

Sygn. akt *I AGa 269/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 września 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: **SSA Bogdan Wysocki**

Sędziowie: **SSA Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga**

SSA Ewa Staniszevska /spr./

Protokolant: **st. sekr. sąd. Agnieszka Paulus**

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w R.**

przeciwko **(...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 20 lutego 2013 r. sygn. akt IX GC 657/10

1. oddala apelację;
2. zasądza od powoda na rzecz pozwanej 154.800 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, kasacyjnego oraz postępowania zażaleniowego przed Sądem Najwyższym.

Ewa Staniszevska Bogdan Wysocki Małgorzata M.-T.

--	--	--

Sygn. akt I A Ga 269/18

UZASADNIENIE

Powód Syndyk masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) kwoty 4.202.053,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia

złożenia pozwu do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, ponad zakres ustalony w umowie z dnia 17 grudnia 2007 r.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 20 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu powództwo oddalił i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Podstawą tego orzeczenia były następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 17 grudnia 2007 r. strony zawarły umowę o dzieło Nr PZ (...) na mocy której powód zobowiązał się wykonać roboty ziemne i drogowe dla inwestycji P. W. (...), zgodnie z protokołem z negocjacji przedkontraktowych z dnia 26 listopada 2007 r., łącznie z wszystkimi załącznikami oraz zaleceniem nr (...) z dnia 26 listopada 2007 r. Strony postanowiły, że do zakresu prac objętych umową będą wchodziły także wszystkie świadczenia, jakie okażą się konieczne do kompletnego wykonania umowy, wliczając w to prace przygotowawcze, pomocnicze oraz wszelkie inne niezbędne do wykonania dzieła. Wartość umowną ustaliły na kwotę ryczałtową 7.070.000 zł netto + VAT,

Zgodnie z § 3 pkt 3 umowy wszelkie prace dodatkowe, których wykonanie jest zdaniem powoda konieczne, a wykraczające poza zakres objęty ofertą, mogą być wykonane po ich wcześniejszym pisemnym zleceniu przez pozwanego. Wynagrodzenie za te prace miało być obliczone na bazie kalkulacji zlecenia głównego i uregulowane przy zapłacie końcowej.

Powyższa umowa została zmieniona trzema aneksami - zwiększającymi zakres robót (o wykonanie dodatkowych robót ziemnych, żelbetowych i robót tymczasowych) i kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

Zawarcie przedmiotowej umowy były poprzedzone złożeniem przez powoda oferty (zawierającej wykaz robót do wykonania wraz z wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 7.400.000 zł) oraz negocjacjami, z których w dniu 26 listopada 2007 r. sporządzono protokół. W punkcie 4 tego protokołu powód zapewnił, że przedstawiona do jego dyspozycji dokumentacja i dane są wystarczające aby przy kalkulacji ceny ująć

wszystkie okoliczności mające na nią wpływ oraz aby przedstawiona oferta była kompletna, a wykonanie prac nią objętych mogło nastąpić zgodnie z wszelkimi zasadami sztuki budowlanej. W przypadku gdy powód nie uwzględnił w swojej ofercie prac, których konieczność wynika z przedstawionej przez pozwanego dokumentacji stanowiącej podstawę do sporządzenia oferty, powodowi nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie albowiem wynagrodzenie wskazane powyżej jest wynagrodzeniem ryczałtowym obejmującym pełen zakres prac koniecznych do wykonania przedmiotowego dzieła. Wszelkie roszczenia w tym zakresie zostały wyłączone. Na podstawie protokołu z negocjacji pozwany wystawił zlecenie wykonania przez powoda kompletnego wykonania robót ziemnych i drogowych dla budowy P. P. B. ul. (...).

Powód wykonał na rzecz pozwanego zleczone mu roboty i w związku z tym wystawił na jego rzecz szereg faktur, z których należności zostały uregulowane.

W dniu 5 grudnia 2007 r. powód zawarł z firmą (...) sp. z o.o. w W. umowę o dzieło, której przedmiotem było wykonanie robót rozsypania spoiwa w ilości 42,65 kg/m² i wymieszanie gruntu zestawem typu S. w ilości 70.000 m² za wynagrodzeniem 6,50 zł za 1 m² + VAT. Za wykonane prace firma ta wystawiła na rzecz powoda szereg faktur VAT.

Powód dla wykonania robót na spornej inwestycji dokonywał także zakupu mieszanki granitowej w firmie (...) sp.j w Ś..

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo za bezzasadne.

Sporną między stronami kwestię charakteru łączącej je umowy Sąd rozstrzygnął zgodnie ze stanowiskiem pozwanego - przyjmując, że jest to umowa o dzieło, unormowana w art. 627 i nast. kc jako umowa określonego z góry rezultatu. Roboty powoda obejmowały w zasadzie prace ziemne, związane z wyrównaniem i stabilizacją terenu oraz wykopami,

jak również prace związane z budową dróg i chodników. Późniejsze rozszerzenie aneksami zakresu wykonywanych robót nie mogło wpłynąć na kwalifikację prawną umowy, skoro powodowały one zwiększenie zakresu robót powoda o dodatkowe prace ziemne.

