

Klauzulę wykonalności nadano
w dniu 17.12.2018 r. pkt II
na wniosek pełn. wierz. /K. 1203/
r.pr. I. L..
Na zarządzenie Sędziego
z up. Kierownika Sekretariatu
Starszy Sekretarz Sądowy
Karolina Ernest
Sygn. akt I ACa 498/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2018 roku
Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny
w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Halina Zarzeczna
Sędziowie:	SA Małgorzata Gawinek SO del. Leon Miroszewski (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Karolina Ernest

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2018 roku na rozprawie w Szczecinie
sprawy z powództwa „(...)” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.
przeciwko Gminie Miasto S.
o zapłatę
na skutek apelacji pozwanej
od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie
z dnia 26 kwietnia 2018 roku, sygn. akt I C 1261/14

I. **oddala apelację;**

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Małgorzata Gawinek Halina Zarzeczna Leon Miroszewski

Sygnatura akt I ACa 498/18

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2018 roku Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej Gminy Miasta S. na rzecz powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 226.641,69 złotych z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 22 września 2014 r. oraz kwotę 22.552,96 złotych tytułem kosztów procesu. Oddalił powództwo w zakresie odsetek od zasądzonej należności głównej od dnia 15 września 2014 roku do dnia, od którego je zasądzono. Nakazał też pobrać od pozwanej Gminy Miasta S. kwotę 5.519,72 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych. Zasądzonej kwoty powódka dochodziła tytułem wynagrodzenia umownego na podstawie umowy o roboty budowlane zawartej z pozwaną.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 7 lipca 2014 roku pomiędzy stronami została zawarta umowa o roboty budowlane. Jej przedmiotem było „Dostosowanie budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego” - zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Stosownie do § 1 ust. 2 umowy zakres rzeczowy robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy określały: dokumentacja projektowa, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, oferta wykonawcy. Stosownie do § 2 ust. 3 umowy przedmiot umowy miał być wykonany z materiałów dostarczonych przez wykonawcę. Zgodnie z § 3 umowy zamawiającego na terenie budowy reprezentować miał J. M. - inspektor z branży ogólnobudowlanej i W. Ł. - inspektor z branży elektrycznej. Stosownie do § 4 umowy przedstawicielem wykonawcy na budowie miał być kierownik budowy M. K. (1) oraz R. S. - kierownik robót elektrycznych. Stosownie do § 8 umowy termin wykonania przedmiotu umowy ustalono na nie dłuższy niż 40 dni kalendarzowych liczonych od dnia protokolarnego przekazania terenu budowy. Za podstawę wykonania przedmiotu umowy uznaje się wpis kierownika budowy do dziennika budowy potwierdzony przez przedstawicieli zamawiającego, o których mowa w § 3 umowy, zaświadczący o zakończeniu realizacji przedmiotu umowy. Odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpić miał na podstawie protokołu odbioru końcowego. Stosownie do § 6 ust. 2 punkt 21 do obowiązków wykonawcy należało dostarczenie zamawiającemu najpóźniej na dzień dokonania wpisu, o którym mowa w § 8 ust. 2 do dziennika budowy dokumentacji odbiorowej. W § 9 umowy strony postanowiły, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustala się w formie ryczałtu na kwotę 226.641 zł 69 gr łącznie z podatkiem VAT. Zgodnie z § 11 umowy zamawiający przewidział płatność jednorazową po wykonaniu przedmiotu umowy. Podstawą zapłaty miała być faktura końcowa wystawiona przez wykonawcę wobec zamawiającego, zaś podstawą do wystawienia faktury końcowej miał być potwierdzony przez przedstawiciela zamawiającego protokół końcowego odbioru robót, stwierdzający wykonanie zakresu umowy bez wad i usterek. Termin płatności faktury końcowej wynosić miał 16 dni, licząc od daty przyjęcia prawidłowo wystawionej faktury przez zamawiającego. W § 16 ust. 2 umowy postanowiono o możliwości wprowadzenia istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, w tym w zakresie spełnienia świadczenia, zmianie polegającej na wprowadzeniu robót, które nie spowodują zmiany wynagrodzenia. Stosownie do § 16 ust. 6 umowy zmiana polegająca na wprowadzeniu robót zamiennych, których wartość nie zmienia wynagrodzenia umownego, mogła nastąpić na zasadach wskazanych w ust. 4 § 16 umowy. Stosownie do § 16 ust. 8 umowy podstawa wprowadzenia robót wskazanych w ust. 3, 4, 5 i 6 jest protokół konieczności zatwierdzony przez zamawiającego i wykonawcę oraz aneks do umowy. Stosownie do § 16 ust. 14 umowy integralną część umowy miał stanowić SIWZ, oferta wykonawcy, dokumentacja projektowa, STWiOR, o której mowa w § 1 ust. 2 umowy.

Co do realizacji wymienionej umowy Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 7 lipca 2014 roku zamawiający przekazał wykonawcy teren i plac budowy, to jest budynek Przedszkola Publicznego numer (...) przy ulicy (...) w S., oraz dokumentację techniczną - szczegółowo wymienioną w protokole przekazania terenu i placu budowy. Pismem z dnia 11 lipca 2014 r. powódka poinformowała pozwaną o niezgodnościach mogących mieć wpływ na wykonanie

projektu, a których nie można było przewidzieć na etapie projektowania. Powódka wskazała, że określone rozwiązania przyjęte w projekcie wykonawczym nie spowodują dostosowania budynku przedszkola do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych. Powódka szczegółowo wskazała w treści pisma swoje zastrzeżenia odnośnie określonych rozwiązań projektowych. Powódka wniosła o wprowadzenie ewentualnych zmian w projekcie. Doszło do dwukrotnego spotkania przedstawicieli stron w zakresie konieczności dokonania zmian umowy jak wyżej. W lipcu 2014 r. powódka otrzymała zmieniony projekt wykonawczy od J. M.. Wpisem do dziennika budowy z dnia 23 lipca 2014 r. przedstawiciel pozwanego - J. M. potwierdził otrzymanie projektu zamiennego instalacji elektrycznej, potwierdził wykonanie ułożenia instalacji elektrycznej. Jednocześnie przedstawiciel pozwanej potwierdził, że od dnia 12 lipca 2014 r. do dnia 23 lipca 2014 r. wstrzymano prace elektryczne do czasu otrzymania projektu zamiennego.

J. M. - przedstawiciel zamawiającego - pozwanej - odpowiednimi wpisami do dziennika budowy potwierdził wykonanie prac przez powódkę. Na etapie wykonania prac przez powódkę sporządzono protokół konieczności wykonania robót dodatkowych - zgodnie z opracowaną i przekazaną przez Biuro Projektów dokumentacją branży elektrycznej i budowlanej. Protokół ten podpisali przedstawiciele wykonawcy i zamawiającego.

W dniu 30 lipca 2014 r. zmieniono umowę w zakresie koloru wykładziny wybranej uprzednio przez zamawiającego.

Prace w zakresie położenia wykładziny w obiekcie wykonała firma S. S. jako podwykonawca powódki. Zgłoszone przez pozwaną usterki w położeniu wykładziny zostały one usunięte przez firmę S. S.. Po wykonaniu prac przez powódkę, wpisem do dziennika budowy z dnia 23 sierpnia 2014 r. kierownik budowy M. K. (1) zgłosił zakończenie robót budowlanych oraz gotowość wykonawcy do odbioru końcowego. Wpisem do dziennika budowy z dnia 25 sierpnia 2014 r. przedstawiciel pozwanego - J. M. wyznaczył termin odbioru robót na dzień 28 sierpnia 2014 r. W dniu 28 sierpnia 2014 r. przystąpiono do odbioru robót. Pozwanego przy odbiorze robót reprezentowała dyrektor przedszkola A. H., główna księgowa A. C., inspektorzy W. Ł. i J. M., z kolei powódkę reprezentował M. F. i S. S.. Po przystąpieniu do odbioru robót przedstawiciele pozwanej w pewnym momencie bez podania uzasadnionej przyczyny odstąpili od procedury odbioru robót. W tym samym dniu powódka przekazała pozwanej dokumentację powykonawczą, warunki gwarancji, książkę serwisową, książkę eksploatacji, kartę przekazania odpadu. Powódka przekazała pozwanej certyfikaty, świadectwa dopuszczenia, deklaracje zgodności.

