

Sygn. akt I ACa 1389/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Władysław Pawlak
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w C.

przeciwko Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Handlowemu (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 12 czerwca 2014 r. sygn. akt IX GC 571/12

- 1. prostuje komparycję zaskarżonego wyroku poprzez oznaczenie daty rozpoznania sprawy na dzień 2 czerwca 2014 r. w miejsce daty 12 czerwca 2014 r.;**
- 2. oddala apelację;**
- 3. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5.400 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1389/14

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa w C. wniosła o zasądzenie od strony pozwanej Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 302 784,92zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu powodowa spółka podała, że pozwany działając jako inwestor powierzył mu na podstawie umowy o roboty budowlane nr (...) zawartej w dniu 20 września 2010 r. wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku hotelu zlokalizowanego w W. przy ul. (...). W toku prowadzenia prac uzgodniono z reprezentującym pozwanego inspektorem nadzoru inwestorskiego zmianę technologii zabezpieczenia wykonania prac tj. wykopów i komina ceglanego poprzez wiercenie i betonowanie słupów zabezpieczających ściankę berlińską zabezpieczającą ściany wykopu od strony budynku magazynowego oraz wiercenie i betonowanie palisady zabezpieczającej fundamenty istniejącego komina – prace w technologii zamiennej. Pozwany jako inwestor po wykonaniu robót budowlanych zobowiązany był do ich odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wykonawcy zostały powierzone do wykonania prace zamienne zgodnie z § (...) załącznika nr (...) do umowy, których koszty wykonania nie zbilansowały się w ramach ustalonego w umowie wynagrodzenia wynoszącego zgodnie z kalkulacją łącznie 236 171,20 zł netto. Strony uzgodniły zgodnie z umową wysokość należnego powodowi wynagrodzenia za ich wykonanie, na podstawie przedmiotu robót i ustalonych w umowie cen jednostkowych i ustaliły, że wynagrodzenie przewidziane w umowie zostanie zwiększone o tę różnicę.

Na wypadek przyjęcia, iż strony nie ustaliły wysokości wynagrodzenia, powód podniósł, że kwota winna zostać ustalona na zasadzie art. 628 § 1 k.c. mając na uwadze zwykłe wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie, wyliczona przez biegłego sądowego. Żądanie uzasadniał także bezpodstawnym wzbogaceniem pozwanego.

Strona pozwana sprzeciwie od nakazu zapłaty domagała się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia kosztów procesu. Pozwana zarzuciła, iż strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmowało całość prac zleconych w systemie generalnego wykonawstwa. Załącznik nr (...) do umowy strony w sposób bardzo rygorystyczny przewidywał odstępstwo od zasady jaką był ryczałt. Procedura to została określona w § (...) załącznika nr (...) do umowy i nie została zrealizowana w odniesieniu do prac określonych w pozwie. Pozwana zapłaciła wynagrodzenie za prace wykonane i powód składał oświadczenia, że inwestor nie zalega jej z żadnymi płatnościami i sama nie posiada żadnych roszczeń w stosunku do strony pozwanej.

Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2014r. Sygn. akt IXGC 571/12 Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz pozwanej 7217,00zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sąd I instancji ustalił, że :

Strony łączyła umowa o roboty budowlane nr (...) zawarta w C. 20 września 2010 r. pomiędzy przedsiębiorstwem Produkcjno- Handlowym (...). o.o. (Zamawiający) a (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa (Wykonawca). Przedmiotem umowy było wykonanie Budynku hotelu w W. – Centrum (...) w W. na działce nr (...). Termin zakończenia prac ustalono na 29 luty 2012r. Przedmiotem umowy było kompleksowe wykonanie wszelkich prac związanych z budową obiektu oraz prac przygotowawczych niezbędnych do prawidłowego rozpoczęcia i przeprowadzenia robót budowlanych w tym: (...) wykonanie wszelkich niezbędnych robót zabezpieczających i tymczasowych. Zgodnie z § (...) załącznika nr (...) wykonawca zbadał teren budowy i zaakceptował panujące na nim warunki, ponadto oświadczył, że charakterystyka obiektu/robót jego otoczenia, infrastruktury zewnętrznej jest mu znana wraz z projektem i zakresem rzeczowym. (§ (...) ust. załącznik nr (...))

W załączniku nr (...) do umowy zawartej o roboty budowlane zostały zawarte szczegółowe warunki realizacji umowy. W § (...) załącznika ustalono wartość przedmiotu umowy i warunki jej płatności. Wykonawca za realizowanie zakresu robót i zgodnie z postanowieniami umowy miał otrzymać od zamawiającego wynagrodzenie zgodne z umową. Kwota ryczałtowa została wynegocjowana w oparciu o kosztorys wykonawcy sporządzony na podstawie przedmiarów i dokumentacji technicznej dostarczonych przez Zamawiającego. Wykonawca sprawdził zgodność dokumentacji technicznej i przedmiarów, nie wnosił do nich zastrzeżeń i oświadczył, że nie będzie zgłaszał roszczeń dotyczących wynagrodzenia z powodu ewentualnych błędów dokumentacji technicznej i przedmiarów. Wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem niezmiennym przez cały okres realizacji zadania inwestycyjnego. Powód otrzymał wynagrodzenie za prace zabezpieczające ale w rozmiarze wynikającym z umowy pisemnej stron.