W ocenie Sądu Okręgowego wynagrodzenie ustalone przez strony w umowie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Przede wszystkim strony konsekwentnie dla określenia rodzaju wynagrodzenia, zarówno w samej umowie, jak i w protokole negocjacji używają określenia „ryczałtowe”. W protokole negocjacyjnym z dnia 26 listopada 2007 r. jednoznacznie wskazano, że w przypadku jeżeli zleceniobiorca nie uwzględnił w swojej ofercie prac, których konieczność wynika z przedstawionej przez zleceniodawcę dokumentacji stanowiącej podstawę do sporządzenia oferty, zleceniobiorcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie gdyż wskazane wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, obejmującym pełen zakres prac koniecznych do wykonania przedmiotowego dzieła.

Sąd zwrócił też uwagę na załącznik nr (...) do protokołu, stanowiący uzupełnienie do punktu 14 protokołu - Ogólne warunki umów (...) sp. z o.o. w którego punkcie 1 wskazano, że ryczałtowana cena stała obejmuje wszystko, co jest konieczne do wykonania dzieła pod klucz i w sposób zapewniający bezusterkowe funkcjonowanie dzieła, w tym wszystkie usługi dodatkowe i specjalistyczne, dotyczące tego obiektu, które zostały wymienione w dokumentacji.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, dla wyjaśnienia dlaczego wynagrodzenie, które miało w jego ocenie charakter kosztorysowy, było określone w umowie jako ryczałtowe.

Powód domagając się wynagrodzenia za dodatkowe jego zdaniem roboty - stabilizację gruntu na spornej inwestycji - powinien był wykazać, że były to prace wykraczające poza zakres umowy z pozwanym. Powód miał tymczasem przed zawarciem umowy dostęp do dokumentacji, na podstawie której sporządził ofertę. Jeżeli była niewystarczająca lub zawierała błędy, czy też rodziła wątpliwości powód winien był przedsięwziąć w tym zakresie określone działania. Jeśli nawet błędnie przyjął konieczność wykonania mniejszej ilości robót w zakresie stabilizacji gruntu, to jest to wynikiem jego zaniedbania i nie może być podstawą do żądania dostawowego wynagrodzenia. Powód zobowiązał się bowiem do wykonania robót w zakresie stabilizacji gruntu i miał w tym wypadku osiągnąć określony cel. Ilość i rodzaj prac były zależne od niego i powinien był i mógł je obliczyć w sposób prawidłowy. Powód nie wykazał zatem, aby prace za które domaga się zapłaty nie były objęte umową łączącą strony. Nie może zatem domagać się dodatkowego wynagrodzenia za ich wykonanie.

Poza tym pozwany nigdy pisemnie nie zlecił wykonania dodatkowych robót, a strony nie zawarły w tym zakresie żadnego aneksu - stosownie do treści § 3 pkt 3 umowy.

Sąd nie stwierdził podstaw do zastosowania w sprawie art. 632 § 2 kc, który stanowi, że jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. To, że dopiero po zawarciu umowy i rozpoczęciu prac powód ustalił, że jego pierwotne szacunki, co do zakresu prac są niewłaściwe, obciąża wyłącznie powoda. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że jest on w stanie upadłości i skutki nieotrzymania dodatkowego wynagrodzenia zostaną przerzucone na wierzycieli.

W apelacji od tego wyroku powód zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na błędnym przyjęciu, że zakres prac wskazanych w umowie z dnia 17 grudnia 2007 r. obejmował wszystkie prace wykonane przez powoda, również prace objęte pozwem wniesionym w sprawie,
- naruszenie art. 632 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie,
- naruszenie art. 217 § 1 i 227 kpc poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w zwłaszcza dowodu z opinii biegłego do spraw budowlanych na okoliczności zawnioskowane w pozwie i piśmie procesowym z dnia 16 maja 2011 r.

Wskazując na te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Poznaniu z pozostawieniem mu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 2 listopada 2016r. Sąd Apelacyjny w pkt I zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanego na rzecz powoda 3.788.535,61 zł z ustawowymi odsetkami, oddalił powództwo w pozostałej części oraz orzekł o kosztach postępowania przed Sądem I instancji; w pkt II oddalił apelację w pozostałej części; w pkt III orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny powołał się na następujące rozważania.

Apelacja powoda okazała się uzasadniona.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy błędnie zakwalifikował zawartą między stronami umowę jako umowę o dzieło.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zawarta między stronami umowa była umową o roboty budowlane uregulowaną w art. 647 - 658 kc.

Zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań prawa budowlanego. W umowie o roboty budowlane chodzi bowiem o przedsięwzięcia o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach i co szczególnie istotne, którym towarzyszy - poza nielicznymi wyjątkami - wymóg projektowania obiektu i zinstytucjonalizowany nadzór {por. wyrok SN z 25.03.1998 r. II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207, oraz uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 0, poz. 106/.

W niniejszej sprawie zwrócić należy uwagę na szereg okoliczności świadczących o tym, że zawarta między stronami umowa była umową o roboty budowlane.

W zawartej umowie występują pojęcia charakterystyczne dla umowy o roboty budowlane.

Roboty miały być wykonane na podstawie projektu, występował nadzór inwestorki, wynagrodzenie miało być płacone proporcjonalnie do zakresu robót.

