

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Regina Kurek SSA Marek Boniecki (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2016 r. w Krakowie na rozprawie
sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki z o.o. w K.
przeciwko (...) spółce jawnej w K.
przy interwencjach ubocznych po stronie powodowej:

1) (...) spółki z o.o. w N.

2) Z. J.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 21 maja 2015 r. sygn. akt IX GC 118/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że kwotę 490.669,98 zł obniża do kwoty 461.624,46 zł (czterysta sześćdziesiąt jeden tysięcy sześćset dwadzieścia jeden złotych 46/100), oddalając powództwo co do kwoty 29.045,52 zł;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od (...) spółki jawnej w K.

na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. zo.o. w K., (...) Sp. z o.o. w N. i Z. J. kwoty po 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Marek Boniecki SSA Andrzej Struzik SSA Regina Kurek

Sygn. akt I ACa 1502/15

Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie

z dnia 18 kwietnia 2016 r.

Strona powodowa - Przedsiębiorstwo Budowlane (...) sp. z o.o. w K. domagała się zasądzenia od (...) spółki jawnej w K. kwoty 490.669,98 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 5 stycznia 2012 r. tytułem wynagrodzenia za wykonane na rzecz pozwanej spółki na podstawie umowy z dnia 19 maja 2011 r. roboty budowlane.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa, zarzucając, że wykonane przez powodową spółkę prace przy fundamentach uległy zniszczeniu (tzw. „ścianka berlińska”) i okazały się nieprzydatne dla powoda; powód miał możliwość zapoznania się wcześniejszego z projektem budowlanym, w którym tylko zaproponowano ściankę berlińską jako jeden z możliwych sposobów zabezpieczenia; warunki geologiczne nie były przyczyną niestabilności ścianki lecz obciążające stronę powodową wady projektu zabezpieczenia wykopu lub wykonania wykopu; wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy i powód nie mógł domagać się jego podwyższenia oraz kwestionując wysokość dochodzonej pozwem kwoty.

Do sprawy w charakterze interwenientów ubocznych przystąpili po stronie powodowej Z. J. i (...) sp. z o.o. w N., przyłączając się do stanowiska powodowej spółki.

Wyrokiem z dnia 21 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w Krakowie: I. zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 490.669,98 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty; II. zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 33.751 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; III. zasądza od strony pozwanej na rzecz interwenienta ubocznego (...) spółki z o.o. w N. kwotę 13.101,43 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; IV. zasądził od strony pozwanej na rzecz interwenienta ubocznego Z. J. kwotę 12.399,43 zł tytułem kosztów procesu; V. nakazał ściągnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 683,22 zł tytułem kosztów sądowych.

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny szczegółowo zaprezentowany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, z którego wynika, że w dniu 19 maja 2011 r. pomiędzy stronami została zawarta umowa o wykonanie robót nr (...). Zamawiający na podstawie umowy zawartej w dniu 16 maja 2011 r. ze spółką (...) sp. z o.o. w K. oświadczył, iż jest generalnym wykonawcą inwestycji, tj. budynku mieszkalnego na działkach (...) w K. przy ul. (...) (tj. teren robót). Przedmiotem umowy było wykonanie przez wykonawcę w systemie generalnego wykonawstwa zastępczego robót, tj. dokonanie rozbiórki posadowionego na terenie robót budynku, a następnie realizacji na terenie robót stanu surowego inwestycji. Zakres robót został określony w załączniku nr (...) do umowy. Zamawiający zobowiązał się do przekazania wykonawcy w terminie do 20 maja 2011 r. dokumentacji projektowej oraz decyzji zatwierdzającej projekt budowlany. Zamawiający zobowiązał się do zapewnienia na swój koszt jednorazowej usługi geodezyjnej polegającej na wyznaczeniu obrysu budynku do wykopu i osi konstrukcji obiektu (...) umowy). Termin rozpoczęcia robót strony ustaliły na dzień 23 maja 2011 r., zakończenia na 22 maja 2012 r. W (...) umowy zostały zawarte zmiany terminu zakończenia robót. Tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót zamawiający miał zapłacić wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 3.342.408,90 zł powiększone o podatek VAT w obowiązującej stawce. Strony ustaliły, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, dlatego wykonawcy nie przysługuje prawo do jego podwyższenia za roboty ujęte w załączniku nr (...) Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy, gdy wykonawca nie rozpocznie wykonywania robót

w ustalonym terminie bez uzasadnionych przyczyn oraz braku kontynuacji robót, pomimo pisemnego wezwania przez zamawiającego i wyznaczenia dodatkowego terminu rozpoczęcia lub podjęcia wstrzymanych robót, nie krótszego niż 7 dni, wykonywania przez wykonawcę robót niezgodnie z projektem, harmonogramem robót, przepisami prawa lub obowiązującymi normami technicznymi (...) umowy). Załącznik nr 3 dotyczył protokołu przekazania dokumentacji z dnia 20 maja 2011 r., tj. dokumentacji projektowej budynku usługowego, kopii decyzji pozwolenia na rozbiórkę, dokumentacji projektowej budynku mieszkalnego wielorodzinnego. W lipcu 2010 r. została opracowana przez J. B.