Pozwany odmówił podwyższenia tego wynagrodzenia zgodnie z żądaniem powoda. Umowa o roboty budowlane nr (...) była zmieniana trzykrotnie: aneksem nr (...) z dnia 3 listopada 2010 r., aneksem nr (...) z 8. Lipca 2011 r. oraz porozumieniem z 21.11.2011 r. W aneksie nr (...) została dokonana zmiana ryczałtu, natomiast w porozumieniu wyłączono z zakresu robót stolarkę aluminiową i tym samym obniżono kwotę ryczałtową do 15 215 049,88 zł netto. Prace zostały rozpoczęte 3 listopada 2010r. W dniu 8 listopada 2010 r. rozpoczęto zabezpieczenie wykopu, w tym celu zastosowano pale (...) fi (...). K. S. uznał, że trzeba zrezygnować z przewidzianego w projekcie palowania stalowymi grodzicami, co uznał za wadliwe rozwiązanie projektowe, przyjmując, że wibracje spowodują zawalenie się komina, a z którego skróceniem inwestor się opóźniał. Zdecydowano się na inną technologię, która miała się okazać droższa. Prace zabezpieczające wykop zostały zakończone 25 stycznia 2011r. W dniu 31 stycznia 2011 r. strona powodowa wystawiła fakturę na kwotę 69 149 zł netto. Do faktury został dołączony protokół odbioru z tej samej daty. W protokole odbioru widnieje zapis, że jakość wykonanych robót jest dobra. W zestawieniu zbiorczym robót wykonanych od dnia 6 października 2010r. do 1lutego 2012 r. wg umowy oraz robót dodatkowych pod pozycją roboty dodatkowe nie ujęte w umowie pod poz. 5 widnieje zapis zmiana technologii zabezpieczenia wykopu – robota dodatkowa, pozostaje do zapłaty 246 166,60zł. Na taką kwotę została wystawiona faktura VAT nr (...). (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. komandytowa składała oświadczenia, że w związku z realizacją robót budowlanych inwestycji pn. Hotel (...) (Centrum (...)) położonego w W. przy ul. (...) otrzymało należne wynagrodzenie i nie ma żadnych wymaganych roszczeń wobec firmy (...) Sp. z o.o. Pismem z dnia 7 lutego 2011 r. (...) poinformowała (...) sp. z o.o. Sp. K. iż zamawiający nie ma podstaw do pokrycia dodatkowych kosztów zmiany technologii zabezpieczeń, gdyż zmianę tę dokonał Wykonawca we własnym zakresie nie starając się o akceptacje przez Zamawiającego tych kosztów. W dniu 15marca 2012 r. podwykonawca (...) w K. w piśmie wystosowanym do (...) poinformowała, że firma (...) jako Generalny Wykonawca pismem z dnia 27 lutego 2012 r. odstąpiła od wiążącej ich umowy zawartej 27 września 2010 r w zakresie nie spełnionego przez (...) świadczenia powołując się na rozwiązanie wiążącej umowy między Przedsiębiorstwem Produkcyjno Handlowym (...) a (...) sp. z o.o. Sp. K. z dnia 20 września 2010r. W związku z tym podwykonawca wniósł o zapłatę należnego mu świadczenia za wykonane roboty budowlane na budowie Centrum (...) przy ul. (...) w W. w kwocie 302 784,92 zł. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe (...) poinformowało (...) sp. z o.o. Sp. K. iż w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia prac, na poczet kar umownych zostaną wstrzymane wypłaty, chyba że zostanie sporządzony wiarygodny i szczegółowy harmonogram prac. Ponadto oświadczyła, iż zapłata nastąpi ryczałtowo, za określoną w umowie cenę. Sąd Okręgowy uznał, że dowody zebrane w sprawie nie wskazują by zarząd pozwanej umocował inspektora do zaciągania zobowiązań. Fakt zaakceptowania przez pozwanego innych prac dodatkowych nie pozwala na ustalenie, iż wytworzył się w tym zakresie „zwyczaj” akceptowania przez powoda zwiększonego wynagrodzenia, za wszelkie prace dodatkowe czy zamiennie których wykonanie potwierdził inspektor nadzoru. Świadczenie powoda przyznali, iż nie prowadzili żadnych uzgodnień w przedmiocie powoływanych prac bezpośrednio z inwestorem. Zarząd strony pozwanej nigdy nie zaakceptował żądania podwyższenia wynagrodzenia. Powód nie zgłosił takiego żądania w trybie wskazanym w umowie, ani też w innej formie przy negocjacjach aneksów. Potwierdzał natomiast pisemnie, iż strony się rozliczyły.