Wpisem do dziennika budowy z dnia 28 sierpnia 2014 r. J. M. wskazał, że roboty budowlane zakończono niezgodnie z umową, niezgodnie z projektem; nadto wskazał, że wprowadzone zmiany nie zmieniły zamierzonego celu zadania, a zamiany te są nieistotne z punktu widzenia przepisów prawa budowlanego. Pismem z dnia 2 września 2014 r. J. M. poinformował, że zmiany w robotach wykonanych przez powódkę są zmianami nieistotnymi. Pismem z dnia 3 września 2014 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy, wskazując, że to z winy pozwanej odstąpiono od odbioru robót, gdy tymczasem powódka zaoferowała przedmiot swojego świadczenia. Do pisma dołączono fakturę VAT na kwotę 226.641,69 złotych.

Pismem z dnia 8 września 2014 r. J. M. wyznaczył powódce termin odbioru zadania na dzień 12 września 2014 roku. Wezwał też do dostarczenia wszystkich dokumentów wymaganych przepisami odbiorowymi. Pismem z dnia 8 września 2014 r. dyrektor przedszkola pozwanego odmówiła zapłaty wynagrodzenia na podstawie dostarczonej faktury wskazując, że brak jest protokołu końcowego odbioru robót stwierdzającego wykonanie zakresu umowy bez wad i usterek. Jednocześnie wskazała, że w dniu 28 sierpnia 2014 r. nie dokonano odbioru robót, a tylko oględzin wykonanych prac. W ocenie pozwanej prace nie były w całości zakończone, co wynika z protokołu usterek.

W dniu 12 września 2014 r. przedstawiciele powódki i pozwanej spotkali się, jednak nie doszło do żadnych zgodnych ustaleń stron w zakresie wykonania robót budowlanych przez powódkę. Przedstawiciele pozwanej sporządzili protokół odbioru robót, w którym wskazano, że zamówienie nie zostało wykonane zgodnie z umową, wskazano też w tym protokole wady formalne. Przedstawiciele powódki nie podpisali tego protokołu odbioru.

Pismem z dnia 15 września 2014 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy w wysokości 226.641 zł 69 gr, pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Pozwana otrzymała to wezwanie w dniu 17 września 2014 r. Pismem z dnia 16 września 2014 r. pozwana poinformowała powódkę, że

nie zapłaci wynagrodzenia za wykonane prace z uwagi na brak protokołu końcowego odbioru robót stwierdzającego wykonanie zakresu umowy bez wad i usterek. Pismem z dnia 22 września 2014 r. powódka po raz kolejny wezwała pozwaną do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace na podstawie łączącej strony umowy. Pismem z dnia

7 października 2014 r. pozwana odmówiła zapłaty wynagrodzenia. Pismem z dnia 10 października 2014 r. pozwana poinformowała powódkę o wyznaczeniu na dzień 14 października 2014 r. terminu kontynuacji czynności odbiorowych robót budowlanych. Pismem z dnia 13 października 2014 r. powódka podtrzymała swoje stanowisko, że do odbioru robót budowlanych doszło w dniu 28 sierpnia 2014 r.

W dniu 14 października 2014 roku przedstawiciele pozwanej sporządzili protokół kontynuacji odbioru robót, w którym wskazano, że uwagi i wnioski do wykonanych prac zawarte są w załączniku do protokołu. Przedstawiciele powódki nie byli obecni w tym dniu przy sporządzeniu w/w protokołu. Podobnie nie byli obecni na kolejnych terminach wyznaczonych przez pozwaną w celu kontynuacji czynności odbiorowych, a więc w dniach 20 i 23 października 2014 r. W tych dniach przedstawiciele pozwanej sporządzili protokoły kontynuacji odbioru robót, w których wskazano, że uwagi i wnioski do wykonanych prac zawarte są w załączniku do protokołu.

W dniu 21 października 2014 r. przedstawiciel pozwanej J. M. pokwitował odbiór dokumentacji powykonawczej, dziennika budowy, atestów, projektów wykonawczych, protokołów z badań. Pismem z dnia 21 października 2014 r. pozwana odesłała powódce doręczoną uprzednio fakturę Vat i odmówiła zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace.

W dniu 27 października 2014 r. przedstawiciele pozwanej sporządzili protokół odstąpienia od odbioru robót, w którym wskazano, że przedmiot zamówienia został wykonany wadliwie, a uwagi i wnioski do wykonanych prac zawarte są w załączniku do protokołu. Przedstawiciele powódki nie byli obecni w tym dniu przy sporządzeniu w/w protokołu.

Zmiany wprowadzone przez projektantów w projekcie architektoniczno-wykonawczym z lipca 2014 r., na dostosowanie do wymogów bezpieczeństwa pożarowego budynku przedszkola w stosunku do pierwotnego projektu, wynikającego z oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie której strony zawarły umowę, mają wpływ neutralny lub korzystny na osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia, polegającego na dostosowaniu budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego.

Prace nie zostały wykonane prawidłowo z powodu błędów projektowych oraz w wyniku zmiany lub odstąpienia wykonawcy od niektórych rozwiązań projektowych. Budynek nie został dostosowany do wymaganego stanu bezpieczeństwa pożarowego. Wymagane bezpieczeństwo pożarowe dla przedszkola wyznaczało postanowienie (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r., więc tylko spełnienie wszystkich warunków w nim zawartych daje podstawę do uznania przedszkola za spełniające wymagane bezpieczeństwo pożarowe. Brak zapewnienia wymaganego bezpieczeństwa pożarowego dla przedszkola wynika z błędnej od samego początku dokumentacji dotyczącej „Instalacji czujek autonomicznych pożarowych”.

Projekt wykonany w październiku 2013 r. przez firmę (...) architektury K. S. ze S. - Projekt wykonawczy, branża elektryczna pt. „Opracowanie dokumentacji projektowej na dostosowanie do wymogów bezpieczeństwa pożarowego budynku Przedszkola Publicznego numer (...) przy ulicy (...) w S.” jedynie częściowo spełniał wymagania określone w postanowieniu (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r., to znaczy spełniał wymagania określone w ekspertyzie technicznej, natomiast pomijał rozszerzenie określone w w/w postanowieniu (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r. Powódka zgodnie z projektem wyposażyla w czujki tylko sale zajęć, więc brakuje czujek w pozostałych pomieszczeniach oprócz pomieszczeń higieniczno - sanitarnych.

Natomiast został osiągnięty podstawowy cel wynikający z decyzji Komendanta Miejskiego PSP w S. z dnia 17 listopada 2011 r., to jest zostało usunięte zagrożenie życia osób (dzieci) przebywających w przedszkolu.

Drzwiczki zamontowane w szybie windowym na poziomie piwnicy nie są ujęte w żadnym projekcie. Przedmiotowe drzwiczki nie zastępują ujętych w projekcie drzwi w zakresie odporności ogniowej, a ponadto kierunek ich otwierania,

zmieniony w stosunku do kierunku otwierania określonego dla drzwi, przeszkadza w użytkowaniu kuchni przy ich otwarciu. Drzwi na parterze i piętrze DR1 El 30 nie zostały zamontowane. Takie rozwiązania były zawarte w projekcie budowlanym - pierwotnym, natomiast w projekcie wykonawczym z lipca 2014 r. rozwiązania były zmienione i zostały zastosowane na parterze i w piwnicy. Nowe rozwiązania też zapewniały wydzielenie każdej kondygnacji w odrębną strefę pożarową - wydzielały bezpośrednio szyb windy. Nowe rozwiązania wydzielające bezpośrednio szyb windy stwarzały trudności techniczne i ingerowały w istniejącą strefę aranżacji wnętrz. Drzwi El 45 na parterze przy zejściu do piwnicy nie zostały wymienione na drzwi klasy El 45, wstawienie drzwi klasy El 45 było niezbędne, gdyż ich wstawienie dokonywało oddzielenia piwnicy od pozostałej części budynku poprzez zamknięcie klatki schodowej K2 na poziomie piwnicy, natomiast klatki schodowej K 1 na poziomie parteru drzwiami o klasie odporności ogniowej El 45.