Strony przewidziały kaucję gwarancyjną, ustanowiły kierownika budowy i inspektora nadzoru budowlanego.

Prowadzony był dziennik robót, nastąpiło przekazanie placu budowy.

Strony ustaliły też, że nastąpi protokolarny odbiór robót a nadto ubezpieczenie prac budowlanych.

Wszystkie te postanowienia nawiązują do prawa budowlanego i umowy o roboty budowlane, co uzasadnia stwierdzenie, że zawarta między stronami umowa była umową o roboty budowlane.

Sam fakt nazwania zawartej przez strony umowy, umową o dzieło nie może mieć decydującego znaczenia.

Uznał natomiast, za prawidłowe stanowisko Sądu I instancji, który zakwalifikował ustalone przez strony wynagrodzenie jako ryczałtowe.

Przede wszystkim same strony konsekwentnie zarówno w samej umowie jak i w protokole z negocjacji używały określenia „wynagrodzenie ryczałtowe”.

Nadto strony postanowiły, że w przypadku nie uwzględnienia w ofercie prac których konieczność wykonania wynika z dokumentacji stanowiącej podstawę opracowania oferty, powodowi nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie. Wszystkie te okoliczności jednoznacznie wskazują, że wolą stron było uzgodnienie wynagrodzenia ryczałtowego o którym mowa w art. 632 § 1 kc. Przepis ten odnosi się co prawda do umowy o dzieło, jednakże w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono trafny pogląd, który Sąd Apelacyjny w pełni podziela, że art. 632 kc może mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy.

Podzielił również stanowisko Sądu I instancji co do braku podstaw do zastosowania w sprawie art. 632 § 2 kc.

Przyjmuje się bowiem, że istotna zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 kc dotyczy wyłącznie zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od stron, którego nie były w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy.

Wykluczone spod działania tego przepisu są okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające wykonawcy rażąco strata. Wykonywanie przez wykonawcę robót dodatkowych, których potrzeba wynikała na skutek na przykład wad dokumentacji geotechnicznej nie stanowi zmiany stosunków, o której mowa w art. 632 § 2 kc.

Jednakże powód dochodził w pozwie - i tak to zakwalifikował w uzasadnieniu Sąd Okręgowy - w istocie wynagrodzenia za roboty dodatkowe nie objęte sporną umową. Art. 632 § 2 kc dotyczy zaś podwyższenia ryczałtu w razie zaistnienia przesłanek materialno prawnych, w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową.

Nie może więc mieć zastosowania w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. W tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowy o uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym.

Bezsporne zaś było, że roboty za które żąda powód wynagrodzenia - określone przez niego jako roboty dodatkowe - zostały wykonane przez powoda przy akceptacji pozwanego, który nie wstrzymał ich wykonania.

Jest też niesporne, że pozwany jako zamawiający z prac tych, niezbędnych do zrealizowania inwestycji jako takiej, skorzystał, to tym samym jest ich wartością bezpodstawnie wzbogacony kosztem wykonawcy.

Wskazał, że w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalili się poglądy, że wykonawca w tym także ten, którego wiąże z zamawiającym węzeł obligacyjny na podstawie umowy o roboty budowlane, w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe może ubiegać się o rekompensatę poniesionych przez siebie kosztów związanych z pracami realizowanymi na rzecz zamawiającego, w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Zastosowanie winny więc znaleźć przepisy art. 410 § 1 kc w zw. z art. 405 kc bowiem świadczenie zrealizowane bez zawartej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne.

Co prawda powód nie wskazywał na zastosowanie tych przepisów prawa, ale kwalifikacja prawna żądania strony - reprezentowanej nawet przez profesjonalnego pełnomocnika - należy do Sądu.

Postanowieniem z dnia 25 marca 2015 roku Sąd Apelacyjny w Poznaniu dopuścił dowód z opinii biegłego z dziedziny budownictwa na okoliczność, czy wykonane roboty za które powód domaga się wynagrodzenia objęte były umową łączącą strony, czy też były pracami dodatkowymi, których konieczności wykonania nie dało się przewidzieć na etapie zawierania umowy. W przypadku zaś uznania tych prac za prace dodatkowe biegły winien ustalić ich wartość z uwzględnieniem wartości zużytego kruszywa.

Biegły sądowy M. B. (1) w sporządzonej przez siebie opinii uznał za dodatkowe roboty stabilizacyjne gruntu o wartości 635.537,50 zł netto i 803.851,13 zł brutto (k. 1395-1428).

Obie strony zgłosiły szereg zastrzeżeń do tej opinii.

Uznając więc, że sporządzona opinia niejednoznacznie odpowiadała na postawione pytania, zawierała istotne luki, których biegłych nie potrafił przekonywująco wyjaśnić na rozprawie, a nadto nie pozwalała sądowi na skontrolowanie rozumowania biegłego co do trafności wniosków końcowych, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii innego biegłego (k.1510).

Biegły P. W. (1) w sporządzonej przez siebie opinii (oraz pisemnych wyjaśnieniach) stwierdził, że pomimo opracowanej dokumentacji geotechnicznej nie dało się przewidzieć konieczności robót za które powód żąda wynagrodzenia.

