powodom przysługiwało więc roszczenie zwane *condictio ob rem*). W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że roszczenie o zwrot tego świadczenia nienależnego jest bezterminowe, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania [por. np. wyrok SN z 26.11.2009 r., III CZP 102/09; Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. K. O., rok 2021, wydanie 29, L.].

Tym samym powodom przysługują ustawowe odsetki za opóźnienie od kwoty 40.590 zł za okres od 26 czerwca 2013 r. (to jest od następnego dnia po doręczeniu wezwania do zapłaty) do 5 lipca 2013 r. (data zapłaty kwoty 40.590 zł), pomniejszone o zapłacone już przez Gminę M. odsetki w wysokości 1,31 zł.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 108 § 1 w zw. z art. 98 § 1 k.p.c., stosując zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy (powodowie wygrali w 65%) i pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia. Powodowie dochodzili kwoty 395.466,20 zł, wygrali sprawę w zakresie kwoty 218.743,99 zł (kwota zasądzona) oraz kwoty 47.887,84 zł (kwota co do której powodowie cofnęli powództwo).

Cofnięcie pozwu - złożonego 28 października 2013 r. - nastąpiło z uwagi na zapłatę dokonaną przez pozwaną 14 listopada 2013 r. pięcioma przelewami - łącznie na kwotę 47.887,84 zł. Postanowieniem z 25 listopada 2021 r. postępowanie zostało umorzone w cofniętej części, postanowienie to jest prawomocne.

W przypadku cofnięcia pozwu stroną przegrywającą sprawę jest – co do zasady – strona powodowa i tym samym ona obowiązana jest zwrócić stronie przeciwnej poniesione przez nią koszty procesu. Jednakże w orzeczeniach Sądu Najwyższego i sądów powszechnych przyjmuje się wyjątek od tej zasady dotyczący sytuacji, w której powód cofnął pozew z uwagi na to, że pozwany spełnił dochodzone świadczenie w toku procesu, czym zaspokoił roszczenie powoda wymagalne w chwili wytoczenia powództwa. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie co do kwoty 47.887,84 zł, wobec której powodowie cofnęli pozew.