Przegrody pomiędzy przedsionkiem a klatką schodową mogłoby w ogóle nie być. Zamiana pierwotnie zaprojektowanych na zewnątrz okien w parterze klatki schodowej kurtyn przeciwpożarowych na okna klasy El 60 jest zmianą korzystną dla zapewnienia bezpieczeństwa pożarowego, albowiem daje całkowitą pewność oddzielenia klatki schodowej od potencjalnych otworów promieniowania cieplnego (w razie pożaru), to jest otworów okiennych usytuowanych pod kątem prostym w odległości nie mniejszej niż 4 m w skrzydle budynku. Wykonawca dokonał rozmieszczenia czujek dymu zgodnie z projektem, ale zmienił czujki i system alarmowania, zamiast alarmu z każdej czujki będzie sygnał z sygnalizatorów akustyczno - optycznych, co samo w sobie nie jest błędne. Sygnalizatory nie zostały rozmieszczone zgodnie z projektem - brakuje bardzo ważnego sygnalizatora na korytarzu parteru. Zmiany przebiegu przewodów instalacyjnych są nieistotne dla funkcjonowania systemów bezpieczeństwa pożarowego.

Powódka mogłaby zauważyć w/w błąd w dokumentacji projektowej, gdyby na początku realizacji prac zweryfikowała pracę projektanta, to znaczy porównała wymagania w tym zakresie wynikające z postanowienia (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r. z projektem w tym zakresie albo na końcu realizacji prac porównała wymagania w tym

zakresie wynikające z postanowienia Komendanta ze stanem istniejącym na koniec realizacji inwestycji.

Budynek przedszkola nie został dostosowany do wymaganego stanu bezpieczeństwa pożarowego z uwagi na niezrealizowanie w pełni postanowienia Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r. Powódka w tym zakresie wykonała prace zgodnie z projektem. Powódka nie wykonała wszystkich prac zgodnie ze zmienionym projektem z lipca 2014 r. Wykonane przez powódkę prace wyeliminowały zagrożenie życia ludzi w budynku przedszkola. Obecnie, biorąc pod uwagę stan prac wykonanych przez powódkę, komendant państwowej straży pożarnej nie wydałby żadnych zaleceń dotyczących warunków technicznych. Prace niewykonane przez powódkę w zakresie czujek i wydzielenia pomieszczeń to około 10 - 15 % ogólnej wartości wykonanych zabezpieczeń przeciwpożarowych.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione niemal w całości, bowiem nieuzasadnione jedynie w części roszczenia odsetkowego od należności głównej.

Podstawę prawną powództwa stanowił przepis art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane, natomiast podstawę faktyczną powództwa stanowiła treść zawartej pomiędzy stronami umowa o roboty budowlane z dnia 7 lipca 2014 r.

Okolicznościami spornymi było według Sądu Okręgowego, czy doszło do odbioru robót budowlanych przez pozwaną, czy zaistniała jakkolwiek przyczyna uzasadniająca odmowę odbioru robót budowlanych i czy wreszcie zaktualizował się obowiązek pozwaney zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Stan faktyczny w zakresie łączącej strony umowy o roboty budowlane oraz wynikające z niej wzajemne prawa i obowiązki stron Sąd ten ustalił na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów. Wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego wykazały, że powódka wykonała przedmiot umowy (choć z pewnymi wadami) i zaoferowała swoje świadczenie pozwaney jako inwestorowi, a pozwana bezzasadnie odmówiła sporządzenia protokołu odbioru w dniu 28 sierpnia 2014 r. i tym samym nie zadośćuczyniła swojemu obowiązkowi odebrania obiektu w rozumieniu art. 647 k.c.

Nie ulegało według Sądu Okręgowego wątpliwości, że jednym z obowiązków inwestora jako strony umowy o roboty budowlane na podstawie art. 647 k.c. jest obowiązek odbioru obiektu - tu wykonanych prac, gdy wykonawca oferuje swoje świadczenie. Sąd pierwszej instancji nie podzielił zarzutu pozwanej jakoby w dniu 28 sierpnia 2014 r. nie miało dojść do odbioru wykonanych prac przez powódkę. Przeczą temu zapisy łączącej strony umowy, odpowiednie wpisy w dzienniku budowy oraz w konsekwencji zeznania świadków J. M., W. Ł., A. H., M. F. i przesłuchanie za stroną powodową M. F.. Według Sądu Okręgowego w świetle § 8 umowy za podstawę wykonania przedmiotu umowy uznaje się wpis kierownika budowy do dziennika budowy potwierdzony przez przedstawicieli zamawiającego, o których mowa w § 3 umowy, zaświadczający o zakończeniu realizacji przedmiotu umowy. Odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpić miał na podstawie protokołu odbioru końcowego.

Zdaniem Sadu Okręgowego z ustalonego stanu faktycznego wynika, że po wykonaniu prac przez powódkę, wpisem do dziennika budowy z dnia 23 sierpnia 2014 r. kierownik budowy M. K. (1) zgłosił zakończenie robót budowlanych oraz gotowość wykonawcy do odbioru końcowego. Zatem powódka zaoferowała pozwanej swoje świadczenie w postaci wykonania prac budowlanych, a obowiązkiem pozwanej wynikającym z art. 647 k.c. było odebranie prac. Wpisem do dziennika budowy z dnia 25 sierpnia 2014 r. przedstawiciel pozwanego J. M. wyznaczył termin odbioru robót na dzień 28 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu pozwanej jakoby na dzień 28 sierpnia 2014 r. nie wyznaczono terminu odbioru prac, a tylko „przegląd odbioru robót”. Tym ostatnim pojęciem, mimo że taki zapis widnieje w dzienniku budowy, strony nie posłużyły się w treści łączącej strony umowy czy też w innych dokumentach stanowiących integralną jej część. W samej treści umowy jest mowa o protokole odbioru końcowego, brak jest zapisów o „przeglądzie odbioru robót”. Również w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót nie ma pojęcia „przeglądu odbioru robót”, jedynie w punkcie 8.1. STWiOR przewidziano odbiór robót zanikających i ulegających zakryciu, odbiór częściowy, odbiór końcowy i odbiór pogwarancyjny. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika zdaniem Sądu Okręgowego, że strony na dzień 28 sierpnia 2014 r. nie wyznały odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu, odbioru częściowego (bo przecież w dzienniku budowy znalazł się zapis o zgłoszeniu wykonania prac), czy też odbioru pogwarancyjnego (ten ostatni odbiór w ogóle nie mógł wchodzić w grę, albowiem nie dotyczy on co do zasady etapu zaoferowania świadczenia przez wykonawcę). W grę wchodził tylko odbiór końcowy prac, pozwana powinna zatem w dniu 28 sierpnia 2014 r. przystąpić do odbioru końcowego wykonanych prac zgodnie z § 8 ust. 3 umowy i punktem 8.4. STWiOR. Nie było żadnych przeszkód, aby sporządzić tego dnia protokół końcowego odbioru robót, w którym ewentualnie pozwana mogłaby zawrzeć swoje zastrzeżenia co do wad wykonanych prac.

Dalej Sąd Okręgowy podniósł, że odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru byłaby uzasadniona jedynie w przypadku, gdyby stwierdzone wady były na tyle istotne, że obiekt nie nadawałby do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.