Biegły uznał więc, że prace za które powód żąda wynagrodzenia były pracami dodatkowymi, których konieczności wykonania nie dało się przewidzieć na etapie zawierania umowy.

Biegły w swej opinii po dokonanej korekcie wynikającej z tego, że uwzględnił tylko okres dostawy kruszywa z czasu kiedy powód był na placu budowy - określił wartość robót dodatkowych, nie objętych zakresem łączącej strony umowy na kwotę 3.788.355,61 zł netto i 4.653.806,36 zł brutto.

Oceniając opinię biegłego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału zgodnie z art. 233 § 1 kpc, Sąd Apelacyjny uznał ją za zupełną, zgodną z wymaganiami formalnymi i przekonywującą.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd uznał, że powód wykonał roboty dodatkowe - nie objęte umową i których konieczności wykonania nie dało się przewidzieć na etapie zawierania umowy - o wartości 3.788.535,61 zł (w tym wartość zużytego kruszywa). Wartość tych robót stanowi dla pozwanego korzyść majątkową podlegającą zwrotowi na podstawie art. 405 kc.

Dlatego też na podstawie art. 386 § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok i zasądził na rzecz powoda od pozwanego 3.788.535,61 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa (zgodnie z żądaniem pozwu) do dnia 31 grudnia 2015 roku i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku (art. 481 kc).

W pozostałej części powództwo jako bezzasadne podlegało oddaleniu.

W ocenie bowiem Sądu Apelacyjnego wartość wzbogacenia po stronie pozwanego wyrażającego się wartością wykonanych robót dodatkowych, nie ulega zwiększeniu o wartość podatku VAT.

Roszczenie o zapłatę kwoty odpowiadającej podatku od towarów i usług przysługuje wykonawcy wobec zamawiającego tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane na podstawie ważnej i łączącej strony umowy.

W pozostałej części apelacja jako bezzasadną oddalił na podstawie -art. 385 kpc.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo i apelację oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania sądowego zarzucając naruszenie prawa materialnego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 1 kpc) a mianowicie przepisu art. 405 kc poprzez błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, iż wartość wzbogacenia po stronie pozwanego, wyrażającego się wartością wykonanych przez powoda robót dodatkowych, nie objętych umową, nie ulega zwiększeniu o wartość podatku VAT.

Powód wniósł o:

1. na podstawie przepisu art. 398¹⁵ KPC o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w części wskazanej w niniejszej skardze kasacyjnej oraz przekazanie Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu, w tym kosztach zastępstwa adwokackiego w wysokości według norm przepisanych za wszystkie instancje;

2. na podstawie przepisu art. 398¹⁶ KPC o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. zmianę wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 20 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt IX GC 657/10 poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 4 202 053,47 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 19 listopada 2010 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za wszystkie instancje.

Ponadto wniósł o przyznanie powodowi zwolnienia od kosztów sądowych w postaci zwolnienia od opłaty od skargi kasacyjnej.

Z kolei pozwany zaskarżył wyrok w części zasadzającej od niego, na rzecz powoda należność główną z odsetkami oraz rozstrzygającą o kosztach postępowania sądowego przed Sądem I i II instancji zarzucając naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 § 1 i 2 kc, art. 405 kc w zw. z art. 410 § 1 kc oraz art. 627 kc, a nadto przepisy prawa procesowego tj. art. 382 kpc, w zw. z art. 378 § 1 kpc, art. 479¹² § 1 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc oraz art. 45 ust 1 Konstytucji, naruszenie art. 278 § 1 kpc w zw. z art. 236 kpc w zw. z art. 382 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, nadto art. 328 § 2 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, art. 321 kpc w zw. z art. 187 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc.

Powołując się na powyższe wniósł o:

1. uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 listopada 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt IACa 1274/14 w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu na podstawie art. 398¹⁵ § 1 kpc;

2. uchylenie na podstawie art. 398¹⁶ kpc wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 listopada 2016r. wydanego w sprawie o sygn. akt IACa 1274/14 w zaskarżonej części i oddalenie w całości apelacji powoda z dnia 22 marca 2013r.

Wyrokiem z dnia 8 marca 2018r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy przyznał racje pozwanemu, że Sąd uwzględniając żądanie pozwu nie odniósł się do treści wskazanych w skardze postanowień umowy stron, w szczególności odnoszących się do jej przedmiotu. Zdaniem skarżącego w konsekwencji tego Sąd pominął, że przedmiotem umowy było doprowadzenie do osiągnięcia rezultatu w postaci wykonanych zgodnie z umową stabilizacji hali i podbudowy pod posadzkę o szczegółowo oznaczonych w umowie parametrach technicznych.

