

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Sędziowie:	SSA Barbara Baran SSO del. Izabella Dyka
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Marta Sekuła

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2021 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. w K.

przeciwko Gminie T.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 13 maja 2019 r. sygn. akt IX GC 566/15

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- określoną w punkcie I kwotę 347.112,22 zł obniża do kwoty 173.556,11 zł (sto siedemdziesiąt trzy tysiące pięćset pięćdziesiąt sześć 11/100 złotych), oddalając powództwo także w odniesieniu do kwoty różnicy wynikającej z tego obniżenia,

- wskazaną w punkcie III kwotę 22.356,67 zł obniża do kwoty 7.361,57 zł (siedem tysięcy trzysta sześćdziesiąt jeden 57/100 złotych);

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 8.678 zł (osiem tysięcy sześćset siedemdziesiąt osiem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO Izabella Dyka SSA Sławomir Jamróg SSA Barbara Baran

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy T. kwoty 76.000zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 29.05.2013r. do dnia zapłaty, zaznaczając, że dochodzona kwota stanowi część jej roszczenia wobec pozwanej. Podała, że wraz z Przedsiębiorstwem (...) S.A.- jako liderem konsorcjum, zawarła z Gminą T. -jako zamawiającym, umowę dotyczącą przebudowy rynku i parkingu ((...)) oraz renowacji budynków (...) a także wykonania dwóch budynków. Strona powodowa wykonywała prace dotyczące części (...) i odrębnie rozliczała je z zamawiającym. Wynagrodzenie ma być wykonane w oparciu o kosztorys powykonawczy w oparciu o ceny jednostkowe przyjęte w kosztorysie ofertowym. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przewidywała wykonanie ciągów pieszych z kostki łupanej, nieregularnej, odpowiadającej polskiej normie (...). W projekcie budowlanym wskazano wprost, że ma to być kostka brukowa marki (...), co naruszało art. 29 ust. 23 prawa zamówień publicznych. W nawiązaniu do tego kosztorys ofertowy powódki ujmował, w pozycji(...), użycie kostki łupanej na 3.314.88m², wartości 446.939,93zł, w tym wartość samego materiału skalkulowano na 369.049,87zł. Wartość materiału powódka przyjęła na podstawie zaoferowanej jej kostki (...) przez sprzedawcę, przedsiębiorcę Z. Z., który z kolei nabywał ten rodzaj kostki od spółki (...). W trakcie realizacji umowy tj w styczniu 2011r. strona powodowa zwróciła uwagę, iż podana przez inwestora norma dla mającej być zastosowaną kostki (...), została uchylona i zastąpiona normą europejską (...), w związku z czym, powódka nie będzie mogła wywiązać się z obowiązku umownego w postaci przedstawienia certyfikatów zgodności wyrobu z właściwą normą. Strona powodowa powołała się na §13 umowy, w którym strony przewidziały zmianę umowy, gdy dochodzi do aktualizacji rozwiązań ze względu na postęp technologiczny, gdy nastąpi wycofanie z obrotu materiałów budowlanych lub urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej do realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana ta może nastąpić po udokumentowaniu przez wykonawcę zaistnienia tychże okoliczności i uzgodnienia proponowanej zmiany z autorem projektu. W nawiązaniu do tego projektant dopuścił zastosowanie kostki granitowej wykonanej zgodnie z normą (...). Strona zamawiająca wyraziła zgodę na zastosowanie zmienionej kostki - tj. kostki ciętej, zaznaczając jednak, że zmiana parametrów kostki nie powinna wpływać na wysokość wynagrodzenia, a sama powódka powinna przedstawić stosowną ofertę na kostkę wraz z próbkami kostki. Po spotkaniach w kwietniu 2011r. oraz 22 kwietnia 2011 wybrano kostkę (...), która nie wiązała się z dopłatą, tej jednak nie zaakceptował projektant. Projektant wpisał do dziennika budowy wykonywanie zadania z kostki (...), czyli droższej i wpisu tego nie zmienił. Prace wykonano przy użyciu kostki (...), która jest kostką ciętą i jej wartość była znacznie wyższa niż wartość kostki łupanej, jaką jest (...). Prace zostały wykonane i odebrane. Strona powodowa wezwała pozwaną o dopłatę a następnie skierowała bezskuteczny wniosek o zawiązanie do próby ugodowej dotyczącej zapłaty kwoty 490456,03 zł Jako podstawę powództwa powołano się na szkodę z tytułu nienależytego wykonania umowy przez stronę pozwaną a także na przepisy art. 410§1 k.c., art. 405 k.c. i art. 630 k.c.

Nakazem zapłaty z dnia 8 maja 2015r. wydanym w postępowaniu upominawczym powództwo zostało uwzględnione.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie kosztów. Zarzuciła, że zastosowanie normy (...) było wiążące strony, w 2010r. doszło do uzgodnienia zarówno koloru jak i rodzaju kostki w tym łupanej w kolorze niebieskim (...). Powódka prowadziła bez wiedzy i zgody pozwanej rozmowy z projektantem i uzyskiwała nieskonsultowaną z pozwana zgodę projektanta na zastosowanie kostki według normy (...). Zmiana ta zdaniem pozwanej nie wynika z faktu wycofania normy (...), lecz niemożność uzyskania atestu według polskiej normy na kostkę oferowaną przez dostawcę strony powodowej. W 2011r. inwestor wyraził zgodę na zastosowanie normy (...) pod warunkiem, że na ciągach pieszych będzie kostka ciętą na dwóch płaszczyznach co będzie stanowić rekompensatę za dopuszczenie kostki o gorszych walorach, gdyż norma (...) określa niższe wymagania wobec kostki w porównaniu z normą (...). W zakresie dopuszczalnych odchyłek wymiarów możliwych uszkodzeń krawędzi, wgłębień i wypukłości. W dniu 23 lutego 2011r. uzgodniono dopuszczenie normy (...) przy czym na ciągach pieszych miała być ułożona kostka ciętą na dwóch płaszczyznach i od góry płomieniowana a zmiana ta nie miała wpłynąć na zmianę ceny. Pozostało jedynie uzgodnienie kolorystyki kostki ciętej. Pozwana w sprzeciwie przedstawiła własną wersję przebiegu rozmów i podjęcia w dniu 22 kwietnia 2011r. ostatecznej decyzji o zastosowaniu kostki spełniającej wymagania normy (...). Jej zdaniem na wszystkich ciągach pieszych kostka miała być ciętą na dwóch płaszczyznach,

od góry płomieniowana. Kolorystyka według próbki (...) (granit jasnoszary) z odcieniami od strony krawężnika i od strony przeciwnej z dwoma rzędami kostki łupanej w kolorze czarnym. Zmiany te miały nie powodować zmiany wynagrodzenia. Projektant zaakceptował te zmiany i koszt miał mieścić się w cenie wynikającej z kosztorysu ofertowego. Nie mogło więc dojść do poniesienia szkody.