Sąd Okręgowy ustalił też, że powód nie zapłacił za prace podwykonawcy prac zabezpieczających. Zdaniem Sądu pozwany skutecznie podważył, wiarygodność protokołu z datą 27 września 2010r. Dokument był podpisywany w różnych datach co potwierdził J. M.. Świadek K. wprost wskazał na przekłamanie w datach czynności wskazanych w protokole. W ocenie sądu, protokół powstał w tak niejasnych okolicznościach, że uniemożliwia to uwzględnienie powództwa w oparciu o niego. Wystawienie faktury VAT (...) Forma za „wykonanie robót dodatkowych (...)”- wykonanie zabezpieczeń wykopów i komina zgodnie z protokołem inwentaryzacji z dnia 02 lutego 2012r. na kwotę odpowiadającą wartości przedmiotu sporu nie tworzy zobowiązania do zapłaty a tylko wyraża przeświadczenie powoda o istnieniu zobowiązania a kwota wskazana w fakturze stanowi odzwierciedlenie kalkulacji podwykonawcy i nie odnosi się do umowy stron. Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie potrafił wskazać zakresu rzeczowego za który domaga się podwyższenia wynagrodzenia, odsyłając w tym zakresie do opinii biegłego. Nie jest zaś rolą biegłego ustalanie faktów lecz ich wyjaśnienie. Powód nie wykazał więc istnienia swojego roszczenia. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że celem inwestora było uzyskanie efektu gospodarczego – w granicach ustalonej w umowie ryczałtowej ceny – w postaci zabezpieczenia wykopu i nie miało dla niego znaczenia czy będzie to wykonane metodą grodzić czy za pomocą żelbetonowych pali (...) czy może jeszcze inną metodą. Ważne było to, by wykop był bezpieczny. To wykonawca ponosi ryzyko tego, że nie

potrafił jako profesjonalista wybrać odpowiedniej metody i źle ją skalkulował. Inwestor nie zlecał robót zamiennych i żadną miarą nie akceptował dodatkowego wynagrodzenia.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo nie jest zasadne. Wskazał, że zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wynagrodzenie wykonawcy musi być dokładnie ustalone w umowie – albo jako wynagrodzenie ryczałtowe, w postaci z góry ustalonej kwoty, albo wynagrodzenie kosztorysowe, przez wskazanie podstaw i reguł jego ustalenia, którego wysokość zostaje obliczona po ukończeniu robót, według ustalonych w umowie zasad. W tym przypadku wolą stron było ustalenie wynagrodzenia w oparciu o model ryczałtowy czemu dobitnie dano wyraz w § (...) umowy. Wynagrodzenie to obejmowało całość prac zleconych w systemie generalnego wykonawstwa, w tym także prace zabezpieczające. Ryczałtowego charakteru wynagrodzenia określonego w umowie nie zmienia fakt, iż określono je w oparciu o kosztorys powoda wskazany w załączniku(...) Strony mają prawo, w ramach swobody umów ukształtować wynagrodzenie poprzez połączenie elementów art. 629 k.c. i art. 632 k.c. Odstępstwa były przewidziane w umowie. Powód jednak nie wdrożył procedury zmiany wynagrodzenia z § (...) załącznika (...) umowy w związku ze zmianą sposobu zabezpieczenia wykopów i nie doszło do zmiany wynagrodzenia w tym zakresie. Strona powodowa nie wykazała, aby pozwany w jakiegokolwiek formie wyraził akceptację zmiany wynagrodzenia za te prace, które w procesie nazywa przemiennie jako prace zamiennie albo roboty dodatkowe. W ocenie Sądu zgody uprawnionego organu pozwanej na taką zmianę nie wykazano. W świetle przeprowadzonych dowodów nie można stwierdzić aby w którymkolwiek momencie reprezentant strony pozwanej złożył takie oświadczenie woli. W § (...) załącznika nr(...) do umowy zawartej o roboty budowlane w dniu 20 września 2010 r. znajdujący się zapis, który w sposób rygorystyczny i precyzyjny przewidywał odstępstwo od zasady jaką był ryczałt. Zgodnie z tym postanowieniem zmiana zakresu robót winna być poprzedzona ustaleniami finansowymi i technicznymi. Zamawiający winien pisemnie potwierdzić wszystkie warunki robót zamiennych, a w szczególności warunki finansowe. Uzgodnienia powinny mieć formę aneksu. Aneks winien być podpisany w terminie 14 dni od zatwierdzenia przez Zamawiającego wszystkich warunków przedstawionych przez Wykonawcę. Okoliczności związane z kominem nie były nieprzewidziane. Generalny wykonawca przejął protokolarnie teren budowy z adnotacją bez zastrzeżeń. Generalny wykonawca samowolnie i tylko z sobie znanych przyczyn zdecydował o zmianie koncepcji zabezpieczenia wykopu. Kwestia ta i tak nie ma znaczenia dla inwestora, który umówił się na ryczałt, i dal pozwanej obojętna jest przyczyna zmiany koncepcji zabezpieczenia wykopu. Strona powodowa jest profesjonalistą i jako wykwalifikowany wykonawca miał możliwość a jednocześnie obowiązek prawidłowego oszacowania prac budowlanych i skalkulowania wynagrodzenia, w tym także wynagrodzenia za prace zabezpieczające. Generalny wykonawca nie może „przerzucać” na inwestora kosztów dodatkowych robót zabezpieczających, których nie potrafi oszacować. Zdaniem Sądu pierwszej instancji pozwany inwestor zasadnie zarzucił, iż powód wadliwie dobrał technologię zabezpieczenia, zmienił ją bez jakichkolwiek uzgodnień z inwestorem, a ostatecznie nie potrafi wskazać jaki wyliczył kwotę podwyższonego wynagrodzenia żadaną pozwem, próbując się wyręczyć biegłym. Pozwany także nie jest wzbogacony kosztem powoda. Pozwany otrzymał bowiem świadczenie wskazane w umowie jako zabezpieczenie wykopu i mury oporowe. Pozwany zapłacił, zgodnie z umową wynagrodzenie. Pozwany nie może ponosić konsekwencji ewentualnego wzrostu kosztów prac wykonanych przez powoda w wybrany przez niego sposób. Ponadto powód nie zapłacił za te prace swojemu podwykonawcy, więc nie jest także zubożony. Skutkowało to oddaleniem powództwa. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach Sąd Okręgowy powołał art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona powodowa, zaskarżając orzeczenie