Za słuszością tego zarzutu może przemawiać okoliczność, że Sąd nie odniósł się do treści § 2 ust. 1 umowy, według którego jej przedmiotem jest wykonanie robót ziemnych i drogowych zgodnie z protokołem negocjacji przedkontraktowych z dnia 26 listopada 2007 r. łącznie ze wszystkimi załącznikami. W tym protokole w tabeli zatytułowanej: „Opis robót” strony określiły szczegółowe parametry techniczne, które ma osiągnąć powód w wyniku powierzonych mu robót, w tym w pozycji 5 - parametry dla stabilizacji hali i w pozycji 8 - parametry dla podbudowy pod posadzkę. Z kolei w myśl § 2 ust. 2 umowy do zakresu prac wchodzi „wszystkie świadczenia, jakie okażą się konieczne do kompletnego wykonania dzieła, wliczając w to prace przygotowawcze, pomocnicze oraz wszystkie inne niezbędne do wykonania dzieła.” Zgodnie z punktem 2.1 protokołu z negocjacji przedkontraktowych wszelkie prace konieczne do osiągnięcia tego przedsięwzięcia zostały uwzględnione w cenie ryczałtowej natomiast w myśl pkt 4 tego protokołu „w przypadku jeżeli zleceniobiorca nie uwzględni w swojej ofercie wszystkich prac (...) zleceniobiorcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie albowiem wynagrodzenie wskazane powyżej jest wynagrodzeniem ryczałtowym obejmującym pełen zakres prac koniecznych do wykonania przedmiotowego dzieła”. Ryczałtowana cena stała miała obejmować to wszystko, co jest konieczne do wykonania dzieła „pod klucz” i w sposób zapewniający bezusterkowe funkcjonowanie dzieła (pkt 1 załącznika nr(...) do protokołu z negocjacji przedkontraktowych); błędne ilości/wymiary nie powodowały zmiany ceny (pkt 1 załącznika nr (...) do protokołu z negocjacji przedkontraktowych);

powód był zobowiązany na własną odpowiedzialność sprawdzić wymiary (pkt 1 załącznika nr(...) do protokołu z negocjacji przedkontraktowych).

Z charakteru wynagrodzenia powoda określonego w umowie jako ryczałtowe, w rozumieniu art. 632 § 1 k.c., wynika, iż należy się ono w umówionej wysokości i wykonawca w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ten charakter wynagrodzenia prowadzi do obciążenia wykonawcy ryzykiem nieprzewidzianego wzrostu rozmiaru prac lub kosztów. Istotą tego wynagrodzenia jest ustalenie jego z góry, przy czym charakter okoliczności, z uwagi na które nie przewidziano rozmiaru lub kosztów prac, nie ma większego znaczenia. W warunkach wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko nieuwzględnienia wszystkich prac wymaganych dla realizacji całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem tego przedmiotu dokonany przez zamawiającego, w formie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów, spoczywa na wykonawcy.

Sąd ustalił, że pomimo opracowanej dokumentacji geotechnicznej nie udało się przewidzieć konieczności wykonania prac, które odbiegały od pierwotnych projektów, na podstawie których kalkulowana była cena ofertowa. Sąd jednakże nie ustalił okoliczności, które doprowadziły do tego kluczowego ustalenia, ograniczając się w tym zakresie do tej treści stwierdzenia biegłego P. W. (1). Wskazał, że nie sposób jednak wykluczyć, a co uniemożliwia brak ustalenia tych okoliczności, że odkrycie w trakcie robót znacząco odmiennych warunków geologiczno - gruntowych, nie przewidzianych w żadnych badaniach podłoża lub innej dokumentacji, którego koniecznością było przeprowadzenie prac określonych na kwotę 3.788.535,61 zł netto, tj. ok. 1/4 wartości umówionego wynagrodzenia, odbiegających od pierwotnie ujętych w projektach, na podstawie których kalkulowana była cena ofertowa, byłoby zdarzeniem nadzwyczajnym i nieprzewidywalnym odnoszącym się do indywidualnej sytuacji stron, stanowiącym nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Wbrew zaś pogładowi wyrażonemu przez Sąd pierwszej instancji, aprobowanemu w istocie przez Sąd drugiej instancji, kwalifikującemu jako nadzwyczajną zmianę stosunków (632 § 2 k.c.) tylko zdarzenia o charakterze powszechnym i trwałym (oddziałujące na sytuację wielu podmiotów lub występujące na znacznym obszarze), zakwalifikowaniu takiemu podlega - w uzasadnionych przypadkach - także zdarzenie nadzwyczajne i nieprzewidywalne, dotyczące indywidualnej sytuacji stron stosunku zobowiązaniowego.

Nie bez znaczenia w sprawie mogłoby mieć stanowisko orzecznictwa, które akceptuje możliwość zgłoszenia przez powoda samego tylko żądania zasądzenia świadczenia w wysokości ukształtowanej przez sąd, stosownie do kompetencji przyznanych mu w art. 632 § 2 k.c. Zakłada ono, że zgłoszenie samego tylko żądania zasądzenia podwyższonego świadczenia mieści w sobie żądanie jego podwyższenia, a wytoczenie powództwa o zapłatę, które w podstawie faktycznej pozwu odwołuje się do konieczności podwyższenia ryczałtu należnego wykonawcy dzieła zawiera w sobie implicite żądanie ukształtowania treści stosunku prawnego poprzez podwyższenie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego. Ukształtowanie wysokości świadczenia należnego powodowi nie musi być zatem objęte odrębnym od zasądzenia wyrzeczeniem sądu. Oczywiście jest, że ingerencja sądu w treść stosunku prawnego łączącego strony w sposób prowadzący do modyfikacji wynikających z tego stosunku obowiązków stron, może mieć miejsce dopóty, dopóki ten stosunek nie wygaś.