W odpowiedzi na sprzeciw strona powodowa zaprzeczyła by użyła kostki (...) i przedstawiła zdjęcia próbek (k608- 613

Pismem wniesionym w dniu 18 listopada 2016r. (k. 669-671) strona powodowa rozszerzyła powództwo, żądając zasądzenia kwoty 490.456,03zł z odsetkami ustawowymi od dnia 29 maja 2013r. do dnia zapłaty.

Wyrokiem z dnia 13 maja 2019 r. sygn. akt IX GC 566/15 Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej Gminy T. na rzecz strony powodowej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 347.112,22zł z odsetkami ustawowymi od dnia listopada 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty (pkt I) oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II) oraz zasądził od strony pozwanej Gminy T. na rzecz strony powodowej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 22.356,67zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III).

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowił następujący stan faktyczny:

W dniu 2 września 2009r. Gmina T. jako zamawiający i konsorcjum firm (...) S.A. i (...) spółka z o.o. zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych w zakresie zadania (...). Umówiono (§5) wynagrodzenie zgodnie z ofertą wykonawcy na podstawie uzgodnionych cen jednostkowych, określonych w kosztorysach ofertowych dla poszczególnych części zadania, i wymieniono kwoty łączne za poszczególne zadania.

Umówiono (§6), że rozliczenie robót następować będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, przy uwzględnieniu niezmiennych cen jednostkowych określonych w kosztorysach ofertowych oraz rzeczywiście wykonanych ilości robót udokumentowanych książką obmiaru. Umówiono się (§7), że wraz ze zgłoszeniem odbioru końcowego wykonawca przedłoży zamawiającemu dokumenty, atesty, certyfikaty, potwierdzające, że wbudowane wyroby budowlane są zgodne z art. 10 ustawy Prawo Budowlane. W umowie (§9) strony zastrzegły kary umowne, nie wyłączając jednak swojej odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych.

W umowie, a także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przewidziano (§13), że zmiana umowy wymaga sporządzenia aneksu do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W porozumieniu konsorcjantów z dnia 15 lipca 2013r. poświęconemu ich rozliczeniu się, konsorcjanci ustalili (§5 pkt4), że w zakresie inwestycji (...), (...) spółka z o.o. uprawniona jest do samodzielnego dochodzenia roszczeń uzupełniających, ewentualnie odszkodowawczych, wobec inwestora. (...) spółka z o.o. miała w ramach umowy z dnia 2 września 2009r. wykonać nową nawierzchnię. W projekcie budowlanym dla tego zadania przewidziano (pkt 3.4.4) wykonanie ciągów pieszo- jezdnych z kostki brukowej, w tym z granitowej kostki 10x10 (...) jasnoszary, betonowej kostki 10x10(...)czerwona,, wykonanie chodników z kostki granitowej 10x10 (...) w ilości 3927,81m². W projekcie została również określona (pkt.3.15.) kolorystyka nawierzchni z zastrzeżeniem, że ze względu na rozbieżności w zakresie kolorów kostki pomiędzy poszczególnymi partiami, a wzorcem katalogowym, należy na etapie realizacji uzgodnić wybór koloru z projektantem, oraz, że wykonawca przed zakupem uzyska zatwierdzenie inwestora materiału kamiennego w oparciu o próbki producenta.

W projekcie wykonawczym, w pozycji nawierzchnia z kostki kamiennej granitowej, określone zostały szczegółowe parametry, charakterystyka kostki, a także sposób jej układania, w tym podano, że kamienna kostka drogowa wg (...) jest stosowana do budowy nawierzchni z kostki kamiennej wg (...) oraz do budowy nawierzchni z kostki kamiennej nieregularnej wg (...).

Wykonawcy w swoim kosztorysie ofertowym, powołanym następnie w umowie jako podstawa obliczenia wynagrodzenia, wskazali (poz. 94, k. 335) na skalkulowanie kostki kamiennej nieregularnej 8cm. – nawierzchnia z kostki granitowej szaroniebieskiej 10x10x8, cena materiału 369.049,87zł

Pismem z dnia 4 stycznia 2011r., kierowanym do Gminy, projektant dopuścił zastosowanie na ciągi piesze i pieszojezdne kostki granitowej wykonanej zgodnie z normą (...), w zamian za kostkę wykonaną zgodnie z normą (...).

Pismem z dnia 21 stycznia 2011r., kierowanym do Gminy, strona powodowa podała, że praktycznie nie ma możliwości uzyskania od producenta deklaracji opartej na starej normie dla kostki (...), w związku z czym prosi inwestora o potwierdzenie w/w decyzji projektanta. Strona powodowa powołała się w tym piśmie, że w 2003r. norma (...) została zastąpiona normą (...),

W odpowiedzi, pismem z dnia 24 stycznia 2011r. Gmina wyraziła zgodę na zastosowanie kostki według normy (...) pod warunkiem, że kostka łupana zabudowana będzie jedynie na ciągach jezdnych, natomiast na ciągach pieszych będzie zastosowana kostka cięta – materiał o wyższej wartości techniczno- użytkowej, o ile zaakceptuje to projektant. Gmina wskazała przy tym, że norma (...) określa mniejsze wymagania w porównaniu do normy (...) w zakresie dopuszczalnych odchyłek wymiarów, możliwych uszkodzeń krawędzi, wgłębień i wypukłości,

Powołując się na wcześniejsze przedstawienie pozwanej próbek materiałów z ich cenami, strona powodowa pismem z dnia 30 marca 2011r. powódka „złożyła pozwanej ofertę różnych rodzajów kostek, podając ich ceny, wzywając do podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie wybranego materiału na nawierzchnię ciągów pieszych. Zaznaczyła, że wybór materiału droższego pociąga za sobą zwiększenie wynagrodzenia. Podała, że tylko próbka(...): kostka 10x10x8 góra płomieniowana boki łupane nie wymaga dopłaty i jest w cenie ofertowej.