Sąd Okręgowy stwierdził, że nie można przyjąć istnienia jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny nieprzystąpienia do odbioru końcowego prac, czy też w konsekwencji - jak w niniejszej sprawie - jego przerwania bez podania racjonalnego i uzasadnionego powodu. Nic nie stało na przeszkodzie, o ile pozwana twierdziłaby, że jakichś prac nie wykonano, czy też mają one wady, by wskazać to w sporządzonym protokole odbioru. Okoliczności niniejszej sprawy wskazują zdaniem Sądu Okręgowego, że albo pozwana nie była przygotowana dostatecznie na odbiór prac, albo też nie chciała odebrać tych prac, za co powódka nie może ponosić negatywnych konsekwencji. Sąd pierwszej instancji uznał, że następczo sporządzane przez pozwaną we własnym zakresie protokoły kontynuacji odbioru robót z dnia 12 września 2014 r., z dnia 14 października 2014 r., 20 października 2014 r., 23 października 2014 r. i sporządzony w dniu 27 października 2014 r. protokół odstąpienia od odbioru robót, nie mają znaczenia w zakresie stanowczego ustalenia, że obowiązkiem pozwanej było dokonanie końcowego odbioru robót w dniu 28 sierpnia 2014 r., skoro taki

termin strony wyznaczyły. Powoływanie się przez stronę pozwaną na okoliczność, że J. M. nie dysponował innymi kartkami, dlatego użył wzór protokołu odbioru, jest w ogóle irracjonalne. Z okoliczności sprawy wynika zdaniem Sądu Okręgowego, że to A. H. zdecydowała, i to bezzasadnie, o przerwaniu czynności odbiorowych w dniu 28 sierpnia 2014 r.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy nie podzielił twierdzenia pozwanej, że w dniu 28 sierpnia 2014 r. roboty w ogóle nie nadawały się do odbioru, albowiem brak ku takiemu stwierdzeniu podstaw i dowodów. Pozwana w toku procesu nie twierdziła, że powódka nie zakończyła prac, a tylko, że zostały one wykonane wadliwie, niezgodnie z umową, co w jej ocenie powodowało, że prace wykonane przez powódkę do niczego się nie nadawały, w szczególności nie spełniały celu umowy.

Takiego wniosku nie można przyjąć zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu zabezpieczeń przeciwpożarowych. Biegły sądowy wskazał, że zmiany wprowadzone przez projektantów w projekcie architektoniczno-wykonawczym z lipca 2014 r. na dostosowanie do wymogów bezpieczeństwa pożarowego budynku przedszkola w stosunku do pierwotnego projektu, wynikającego z oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie której strony zawarły umowę, mają wpływ neutralny lub korzystny na osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia, polegającego na dostosowaniu budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego. Prace nie zostały wykonane prawidłowo z powodu błędów projektowych oraz w wyniku zmiany lub odstąpienia wykonawcy od niektórych rozwiązań projektowych. Budynek nie został dostosowany do wymaganego stanu bezpieczeństwa pożarowego. Wymagane bezpieczeństwo pożarowe dla przedszkola wyznaczało postanowienie (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r., więc tylko spełnienie wszystkich warunków w nim zawartych dawało podstawę do uznania przedszkola za spełniające wymagane bezpieczeństwo pożarowe. Brak zapewnienia wymaganego bezpieczeństwa pożarowego dla przedszkola wynikał więc z błędnej od samego początku pt. „Opracowanie dokumentacji projektowej na dostosowanie do wymogów bezpieczeństwa pożarowego budynku Przedszkola Publicznego numer (...) przy ulicy (...) w S.” jedynie częściowo spełniania wymagań określone w postanowieniu (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r., to znaczy spełniania wymagań określone w ekspertyzie technicznej, natomiast pomijał rozszerzenie określone w w/w postanowieniu (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r.

Przechodząc do omówienia poszczególnych rozwiązań projektowych i wykonawczych zastosowanych przy wykonywaniu robót przez powódkę Sąd Okręgowy stwierdził, że powódka zgodnie z projektem wyposażyla w czujki tylko sale zajęć, więc brakuje czujek w pozostałych pomieszczeniach oprócz pomieszczeń higieniczno-sanitarnych. Osiągnięty został natomiast podstawowy cel wynikający z decyzji Komendanta Miejskiego PSP w S. z dnia 17 11 2011 r., to jest zostało usunięte zagrożenie życia osób (dzieci) przebywających w przedszkolu.

W sprawie drzwiczek zamontowanych w szybie windowym na poziomie piwnicy stwierdził, że nie są ujęte w żadnym projekcie. Nie zastępują one ujętych w projekcie drzwi w zakresie odporności ogniowej, a ponadto kierunek ich otwierania, zmieniony w stosunku do kierunku otwierania określonego dla drzwi, przeszkadza w użytkowaniu kuchni przy ich otwarciu. Drzwi na parterze i piętrze DR1 El 30 nie zostały zamontowane - takie rozwiązania były zawarte w projekcie budowlanym, natomiast w projekcie wykonawczym z lipca 2014 r. rozwiązania były zmienione i zostały zastosowane na parterze i w piwnicy. Nowe rozwiązania też zapewniały wydzielenie każdej kondygnacji w odrębną strefę pożarową - wydzielały bezpośrednio szyb windy. Nowe rozwiązania wydzielające bezpośrednio szyb windy stwarzały trudności techniczne i ingerowały w istniejącą strefę aranżacji wewnątrz. Drzwi El 45 na parterze przy zejściu do piwnicy nie zostały wymienione na drzwi klasy El 45, wstawienie drzwi klasy El 45 było niezbędne, gdyż ich wstawienie dokonywało oddzielenia piwnicy od pozostałej części budynku poprzez zaniknięcie klatki schodowej K2 na poziomie piwnicy, natomiast klatki schodowej K1 na poziomie parteru drzwiami o klasie odporności ogniowej El 45. Przegrody pomiędzy przedsionkiem a klatką schodową mogłoby w ogóle nie być. Zamiana pierwotnie zaprojektowanych na zewnątrz okien w parterze klatki schodowej kurtyn przeciwpożarowych na okna klasy El 60 jest zmianą korzystną dla zapewnienia bezpieczeństwa pożarowego, albowiem daje całkowitą pewność oddzielenia klatki schodowej od potencjalnych otworów promieniowania cieplnego (w razie pożaru), to jest otworów okiennych usytuowanych pod

katem prostym w odległości nie mniejszej niż 4 m w skrzydle budynku. Wykonawca dokonał rozmieszczenia czujek dymu zgodnie z projektem, ale zmienił czujki i system alarmowania, zamiast alarmu z każdej czujki będzie sygnał z sygnalizatorów akustyczno - optycznych, co samo w sobie nie jest błędne. Sygnalizatory nie zostały rozmieszczone zgodnie z projektem - brakuje bardzo ważnego sygnalizatora na korytarzu parteru. Zmiany przebiegu przewodów instalacyjnych są nieistotne dla funkcjonowania systemów bezpieczeństwa pożarowego. Powódka mogłaby zauważyć w/w błąd w dokumentacji projektowej, gdyby na początku realizacji prac zweryfikowała pracę projektanta, to znaczy porównała wymagania w tym zakresie wynikające z postanowienia (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r. z projektem w tym zakresie albo na końcu realizacji prac porównała wymagania w tym zakresie wynikające z postanowienia Komendanta ze stanem istniejącym na koniec realizacji inwestycji. Budynek przedszkola nie został dostosowany do wymaganego stanu bezpieczeństwa pożarowego z uwagi na niezrealizowanie w pełni postanowienia Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r. Powódka w tym zakresie wykonała prace zgodnie z projektem. Powódka nie wykonała wszystkich prac zgodnie ze zmienionym projektem z lipca 2014 r. Wykonane przez powódkę prace wyeliminowały zagrożenie życia ludzi w budynku przedszkola. Obecnie, biorąc pod uwagę stan prac wykonanych przez powódkę, komendant państwowej straży pożarnej nie wydałby żadnych zaleceń dotyczących warunków technicznych. Prace niewykonane przez powódkę w zakresie czujek i wydzielenia pomieszczeń to około 10-15 % ogólnej wartości wykonanych zabezpieczeń przeciwpożarowych.