Skoro zatem Sąd poczynił ustalenia z pominięciem wykładni wskazanych postanowień umowy mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, to zaskarżony wyrok w części uwzględniającej powództwo nie mógł się ostać.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Na obecnym etapie postępowania z ustaleń faktycznych Sądu I instancji sporne pozostało, czy roboty wymienione w pozwie, za wykonanie których powód domaga się zapłaty były robotami dodatkowymi, nie objętymi umową z dnia 17 grudnia 2007r. Od oceny zasadności podniesionego w tym względzie zarzutu, zależy potrzeba rozważenia zarzutu naruszenia art.632 par.2 k.c.

Na wstępie wskazać należy, że w świetle treści umowy z dnia 17 grudnia 2007r. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie w pełni podziela i przyjmuje za własne stanowisko Sądu Apelacyjnego wyrażone w uzasadnieniu wyroku z

dnia 11 grudnia 2013r. i z dnia 2 listopada 2016r., że przedmiotowa umowa była umową o roboty budowlane. W umowie tej chodziło o przedsięwzięcie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach, wymagających badań geotechnicznych, prac projektowych. Przewidziano w niej zinstytucjonalizowany nadzór – inspektora nadzoru, kierownika budowy, prowadzony był dziennik budowy. Wymagane było przekazanie placu budowy i protokolarne oddanie robót.

Przedmiot umowy i sposób jego wykonania odpowiadający wymogom Prawa budowlanego jednoznacznie dowodzi, że chodziło o umowę o roboty budowlane z art. 647 k.c., a nie jak strony ją błędnie nazwały umową o dzieło.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne stanowisko Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego z przywołanych wyżej wyroków, że strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Odmienne twierdzenia powoda jakoby wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w treści postanowień umowy, w której nie dość, że wprost określono wynagrodzenie jako kwotę ryczałtową w wysokości 7.070.000 zł netto z podatkiem VAT, to nadto akcentowano, że np. wszelkie prace konieczne do osiągnięcia tego przedsięwzięcia zostały uwzględnione w cenie ryczałtowej (pkt.2.1 załącznika w postaci negocjacji przedkontraktowych).

Umówienie się przez strony na wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art.632 par.1 k.c. miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ jak już wyjaśniano w uzasadnieniach wyroków Sądu I i II instancji, a nade wszystko Sądu Najwyższego – w takim przypadku wykonawca w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac.

Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadny zarzut dowolności ustaleń Sądu I instancji, że roboty objęte procesem były robotami dodatkowymi, nie objętymi umową z dnia 17 grudnia 2007r.

Uznał, że miarodajne w tym względzie nie mogą być opinie biegłych sądowych, ponieważ zostały one wyrażone bez należytego uwzględnienia treści umowy i całokształtu okoliczności faktycznych sprawy.

Zarówno biegły M. B. (2), jak i biegły P. W. (1) powoływali się na fakt, że w swej ofercie, która stała się także integralną częścią umowy wykonawca odwołał się do dokumentacji geotechnicznej z lutego 2007r., podczas gdy przedłożona została ta wykonana dopiero 31.10.2007r. Oznacza to zdaniem biegłych, że wykonawca nie mógł składając ofertę należycie oszacować kosztów przedsięwzięcia z przyczyn obciążających pozwanego. Wnioskowanie to pomija jednak, że umowa została podpisana po sporządzeniu dokumentacji tj. dnia 17 grudnia 2007r., a z niczego nie wynika, że fakt jej wykonania nie był znany wykonawcy i nie mógł się z nią zapoznać. Przeciwnie, dokumentacja ta stanowi integralną część umowy (par.1 ust.1) i zwraca uwagę okoliczność, że w trakcie wykonywania robót wykonawca nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń w tym zakresie pod adresem inwestora. Wnioskowanie to pomija fakt, że między złożeniem oferty przez powoda a podpisaniem umowy, strony prowadziły negocjacje przedkontraktowe, których wynik został ujęty w protokole z negocjacji z 26.11.2007r., a więc sporządzonego po wykonaniu dokumentacji. Protokół ten również stał się integralną częścią umowy a wprost w nim powołano się na załącznik „(...)”, w którym wymieniono „ ekspertyza dotycząca gruntów stan na dzień 26.11.2007r” (k – 391) czy jak w załączniku 24 „ dokumentacja geotechniczna” (k – 420, 430 i dalsze).

Nie sposób przy tym nie zauważyć, że z treści dokumentacji geotechnicznej wynika, że w istocie już z ogólnego oglądu terenu można było wyprowadzić wniosek, że będzie on wymagał zwiększonych nakładów pracy. Wskazywał na to także biegły P. W. podając, że był on wysoce nierówny – istniały na nim z jednej strony wyrobiska po nielegalnej eksploatacji żwiru czy piasku, a z drugiej strony składowiska gruntów zwożonych wcześniej z innych budów czy z wyrobisk.