W zestawieniu tym podała też, że kostka (...) 10x10x8 góra płomieniowana boki łupane w cenie 305zł /m2 netto wymaga dopłaty 224,98zł/m2 brutto, oraz kostka także (...), z tym że 10x10x6 góra płomieniowana boki łupane w cenie 270zł/m2 netto wymaga dopłaty 181,71zł/m2.

Także w dniu 30 marca 2011r. projektant wpisem do dziennika budowy podał, iż akceptuje przedstawioną próbkę kolorystyki kostki granitowej ciętej o symbolu(...), zaproponowaną na ciągi piesze.

Pismem z dnia 31 marca 2011r., kierowanym do powódki, odwołując się do przedstawienia w dniu 28 marca 2011r. kolejnych próbek kolorystycznych dotyczących kostek ciętych, przewidzianych do zabudowania na ciągach pieszych, w miejsce projektowanej kostki granitowej (...), Gmina podała, iż akceptuje kolorystykę według próbki oznaczonej literą (...). Podniosła, że kolorystyka ta została zaakceptowana także przez projektanta wpisem do dziennika budowy. Nadto wskazała, że nie ma możliwości żadnych dopłat z jej strony.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2011r., kierowanym do Gminy, powodowa spółka przytaczając tok dotychczasowych stanowisk w sprawie wyboru kostki, która ma być wbudowana, wezwała Gminę do ostatecznej decyzji. W piśmie zaznaczono, że w kategorii materiałów naturalnych związaną danego wyrobu z kolorem odzwierciedla się w jego cenie, ze względu na dostępność i ograniczenie często unikalnych zasobów.

W dniu 20 kwietnia 2011r. strony odbyły spotkanie, na którym przedstawiciele strony powodowej oświadczyli, że bez dopłaty wynagrodzenia nie jest w stanie wykonać nawierzchni w kolorystyce próbki (...), Gmina proponuje zabudowę kostką ciętą płomieniowaną w kolorystyce według próbki (...) – granit jasnoszary, przy czym dla kontrastu proponuje wykonać na chodnikach od strony krawężnika dwa rzędy kostki łupanej 8/11 w kolorze czarnym. Projektant oświadczył, że nie akceptuje tej zmiany. Stwierdzono, że ostateczna decyzja w kwestii zastosowania kostek w kolorystyce według próbki (...) zostanie podjęta do dnia 22 kwietnia 2011r.. Stwierdzono, że do tego czasu wykonawca może przedstawić swoje propozycje, jednak takie, które nie będą powodowały zmiany wynagrodzenia przewidzianego w umowie.

Na spotkaniu w dniu 22 kwietnia 2011r. inwestor dopuścił zabudowanie kostki spełniającej wymagania normy (...). Jednocześnie ustalono, że na wszystkich ciągach pieszych położona będzie kostka cięta na dwóch płaszczyznach i od góry płomieniowana, w miejscach gdzie miała być projektowana kostka (...) będą zabudowane materiały według próbki(...) (granit jasnoszary), na chodnikach od strony krawężnika będą dwa rzędy kostki łupanej 8/11 w kolorze czarnym. Ustalono także, że inwestor z projektantem przeanalizuje ewentualną rezygnację z przedłużeń linii dzielących płytę Rynku i wychodzących na jezdnię i chodniki oraz ewentualną zmianę wybranej wcześniej kolorystyki kostek imitujących ciek wodny. Stwierdzono, że powyższe zmiany nie spowodują zmiany wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie oraz terminu zakończenia robót.

Powołując się na ustalenia z dnia 22 kwietnia 2011r. Gmina z udziałem inspektora nadzoru oraz projektanta ustaliła, że projektant akceptuje zmiany opisane w notatce z 22 kwietnia 2011r., polegające na zmianie kolorystyki kostki przewidzianej do zabudowy na ciągach pieszych z niebieskiej na jasnoszarą, przy równoczesnym zastosowaniu pasów z dwóch rzędów kostki czarnej wzdłuż ciągów pieszych.

Strona powodowa zamówiła na przedmiotową budowę w dniu maja 2011r. kostkę granitową szarą płomieniowaną 10x10x8 z płyty, boki łupane , górna oraz dolna powierzchnia cięta , górna promieniowana za cenę 205zł/m² .

W dniu 1 września 2011r. kierownik budowy, w związku z zakończeniem budowy, złożył oświadczenie, w którym opisał zmiany w wykonawstwie w stosunku do projektu, w tym że w miejsce płytek 10x10 Granit niebieski (...) zastosowano kostkę ciętą płomieniowaną 10x10x8 szary (...), oraz w miejsce płytek Granit niebieski (...) zastosowano płytki 30x30 cm szary (...).

W dniu 2 września 2011r. strony spisały końcowy protokół odbioru robót i przekazania do użytkowania, bez zastrzeżeń .

W kosztorysie powykonawczym , wystawionym na kwotę 2.903.532,61zł, inspektor nadzoru skorygował wynagrodzenie do kwoty 2.897.128,62zł, wynikającej z poczynionych przez inspektora korekt poszczególnych pozycji cenowych.