(1) dokumentacja geotechniczna dla terenu przeznaczanego pod budowę budynku mieszkalno-usługowego. Określała ona przydatność podłoża gruntowego dla terenu przeznaczanego pod budowę XI-piętrowego budynku wraz z podziemnymi garażami. W dniu 19 maja 2011 r. powód zawarł umowę o wykonanie robót nr (...) z Przedsiębiorstwem Budownictwa (...). Celem umowy było wykonanie robót polegających na dokonaniu rozbiórki posadowionego na terenie robót budynku, a następnie realizacja robót zabezpieczających wykop. W dniu 30 maja 2011 r. doszło do zawarcia umowy pomiędzy (...)a (...) sp. z o.o. Przedmiotem umowy było wykonanie przez wykonawcę zabezpieczenia ścian wykopu w postaci obudowy berlińskiej wg uzgodnionych z zamawiającym założeń i wg zatwierdzonego przez zamawiającego projektu wykonawcy. Spółka (...) opracowała projekt obudowy berlińskiej, dla zabezpieczenia wykopu fundamentowego. W czerwcu 2011 r. został sporządzony raport „(...) badania mikrograwimetryczne podłoża gruntowego pod kątem występowania pustek oraz rozluźnień (...) przez (...) w K.. Na podstawie przeprowadzonych badań wyznaczono 3 anomalie grawimetryczne. Charakter

i rozmiar anomalii mógł być spowodowany działalnością człowieka w postaci eksploatacji złóż gipsu. W dniu 27 czerwca 2011 r. (...) przedstawiła (...) ofertę wykonania dodatkowych prób wykonania kotwi gruntowych. Pozwany pismem z 27 czerwca 2011 r. poinformował powoda, iż powstały osunięcia i pęknięcia pasów zieleni oraz zapadnięcie się części betonowych chodnika. Wezwał go do właściwego zabezpieczenia ścian pionowych wykopu. Pismem z 27 czerwca 2011 r. powód zwrócił się do (...) o poprawienie wykonanych robót poprzez podniesienie obudowy berlińskiej. W dniu 8 lipca 2011 r. (...) zlecił (...) wykonanie dodatkowego zabezpieczenia wykopu w postaci obudowy berlińskiej za kwotę 33 725 zł. Pismem

z 29 lipca 2011 r. zlecono J. B. (1) sporządzenie opinii geologicznej (poprzez wykonanie 6 odwiertów), dotyczącej możliwości posadowienia budynku mieszkaniowego. Opinia została sporządzona w sierpniu 2011 r. Pismem z 11 sierpnia 2011 r. powód poinformował pozwanego, podwykonawców i dostawców, że (...) jako wykonawca obudowy berlińskiej, w związku z utratą stabilności wykonanej obudowy, nie widzi możliwości wykonania stabilnej obudowy bez dodatkowych zabezpieczeń, natomiast (...) generuje zwiększone koszty robót. Pozwany pismem z 30 sierpnia 2011 r. poinformował powoda, iż trudności w zabezpieczeniu wykopu nie zostały spowodowane stanem geologicznym gruntu. Nie miały one wpływu na przemieszczanie się pionowe i poziome pali w obudowie berlińskiej. Pismem z 1 września 2011 r. powód w odpowiedzi na ww. pismo poinformował o występowaniu kawerny, co było przyczyną wstrzymania robót oraz zabezpieczenia wykopu przyporą ziemną. We wrześniu 2011 r. został sporządzony projekt wzmocnienia podłoża gruntowego w celu wyeliminowania osiadania budynku mieszkalnego. Pismem z 16 września 2011 r. powód poinformował pozwanego o gotowości poszerzenia robót oraz wezwał o zapłatę za przestój żurawia i stal zbrojeniową. W dniu 17 października 2011 r. pozwany odstąpił od umowy, powołując się na wstrzymanie przez powoda prac dotyczących zabezpieczenia wykopu na terenie robót

i niewznowienia ich, mimo wielu wezwań. Podkreślono, iż trudności w zabezpieczeniu są wynikiem błędów popełnionych przez powoda na etapie jego projektowania. W odpowiedzi na pismo o odstąpieniu od umowy powód wskazał w piśmie z 19 października 2011 r., iż przyczyny są nieprawdziwe, nie mają żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Podkreślił, że prawdziwa przyczyna z rezygnacji, to niewyrażenie zgody na zawarcie aneksu do umowy w związku ze zmianą jej warunków oraz podwyższenie wynagrodzenia za dodatkowy zakres prac. Obciążono pozwanego karą umowną w kwocie 334 240,89 zł.