Co więcej biegły ten wskazał, że przy tego rodzaju robotach zasadą winno być wynagrodzenie kosztorysowe bo dokumentacja geologiczna zawiera oceny gleby punktowe (w miejscach dokonanych odwiertów), nieznaną zaś pozostaje stan między odwiertami (k – 1682). Tymczasem wiedzę co do możliwych odstępstw w rzeczywistym stanie gleby od podanych wyników jej badań, winna cechować w pierwszej kolejności podmiot zajmujący się profesjonalnie robotami ziemnymi.

Nie znajduje żadnego uzasadnienia próba przerwania przez biegłych na pozwanego ujemnych skutków niedochowania przez powoda należytej staranności przez niedostateczne zapoznanie się z terenem budowy, ewentualne niezapoznanie się z dostępną i wskazaną w umowie dokumentacją geotechniczną czy projektową lub zaniechanie zdobycia wiedzy koniecznej dla właściwej oceny koniecznych robót.

Stronami umowy były przecież równorzędne podmioty gospodarcze, z których każdy prowadzi działalność na własny koszt i ryzyko. Dodać przy tym należy, że w toku postępowania nie ujawnione zostały zachowania pozwanego wobec powoda, które mogłyby być kwalifikowane jako sprzeczne z uczciwością i lojalnością kupiecką. Strony zresztą wprost przewidywały sytuacje wymagające potrzebę wykonania zwiększonej ilości robót i poniesienia z tego tytułu zwiększonych kosztów. Uregulowały je jasno w ustaleniach w załącznikach do umowy, gdzie wskazały, że np. „ w przypadku gdy zleceniobiorca nie uwzględni w swojej ofercie wszystkich prac (...) zleceniobiorcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie albowiem wynagrodzenie wskazane powyżej jest wynagrodzeniem ryczałtowym obejmującym pełen zakres prac koniecznych do wykonania przedmiotowego dzieła” (pkt.4 z protokołu negocjacji); powód był zobowiązany na własną odpowiedzialność sprawdzić wymiary (pkt.1 załącznika do protokołu);

Niewątpliwie powód poniósł większe od przewidywanych nakłady robocizny i materiałowe. Były to jednak zwiększone nakłady na wykonanie wyłącznie przedmiotu umowy w niezmiennym zakresie.

Nie stanowiły one robót dodatkowych w rozumieniu umowy i art. 632 par.1 k.c. uzasadniających przyznanie dodatkowego wynagrodzenia, ponad kwotę ustaloną.

Sąd Apelacyjny podzielił w tym względzie w pełni stanowisko Sądu I instancji, podobnie jak wszystkie pozostałe ustalenia faktyczne.

W tym stanie rzeczy rozważeniu podlegał zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego zarzut naruszenia art. 632 par.2 k.c.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy przez zmianę stosunków, której nie można było przewidzieć należy rozumieć zdarzenie nadzwyczajne i nieprzewidywalne dotyczące także indywidualnej sytuacji stron stosunku zobowiązaniowego.

W pierwszej więc kolejności wskazać należy, że zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można mówić, że dla powoda konieczność poniesienia większych od planowanych kosztów robót była zdarzeniem nadzwyczajnym i nieprzewidywalnym, skoro na podstawie znanej mu wcześniej a w każdym razie dostępnej dokumentacji geotechnicznej (o czym była wcześniej mowa) i oglądu terenu miał wszelkie podstawy do wnioskowania, że jego pierwotne szacunki są zbyt optymistyczne.

W dokumentacji geotechnicznej jasno przecież powołano się na złożoną strukturę terenu i gleby, postulowano wręcz konieczność prowadzenia na bieżąco dodatkowych badań. Dla powoda jako podmiotu zajmującego się profesjonalnie robotami ziemnymi nie mógł być więc zaskoczeniem według obiektywnych kryteriów fakt, że wystąpiło znaczne zróżnicowanie terenu skutkujące potrzebę odpowiednich nakładów robocizny i materiałów dla jego odpowiedniego wyrównania i utwardzenia.

Niezależnie od powyższego, Sąd Apelacyjny uznał, że powód nie wykazał także kolejnej przesłanki w postaci rażącej straty.

Powód dochodził kwoty 4.202.054 zł jako sumy należności za robocizną przy stawce z wykazu robót 27,50 zł za metr kwadratowy za 67.720 metrów kwadratowych (za dodatkową powierzchnię – 130.375 metrów kw. - łącznie 3.585.312,50 zł) i dodatkowo kwoty 616.740,97 zł za koszty zużytego materiału. W analogiczny sposób biegły obliczył wynagrodzenie przy przyjęciu, że wykonane zostały roboty dodatkowe.