Nadto Sąd Okręgowy ustalił, że w październiku 2005r.została wycofana norma polska dla kostki brukowej (...), określająca cechy geometryczne kostki, w tym wprowadzająca takie pojęcia jak kostka regularna, nieregularna, rzędowa. Zastąpiła ją norma europejska (...), która stała się obowiązującą specyfikacją techniczną dla kostek brukowych z kamienia naturalnego. Dla tej normy, jako normy zharmonizowanej, można było uzyskać dokument , tzw. certyfikat, czyli deklarację zgodności wyrobu z normą oraz oznaczenie CE. Natomiast dla byłej normy polskiej, jako normy nie mającej statusu normy zharmonizowanej, nie można było uzyskać takiego certyfikatu . W związku z tym producenci kostki wykonanej według wycofanej normy winni w ocenie jej zgodności z normą, używać normy nowej, czyli (...). Norma (...)mogła być stosowana w robotach budowlanych, jednakże tylko w punktach, gdzie nie była ona sprzeczna z normą aktualną (...). Przy czym przez sprzeczność rozumie się tu liberalizację wymagań. Obie normy różniły się co do wymagań stawianych kostce wyprodukowanej według tych norm, np. względem wymiarów kostki. Nie ma zakazu do stosowania normy wycofanej w projektowaniu, jednakże przyjęta za podstawę projektowania norma wycofana nie powinna być sprzeczna z dokumentem aktualnym w ocenie zgodności. W praktyce jest możliwe wyprodukowanie kostki, która spełnia wymagania normy (...) i jest oznakowana znakiem CE i jednocześnie spełniającej wymagania określone w normie (...). Jednakże producenci, którzy obrobili kostkę kierując się normą (...) musieli ją opisać normą aktualną (...), aby mogła być oznakowana CE, czyli, że jest to wyrób budowlany, dopuszczony do wbudowania.

Powierzchnia zabudowana sporną kostką wynosiła 3.727,98m² . Wbudowano w niej kostkę oznaczoną literą (...), tożsamą z próbką kostki przedstawioną do akt sprawy przez stronę powodową. Jest to kostka granitowa o wymiarach 10x10x8cm , górą płomieniowana, boki łupane.

Próbka kostki przedłożona przez stronę pozwaną biegłemu, oznaczona literą (...), jest tożsama z wyżej wymienioną próbką (...), z tym że posiada inne wymiary. Zastosowano kostkę oznaczoną literą (...). Do tejże kostki odnosił się projektant we wpisie do dziennika budowy. Natomiast na kostkę oznaczoną literą (...), tj. przedłożoną przez powódkę do akt sprawy, projektant nie chciał wyrazić zgody.

Na rynku ceny kostki płomieniowanej kształtują się wyżej niż kostki łupanej, a to ze względu na dodatkową obróbkę kostek w postaci płomieniowanej. Także droższe są kostki w kolorach innych niż standardowe. Natomiast różnice w rozmiarze kostki takie jak 10x10x8, czy 8x8 nie mają istotnego wpływu na cenę.

W kosztorysie ofertowym powódki, złożonym w procedurze przetargowej, kosztorysowa cena kostki łupanej nieregularnej (...) w przeliczeniu na metry kwadratowe wynosiła 111,89zł/m² netto.

W związku z tym 3.727,98m² tej kostki, po cenie 111,89zł/m², wynosiło kwotę 417.123,68zł. Cena kostki wbudowanej wynosiła 205zł/m². W związku z tym 3.727,98m² tej kostki, po cenie 205zł/m², dawało kwotę 764.235,90zł.

Różnica w cenie metra kwadratowego kostki planowanej i wbudowanej wynosi 93,11zł (205zł- 111,89zł = 93,11zł). Przy powierzchni 3.727,98m² różnica wynosiła 347.112,22zł (3.727,98 m² x 93,11zł/m² = 347.112,22zł , 764.235,90zł – 417.123,68zł = 347.112,22zł).

Do ostatecznego wyboru kostki przez inwestora doszło w czasie zaprezentowania fragmentów ułożonej kostki, z kostki wymagającej dopłaty i z kostki niewymagającej dopłaty wynagrodzenia. Ze strony Gminy wybrano kostkę wymagającą dopłaty. Nadto ówczesny Burmistrz w bezpośredniej rozmowie z ówczesnym członkiem zarządu powódki, P. G., złożył deklarację, że bierze połowę kosztów na siebie. Następnie ułożono wybraną droższą kostkę, przy czym było to powszechnie wiadome i nikt nie zgłaszał sprzeciwu.

M. C. sporządził kosztorys powykonawczy kierując się kosztorysem ofertowym, bowiem inspektor nadzoru nie zaakceptowałby kosztorysu, w którym ceny kostki odbiegałyby od kosztorysu ofertowego..

Przy tym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji wskazał, że strony wiązała umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647k.c.i ustalono wynagrodzenie kosztorysowe, w rozumieniu art. 629 k.c. Wynagrodzenie kosztorysowe ustalane jest na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, poprzez uzgodnienie cen jednostkowych. Ostateczna wysokość tego wynagrodzenia jest wynikiem rozmiaru faktycznie wykonanych prac z listy planowanych i ich cen jednostkowych przyjętych w kosztorysie. Do zmiany umówionych cen, a w konsekwencji do zmiany umówionego wynagrodzenia, mogło dojść w przypadkach określonych w art. 629 k.c. i art. 630k.c. W tym przypadku nie doszło jednak do konieczności wykonania prac dodatkowych w ujęciu art. 630k.c.. W toku wykonywania prac strony ustaliły, że prace będą wykonane przy użyciu innego materiału, a ściślej materiału inaczej obrobionego. Mianowicie zamiast położenia granitowej kostki łupanej, położenie granitowej kostki płomieniowanej od góry. Ujawniony problem z prawidłowym oznaczeniem normy kostki dał asumpt zamawiającemu do zmiany koncepcji co do nawierzchni, zdecydował wykonanie jej z kostki płomieniowanej zamiast z kostki łupanej. Pozwana przez swoją decyzję otrzymała nawierzchnię z droższego materiału. SIWZ nie zawierały prac polegających na wykonaniu nawierzchni z kostki płomieniowej. Konieczność wykonania takiej nawierzchni nie dała się przewidzieć na etapie przetargu i zawierania umowy. W praktyce powódka ją wykonała, w związku z tym, że tak ukształtowała bieżące wytyczne co do zakresu robót strona pozwana. Wobec zmiany koncepcji przez pozwaną, strona powodowa wykonała na wymienionym obszarze nawierzchnię z kostki granitowej płomieniowanej, na którą materiał kosztował ją 764.235,90zł. Różnica w koszcie materiału wyniosła powódkę 347.112,22zł. Zdaniem Sądu pierwszej instancji było to zubożenie powódki a zarazem wzbogacenie pozwanej, bo otrzymała droższą nawierzchnię, o wyższej wartości rynkowej. Sąd wskazał też, że prawo zamówień publicznych nie reguluje wykonania robót wykraczających przedmiotowo poza zakres ważnej umowy, wobec tego, skoro zamawiający skorzystał z efektów takich robót uzasadnionym jest zastosowanie wobec niego przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Odnosząc się do należnych odsetek z tytułu opóźnienia się pozwanej w zapłacie Sąd powołał art. 481 k.c. i podał, że pierwszym udokumentowanym terminem, w którym pozwana z pewnością znalazła treść wysuniętego wobec niej żądania był dzień 21 listopada 2013r., Od dnia 28 listopada 2013r. pozostawała więc w opóźnieniu z zapłatą. Od tej też daty Sąd uwzględnił roszczenie odsetkowe.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach powołano art. 98§1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99k.p.c. oraz art. 100 k.p.c., stosunkowo rozdzielając koszty wobec tylko częściowego uwzględnienia żądań.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając orzeczenie w punktach I i II, zarzucając :