W dniu 23 listopada 2011 r. pozwany pismem poinformował powoda, że poprawienie wykonanej przez nich obudowy berlińskiej jest nieuzasadnione, wobec czego spółka podjęła decyzję o rezygnacji z wykonanej obudowy i wezwała do usunięcia wadliwie wykonanej ścianki berlińskiej w terminie do 14 dni. Pismem z 11 stycznia 2012 r. powód wezwał pozwanego do uregulowania zaległej kwoty w wysokości 490 669,98 zł wraz z odsetkami od 5 stycznia 2012 r.

W ustalonym przez siebie stanie faktycznym, po dokonaniu analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione

w świetle przepisów art. 647 i 647¹ §1 k.c. Zgodnie z §4 ust. 1 umowy pozwany zobowiązał się m.in. do przekazania dokumentacji niezbędnej do wykonywania robót, wytyczenia przez uprawnionego geodetę obrysu budynku do wykopu i jednokrotnego wyznaczenia osi obiektu. Powód otrzymał od pozwanego stosowne dokumenty opracowane przez geologa dra J. B. (1). Podstawą wykonania przez interwenta ubocznego - spółkę (...) ścianki berlińskiej była dostarczona przez pozwanego ww. dokumentacja W trakcie wykonywania obudowy występowały złe warunki

geologiczno-geotechniczne, które odbiegały od warunków przedstawionych przez pozwanego. Spowodowało to zmianę w systemie kotwienia. W dokumentacji geologicznej z lipca 2010 r. sporządzonej przez dra J. B. występował brak prawidłowej informacji o kategorii geotechnicznej i przyjętych warunków posadowienia inwestycji. Cała ta dokumentacja miała charakter rozpoznawczy i nie stanowiła podstawy do wykonania projektu budowlanego dostarczonego przez pozwanego. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 24 września 1998 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych, powstająca inwestycja powinna zostać zaliczona do III kategorii geotechnicznej o skomplikowanych w warunkach gruntowych. Skomplikowane warunki gruntowe miały bezpośredni wpływ na wysokość poniesionych przez dodatkowych kosztów budowy. M. Ź. (1) wykonując projekt zabezpieczenia wykopu, oparł się o dane geologiczne wynikające z błędnie i niedokładnie wykonanej opinii. W ocenie Sądu pierwszej instancji pogląd, jakoby powinien on, z uwagi na doświadczenie zawodowe stwierdzić, że zakres przeprowadzonych badań geologicznych jest znacznie węższy niż strefa oddziaływania projektowanej przez niego ścianki oraz jay zakotwień, był nieuprawniony w realiach sprawy. Projekt dostarczony przez pozwanego był podstawą do uzyskania pozwolenia na budowę,

a powodowi wyznaczał cele i zakres dalszych prac, w tym projektu wykonawczego zabezpieczenia ścian wykopu. Powód nie miał podstaw do kwestionowania badań geologa do momentu, gdy ujawniono w wykopie odmienny od założeń stan faktyczny. Żadne okoliczności nie sygnalizowały błędu w założeniach geologa, zatem nie można czynić odpowiedzialnym powoda i jego podwykonawców tylko dlatego, że są wyspecjalizowanymi podmiotami. Powołując się na opinię biegłej, Sąd Okręgowy wskazał, że montaż zabezpieczeń w postaci ścianki berlińskiej odbywał się zgodnie z projektem i sztuką budowlaną do czasu ujawnienia innych warunków gruntowych niż pierwotnie założone, dlatego nie było błędów wykonawczych. Podjęte przez powoda działania zaradcze były skuteczne i adekwatne. W konsekwencji Sąd pierwszej instancji uznał, że powód był uprawniony do żądania wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót. Wprawdzie w(...) umowy widniał zapis, że strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe i wykonawcy nie przysługuje prawo do podwyższania tego wynagrodzenia za roboty ujęte w załączniku nr 2, ale pozwany już w czasie realizacji prac dostrzegł, iż niezbędne prace dodatkowe są uzasadnione nowymi okolicznościami, nie przewidzianymi w umowie. Skoro to pozwany dostarczył wadliwy projekt, to zasadnie poczuwał się do obowiązku zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, czego jednak ostatecznie nie uczynił, lecz złożył oświadczenie odstąpieniu od umowy. W ocenie Sądu Okręgowego pozwany przyznał wówczas, co najmniej pośrednio, że akceptuje zakres prac realizowanych przez pozwanego. W ustalonym stanie faktycznym za opóźnienia nie odpowiadał powód, skoro wywołały je błędy w projekcie od pozwanego.