w całości zarzucając:

naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy a to:

a) naruszenie art. 316 w zw. z art. 328 §2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie istoty sprawy poprzez nie dokonanie ustaleń zakresu prac za wykonanie których powód dochodził zapłaty wynagrodzenia. Zdaniem skarżącego Sąd

Okręgowy wadliwie pominął zakres rzeczowy, wyliczenie i nawet wizualne przedstawienie prac zabezpieczających przedstawionych przez stronę powodową i zaniechał ustalenia czy prace te były pracami zamiennymi lub dodatkowymi, czy pozwany otrzymał dodatkowe świadczenie czy też porównywalne ze wskazanym w umowie, co miało wpływ na dalsze ustalenia dotyczące zasad uzgadniania tych prac jak i wzbogacenia pozwanego o świadczenie mu nienależne. Strona powodowa zakwestionowała prawidłowość pominięcia dowodu z dokumentacji projektowej, granic wytyczonego terenu budowy i nie ustalenie czy w granicach budowy znajdował się komin, którego skrócenie było przeszkodą w wykonaniu powierzonych prac,

b) art. 233 §1 k.p.c. przy uwzględnieniu art. 328 §2 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie jego oceny z bezzasadnym pominięciem istotnej, znacznej części tego materiału, tj. kalkulacji na roboty dodatkowe, pisma z dnia 02 marca 2012r. wraz z wyciągiem załączników :protokołem przekazania dokumentacji z dnia 2 marca 2011r. i wraz z dokumentacją powykonawczą co uniemożliwiło dokonanie ustaleń faktycznych przez sąd pierwszej instancji dotyczących zakresu prac z tytułu których wykonania powód dochodził w nn. sprawy zapłaty wynagrodzenia, postanowień umownych zawartych w(...)do umowy dotyczących wyznaczenia inspektora nadzoru inwestorskiego jako przedstawiciela pozwanego, jak i wyciągu z dziennika budowy o numerze (...)r, obejmujących wpisy dokumentujące zmianę technologii wykonania zabezpieczeń. Skarżący zakwestionował także pominięcie dowodów z dokumentów dokumentujących zwyczaj innego niż przewidziany w (...) do umowy, uzgodnienia pomiędzy stronami zasad powierzania i rozliczania prac dodatkowych zamiennych a to faktury VAT z dnia 30.06.2011r, o nr (...). potwierdzenia przelewu z 2 sierpnia 2011r. , protokołu odbioru z dnia 31 stycznia 2011r. dotyczącego muru oporowego i ścianek berlińskich , faktury VAT nr (...)r z dnia 30 września 2011r. , pisma pozwanego z dnia 28 grudnia 2011r. , pisma pozwanego z dnia 20 stycznia 2012r. jak i dokumentów obejmujących wezwania pozwanego do zawarcia aneksów do umowy dotyczących robót dodatkowych i zamiennych oraz zapłaty za ich wykonanie tj pism z dnia 14 listopada 2011r., z dnia 10, stycznia 2012r , z dnia 17 stycznia 2012r. (z dnia 31 stycznia 2012r. (2 x), wiadomości elektronicznej z dnia 10 listopada 2011r.;

c) przez dokonywanie ustaleń stanu faktycznego sprzecznych z treścią materiału dowodowego, a to z zeznaniami świadka A. T. oraz przesłuchania jako strony P. K. tj przyjęcie, iż strony nie dokonały uzgodnień w zakresie zmiany technologii wykonania prac zabezpieczających wykopy oraz komin oraz nie ustaliły wynagrodzenia należnego za ich wykonanie, w sytuacji, gdy świadek oraz reprezentant powoda potwierdzili, iż dokonywali takich ustnych uzgodnień z pozwanym, jak i ustalając sprzecznie z treścią zeznań świadków J. M., M. K., A. T. oraz reprezentanta powoda, iż strony nie uzgodniły, iż koniecznym warunkiem wykonania prac w technologii przewidzianej w umowie było skrócenie komina przez pozwanego, czego pozwany nie dokonał, a co było przeszkodą mającą miejsce po zawarciu umowy przez strony w wykonaniu ww. prac zabezpieczających w technologii przyjętej' w umowie, sprzecznie z zeznaniami świadków M. K. oraz J. M.. Sąd pierwszej instancji ustalił, iż protokół odbioru z dnia 31 stycznia 2011r. był podpisywany przez te osoby w różnych datach, a ostatecznie Sąd pierwszej instancji ustalił, iż świadek W. B. (1) zeznał, iż dokument ten był "sfalszowany", gdy tymczasem świadek ten nie takiego nie zeznał, lecz był to jedynie komentarz w trakcie jego zeznań pozwanego, który błędnie Sąd pierwszej instancji uznał za zeznanie świadka i na tej podstawie odmówił wiarygodności istotnego w nn. sprawie dowodu - protokołu odbioru z dnia 31 stycznia 2011r.;

d) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., polegające na wadliwym oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda, dot. dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczności wskazane w pozwie, jak i w piśmie z dnia 7 listopada 2013r., z dnia 31 stycznia 2014r., a ostatecznie w wykonaniu wezwania sądowego w piśmie z dnia 4 czerwca 2014r,

e) naruszenie art. 236 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nie wydanie postanowienia dowodowego i pominięcie dowodu wnioskowanego przez powoda w pozwie a dotyczącego zobowiązania Starosty (...), ul. (...), (...)-(...) W., do przedłożenia wyciągu z dokumentacji projektowej załączonej do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę pozwanego, w zakresie wykonania zabezpieczeń wykopów i komina ceglanego w technologii ścianki berlińskiej i pali żelbetowych (...), z akt postępowania dotyczącego wydania decyzji o pozwoleniu na budowę o sygn. (...)dotyczącej budowy budynku hotelu zlokalizowanego w W. przy ul. (...), który to wyciąg z dokumentacji projektowej wskazywałby,

iż komin, którego stan uniemożliwił wykonanie prac w technologii pierwotnej znajdował się poza terenem budowy i powód przyjmując teren budowy nie mógł i dlatego nie odnosił się do jego stanu;

f) naruszenie wynikające z art. 328 § 2 k.p.c. wymogu rzetelnego sporządzenia uzasadnienia, poprzez nie przedstawienie oceny przeprowadzonych dowodów i nie wskazanie przez Sąd pierwszej instancji jakim dowodom dał on wiarę, a jakie uznał za niewiarygodne oraz z jakich przyczyn;

2) naruszenie prawa materialnego a to:

a) art. 65 § 2 k.c. polegające na dokonaniu błędnej wykładni wiążącej strony umowy i pominięciu praktyk stosowanych przez strony odmiennych od jej literalnej treści, w zakresie charakteru ustalonego przez strony wynagrodzenia, jak i zasad powierzania wykonania prac zamiennych oraz dodatkowych oraz pominięciu postanowień umownych dotyczących osoby upoważnionej do reprezentacji pozwanego w osobie inspektora nadzoru inwestorskiego i zakresu jej upoważnienia

oraz przyjętej przez strony dopuszczalnej formy zmiany umowy,

b) naruszenie art. 629 i 630 § 1 k.c. poprzez ich nie zastosowanie oraz art. 632 § 1 k.c. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż strony miały zamiar i ustaliły w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, nie natomiast wynagrodzenie kosztorysowe, pomimo ustalenia wynagrodzenia na podstawie szczegółowego kosztorysu, rozliczania wykonanych prac na podstawie tego kosztorysu oraz dopuszczeniu zmian ustalonego nominalnie wynagrodzenia oraz ustaleniu, iż wynagrodzenie to było niezmienne w innej formie niż aneks, pomimo, iż strony nie zawarły wymogu sporządzania zmian do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, jak i w ogóle nie przewidywały wymogu jego sporządzenia w celu rozliczenia prac dodatkowych lub zamiennych, co wielokrotnie praktykowały w trakcie realizacji umowy;

c) naruszenie art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na ustaleniu, iż całkowitą odpowiedzialność za prawidłowość wyboru dokonanej przez inwestora technologii wykonania prac ponosił powód jako wykonawca, iż była ona objęta zakresem umowy (roboty zamienne zamiast dodatkowych), jak i iż inwestor nie ponosił odpowiedzialności za nie dopełnienie obowiązku skrócenia komina, co stanowiło przeszkodę w wykonaniu prac we wskazanej przez pozwanego w przedmiarze robót technologii, niezależną od powoda.

Strona powodowa wniosła o zmianę w całości zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie w całości powództwa ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów.

Rozpoznając apelację Sąd apelacyjny uznał w zasadzie za własne ustalenia Sądu Okręgowego i zważył co następuje:

Treść uzasadnienia jasno wskazuje jakie fakty uznano za udowodnione i jakimi motywami kierował się sąd pierwszej instancji wydając wyrok. Ustalenia podane w uzasadnieniu są wystarczające dla rozstrzygnięcia. Zakres postępowania dowodowego wyznacza bowiem podstawa faktyczną powództwa. Powód przedstawiając w pozwie okoliczności, które jego zdaniem kreują dochodzone roszczenie wyznaczył zakres rozpoznania. Podlega on w toku procesu weryfikacji sądu w kontekście przepisów prawa materialnego, mających zastosowanie w sprawie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2000 r., I CKN 975/98, LEX nr 50825). Sąd pierwszej instancji dokonał więc właściwej selekcji zgłaszanych dowodów z punktu widzenia oceny istotności okoliczności faktycznych. Skoro powód powoływał się na zawarcie umowy co do zmiany technologii wykonania robót i co do zmiany wynagrodzenia z tego tytułu to właśnie ta kwestia była przedmiotem postępowania dowodowego i to tę okoliczność powód winien wykazać w procesie (art. 227 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. i 232 k.p.c.). Sąd Okręgowy uznał, że dowody zebrane w sprawie nie wskazują by doszło do wyrażenia oświadczeń woli organu pozwanej spółki. Ta ocena nie narusza zasad logiki i zasad doświadczenia życiowego. Rolą inspektora nadzoru inwestorskiego jest reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie

kontroli zgodności realizacji budowy z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie, sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania a także potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Ten zakres umocowania wynikający z prawa budowlanego (art. 25) potwierdza uprawnienie do wskazywania zagrożeń związanych z istnieniem komina, nawet sugerowania zmian, potwierdzenia prawidłowości zmiany technologicznej sposobu zabezpieczenia wykopów, potwierdzenia prawidłowości tych robót a nawet określenia ich wartości, co jednak nie pozwala na rozszerzenie zakresu umocowania na zmiany co do wynagrodzenia za roboty budowlane. Powołany w apelacji(...)załącznika potwierdza tylko uprawnienia inspektora w ramach nadzoru nad procesem budowlanym lecz z zawartych tam postanowień nie wynika uprawnienie inspektora do ustalania umownego wynagrodzenia za wykonane prace. Niewątpliwie zmiana technologii zabezpieczenia wykopów odbyła się przy akceptacji W. B. (2) - inspektora nadzoru, skoro stwierdził on rozpoczęcie zabezpieczenia wykopu palami (...) w rejonie komina ceglanego (k-115) i nie wpisał żadnych zastrzeżeń w tym przedmiocie. Spór sprowadzał się jednak do tego czy konsekwencje finansowe zmiany technologicznej zabezpieczenia wykopów były uzgodnione między stronami. To powód jako profesjonalista był zobowiązany, w ramach wykonywania projektu, do właściwego zabezpieczenia wykopów, zobowiązany był też do tego wprost umową. Pozwany zainteresowany był tylko efektem tego zabezpieczenia. Przystąpienie do prac określonych projekcie powinno być poprzedzone zbadaniem warunków gruntowych i otoczenia. Istnienie komina było widoczne dla wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego. Nie wykazano by przystąpienie do budowy było uzależnione od wcześniejszego usunięcia czy obciążenia komina. Świadek M. K. wprawdzie zeznawał (zeznania z dnia 28 lutego 2013r), że przed podpisaniem umowy komin miał być skrócony o 1/3 przez inwestora, jednakże umowa nie zawiera w tym zakresie żadnych obowiązków inwestora. Świadek ten ponownie słuchany w dniu 13 czerwca 2014r. stwierdził, że nie wie nawet czy jego kalkulacja dotycząca prac zabezpieczenia doszła do inwestora. Jeżeli więc powód przystąpił do wykonania prac w tym obciążającego go zobowiązania zabezpieczenia wykopów, bez wcześniejszej realizacji zapewnienia o zburzeniu komina, to ponosi ryzyko wynikające z wpływu istnienia komina na koszt prac zabezpieczających wykopy. Wykonawca winien dokonać oględzin terenu inwestycji. Skoro przejął teren robót to uznał, że nie ma przeszkód do wykonania prac zgodnie z projektem. Za właściwe zabezpieczenie terenu budowy odpowiada kierownik budowy a szczególne warunki zabezpieczenia powinny wynikać z pozwolenia na budowę. Jeżeli wykonawca uznawał, że wykonanie prac zgodnie z projektem nie jest możliwe wobec istnienia komina, nie powinien przystąpić do budowy niezależnie od tego czy komin znajdował się na terenie budowy czy na działce sąsiedniej. Wprawdzie z zeznań świadków wynika, że ze strony przedstawiciela inwestora padały informacje o tym, że komin zostanie rozebrany, jednakże te zapewnienia nie były równoznaczne ze zmianą umowy, zgodnie z którą to wykonawca miał odpowiadać za niedopuszczenie do uszkodzenia (...)Do faktycznego przycięcia komina jako obowiązku inwestora doszło w połowie 2011r. ale było to związane z protokołem kontroli budowy z dnia 2 maja 2011r. (k- 326) tj w związku z osuwaniem się drogi z przyczyn niewłaściwego zabezpieczenia drogi jak też niewłaściwego zabezpieczenia wykopów.

Ustalenie, iż wymienione w pozwie prace, za które powód dochodził od strony pozwanej wynagrodzenia dodatkowego były objęte umową były prawidłowe skoro wszyscy świadkowie zeznawali, że prace zabezpieczające obciążały stronę powodową. Potwierdza to treść umowy. Badanie więc szczegółowe projektu budowlanego nie było potrzebne skoro poza sporem jest, że wykonawca miał zabezpieczyć wykopy a zamierzał tego dokonać metodą grodzic. Protokół rzeczowo finansowy oznaczony datą 31 stycznia 2011r. stanowił (niezależnie od kwestii faktycznej daty jego sporządzenia) jedynie potwierdzenie wykonania robót w zmienionej technologii zabezpieczenia wykopów (k-151). Dokonano tamże także potwierdzenia wartości tych robót, co jednak nie mogło stanowić zmiany wynagrodzenia określonego umową, w braku wyrażenia w tym przedmiocie zgodnych oświadczeń woli osób uprawnionych do reprezentacji stron. Ponadto protokół ten odwołuje się do umowy z dnia 27 września 2010r. nr (...) tym bardziej więc nie może on stanowić dowodu na dorozumianą zmianę umowy z dnia 20 września 2010r., niezależnie od kwestii uprawnień inspektora nadzoru do takiej zmiany czy też podnoszonej niewiarygodności daty oględzin i daty złożenia podpisów przez członków komisji odbiorowej. Zeznaniom świadka K. i T. o akceptacji poniesienia przez pozwaną