1. naruszenie prawa materialnego, a to:

- art. 405 i 410 k.c. poprzez ich zastosowanie w sytuacji, gdy przepisy te nie znajdują zastosowania, gdy strony łączy ważna umowa, która stanowi podstawę prawną do świadczenia przez powódkę na rzecz pozwanej i świadczenie to było należne,

II. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia a to:

1. art. 233 k.p.c. przez przekroczenie zakresu swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego rozważenia i dokładnego zbadania zebranego w sprawie materiały dowodowego, albowiem Sąd I instancji błędnie:

a) ustalił, że podstawę uzgodnień dokonanych w 2011 r. pomiędzy stronami ; podstawę ustaleń faktycznych w sprawie stanowią próbki dołączone do akt sprawy przez powódkę, podczas gdy próbki te nigdy wcześniej nie były okazywane pozwanej, a uzgodnienia stron w 2011 r. odbywały się przy okazaniu próbek przedłożonych przez pozwaną, które przez cały czas znajdowały się w posiadaniu Gminy T. i to one powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu ustaleń faktycznych i wyrokowaniu,

b) przyjął, iż wbudowana została kostka (...) przedstawiona przez powódkę i wymagająca dopłaty, w sytuacji gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności ceny, kolorystyki, zatwierdzeń projektanta wynika, że wbudowano kostkę (...) według próbek przedstawionych przez pozwaną,

c) oparł ustalenia na próbkach przedstawionych przez powódkę, w szczególności próbce (...), pomijając całkowicie, iż próbka ta, jak wynika z opinii biegłego, odpowiada próbce (...) pozwanej, a więc próbce, która zgodnie z ofertą samej powódki i uzgodnieniami stron nie wymagała dopłaty,

d) ustalił, że projektant w 2011 r. odnosił się do kostki (...) przedstawionej przez powódkę, w sytuacji, gdy próbki kostki (...) i (...) powódki przedstawione zostały pozwanej dopiero w trakcie procesu sądowego, a do tego momentu jedynymi próbkami, w oparciu o które prowadzono rozmowy i okazywano je projektantowi, były próbki (...) i (...) przedstawione przez pozwaną,

e) ustalił, iż Gmina wybrała kostkę wymagającą dopłaty, w sytuacji, gdy zarówno z dokumentów dołączonych do akt sprawy, jak i zeznań świadków wynika, że Gmina wyraziła zgodę na zmianę normy i kostki, jedynie w sytuacji braku konieczności dokonywania jakichkolwiek dopłat,

f) dał wiarę zeznaniom świadków P. G. i M. C. w zakresie ustnych ustaleń między stronami, pomijając zupełnie postanowienia umowy co do możliwości jej zmiany jedynie w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przy kontrasygnacie skarbnika Gminy oraz pomijając wykonany przez powódkę kosztorys powykonawczy, oraz pomijając sprzeczność tych zeznań z pozostałym materiałem dowodowym w tym zeznaniami pozostałych świadków.

g) przyjął, iż brak wykazania w kosztorysie powykonawczym materiału po rzeczywistej cenie w celu uzyskania szybkiej zapłaty jest rzeczą zrozumiałą, w sytuacji gdy jest to sprzeczne z zasadami logiki, doświadczenia życiowego, jak również zasadą racjonalnego prowadzenia działalności i dbałości przedsiębiorcy,

h) art. 217 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 212 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przesłuchanie świadka J. R. na okoliczność, które próbki kostek – strony pozwanej czy powódki – były okazywane pozwanej i projektantowi i stanowiły podstawę uzgodnień stron.

2. art. 328 k.p.c. poprzez wadliwe sporządzenie uzasadnienia, które uniemożliwiło dokonanie oceny toku rozumowania sądu albowiem Sąd posługuje się nazwami kostek (...) i (...) bez dokładnego określenia czy chodzi o kostkę przedłożoną przez powódkę czy przez pozwaną.