W ocenie Sądu, oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy nie wywołało skutku prawnego zarówno w świetle umowy stron (brak oznaczenia terminu wymaganego art. 395 k.c.), jak i na gruncie ustawy (brak realizacji trybu z art. 491 k.c.). Powód przedstawił szczegółowe wyliczenia stanu zaawansowania robót na kwotę 476.306,28 zł, do których pozwany nie odniósł się.

Wyrok powyższy zaskarżyła w całości apelacją strona pozwana, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie zmianę poprzez oddalenie powództwa.

Apelujący zarzucił: 1) nierozpoznanie istoty sprawy, polegające na zaniechaniu pełnego, merytorycznego zbadania przedmiotu żądania strony powodowej, a to na skutek nieprawidłowego przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji, że przedmiotem żądania było roszczenie wynikające z rzekomego wykonania robót budowlanych w zakresie przekraczającym przedmiot umowy z dnia 19 maja 2011 r.; 2) mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj.: a) art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 278 §1 k.p.c. – przez wadliwą ocenę dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z opinią biegłej oraz pominięcie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych części wniosków opinii; b) art. 328 §2 k.p.c. – polegające na wadliwym uzasadnieniu orzeczenia poprzez niewyjaśnienie sposobu określenia wysokości zasądzonego roszczenia oraz na sprzeczności między przedmiotem żądania strony powodowej oraz wstępną częścią uzasadnienia a częścią zawierającą rozważania o charakterze prawnym; c) art. 321 §1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie strony powodowej, wobec faktu zasądzenia żądanej kwoty na podstawie innych okoliczności faktycznych niż powołane w pozwie; d) art. 217 §1 k.p.c. i art. 227 k.p.c. – przez oddalenie wniosków dowodowych w zakresie przesłuchania części świadków (zwłaszcza autora

kwestionowanej opinii – J. B.) oraz przesłuchania stron; 3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: a) art. 651 k.c. – przez przyjęcie, że wykonawca nie miał obowiązku sygnalizowania wadliwości materiałów projektowych przekazanych przez inwestora; b) art. 655 k.c. – przez przyjęcie, że powód nie ponosi skutków wadliwości wykonanych prac i może żądać części wynagrodzenia, mimo że nie uprzedził inwestora o niebezpieczeństwie związanym z prowadzeniem prac na podstawie dokumentacji opracowanej w oparciu o opinię geotechniczną przekazaną przez inwestora; c) art. 656 §1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. przez uznanie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane złożone przez stronę pozwaną pozostaje bezskuteczne.

W odpowiedziach na apelację strona powodowa oraz obaj interwenienci wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie jedynie w niewielkim zakresie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Sąd Okręgowy prawidłowo, z poszanowaniem reguł wyrażonych w przepisie art. 233 §1 k.p.c. ustalił stan faktyczny sprawy, co sprawiło, że Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. Zastrzeżenie budzi jedynie wskazywanie jako uczestnika procesu inwestycyjnego przedsiębiorstwa (...),

w sytuacji gdy nie dysponuje ono przymiotem zdolności prawnej. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy uczestnikiem takim był prowadzący ww. przedsiębiorstwo (...).

Niezależnie od powyższego zaprezentowany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stan faktyczny wymagał uzupełnienia. Sąd Apelacyjny na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym ustalił dodatkowo, że:

W załączniku nr 2 do umowy strony przewidziały, że zabezpieczenie wykopu nastąpi w formie obudowy berlińskiej (dowód: załącznik - k. 35). W załączniku nr (...) do umowy wskazano, że wynagrodzenie netto za wykonanie poszczególnych prac wyniesie odpowiednio: wyburzenie i zabezpieczenie ściany sąsiada – 43.086,24 zł, zabezpieczenie wykopu – 300.000 zł, wykop w obudowie berlińskiej – 155.000 zł, płyty fundamentowe – 295.360,50 zł. (dowód: załącznik - k. 40) Projekt wykonawczy zabezpieczenia wykopu

w formie obudowy berlińskiej wykonał pracownik (...) sp. z o.o.