Wskazana przez powoda czy biegłego kwota nie może wyznaczać straty w rozumieniu art.632 par.2 k.c. już z tej przyczyny, że nie ilustruje ona straty jako uszczerbku w majątku powoda lecz także nieuzyskany dochód po potrąceniu wydatków. Została ustalona tak, jakby powodowi należało się wynagrodzenie według zasad z umowy. Tymczasem

zwraca uwagę fakt, że umówiona między stronami stawka za metr kwadratowy (27 zł netto) jest znacznie wyższa od stawki ustalonej w umowie z 5.12.2007r. zawartej przez powoda z podwykonawcą – firmą (...), w której uzgodniono kwotę 6,50 zł netto przy łącznej powierzchni 70.000 metrów kwadratowych z obowiązkiem powoda dostarczenia kruszywa. Oznacza to, że powód miał otrzymać od pozwanego za omawiane roboty 1.862.300 zł netto (27,5 x 67.720), a zobowiązał się do zapłaty podwykonawcy 455.000 zł netto (6,5 zł x 70.000). Pozostawała mu różnica w wysokości 1.407.300 zł netto. Planowany wydatek na kruszywo w kwocie 624.562,11 zł był ,jak podał w pozwie, ujęty w jego wynagrodzeniu od pozwanego (pkt.6 i 9 wykazu robót na sumę 624.562,11 zł (k -39 akt). Biegły P. W. określił ostatecznie (po korekcie w piśmie z dnia 10.10.2016r.) wartość dodatkowo wbudowanego kruszywa na 587.104,06 zł netto, a to oznacza, że powód nadal notował z tego tytułu dochód na 820.195,94 zł (1.407.300 zł – 587.104,06 zł). Nie sposób przy tym nie zauważyć, że według pozwu powód miał zużyć na budowie łącznie 45.761,27 ton kruszywa (23.024,80 t. według umowy i 22.736,47 t. dodatkowo), podczas gdy z wycień biegłego opartych na raportach dostawy wynika, że w rzeczywistości zużył łącznie 19.865,64 ton. Logicznie wnioskując powód poniósł faktycznie mniejsze wydatki na zakup kruszywa w ilości odpowiadającej założeniom z kalkulacji do umowy.

Nie znajduje żadnego uzasadnienia przy ustalaniu strat powoda, obliczanie wynagrodzenia za robociznę za wskazywaną dodatkową powierzchnię 130.375 metrów kwadratowych według stawki 27,5 zł netto za metr. Niezależnie od faktu, że podana powierzchnia okazała się też zawyżona podkreślić należy, powód za robociznę poniósł w rzeczywistości koszty według stawki 6,5 zł za metr kwadratowy z umowy z podwykonawcą. Wydatek z tego tytułu, przy przyjęciu ok.120.000 zł metrów kwadratowych wynosił więc ok. 780.000 zł netto (120.000 x 6,5 zł), a przy przyjęciu 130.375 metrów – 847.437,5 zł co w zestawieniu z pozostałym powodowi dochodem (820.195,94 zł) nie dowodzi straty rażącej.

Nade wszystko istotna musiała być okoliczność, że powód przerwał wykonywanie robót, nie zrealizował ich w całym zakresie objętym także aneksami z dnia 28.12.2007r.,28.01.2008r.,28.02.2008r., a swoje kalkulacje opłacalności odnosi tylko do części prac. Tymczasem według art.632 par.2 k.c., ocenę czy zachodzi zagrożenie rażącej straty należy odnieść do wykonania przedmiotu umowy tj. przy jego wykonaniu w całości. Przy uwzględnieniu, że w niniejszej sprawie wynagrodzenie ryczałtowe zostało ustalone w oparciu o kalkulację kosztów różnych robót, nie można było wykluczyć, że nieuzyskanie przez powoda spodziewanego dochodu z omawianego zakresu, nie zostałyby zrekompensowane w części z kalkulacji innych prac. Tym bardziej, że jak wyżej przedstawiono powód zakładał uzyskanie godziwego zysku za wymienione w wykazie robót ich części, a z niczego nie wynika konieczność prowadzenia pozostałych w zwiększonym istotnie zakresie tak jak w przypadku robót objętych sporem. W każdym razie z braku dowodów nie było żadnych podstaw do kompleksowej oceny opłacalności wykonania przedmiotu umowy w całości.

Z przyczyn wyżej przedstawionych Sąd Apelacyjny uznając zarzuty apelacji za bezzasadne, w pełni podzielił ocenę Sądu I instancji, że żądanie powoda nie znajduje uzasadnienia w treści umowy i przepisach prawa.

W konsekwencji apelację oddalił na podstawie art.385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego orzekł na podstawie art.9 par.1 i 3 k.p.c. , przy przyjęciu, że pełnomocnikowi pozwanego przysługuje za postępowanie apelacyjne jedno wynagrodzenie. Było to bowiem jedno postępowanie, wywołane koniecznością rozpoznania jednej i tej samej apelacji. Na zasądzone na rzecz pozwanego koszty złożyły się : 20.000 zł z tytułu opłaty od zażalenia, 3.600 zł wynagrodzenia za postępowanie zażaleniowe, 100.000 zł z tytułu opłaty od skargi kasacyjnej, 7.500 zł wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w postępowaniu kasacyjnym, 7.500 zł wynagrodzenia pełnomocnika z odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwanego, 16.200 zł wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w postępowaniu apelacyjnym ustalonym przy przyjęciu 3-krotnej stawki podstawowej w kwocie 5.400 zł. W tym ostatnim względzie Sąd Apelacyjny miał na uwadze zwiększony nakład pracy pełnomocnika i znaczny wkład merytoryczny w rozstrzygnięciu apelacji.

Ewa Staniszevska Bogdan Wysocki Małgorzata M.-T.