Strona pozwana wniosła o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu za obie instancje, ewentualne uchylene wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Strona pozwana podniosła, wyraziła zgodę na zastosowanie kostki według normy PN- (...) pod warunkiem, że kostka będzie zabudowana jedynie na ciągach jezdnych natomiast na kostkach pieszych będzie stosowana ostka cięta o wyższej jakości. Zmianę uwarunkowano zgodą projektanta. Strona powodowa przedstawia pozwanej ofertę. Kostka (...) 10x10x8 (góra płomieniowana, boki łupane nie wymagała dopłaty i mieściła się w cenie ofertowej. Projektant wpisem do dziennika budowy zaakceptował kostkę według próbki F 10x10x8 w cenie 305 zł/m² (góra płomieniowana boki łupane), wymagając dopłaty w wysokości 224,98 zł /m². Próbki przedstawione w ofercie przechowywane były u strony pozwanej. Na spotkaniu w dniu 22 kwietnia 2011r. doszło do ustalenia, że inwestor dopuszcza zabudowanie kostki spełniającej normy PN- (...). Na wszystkich ciągach pieszych miała ułożona kostka cięta na dwóch płaszczyznach i od góry płomieniowana. Na miejscach gdzie miała być według projektu ułożona kostka M+ Q blue w cenie 375,15 zł miała zostać położona kostka według próbki (...), natomiast na chodnikach od strony krawężnika dwa rzędy kostki łupanej 8/11 w kolorze czarnym dla efektu kontrastu. Projektant zaakceptował te zmiany. Według pozwanej zastosowanie kostki (...) czyli jaśniejszej wymagało stworzenia kontrastu, natomiast kostka F dawała kontrast sama w sobie. Próbkami kolorystyczne powódki, z którymi strona pozwana mogła się zapoznać dopiero na etapie procesu różnią się od tych, które przedstawione pozwanej w ofercie. Zdaniem pozwanej Sąd opierając się na próbkach strony powodowej poczynił wadliwe ustalenia co do uzgodnień stron. Ponadto ustępstwo pozwanej w zakresie obniżenia normy a więc co do zastosowania tańszych materiałów dotyczyło nie tylko ciągów pieszych lecz także ciągów jezdnych. To ustępstwo miało rekompensować zastosowanie kostki łupanej ciętej na ciągach pieszych. Zarzut więc bezpodstawnego wzbogacenia nie powinien zostać uwzględniony. Ponadto wskazana w ofercie z dnia 30 marca 2011r kwota netto za kostkę M+Q blue była 111,89 zł wyższa niż określona w kosztorysie ofertowym, co Sąd powinien uwzględnić wliczając wartość wbudowanej kostki.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego kwestionując zarówno tezę o przedstawieniu kostki (...) jako kostki (...) jak i podstawy do powoływania się przez pozwaną na rzekomą rozbieżność próbek w sytuacji gdy od samego początku procesu strona powodowa podnosiła różnice kolorystyczne kostek.

Rozpoznając apelację Sąd drugiej instancji zasadniczo uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego w zakresie ciągu zdarzeń, wyciągając jednak z nich nieco odmienne wnioski w zakresie podstaw prawnych rozstrzygnięcia, nie kwestionując jednak ustaleń, w tym także że Burmistrz miał oświadczyć, że zwróci połowę kosztów, związanych ze zmianą rodzaju kostki. Ustalenia w tym zakresie miały oparcie w dowodach osobowych i ocena w tym zakresie mieściła się w zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Uznanie zaś wiarygodności części materiału dowodowego nie narusza art. 233§1 k.p.c.

Nie podziela sąd drugiej instancji zarzutów dotyczących oznaczeń kostek, choć można dostrzec, że zdjęcia na pierwszy rzut oka mogą powodować trudności w ocenie jaka kostka została użyta. Niewątpliwie jedna kwestia jakie kostki oferowała strona powodowa było od początku przedmiotem sporu pomiędzy stronami i strona pozwana powinna przedstawić twierdzenia w tym zakresie na początkowym etapie procesu. Zwrócić też należy uwagę, że próbka kostki przedłożona przez stronę pozwaną biegłemu, oznaczona literą (...), posiada inne wymiary niż kostka położona.

Najbardziej jednak istotne dla Sądu Apelacyjnego jest, że doszło do konieczności odstępstwa od SIZW i projektu. Złożenie oferty strony powodowej z dnia 12 września 2019r. do zamówienia pozwanej i wykonanie prac odbywało się w reżimie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 144 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (według obowiązującego w dacie SIZW i zawarcia umowy Dz.U.2007.223.1655 t.j ze zm.) w zw. z art. w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) zakazane były dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 byłaby nieważna. Wynagrodzenie więc wykonawcy nie mogło zostać zmienione, skoro nie wykazano przesłanek do zmiany wynikających tak z umowy jak i z przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Sąd Apelacyjny nie kwestionuje wyводу Sądu Okręgowego opartego na orzecznictwie Sądu Najwyższego, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu, a roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w przedmiot zamówienia w wykonaniu umowy nieważnej z uwagi na naruszenie przepisów p.z.p. jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia znajdującym swe podstawy w przepisach art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 lutego 2013 r. II CSK 248/12 LEX nr 1293945 i z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CSK 537/04, Lex nr 519298). W tym jednak wypadku umowa nie była umową nieważną. Nie doszło bowiem ani do porozumienia co do zmiany treści umowy lub ceny, nie doszło też do zawarcia jakiegokolwiek umowy bez zachowania wymaganej formy o prace dodatkowe a przede wszystkim stan faktyczny nie daje podstaw, że strona pozwana otrzymała świadczenie ponad zakres wynikający z umowy. Przedmiotem umowy było wykonanie m.in. zespołu parkingowego (...) i przebudowy płyty (...) (...) zgodnie z projektem zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej (k.58-59) i strona pozwana taki przedmiot otrzymała, choć z użyciem nieco innych materiałów. Niewątpliwie do odstępstwa względem projektu w zakresie rodzaju kostek jednak nie zmienia to zakresu robót lecz jedynie użycie zamiennych materiałów, które co jest bezsporne nie powodowało zmian pozwolenia na budowę.