w N. M. Ż. (1). (okoliczność bezsporna) Prace ziemne oraz zabezpieczenie wykopu zostały wykonane przez podwykonawców powodowej spółki zgodnie z projektem wykonawczym i zasadami sztuki budowlanej. Z uwagi na osunięcie się dwóch słupów zaszła konieczność wykonania zabezpieczenia wykopu i w tym celu zamontowano wewnątrz wykopu przypory. (dowód: opinia biegłej K. C. – k. 744) Wykonanie oczepów stalowych nie było w kalkulowane w ofertę budowy ścianki berlińskiej. Potrzeba ich zainstalowania powstała w związku ze stwierdzeniem występowania w gruncie pod terenem budowy kawern. (dowód: dziennik nadzoru autorskiego – k. 132, zeznania świadka M. Ż. – k. 552) W dniu 22 września 2011 r. geodeta A. B. dokonał obmiaru wykopu, obliczając go na 2360 m⁽⁽³⁾⁾. (dowód: obmiar – k. 299) Powodowa spółka

w celu realizacji płyt fundamentowych zgromadziła stal zbrojeniową o wartości 36.081,77 zł netto. (dowód: pismo wykonawcy z dnia 16 września 2011 r. wraz z protokołem odbioru stali - k. 222 – 224, pismo wykonawcy z 2 listopada 2011 r. – k. 291, protokół odbioru – k. 303) Na spotkaniu przedstawicieli stron w dniu 28 lipca 2011 r. ustalono konieczność zabezpieczenia wykopu, przeprowadzenia dodatkowych badań geologicznych, od wyników których uzależniono możliwość kontynuowania prac. (dowód: notatka - k. 143) W sierpniu 2011 r. opinię sporządził J. B., stwierdzając występowanie kawern oraz zalecając wykonanie dodatkowych badań grawimetrycznych. W tym samym czasie przedstawiciele stron stwierdzili brak możliwości zabezpieczenia wykopu ścianką berlińską oraz postanowili o dalszym wstrzymaniu wszelkich prac na budowie. (dowód: notatka - 158-159) Powód przedstawił pozwanemu propozycję wykonania stosownych zabezpieczeń (dowód: pismo - k. 167). Kolejne badania geotechniczne sporządzone zostały przez J. B. pod koniec sierpnia 2011 r. i przekazane zostały powodowi w dniu 30 sierpnia 2011 r. W tym samym dniu pozwany sporządził pismo, w którym zaprzeczył, aby trudności w zabezpieczeniu wykopu były następstwem stanu