W powyższym świetle, według Sądu Okręgowego konkluzje biegłego sądowego świadczą co najwyżej, że pewne prace z punktu widzenia zabezpieczeń przeciwpożarowych zostały wykonane wadliwie, wbrew łączącej strony umowy, jednakże nie stanowią one wad istotnych, które powodują, że wykonane prace nie nadają się do ich wykorzystania. Mimo iż biegły sądowy w konsekwencji wskazał, że nie osiągnięto zamierzonego celu umowy - w pełni dostosowania budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego, to jednakże w ocenie Sądu Okręgowego negatywnych konsekwencji tego nie może ponosić powódka. Jak wskazał biegły sądowy, taki stan rzeczy był spowodowany pierwotnym błędem w dokumentacji projektowej (której powódka nie opracowywała), która nie uwzględniła wszystkich zaleceń (...) Wojewódzkiego Komendanta Straży Pożarnej w wydanym postanowieniu. Nie ujawniły się żadne okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie, że winą za błąd w dokumentacji projektowej należy obciążyć powódkę. Również z punktu widzenia art. 651 k.c. brak jest według tego Sądu podstaw do postawienia powódce uzasadnionego zarzutu, że nie poinformowała pozwanej o błędzie w dokumentacji projektowej. Wskazał ten Sąd, że rzeczony postanowienie Komendanta Wojewódzkiego Straży Pożarnej nie stanowiło integralnej części umowy, zatem powódka nie mogła dostrzec niezgodności w projekcie w porównaniu do w/w postanowienia, określającego wszystkie niezbędne warunki do osiągnięcia celu umowy. Pozostałe wady w zakresie bezpieczeństwa przeciwpożarowego w odniesieniu do prac wykonanych przez powódkę nie stanowią według Sądu Okręgowego o wadach istotnych - vide opinia biegłego sądowego. Dotyczą one bądź to zamiany pewnych prac, bądź też ich niewykonania, jednakże jak wskazał biegły sądowy zmiany wprowadzone przez projektantów w projekcie architektoniczno-wykonawczym z lipca 2014 r. na dostosowanie do wymogów bezpieczeństwa pożarowego budynku przedszkola w stosunku do pierwotnego projektu, wynikającego z oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie której strony zawarły umowę, mają wpływ neutralny lub korzystny na osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia, polegającego na dostosowaniu budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego. Doszło do zmian lub odstąpienia wykonawcy od niektórych rozwiązań projektowych. Reasumując, według Sądu Okręgowego nie ziszczyły się przesłanki do przyjęcia, że pozwana mogła powstrzymać się od odbioru robót.

Dalej Sąd Okręgowy wyjaśnił, że oddalił wniosek dowodowy strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa uznając, nie miał ten dowód znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Charakter wad z zakresu budownictwa wskazywany przez pozwaną w odpowiedzi na pozew, w protokołach i załącznikach do protokołów kontynuacji odbioru prac, już z ich pobieżnej analizy świadczy według tego Sądu o tym, że są to wady nieistotne z punktu widzenia oceny czy zaistniały podstawy do odmowy odbioru prac przez pozwaną, biorąc pod uwagę cały zakres prac określony umową, załącznikami do tej umowy. Ustalenie wartości prac wykonanych przez powódkę z pominięciem wadliwie wykonanych prac, czy też ustalenie kosztów niezbędnych prac do usunięcia wad nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem

pozwana w niniejszym postępowaniu nie realizowała w drodze np. zarzutu potrącenia, powództwa wzajemnego swoich uprawnień wynikających z rękojmi, gwarancji, nienależytego wykonania umowy (ewentualne odszkodowanie), czy też kar umownych. Pozwana w tym zakresie w toku postępowania nie podnosiła żadnych zarzutów, czy też chociaż nie awizowała, że wskazane ustalenia w drodze opinii biegłego sądowego są jej niezbędne, albowiem zamierza jednak w toku niniejszego procesu realizować jakieś swoje uprawnienia (z powyższych tytułów), które wpływałyby w konsekwencji na zmniejszenie wynagrodzenia powódki. Zmiana projektu, do której doszło w lipcu 2014 r., co wynika z opinii biegłego sądowego nie miała wpływu na ogólny wniosek czy umowa została wykonana czy też nie (w kontekście uprawnienia pozwanej do odmowy odebrania prac, czy też konkluzji, że nie wykonano prac określonych umową). Zamiana projektu, biorąc pod uwagę cały zakres prac określonych umową, nie miała takiego charakteru, aby zasadnie twierdzić, że powódka wykonała w całości inne prace niż te, do których się zobowiązała. Co najwyżej z powodu zmian projektu i wykonania prac zamiennych, pozwana mogłaby podnosić te zarzuty, jako wady i tego tytułu wywodzić swoje roszczenia w kontekście rękojmi, gwarancji, odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy. Jak wskazał biegły sądowy zmiana projektu w konsekwencji miała wpływ neutralny lub korzystny na osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia, polegającego na dostosowaniu budynku przedszkola do wymogów bezpieczeństwa pożarowego.

Przyjmując, że pozwana nie miała podstawy do odmowy odbioru robót powódki, zaś wady tych robót nie należą do istotnych i nie skutkują prawem pozwanych do odmowy wypłaty wynagrodzenia Sąd Okręgowy dokonując oceny warunków wypłaty wskazał na § 11 umowy, w którym zamawiający przewidział płatność jednorazową po wykonaniu przedmiotu umowy. Podstawą zapłaty miała być faktura końcowa wystawiona przez wykonawcę wobec zamawiającego. Podstawą do wystawienia faktury końcowej miał być potwierdzony przez przedstawiciela zamawiającego protokół końcowego odbioru robót, stwierdzający wykonanie zakresu umowy bez wad i usterek. Termin płatności faktury końcowej wynosić miał 16 dni, licząc od daty przyjęcia prawidłowo wystawionej faktury przez zamawiającego. Zapis umowy w postaci § 11 ust. 3 umowy o treści, że podstawą do wystawienia faktury końcowej miał być potwierdzony przez przedstawiciela zamawiającego protokół końcowego odbioru robót, stwierdzający wykonanie zakresu umowy bez wad i usterek Sąd Okręgowy uznał za niedopuszczalny na gruncie art. 353¹ k.c. w związku z istotą art. 647 k.c., bowiem dokonanie odbioru robót jest obowiązkiem zamawiającego, toteż niewykonanie tego obowiązku nie może skutkować brakiem

uprawnienia wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia. O odsetkach ustawowych/odsetkach ustawowych za opóźnienie Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 k.c., odmiennie ustalając datę początkową roszczenia odsetkowego - na dzień 22 września 2014 r., a nie jak chciała powódka na dzień 15 września 2014 r. Termin zapłaty wynagrodzenia - faktury strony określili na dzień - vide § 11 ustęp 6 umowy - 16 dni, licząc od daty przyjęcia przez zamawiającego faktury. Powódka wykazała, że faktura Vat została pozwanej doręczona w dniu 5 września 2014 r., zatem pozwana popadła w opóźnienie w zapłacie po upływie 16 dni, to jest od dnia 22 września 2014 r., co uzasadniało zasądzenie odsetek od wskazanej należności głównej od tej daty. W pozostałym zakresie roszczenie odsetkowe jako nieuzasadnione podlegało oddaleniu w punkcie II wyroku. W punkcie III wyroku orzeczono w przedmiocie zwrotu kosztów procesu na podstawie art. 100 k.p.c., uznając, że skoro powódka uległa swojemu żądaniu w nieznaczej części, to pozwana powinna jej zwrócić w całości poniesione przez nią koszty procesu. Na koszty procesu powódki składały się uiszczona opłata od pozwu w kwocie 11.333 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w osobie radcy prawnego w wysokości 7.200 złotych, na podstawie § 6 punkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, biorąc pod uwagę datę wniesienia pozwu, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, wykorzystaną zaliczkę na poczet wynagrodzenia biegłego sądowego w wysokości 3.000 zł i wskazane w spisie kosztów - karta 1087 - koszty dojazdu pełnomocnika powódki na rozprawy w wysokości łącznej 1.002,96 zł. Razem uzasadnione koszty procesu powódki wyniosły kwotę 22.552,96 zł. W punkcie IV wyroku orzeczono w przedmiocie nieuiszczonych kosztów sądowych obejmujących wynagrodzenie biegłego sądowego z zakresu zabezpieczeń przeciwpożarowych, po uwzględnieniu przyznanych wynagrodzeń biegłemu sądowemu i częściowego ich rozliczenia z wykorzystaniem zaliczki uiszczonej przez powódkę, a w pozostałym zakresie koszty te tymczasowo poniósł Skarb Państwa. Na zasadzie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 100 k.p.c. nieuiszczone koszty sądowe w kwocie 5.519 zł 72 gr powinna ponieść pozwana, o czym orzeczono w punkcie IV wyroku.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając go w pkt. I ponad kwotę 139.391,69 zł, tj. co do kwoty 87.250,00 zł, a ponadto w zakresie zasądzonych na rzecz strony powodowej odsetek; w pkt. III w całości, w pkt. IV w całości

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła: 1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