kosztów zmiany sposobu zabezpieczenia zaprzeczają zeznania inspektora nadzoru i Prezesa zarządu pozwanej. Niezależnie od tego zeznania świadka K. nie wskazują by zapewnienie o zapłacie pochodziło od organu spółki. Świadek M. (jak zeznał) również nie był obecny przy rozmowach z organami pozwanej spółki. Zeznaniami świadków K. i T. zaprzeczają też postanowienia umowy co do zasad zmiany wynagrodzenia a przede wszystkim aneksy i porozumienie wskazujące, że tryb zmian umowy określony w umowie był realizowany. Wybór jednej z grup przeciwstawnych dowodów nie narusza art. 233§1 k.p.c. Zgodzić się można tylko z apelującym, że inspektor nadzoru akceptował sposób zabezpieczenia wykopów i potwierdzał odbiór prac, co zresztą zostało przyznane (k-287). To czy uczynił to dla wykonawcy (na co powołuje się powód) czy też celem rozliczeń powoda z podwykonawcą (na co wskazywała strona pozwana) nie ma znaczenia. Odbiór jest bowiem tylko potwierdzeniem wykonania robót dotyczących zabezpieczenia wykopów, jednak nie jest równoznaczny z akceptacją, że zwiększone koszty zabezpieczenia wykopów poniesie zamawiający. Okoliczność, że strona pozwana płaciła faktury dotyczące prac dodatkowych bez zrealizowania trybu zmiany wynagrodzenia określonego w umowie, nie jest przesądzająca albowiem uznanie długu z tytułu robót dodatkowych o relatywnie niewielkiej wielkości nie jest równoznaczne z ukształtowaniem nowej praktyki ustalania wynagrodzenia za prace określone umową i nie stanowiło o powstaniu zwyczaju.

Wykonanie wszelkich niezbędnych robót zabezpieczających było przewidziane w umowie (k-28). Treść § (...) umowy jednoznacznie wskazuje, że wszystkie roboty zamiennie powinny się bilansować w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro strona powodowa sama twierdzi, że doszło tylko do zmiany technologicznej, to należy przyjąć, że prace miały charakter zamienny względem oczekiwanego efektu tj. właściwego zabezpieczenia wykopów i nie były to prace dodatkowe nie przewidziane w umowie. Nawet jednak gdyby przyjąć szerokie rozumienie prac dodatkowych (k-26-27) zdefiniowanych dla potrzeb dla potrzeb umowy to i tak nie zrealizowano określonego tamże sposobu ustalenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Opisany na tej podstawie przez Sąd Okręgowy tryb zmiany umowy był określony w umowie i respektowany przez strony, skoro doszło do aneksowania i zawarcia dodatkowego porozumienia. Treść korespondencji stron również nie potwierdza, że doszło do zmiany wynagrodzenia w związku z wyższymi kosztami zmiany technologicznej a pismo z dnia 7 marca 2011r. (k-332) wręcz temu zaprzecza. Kalkulacja przedstawiona przez podwykonawcę ma znaczenie dla rozliczeń pomiędzy powodem z podwykonawcą i jego sporządzenie nie wpływa na rozliczenie stron. Powód bowiem otrzymał wynagrodzenie za zabezpieczenie wykopów wynikające z umowy. Pisma kierowane do powoda w 2011r. i wystawienie faktury pro-forma odzwierciedlają tylko wolę jednej ze stron. Nie wykazano więc dorozumianego odstąpienia od zasad zmiany wynagrodzenia określonych w umowie, zgodnie z którą wszelkie ryzyko i odpowiedzialność za niedoszacowanie, pominięcie czy brak rozpoznania wpływające na wzrost kosztów robót, obciążały wykonawcę (k-48). Ocena dowodów może być skutecznie podważona przez wykazanie braku logiki w wyprowadzeniu wniosków lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza zasady doświadczenia życiowego (por. wyrok SN z dnia 27.09.2002 r, II CKN 817/00, Lex nr 56906) a takiego braku logiki nie wykazano.

Brak także podstaw do uwzględnienia zarzutów apelacji dotyczących przeprowadzonych dowodów z opinii biegłych sądowych, w tym także zarzutu opartego na art. 278 k.p.c. Opinia biegłego jest konieczna gdy wyjaśnienie sprawy wymaga wiadomości specjalnych. W tej sprawie nie było potrzeby określania ani wartości kosztów poniesienia prac zastępczych ani też określenia o ile wartość ta przekracza wartość prac zabezpieczających przy poprzedniej technologii.