geologicznego gruntu, wezwano do niezwłocznego wznowienia prac i przedstawienia szczegółowego harmonogramu robót, uwzględniającego powstałe opóźnienie. Na spotkaniu stron w dniu 1 września 2011 r. umówione zostało, że w dniu 7 września wykonawca przedstawi deklarację o terminie wykonania zabezpieczenia wykopu (dowód: notatka - k. 203). Powód prowadził także korespondencję z podwykonawcą w celu uzyskania propozycji co do sposobu zakończenia robót ziemnych. W dniu 13 września 2011 r. przedstawiciel pozwanego przesłał powodowi wytyczne do palowania, w celu wyboru odpowiedniego przedsiębiorstwa, które mogłoby tę czynność wykonać (dowód: pismo - k. 213). W opracowaniu tym stwierdzono, że podstawą decyzji o wzmocnieniu podłoża są anomalie stwierdzone podczas dodatkowych badań geotechnicznych, potwierdzone badaniami mikrograwimetrycznymi (dowód: wytyczne - k. 216). W dniu 16 września 2011 r. powód wyraził zgodę na wykonanie dodatkowych robót palowych, wezwał do udzielenia informacji co do zmiany pozwolenia na budowę i zobowiązał się do przedstawienia ofert od podwykonawców (dowód: pismo - k. 222). Pismem z dnia 19 września 2011 r. pozwany wezwał powoda do przystąpienia prac zgodnie z umową w terminie 14 dni pod rygorem odstąpienia od umowy. Strony prowadziły dalszą korespondencję w przedmiocie kontynuacji prac. Powód pismem z dnia 3 października 2010 r. przedstawił pozwanemu ofertę wykonania robót palowych oraz dodatkowego zabezpieczenia, a gdy pozwany wybrał inny podmiot w celu wykonania robót palowych – wyłącznie robót zabezpieczających (dowód: pisma - k. 240, 250). W dniu 14 października 2011 r. pozwany przedstawił propozycję ostatecznego rozliczenia kontraktu (dowód: pismo - k. 258), na którą powód nie przystał. Jednocześnie wykonawca w piśmie z 17 października 2011 r. wezwał pozwanego do zawarcia ugody, której przedmiotem miała być zmiana sposobu wykonania umowy w związku z nowymi opiniami geotechnicznymi, pokrycie kosztów oraz zapłata wynagrodzenia - w terminie 30 dni pod rygorem odstąpienia od umowy wobec braku współdziałania (dowód: pismo - k. 261-262). W odpowiedzi pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu z powołaniem się na (...) umowy. W piśmie z 19 października 2011 r. z kolei powód złożył oświadczenie o odstąpieniu z powołaniem się na (...) umowy oraz art. 640 k.c. (dowód: pismo - k. 268). W dniu 20 października 2011 r. w obecności przedstawicieli obu stron umowy sporządzony został protokół inwentaryzacji stanu budowy, w którym stwierdzono m.in., że: wykonano rozbiórkę budynku istniejącego na terenie budowy bez części ściany fundamentowej przylegającej bezpośrednio do istniejącego budynku; zakres robót ziemnych wykonanych przez powodową spółkę zostanie określony na podstawie inwentaryzacji geodezyjnej wykonanej w dniu 22 września 2011 r. przez geodetę A. B. wraz z wyliczonymi masami ziemnymi i zweryfikowaną z posiadaną przez powoda inwentaryzacją geodezyjną; stan zaawansowania robót związanych z montażem ścianki berlińskiej określają operaty ww. geodety z 22 września i 20 października 2011 r. bez określenia niewidocznych elementów opinki, kotew, oczepów i słupów, przy czym wykonawca zobowiązał się do przedstawienia do 24 października 2011 r. do weryfikacji szczegółowych obmiarów wykonanej ścianki berlińskiej oraz do przekazania pozwanej spółce dokumentacji wykonawczej. (dowód: protokół inwentaryzacji – k. 271-272) W dniach 24 października i 2 listopada 2011 r. powodowa spółka przekazała stronie pozwanej szczegółowe obmiary i wartości wykonanych prac, w tym: ścianki berlińskiej – 289.477,78 zł netto, oczepu stalowego – 18.496 zł netto, wykopu – 109.044 zł netto, rozbiórki – 1224,51 zł netto, płyty fundamentowej – 58.063,99 zł netto. (dowód: pisma powoda z obmiarami prac – k. 279-284, 291). W odpowiedzi pozwana spółka wskazała na konieczność weryfikacji wyliczeń oraz jakości wykonanych prac. (dowód: pismo – k. 292) Wobec braku weryfikacji, strona powodowa sporządziła dwa protokoły odbioru robót na 22 października 2011 r. i 22 listopada 2011 r., w których wartość prac wyszacowano odpowiednio na 476.306,28 zł i 435.828,06 zł netto. Różnica wynikała z obniżenia wartości płyty fundamentowej z 58.063,99 zł do 36.081 zł. (dowód: protokoły odbioru – k. 295-296, 303-304) Po zakończeniu współpracy między stronami prace ziemne na budowie zostały dokończone przez pozwaną spółkę. (okoliczność bezsporna)

Uzupełniając ustalenia faktyczne, Sąd Apelacyjny oparł się na dowodach, które w znakomitej części nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Dotyczy to przede wszystkim powołanych wyżej dokumentów oraz opinii biegłej, która w zakresie zgodności wykonanych prac z projektem wykonawczym i zasadami sztuki budowlanej skutecznie podważona nie została. Sąd dał także wiarę zeznaniom świadka M. Ż. (1) co do tego, że konieczność zainstalowania nieprzewidzianych w umowie oczepów stalowych powstała w związku z ujawnieniem kawern w podłożu. Twierdzenia te znalazły odzwierciedlenie

w dzienniku nadzoru autorskiego. Żaden z tych dowodów nie został skutecznie zakwestionowany przez stronę pozwaną.

Z zaferowanych w apelacji zarzutów najdalej idący był ten związany

z nierozpoznanie istoty sprawy. Zdaniem strony skarżącej Sąd pierwszej instancji nieprawidłowo przyjął, że przedmiotem żądania było roszczenie wynikające z rzekomego wykonania robót budowlanych, w zakresie przekraczającym przedmiot umowy z dnia 19 maja 2011 r., gdy tymczasem z pozwu wynikać miało, że strona powodowa domagała się zapłaty wynagrodzenia umownego. Jednocześnie powołując się na te same okoliczności, pozwana spółka zarzuciła orzeczenie ponad żądanie w rozumieniu art. 321 §1 k.p.c.