1) art. 139 ust. 1 i 2 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.” w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek którego doszło do zawarcia umowy z dnia 7 lipca 2014 r. poprzez jego niezastosowanie, a tym samym błędne przyjęcie, że do umowy między stronami nie będą miały zastosowania przepisy Prawa zamówień publicznych, oraz że zmiany umowy mogą zostać dokonane z pominięciem formy pisemnej;

2) art. 140 ust. 1 i 2 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek którego doszło do zawarcia umowy z dnia 7 lipca 2014 r. poprzez jego niezastosowanie, a tym samym błędne przyjęcie, że w umowie zawartej na skutek zamówienia publicznego wykonawca może w sposób dowolny zmienić zakres swego świadczenia wynikający z oferty, a tym samym pominięcie, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3) art. 144 ust. 1 i 2 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek którego doszło do zawarcia umowy z dnia 7 lipca 2014 r. poprzez jego niezastosowanie, a tym samym błędne przyjęcie, że w umowie zawartej na skutek zamówienia publicznego strony mogą dokonywać zmian umowy, w tym zmian dokumentacji projektowej w sposób dowolny, z pominięciem art. 144 p.z.p. oraz postanowień umowy z pominięciem formy pisemnej, bez wpływu na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia, nawet jeśli zmiany te spowodowały oszczędności po stronie wykonawcy, kosztem społeczności lokalnej na rzecz której zamówienie miało zostać zrealizowane;

4) art 647 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu że zapłata umówionego wynagrodzenia winna nastąpić za w pełnej wysokości wynikającej z umowy, niezależnie od zakresu wykonanych robót, jakości robót oraz ich zgodności z zawartą umową;

5) art. 353¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji pominięcie okoliczności, iż strony w łączącej je umowie ustaliły zakres robót, procedurę odbioru robót oraz podstawy zapłaty, a co za tym idzie zobowiązane były do ich stosowania -co w konsekwencji doprowadziło do uwzględnienia powództwa w całości, podczas gdy zgodnie z treścią łączącej strony umowy powód nie miał podstaw do wystawienia faktury VAT i domagania się płatności;

6) art. 44 ust. 3 pkt. 3 w zw. z art. 44 ust. 4 ustawy o z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych poprzez jego niezastosowanie, a tym samym błędne przyjęcie, iż pełne wynagrodzenie określone w umowie jest należne Wykonawcy niezależnie od wprowadzonych przez niego zmian w sposobie realizacji umowy, powodujących po jego stronie oszczędności kosztem społeczności lokalnej, niewykonania całości przedmiotu zamówienia i z pominięciem obowiązujących zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych procedur.

2. Zarzuciła też naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a w szczególności:

1) art. 207 § 6 kpc w zw. z art. 217 § 1 kpc w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez niedopuszczenie - oddalenie zgłoszonego w odpowiedzi na pozew wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność wartości robót wykonanych przez powoda zgodnie z przekazanym mu przez pozwanego Projektem Budowlanym i Wykonawczym opracowanym na potrzeby przeprowadzenia postępowania przetargowego, nakładów koniecznych do poniesienia do doprowadzenia zakresu zrealizowanych prac do stanu zgodnego z ww. projektem i zakładanego w nim celu oraz zakresu zgodności robót wykonanych przez powoda z ww. projektem, poprzez uznanie że dowód ten nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia

niniejszej sprawy, podczas gdy zgłoszenie i przeprowadzenie tego dowodu było nieodzowne dla wykazania wartości robót niewykonanych przez powoda zgodnie z umową, a więc tym samym określenia należnego mu wynagrodzenia, nakładów koniecznych do poniesienia do doprowadzenia zakresu zrealizowanych prac do stanu zgodnego z ww. projektem i zakładanego w nim celu, a także wobec braku możliwości ustalenia rzeczywistej wartości robót na podstawie innych dowodów zgromadzonych w przedmiotowej sprawie, w tym na podstawie dowodu z biegłego z zakresu ppoż., który nie dokonał analizy niewykonanych robót objętych umową, ani nie związanych bezpośrednio z instalacją ppoż. (roboty ogólnobudowlane) ani też nie dokonał jakiegokolwiek wyceny robót ani zgodnie z umową, ani też w zakresie wykraczającym poza zawartą umowę - zgodnie z przepisami o bezpodstawnym wzbogaceniu - co doprowadziło w konsekwencji do zasądzenia na rzecz powoda całości dochodzonego roszczenia, podczas gdy nie wykonał on całości zakresu prac, a prace przez niego wykonane były niezgodne z umową;

2) art. 227 k.p.c. poprzez nierozważenie przez Sąd I instancji wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a przede wszystkim nie wzięcie pod rozwagę zasadności i konieczności dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa celem ustalenia rzeczywistej wartości robót wykonanych powoda zgodnie z przekazaniem mu przez pozwanego Projektem Budowlanym i Wykonawczym opracowanym na potrzeby przeprowadzenia postępowania przetargowego, nakładów koniecznych do poniesienia do doprowadzenia zakresu zrealizowanych prac do stanu zgodnego z ww. projektem i zakładanego w nim celu oraz zakresu zgodności robót wykonanych przez powoda z ww. projektem, a tym samym zasądzenie pełnej żądanej przez powoda sumy, przy jednoczesnym ustaleniu, braku wykonania całości przedmiotu umowy;

3) art. 278 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie przez Sąd I Instancji dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa mimo wniosku strony złożonego w odpowiedzi na pozew, który to dowód był niezbędny do miarodajnej oceny zasadności wytoczonego powództwa a ustalenie tych istotnych i spornych okoliczności sprawy, wymagało wiadomości specjalnych i nie mogło zostać ustalone w oparciu o inne środki dowodowe - co doprowadziło w konsekwencji do zasądzenia na rzecz powoda całości dochodzonego roszczenia, podczas gdy nie wykonał on całości zakresu prac, a prace przez niego wykonane były niezgodne z umową;

4) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie i tym samym w ogóle nie wskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn dla których Sąd I Instancji oparł się w znacznej mierze na zeznaniach świadków wskazanych przez powoda oraz prezesa powodowej spółki, odmawiając jednocześnie przymiotu wiarygodności oraz mocy dowodowej zeznaniom świadków potwierdzającym stanowisko pozwanej : J. M., A. H., A. C., J. S., M. K. (2), K. S. i D. S. złożonych m.in. na rozprawie w dniu 6 marca 2015 r., bez podania przyczyn odmowy, a którzy to świadkowie konsekwentnie potwierdzili, iż na dzień 28 sierpnia 2014 r. wyznaczono przegląd robót, w celu zweryfikowania prawidłowości wpisu kierownika budowy i zakończeniu robót budowlanych, zgodnie z procedurą opisaną w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, oraz konsekwentnie wskazywali na niewykonanie całości robót objętych Umową przez powoda, a nadto wykonanie robót niezgodnie z zawartą umową,

5) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a ponadto dokonaną w sposób nie wszechstronny, przejawiającą się: ominięciem dowodów istotnych dla sprawy w postaci zgłoszonego przez pozwaną dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa uznaniem, iż mimo niewykonania całości robót objętych umową, oraz dokonaniem przez Wykonawcę zmian umowy z pominięciem trybu określonego w art. 144 p.z.p. oraz zapisów umowy Wykonawcy należy się żądane w niniejszej sprawie, pełne wynagrodzenie przyjęciem iż zakres robót niewykonanych wynosił jedynie 10 - 15 % wartości robót objętych umową, podczas gdy szacunku tego dokonał biegły z zakresu p.poz. metodą „na oko” podczas rozprawy w dniu 13 kwietnia 2018 r., bowiem określenie zakresu procentowego i wartości robót niewykonanych zgodnie z umową nie wchodziło w zakres zleconej mu opinii i nie znalazło się w sporządzonych przez niego opiniach, a ponadto nie obejmowało zakresu robót ogólnobudowlanych objętych umową, których w ogóle nie badał biegły z zakresu p.poz. pominięciem zeznań świadków A. H., A. C., J. S., M. K. (2), K. S. i D. S. w zakresie w jakim potwierdzili oni brak zaplanowanego odbioru na dzień 28 sierpnia 2014 r. oraz niewykonanie całości robót objętych Umową przez powoda, a nadto wykonanie robót niezgodnie z zawartą umową, ustaleniem, iż powód nie był zobowiązany do realizacji robot zgodnie z postanowieniem (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 12 listopada 2012 r., podczas gdy z dokumentacji