Sąd Apelacyjny zauważa, że zmiana normy (...) na normę europejską (...) nie mogła stanowić zmian, o których mowa w art. 16.1 SIWZ, skoro wycofanie normy (...) nastąpiło przed zawarciem umowy, Wyroby brukarskie miały posiadać atesty zgodnie art. 10 ustawy Prawo budowlane, które powinny odwoływać się do aktualnych norm. Odwoływanie się w specyfikacji technicznej do polskich norm mogło budzić wątpliwości w sytuacji jeżeli łączy się to z określeniem rodzaju kostki tj kostki kamiennej (łupanej ciętej) i mogło rodzić problem z określeniem wymogów kształtu. Na etapie zamówienia określono powierzchnię nawierzchni z kostki granitowej i kostki betonowej. Projekt wskazywał na wielkość powierzchni granitowej i betonowej kostki. Część pieszo jezdną miała być koloru jasnoszarego ((...)) , część czerwonego ((...)) a w odniesieniu do chodnika z kostki granitowej 10x 10, która miała być ułożona powierzchni planowanej 3927,81m² posłużono się także nazwą (...) (k.107). Nazwą tą posłużono się także w punkcie 3.15 projektu wykonawczego przy kolorystyce (k. 121) oraz w legendzie do rysunków. Przedmiotu zamówienia nie można było wówczas opisywać przez wskazanie znaków towarowych, co już samo w sobie rodziło wątpliwości co do charakterystyki kostki. Niezależnie od tego z zeznań przedstawiciela strony powodowej wynikało, że kostki (...)nie było na rynku, co potwierdzał także W. B. (k.665). Z zeznań tego ostatniego wynikało, że nie było na rynku nawet kostki niebieskiej. Inwestora przygotowującego SIWWZ niewątpliwie obciąża narzucenie warunków umowy, które były niejasne co do realizacji oczekiwanych wymogów.

Określenie (...)budziło też wątpliwości czy należało traktować zamówienie jako obowiązek zastosowania konkretnych płytek Firmy (...) czy tylko jako odniesienie do wielkości kostki oraz odporności na ścieranie i wytrzymałości. Podanie oznaczenia blue stanowiło natomiast wskazanie kolorystyczne dla określonej kompozycji wynikającej z projektu. Już jednak na etapie projektu musiano uwzględniać ewentualne problemy z zachowaniem kolorystyki względem projektu. Wskazuje na to okoliczność, że zgodnie z dokumentacją projektową (k.121) wykonawca miał uzyskać akceptację koloru u projektanta, a na etapie realizacji przed zakupem materiału miał uzyskać zatwierdzenie próbek producenta. Jest to zrozumiałe albowiem ze względu na rozbieżności kolorów kostki pomiędzy wzorem katalogowym należało na

etapie realizacji uzgodnić wybór koloru z projektantem. Wykonawca przed zakupem miał też zatwierdzić materiał kamienny u inwestora w oparciu o próbki producenta (k. 121). Taki też wniosek wypływał z treści pisma pozwanej z dnia 24 stycznia 2011. Z pisma z dnia 23 marca 2011r. (k.568) wynika strona powodowa akceptowała w marcu kolorystką ale nie doszło jednak do wiążących uzgodnień. Akceptacja projektanta na którą powoływała się strona powodowa odwoływała się do próbki (...). Niezależnie jednak, która z tych próbek była zaakceptowana oczywiste jest, że strona powodowa ułożyła po zmianie koncepcji kolorystycznej kostki zamówione za cenę jednostkową 205 zł/m² (k.394). Akceptacja projektanta (k.379) mogła dotyczyć jedynie zmian kolorystycznych i odstępstw od normy, co ma związek logiczny z treścią zamówienia, że projektanta miał akceptować kolor, a inwestor miał zaakceptować konkretny rodzaj kostki, która miała zostać zamontowana. Zwracał na to uwagę inspektor nadzoru wpisem do dziennika z dnia 18 stycznia 2011r. (k.381). Akceptacja kolorystyczna ponadto nie oznacza, że akceptowany była zmiana płytek. Taka jednak zmiana musiała zostać zaakceptowana przez inwestora skoro doszło do odbioru bez zastrzeżeń. To, że strona pozwana nie chciała zmienić umowy co do kwoty jest zrozumiałe przy treści prawa zamówień publicznych i przy prezentowanym stanowisku procesowym, niewątpliwie jednak zmiana spowodowała zwiększenie kosztów materiałowych względem planowanych i kalkulowanych na etapie składania oferty.

Z opinii biegłego M. F. wynika, że wg nowej normy można było wykonać kostkę odpowiadającą wymogom technicznym normy wycofanej, bowiem dochowanie normy wymaga, aby materiał budowlany nie odbiegał od niej in minus, natomiast zawsze można obostrzyć stawiane danemu materiałowi wymogi. Można więc było zaoferować kostkę o parametrach określonych w zamówieniu poprzez odniesienie do normy, która już nie obowiązywała (opinia k 748). Jednak strona powodowa nie była producentem kostki. Z punktu widzenia wykonawcy mogło budzić wątpliwości jakiej kostki oczekuje zamawiający w sytuacji gdy norma nie funkcjonowała już w obrocie. Uzyskanie ponadto normy nowej przy realizacji kostki według parametrów starej normy musiało łączyć się z trudnościami, gdyż gwarancje w tym zakresie były zależne od producenta. Użycie zaś kostki płomieniowanej (ciętej) zwiększało koszty. Biegły F. wskazywał, że dostosowanie się do normy oznaczało większe koszty. Z tej opinii wynikało, że kostka łupana jest tańsza na rynku niż kostka cięta płomieniowana. Poza sporem zaś jest, że projekt przewidywał kostkę łupaną (choć o lepszych parametrach niż standardowa odpowiadająca obecnej normie europejskiej). Ciągi jezdne wykonano w kostce łupanej natomiast w ciągach pieszych (chodnikach) wbudowano kostkę ciętą. Opinia (k. 781/3) w zakresie atestów wskazała, że projektant dopuszczał zastosowanie na ciągi pieszce, pieszo-jezdne kostki granitowej wykonanej zgodnie z normą (...) (k557). Na etapie zamówienia odwoływano się jednak do normy (...), która już nie obowiązywała od 2005r. Na spotkaniu dnia 20 kwietnia 2011 nie doszło do akceptacji proponowanych odstępstw od projektu (k.385). Wskazano tam jednak, że inwestor proponował zastosowanie jako rozwiązania zamiennego wykonanie w miejsce kostek i płyt określonych w projekcie jako (...) kostek ciętych, płomieniowanych, który jednak powodował brak zróżnicowania względem koloru jezdni. Zróżnicowanie miał zapewnić ciąg dwóch płytek w kolorze czarnym na co jednak nie chciał zgodzić się projektant. Notatka służbowa z dnia 22 kwietnia 2011r. (k387) wskazywała, że zamontowanie kostki ciętej na dwóch płaszczyznach i od góry płomieniowana było uznawane przez inwestora jako rozwiązanie zamienne dla kostek (...) kostek ciętych a łupane w na dwóch rzędach linii czarnej. Taką też kostkę granitową szarą płomieniowaną 10x10x8 z płyt (boki łupane dolna powierzchnia cięta górna promieniowana) zamówiła strona powodowa za cenę jednostkową 205 zł/m² (k.394). Potwierdza to też oświadczenie kierownika budowy z dnia 1 września 2011r. Kierownik budowy oświadczył o zamianie płytek granit niebieski (...) na szary (...)kostka cięta płomieniowana 10x10x8.). W tym przypadku zmiana ta istotnie zwiększyła koszty wykonawcy, przy jednoczesnym braku woli strony pozwanej zmiany wynagrodzenia. Wyłączenie ustawowe możliwości podwyższenia ceny kontraktowej jak też brak zgody jednej ze stron na podwyższenie wynagrodzenia, nie jest równoznaczne z wyłączeniem możliwości dochodzenia w oparciu o art. 471 k.p.c. roszczeń odszkodowawczych za szkodę spowodowaną naruszeniem obowiązków umownych przez zamawiającego, w tym spowodowania problemów istotnych dla kalkulowania tego wynagrodzenia. Zmiana wynikająca z niejasnych postanowień SIWZ i dokumentacji projektowej spowodowała w tym przypadku szkodę strony powodowej poprzez zwiększenie kosztów. Szkada ta pozostawała w związku przyczynowo- skutkowym z niejasną treścią zamówienia.. Odwołanie się w projekcie do nazwy konkretnego producenta i normy polskiej, która nie funkcjonuje w obrocie spowodowała perturbacje związane ze sposobem kalkulacji kosztów przez wykonawcę. Stanowiło to naruszenie obowiązków, jakie w ramach umowy o roboty budowlane przyjmuje na siebie inwestor. Tego rodzaju naruszenia obowiązków umownych przez zamawiającego mogą