Z zarzutami tymi zgodzić się jednak nie sposób. Na wstępie zauważyć należy, iż strona powodowa domagała się w pozwie zasądzenia określonej kwoty tytułem wynagrodzenia za wykonane na rzecz pozwanego roboty (k. 9), co wskazywać mogłoby na wyłącznie umowne źródło dochodzonego roszczenia. Dostrzec jednak wypada, że jednocześnie akapit wcześniej inicjujący proces posługuje się określeniem „kwoty należnej powodowi tytułem kosztów wykonanych na rzecz pozwanego robót budowlanych”. Gdy zestawzić to z podnoszoną okolicznością odstąpienia od umowy, która co do zasady niweczyłaby możliwość żądania zapłaty wynagrodzenia oraz ujęciem w przedmiocie sporu kosztów oczepów stalowych, usprawiedliwionym wydaje się wniosek, że w istocie powodowa spółka domagała się zasądzenia świadczenia ekwiwalentnego do wykonanych na rzecz pozwanego prac, zarówno na podstawie umowy pisemnej, jak i poza jej zakresem. Przy takim ujęciu podstawy faktycznej nie można zarzucić Sądowi Okręgowemu wyjścia ponad żądanie ani nierozpoznania istoty sprawy, albowiem zbadane zostało, czy strona powodowa w związku z konkretnymi pracami budowlanymi wykonanymi na rzecz pozwanej spółki na budowie przy ul. (...) w K. ma prawo żądania zapłaty kwoty w wysokości wskazanej w pozwie.

Z analogicznych względów nie mógł odnieść zamierzonego skutku zarzut naruszenia art. 328 §2 k.p.c. Skuteczne podniesienie tego zarzutu wymagałoby wykazania, że wadliwość uzasadnienia zaskarżonego wyroku jest tego rodzaju, iż jego kontrola instancyjna jest niemożliwa lub nader utrudniona. Taka sytuacja jednak w rozpoznawanej sprawie miejsca nie miała, a wytknięta przez skarżącego pewna niekonsekwencja w prezentowaniu przedmiotu żądania, w ten sposób traktowana być nie może. Przypomnieć w tym miejscu należy, iż

w systemie apelacji pełnej sąd odwoławczy samodzielnie w granicach zaskarżenia dokonuje kompleksowej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i merytorycznie (w braku przeszkód formalnych) rozstrzyga sprawę (art. 378 §1 k.p.c. i art. 382 k.p.c.). Nawet jeśli zatem przyznać rację skarżącemu w zakresie mankamentów uzasadnienia orzeczenia związanych z brakiem wystarczającego wyjaśnienia sposobu określenia wysokości zasądzzonego roszczenia, to uchybienie powyższe, wobec możliwości oceny zgłoszonego w pozwie żądania przez Sąd Apelacyjny, nie mogło doprowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku.

Sąd drugiej instancji nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 217 §1 k.p.c. i art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie części wniosków dowodowych zgłoszonych przez stronę pozwaną. Po pierwsze, zauważyć trzeba, że oddalając wnioski dowodowe strony, Sąd nie mógł uchybić art. 217 §1 k.p.c., który adresowany jest do stron procesu, a ewentualnie art. 217 §2 lub 3 k.p.c. Po drugie, ta czynność Sądu Okręgowego nie spotkała się z właściwą reakcją pozwanej spółki, o której mowa w art. 162 k.p.c., co w istocie pozbawiło tę stronę powoływania się na ewentualne uchybienie w tym zakresie. Sam fakt, że na rozprawie w dniu 7 maja 2015 r. pełnomocnik pozwanego oświadczył w reakcji na postanowienie Sądu, że zgłasza zastrzeżenie (zapis protokołu od 00:57:15 – k. 840-841), nie oznacza spełnienia wymogów ww. przepisu. Nie jest bowiem wystarczające zwrócenie się do sądu o zaprotokołowanie, że strona zgłasza i wnosi o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie będzie dopiero skuteczne, jeżeli strona wskaże przepisy, które sąd, jej zdaniem, naruszył (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12). Po trzecie wreszcie, oddalenie zgłoszonych przez pozwanego wniosków dowodowych było prawidłowe. W odpowiedzi na pozew wnioski dowodowe zostały określone bardzo nieprecyzyjnie, co niewątpliwie utrudniało ocenę przydatności dowodów dla rozstrzygnięcia. T. D. miał zostać przesłuchany na okoliczności przetargu i negocjacji poprzedzających zawarcie umowy, które w ocenie Sądu Apelacyjnego były irrelewantne, a także przekazania stronie powodowej dokumentacji geotechnicznej, co było z kolei niesporne. Świadek ten miał również dysponować wiedzą na temat nieprzekazania