W umowie tej strony określiły, że wynagrodzenie należne powodowi będzie miało charakter ryczałtowy i ocena w tym względzie nie narusza art. 65§1 k.c. Na tle art. 65 k.c. należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym (tak również Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC nr 5, poz. 168). Przy kombinowanej metody wykładni uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron. W tym jednak przypadku z twierdzeń strony powodowej wynika odmienne od pozwanej przyjmowanie znaczenia oświadczenia o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Zaoferowane dowody nie pozwalają jednak na uznanie, że zamiarem stron było inne ukształtowanie tej kwestii niż zawarta w treści pisemnej umowy. Konieczne jest więc przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten

rozumiał i rozumieć powinien przy uwzględnieniu, że obie strony są profesjonalistami. W procesie interpretacji dokumentu podstawowa rola przypada w takim przypadku językowym regułom znaczeniowym. Wykładnia językowa zaś jednoznacznie wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, na które nie powinno wpływać zamienny sposób ich wykonania chyba, że strony ustalą zgodnie zwiększenie lub zmniejszenie tego wynagrodzenia odpowiednim aneksem. Strony także określiły tryb wykonania i finansowania robót dodatkowych. Możliwość sporządzenia kosztorysu dla określenia podstaw do zmiany wynagrodzenia czy określenia wynagrodzenia dodatkowego nie oznacza zmiany charakteru wynagrodzenia. Kosztorys w tym przypadku stanowił podstawę dla określenia wynagrodzenia ryczałtowego w umowie. Ewentualne dodatkowe obmiary i kalkulacje mogły stanowić podstawę do ewentualnych negocjacji co do podwyższenia czy obniżenia umowy same w sobie takiej zmiany nie tworzyły. Sporządzenie więc bez udziału pozwanej zestawienia zbiorczego robót i ich wysokości czy też kalkulacji z dnia 28 stycznia 2011r. nie tworzy podstawy do przyjęcia zmiany wynagrodzenia umownego. Należy rozróżnić prawo żądania podwyższenia wynagrodzenia od dopuszczalności umownej zmiany wynagrodzenia w ramach swobody kontraktowania. Nie doszło więc do naruszenia art. 629k.c. i art. 630§1k.c. Słusznie zatem Sąd pierwszej instancji, sięgając do regulacji art. 632 k.c. uznał, że strona pozwana spełniała świadczenie tj. zapłaciła umówione wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. W konsekwencji nie doszło także do naruszenia art. 647 k.c. Istotą bowiem wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia niezależnie od tego czy w czasie zawierania umowy miał możliwość przewidzenia rozmiaru prac i wielkości ich kosztów. Przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania dodatkowych kosztów związanych z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Wynika to wprost z art. 632§1 k.c., który z woli stron ma zastosowanie w przedmiotowym stosunku. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10). Nie oznacza to oczywiście przeszkód do umownego obniżenia czy podwyższenia tego wynagrodzenia. W braku jednak wykazania, możliwości na gruncie umowy, zawarcia dodatkowego porozumienia co do sposobu finansowania zamiany technologii zabezpieczenia wykopu, nie jest zasadne żądanie dodatkowego wynagrodzenia, tym bardziej, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 632 § 2 k.c. W okolicznościach tej sprawy brak jest podstaw do podwyższenia ryczałtu, skoro istnienie komina było oczywiste i konieczność jego zabezpieczenia była przewidziana w umowie. Nawet jeżeli istnienie komina uniemożliwiało użycia kafarów przy pracach zabezpieczających to ten fakt dla profesjonalisty musiał być wiadomy. Zdaniem Sądu apelacyjnego zmiana technologii zabezpieczenia nie stanowiła prac dodatkowych w rozumieniu kodeksowym, albowiem zabezpieczenie wykopów było przewidziane w umowie i pozwany nie osiągał żadnego dodatkowego efektu materialnego a jedynie identyczny efekt jak w pierwotnej umowie tj. odpowiednie zabezpieczenie wykopów dla realizacji obiektu określonego w umowie. Dla inwestora w zasadzie nie ma istotnego znaczenia sposób realizacji zabezpieczenia wykopów a jedynie skutek tego zabezpieczenia tj. właściwe zabezpieczenie przed osuwaniem gruntu pod wpływem warunków atmosferycznych. Przede wszystkim jednak nie było podstaw do przyjęcia, że pozwana zgodnie z trybem zmian umowy zleciła jakiegokolwiek prace dodatkowe (w rozumieniu definicji zawartej w umowie) dotyczące zmiany technologicznej dotyczącej zabezpieczenia wykopów a przede wszystkim, że zaakceptowała, iż zwiększone koszty zabezpieczenia wykopów pokryje ona jako zamawiający. Nie było więc konieczne szerokie porównywanie zakresu tego zabezpieczenia abstrahując od wynikającej z zeznań świadka M. K. w dniu 13 czerwca 2014r okoliczności, że nawet w pierwotnym projekcie był przewidziany mur oporowy a tylko został on wybudowany w innej technologii. Niezależnie od tego z zeznań tego świadka, który wykonywał zabezpieczenie (i to jeszcze przy pomocy innej firmy) wynika, że wykonanie muru metodą zamienną tj. metodą berlińską i palic (...) było wprawdzie dużo droższe, lecz zrobiono to po kosztach a więc nie było starty, co nawet i z tego względu nie uzasadnia uwzględnienia powództwa. Nie było także wzbogacenia pozwanej kosztem powoda skoro podwykonawca zeznał, że to on pokrył koszty zabezpieczenia a powód mu nie zapłacił, co więcej powód kwestionuje swą odpowiedzialność z tego tytułu. Apelacja nie jest więc zasadna i Sąd Apelacyjny orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98§1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c., przy zastosowaniu 2 ust. 1, §6pkt. 7 i §13 ust. 1 pkt.2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 461).