być źródłem szkody po stronie wykonawcy, zwłaszcza wtedy, gdy w oparciu o dostarczoną dokumentację dokonywał on ekonomicznej kalkulacji zobowiązań. Za przyjęciem odpowiedzialności strony pozwanej przemawia także i to, że konsekwencje wątpliwości dotyczących sposobu realizacji zamówienia powinna ponieść strona przygotowująca dokumentację do tego zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2016 r. I CSK 306/15, LEX nr 2032362).

Sąd Apelacyjny uznaje jednak także, że do tej szkody przyczyniła się w równym stopniu strona powodowa. Wątpliwości bowiem związane z użyciem rodzaju kostki i z zapewnieniem wymogów wynikających z norm powinno bowiem rozwiązać zapytanie tym bardziej, że sama strona powodowa przedstawiała, że gmina udzielała odpowiedzi i np. wyjaśniała w odniesieniu do kładek pieszych w jaki sposób ma zostać wykończona powierzchnia okładzin (polerowana, szlifowana cięta). Skoro strona powodowa nie występowała o wyjaśnienia SIZW na etapie zamówienia lecz dopiero na etapie wykonania (k.369) to także jej można postawić zarzut braku należytej staranności (por. dotyczący przepisów art. 354 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 38 dawnego Prawa wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. IV CSK 626/13 Lex nr 149133). Jeżeli więc strona powodowa złożyła ofertę bez wyjaśnień, to także i ona powinna ponieść w części konsekwencje sporządzenia kosztorysu ofertowego według cen nie uwzględniających wymogi przewidziane dla kostek ciętych.

Jeżeli więc doszło do zwiększenia kosztów strony powodowej o kwotę 347.112,22zł (według wyliczenia przez Sąd Okręgowy różnicy w cenie netto metra kwadratowego dla powierzchni 3.727,98m²), to konsekwencje tego zwiększenia powinny ponieść obie strony, w tym także strona powodowa. Tu Sąd Apelacyjny uznaje, że taką konsekwencję zakładał też Burmistrz, składając deklarację, że bierze połowę kosztów na siebie.

Strona powodowa nie wykazała, że konsekwencje zmiany kostki zmniejszyły inne wydatki strony powodowej w związku realizacją inwestycji, które powinny być uwzględnione w ramach zasady *compensatio lucri cum damno*. Słusznie dla określenia różnicy Sąd Okręgowy odwołał się do kosztów kalkulowanych na etapie sporządzenia oferty i do ceny zamówionej a nie do cen kostek, które oferowano na etapie wyboru kolorów, skoro oferty te nie doprowadziły do uzgodnień wiążących obie strony. Natomiast użycie kostki konkretnego producenta nie mogło być przedmiotem zamówienia, strona pozwana zresztą nie wykazała jaka była ewentualna ówczesna cena kostki (...).

Mając powyższe na uwadze, przyjmując podstawy odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c. w zw. z art. 361§1 i 2 k.c.), Sąd Apelacyjny zmienił na podstawie art. 386§1 k.p.c. zaskarżony wyrok obniżając zasądzoną kwotę o połowę (tj do kwoty 173.556,11 zł), oddalając powództwo także w odniesieniu do kwoty różnicy wynikającej z tego obniżenia. Powyższa zmiana spowodowała zmianę orzeczenia o kosztach procesu. Strony nie kwestionowały sumy kosztów określonych przez sąd pierwszej instancji tj 41.653,05zł . Strona powodowa jest wygrywającym w 35 % winna więc ponieść 65 % z tych kosztów a więc 27.074,48 zł. Strona powodowa poniosła jak wyliczył Sąd Okręgowy 34.436,05zł. Pozwana powinna zwrócić więc kwotę 7361,57zł.

Dalej idącą apelację oddalono na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c.

Na etapie apelacji pozwana poniosła opłatę od apelacji w wysokości 17.356 zł, a obie strony poniosły analogiczne koszty zastępstwa procesowego. (8100zł). Strona powodowa jako przegrywająca w połowie powinna więc zwrócić pozwanej połowę opłaty od apelacji tj 8678 zł.

SSO (del.) Izabella Dyka SSA Sławomir Jamróg SSA Barbara Baran