projektowej jednoznacznie wynika, iż w zakres prac wchodzi: „inne prace niezbędne do dostosowania budynku wg uzgodnione Ekspertyzy Technicznej nr (...), przy jednoczesnym wskazaniu przez biegłego p.poż podczas rozprawy w dniu 13 kwietnia 2018 r., iż rzeczona ekspertyza uzgodniona może być wyłącznie postanowieniem (...) Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej, ustaleniem, iż mimo dokonania jednostronnych zmian w realizacji umowy przez Wykonawcę i realizacji robót w sposób odmienny niż wskazany w umowie oraz nie sporządzenia pisemnego aneksu do umowy Wykonawcy należy się pełne wynagrodzenie zgodne z umową, uznaniem, że pozwana miała obowiązek wskazania zarzutu potrącenia, powództwa wzajemnego swoich uprawnień wynikających z rękojmi, gwarancji, nienależytego wykonania umowy oraz że nie awizowała że ustalenia w drodze opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa są jej niezbędne podczas, gdy strona pozwana już w odpowiedzi na pozew konsekwentnie zakwestionowała zakres i jakość robót wykonanych przez powódkę, wskazując iż wynagrodzenie w żądanej przez powoda wysokości jest mu nie należne (co też konsekwentnie podtrzymywała w toku sprawy kojonych pismach procesowych), a nadto zgłosiła dowód w postaci biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność która miała doprowadzić do ustalenia zakresu nienależnego wynagrodzenia, precyzując zakres żądanych od biegłego wiadomości specjalnych w piśmie procesowym z dnia 30 stycznia 2017 r., złożonym w wykonaniu zobowiązania sądu z dnia 12 stycznia 2017 r., oparciu rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym, co doprowadziło w konsekwencji do zasądzenia na rzecz powoda całości dochodzonego roszczenia, podczas gdy nie wykonał on całości zakresu prac, a prace przez niego wykonane były niezgodne z umową;

6) art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c.. poprzez nieuprawnione nakazanie pobrania od Gminy Miasto S. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwoty 5.519 zł. z całkowitym pominięciem faktu wpłaty przez pozwaną zaliczki na poczet biegłego z zakresu budownictwa, dokonanej na konto Sądu Okręgowego w Szczecinie, I Wydział Cywilny dnia 8 lutego 2017 r. w kwocie 4.000 zł.

Wskazując na powyższe zarzuty wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa ponad kwotę 139.391,69 zł, w tym w zakresie żądanych przez powoda odsetek, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

2. Jednocześnie wniosła o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 13 kwietnia 2018 r. oddalającego wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, który winien był ustalić rzeczywistą wartość należnego Wykonawcy wynagrodzenia i

3. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność wartości robót wykonanych przez powoda zgodnie z przekazanym mu przez pozwanego Projektem Budowlanym i Wykonawczym opracowanym na potrzeby przeprowadzenia postępowania przetargowego, nakładów koniecznych do poniesienia do doprowadzenia zakresu zrealizowanych prac do stanu zgodnego z ww. projektem i zakładanego w nim celu oraz zakresu zgodności robót wykonanych przez powoda z ww. projektem.

Ewentualnie wniosła o uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Temu sądowi, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu apelacji pozwana rozwinęła argumentację odnoszącą się do zarzutów apelacji.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu podniosła argumentację, w której podważała zarzuty pozwanej.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja okazała się nieuzasadniona, nawet przy przyjęciu trafności niektórych jej zarzutów.

W szczególności nie można odmówić słuszności zarzutów pominięcia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jako właściwych dla kwalifikacji umowy zawartej przez strony. Skarżący słusznie zauważył, że umowa pomiędzy stronami została zawarta w trybie postępowania u udzielenie zamówienia publicznego, wobec tego należało powołać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jako mające zastosowanie do tej umowy.

Zaniechanie Sądu Okręgowego nie skutkowało jednak błędnym rozstrzygnięciem sprawy. Trzeba przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 139 ust. 1 powołanej ustawy do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Z kolei wśród przepisów powołanych przez skarżącego w apelacji, jak też pozostałych przepisów powołanej ustawy, nie ma unormowania wyłączającego definicję umowy o roboty budowlane, wynikającą z treści art. 647 k.c. W tej definicji, niewątpliwie formułującej essentialia negotii tej umowy, wskazany został obowiązek zamawiającego, dotyczący odebrania obiektu, przez co rozumie się co najmniej przystąpienie do odbioru i sporządzenie protokołu tej czynności.

Jeżeli zatem wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 roku, I CK 24/03). O zgłoszeniu robót powódki do odbioru świadczy wpis do dziennika budowy z dnia 23 sierpnia 2014 roku (k. 172). Wpis inspektora nadzoru z ramienia inwestora wskazuje na zapowiedź dokonania odbioru, zatem nie można doszukać się przyczyn zaniechania odbioru w dniu wskazanym w treści tego wpisu.

Wynikającego z art. 647 k.c. obowiązku inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmowanie, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2017 roku, I CSK 333/16).

Żaden z zarzutów apelacji, może jedynie poza zarzutem naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. – o czym niżej, nie wskazuje na wypełnienie przez skarżącego obowiązku przeprowadzenia odbioru. Niezasadne jest przy tym stanowisko pozwanego zaprzeczające powinności dokonania odbioru. O takiej powinności w sposób oczywisty świadczą adnotacje w dzienniku budowy, gdzie po oświadczeniu powódki o zakończeniu robót, inspektor nadzoru reprezentujący pozwaną na podstawie umowy (§ 3 umowy stron z dnia 7 lipca 2014 roku) inspektor nadzoru J. M. wpisał termin odbioru robót na dzień 28 sierpnia 2014 roku.

O tym, że nie było podstaw umownych do dokonania odbioru nie świadczą powołane w apelacji zeznania świadków. O ile można się zgodzić ze skarżącym, że Sąd Okręgowy niewiele miejsca poświęcił ocenie dowodów ze źródeł osobowych, w tym wskazanych w apelacji, o tyle nie można potwierdzić, że uchybienie to miało znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a tym bardziej, że doszło do sytuacji, w której niemożliwa stała się, wskutek wadliwości uzasadnienia wyroku Sądu I instancji, kontrola instancyjna. W szczególności jasne są motywy rozstrzygnięcia tego Sądu, jak też podstawy ustaleń faktycznych. W zakresie procedury odbioru Sąd ten kierował się przede wszystkim treścią dokumentu w postaci dziennika budowy, co odpowiadało też procedurze wynikającej z postanowień umowy pomiędzy stronami. Ocena ta była prawidłowa, a więc została dokonana bez naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Wyobrażenie świadków wskazanych w apelacji o znaczeniu czynności wykonanych w dniu 28 sierpnia 2014 roku, a więc w dniu, który został przez inspektora nadzoru wskazany jako termin „przeglądu odbioru robót”, nie może zmienić znaczenia tego zapisu. Trzeba nadto stwierdzić, że nieuprawniona jest wskazana w apelacji ocena dowodu z zeznań świadka J. M., a więc osoby, która dokonała wskazanej adnotacji w dzienniku budowy, bowiem zeznał on, że jego zamiarem było

sporządzenie protokołu obioru, natomiast nie potrafi wytłumaczyć przyczyn, z których tego protokołu nie zakończono (k. 983).

Ocena znaczenia czynności z udziałem stron w dniu 28 sierpnia 2014 roku korespondowała też z treścią postanowienia § 8 ust. 2 umowy pomiędzy stronami, zgodnie z którym za podstawę wykonania przedmiotu umowy uznaje się wpis kierownika budowy do dziennika budowy potwierdzony przez przedstawicieli zamawiającego wskazanych w § 3 umowy. W związku z powyższym nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. poprzez pominięcie okoliczności ustalenia pomiędzy stronami procedury odbioru oraz podstawy zapłaty. To właśnie w oparciu o tą procedurę i przepisy umowy stron powódka miała prawo wystawić fakturę, bowiem odpowiadało to § 9 umowy. To, że zgodnie z § 11 ust. 3 umowy podstawą do wystawienia faktury miał być potwierdzony przez zamawiającego protokół końcowego odbioru robót nie upoważniało do odmowy wynagrodzenia w sytuacji, gdy brak tego protokołu wynikał wyłącznie z zaniechania zamawiającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku, V CK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7).

W sprawie zarzutu naruszenia art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że powódce należy się całe uzgodnione wynagrodzenie, należy stwierdzić, że w umowie stron uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe (§ 9 ust. 1 umowy). Wobec tego należy zauważyć, że wynagrodzenie ryczałtowe to określone z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów robót, wynagrodzenie za ich całość w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty należnej przyjmującemu zamówienie jako ekwiwalentu za wykonanie dzieła bez względu na rozmiar świadczonych prac i wartość poniesionych kosztów (por. Sąd Najwyższy z dnia 18 października 2017 roku, II CSK 237/17).

W związku z powyższym nawet okoliczność, że przyjmujący zamówienie nie wykonał wszystkich robót, gdyby zmusiło to zamawiającego do powierzenia wykończenia ich innej osobie (art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.) nie oznacza przekreślenia ryczałtowości wynagrodzenia. W takiej sytuacji możliwe byłoby odliczenie od umownego wynagrodzenia ryczałtowego tego, co zamawiający musiałby wydatkować na dokończenie robót, nie zaś określanie wysokości wynagrodzenia na podstawie rzeczywistej ich wartości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1972 roku, III CRN 202/72, OSNC 1973, nr 5, poz. 71). W niniejszej sprawie możliwe jest przyjęcie, że roboty powódki wymagają poprawek, a być może nawet uzupełnień. Powyższe jednakże nie daje prawa pozwanemu do odmowy wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji gdy pozwany nie skorzystał z możliwości przedstawienia roszczeń i zarzutów przysługujących mu zarówno w świetle umowy stron, choćby w toku procedury odbiorowej czy uprawnień z gwarancji, jak i na podstawie przepisów prawa.

Powyższe nawiązuje także do zarzutu nieuwzględnienia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, która miałaby określić wysokość obniżenia wynagrodzenia powódki na podstawie umowy pomiędzy stronami, z uwzględnieniem rzeczywistej wartości robót. Powyższe obniżenie zaprzeczałoby istocie wynagrodzenia ryczałtowego, wskazanej wyżej, a ponadto prowadziłoby do przyjęcia, że wysokość wynagrodzenia ryczałtowego może być obniżona w sytuacji, gdy pozwany nie przedstawił żadnych roszczeń, które byłyby przedmiotem potrącenia w niniejszej sprawie, ani nie powołał się na uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia, wynikające z rękojmi, wreszcie nie powołał się na jakiegokolwiek uprawnienia z gwarancji. Powyższy zarzut nie mógł być więc przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Tym samym Sąd Okręgowy zasadnie pominął wskazany dowód, zaś zarzuty naruszenia przepisów art. 207 § 6, 217 § 1, 227 k.p.c. oraz 278 k.p.c. są bezzasadne. Tylko w związku z tym na marginesie należy zauważyć, że wskazanie w apelacji kwoty obniżenia wynagrodzenia, przyjętej przez pozwanego, nastąpiło w niniejszej sprawie po raz pierwszy (pozwany nie uznawał roszczenia w postępowaniu pierwszoinstancyjnym), a nadto nie zostały podane żadne podstawy ustalenia wysokości zastosowanego obniżenia.

W sprawie zarzutów nieważności umowy stron w części obejmującej jej zmiany w świetle art. 139 ust. 1 i 2, art. 140 ust. 1 i 2 art. 144 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych oraz zarzutów naruszenia art. 44 ust. 3 pkt 3, art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych poprzez błędne przyjęcie zasadności pełnego wynagrodzenia mimo dokonania takich zmian, należy zauważyć, że twierdzenie, jakoby zmiany sposobu wykonania robót w niektórych ich szczegółowych

elementach, które jakoby miały wykraczać poza określenie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a które nie zostały uzgodnione na piśmie, były sprzeczne z przepisami zakazującymi dowolnej zmiany umowy zawieranej w trybie zamówienia publicznego, jest za daleko idące.

Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z pozwanym, że doszło do zmiany umowy w rozumieniu powołanych przepisów, a tym samym obowiązku jej wyrażenia na piśmie (art. 139 ust. 2 p.w.p.). Należy zauważyć, że istotą powołanego w apelacji przepisu art. 140 ust. 1 p.w.p. jest zapewnienie jedności przedmiotowej zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to niemożność odbiegania od umownego opisu przedmiotu umowy i od opisu zawartego w ofercie, przede wszystkim co do jej zakresu, a więc rozmiaru, wielkości, przedmiotu świadczenia i czasu trwania. O takiej zmianie nie można było mówić w niniejszej sprawie.

Należy zatem stwierdzić, że ocena pozwanego, jakoby doszło do istotnych zmian świadczenia powódki, nie jest uzasadniona. W kwestii kwalifikacji modyfikacji sposobu wykonania robót, uzgodnionego z przedstawicielami zamawiającego wskazanymi w § 3 umowy, należy stwierdzić, że nie doszło do zmiany przedmiotu umowy limitowanego wskazanymi przepisami. Skarżący pomija, że zmiany w zakresie sposobu wykonania niektórych elementów robót powódki, po odpowiednim dostosowaniu dokumentacji wykonawczej oraz potwierdzeniu przez inspektora nadzoru, zostały zakwalifikowane przez niego, a więc przedstawiciela zamawiającego, jako nieistotne (k. 983), tymczasem zgodnie z art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili zawierania i wykonywania umowy pomiędzy stronami zakaz zmiany umowy zawartej w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczył zmian istotnych. Trzeba zauważyć, że obecne brzmienie art. 144 p.z.p. jest wyrazem uelastycznienia dostosowywania umów zawieranych w sprawach zamówienia publicznego w toku ich wykonywania, co zostało odzwierciedlone szeregiem przepisów umożliwiających modyfikacje umów w sprawie zamówień publicznych. Z przepisów tej ustawy wynika także, że ważność zmian umowy dokonanej sprzecznie z przepisami limitującymi możliwość takich zmian może być podważone jedynie wystąpieniem do sądu o jej unieważnienie, co może mieć miejsce tylko w określonym terminie (art. 144a p.z.p.).

Niezależnie od powyższych uwag należy zauważyć, że wymagania wykonania robót zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2017 roku, I CSK 333/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 roku, I ACa 1008/16).

Nie można zatem zgodzić się z pozwanym, że doszło do „dowolnej zmiany dokumentacji projektowej”, czy „dowolnej zmiany świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty”. Powódka realizowała przedmiot umowy wynikający z treści zamówienia, określony w umowie stron, czego nie zmieniła modyfikacja sposobu wykonania robót w niektórych jej elementach. Wadliwość lub niezupełność robót powódki powinna być stwierdzona w ramach procedury odbiorowej, skoro wykonawca zgłosił zakończenie robót, a przedstawiciel zamawiającego wyznaczył termin ich odbioru. O ile taka wadliwość czy niezupełność istnieje, co w niniejszej sprawie dostrzegł Sąd Okręgowy, to pozwanemu przysługują uprawnienia, z których może skorzystać odrębnie, czy to na podstawie umowy, czy przepisów prawa. W obecnym stanie sprawy, przy zgłoszeniu zakończenia robót oraz ustaleniu na tej podstawie terminu ich odbioru, nie ma podstaw do odmowy wypłaty powódce umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zaskarżony wyrok odpowiada prawu, co uzasadnia oddalenie apelacji na podstawie art. 385 k.p.c., jako bezzasadnej.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego (art. 108 § 1 k.p.c.) determinowane jest zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, zgodnie z którą strona przegrywająca sprawę winna zwrócić przeciwnikowi, na jego żądanie, koszty (art. 98 § 1 k.p.c.). Powódka wygrała sprawę w postępowaniu apelacyjnym w całości, toteż należy się jej, zgodnie z żądaniem, zwrot kosztów, co obejmuje wynagrodzenie reprezentującego powódkę radcy prawnego,

występującego również w pierwszej instancji, zgodnie z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Małgorzata Gawinek Halina Zarzeczna Leon Miroszewski