dokumentacji wykonawczej przez powodową spółkę, a konsekwencji niemożności sprawdzenia stanu obudowy i odmowy poprawienia prac wykonanych przez powoda przez innych wykonawców. Przede wszystkim podnieść trzeba, że ciężar ewentualnego wykazania dostarczenia dokumentacji wykonawczej spoczywał na stronie powodowej, która obowiązkowi temu nie sprostała. Niezależnie od tego zauważyć należy, iż brak dokumentacji wykonawczej okazał się okolicznością nieistotną dla rozstrzygnięcia. Odnośnie do wskazania, że T. D. miał zeznawać na okoliczność przebiegu wykonania robót, zakresu wykonanych robót oraz kontaktów stron, taką tezę dowodową należało uznać z sformułowaną w sposób zbyt ogólnikowy, a co za tym idzie uniemożliwiający ocenę przydatności dowodu, tym bardziej, że znakomita część okoliczności towarzyszących realizacji umowy była bezsporna. Analogiczna sytuacja zachodziła

w stosunku do dowodu z przesłuchania przedstawiciela pozwanej spółki. Dodatkowo osoba ta miała zeznawać na okoliczność rozmów ws. prac koniecznych do wykonania celem wzmocnienia obudowy, która to okoliczność wynikała z dokumentów nie kwestionowanych przez żadną ze stron. Świadek T. T. z kolei miał zeznawać na okoliczność podjęcia decyzji o palowaniu, która nie była istotna dla rozstrzygnięcia m.in.

z uwagi na datę tego zdarzenia. Prawidłowo także oddalił Sąd pierwszej instancji wniosek dowodowy o przesłuchanie w charakterze świadka J. B. (1) – autora dokumentacji geologicznej. Bezsporne było bowiem, że osoba ta sporządziła dokumenty określonej treści, zaś ocena wpływu stanu podłoża na prawidłowość wykonania zabezpieczenia wykopu mogła zostać dokonana wyłącznie w drodze opinii biegłego.

Nie odniósł także zamierzonego skutku kluczowy z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy zarzut naruszenia art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 278 §1 k.p.c., do którego zdaniem apelującego miało dojść poprzez błędną ocenę opinii biegłej z zakresu budownictwa oraz niewzięcie pod uwagę wszystkich wniosków tejże opinii. Skarżący akcentuje w szczególności pominięcie konstatacji biegłej, zgodnie z którą projektant wykonujący projekt wykonawczy obudowy wykopu mógł dostrzec, że zakres przekazanej mu przez stronę pozwaną dokumentacji projektowej i geotechnicznej jest zbyt wąski. Jakkolwiek podzielić należy pogląd, zgodnie z którym dla określenia postulowanej w art. 355 §2 k.c. staranności

w niektórych wypadkach możliwe, a nawet konieczne będzie sięgnięcie do wiadomości specjalnych biegłego, to z drugiej strony pamiętać należy, że opinia biegłego podlega swobodnej ocenie dowodów wyrażonej w art. 233 §1 k.p.c., a co za tym idzie,

w uzasadnionych okolicznościach danej sprawy wypadkach, sąd może niektórych wniosków opinii nie podzielić bez konieczności sięgania do wiadomości specjalnych innego biegłego. Opinia biegłego podlega ocenie na podstawie właściwych dla jej przedmiotu kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych

w niej wniosków (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, OSNC 2001/4/64). W zakresie powinności dostrzeżenia braków dokumentacji geotechnicznej przez pracownika podwykonawcy wykonującego projekt obudowy wnioski biegłej nie były jednoznaczne i pozostawiały pole do oceny określonych zachowań autora projektu wykonawczego. Biegła formułując wniosek o powinności dostrzeżenia braków dokumentacji geotechnicznej przez projektanta obudowy, wskazała na ograniczony zakres badań (odwiertów), nie wychodzący poza obrys budynku oraz powszechnie dostępną wiedzę

o skomplikowanych warunkach geologicznych w tym rejonie K. W tej drugiej kwestii zauważyć należy, iż autor dokumentacji geotechnicznej J. B. (1) wskazał wyraźnie jako podstawę jej sporządzenia m.in. Szczegółową Mapę Geologiczną Polski, ark. K.,

w skali 1: (...) (k. 43). Trudno w tej sytuacji nakładać na autora projektu wykonawczego obowiązek sprawdzania, czy twórca dokumentacji geotechnicznej w sposób należyty odczytał mapę geologiczną. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż pośrednio na podstawie dokumentacji geotechnicznej sporządzonej przez J. B. uzyskane zostało pozwolenie na budowę. Wypowiedział się zatem organ administracji korzystający ze specjalistycznych służb, którym doskonale winny być znane lokalne warunki geologiczne. Podkreślenia wymaga także, co w niewystarczającym stopniu uwzględniła biegła, że informacje o skomplikowanych warunkach gruntowych strony powzięły na etapie wykonawstwa. Skoro wykonujący projekt zabezpieczenia wykopu dysponował dokumentacją geotechniczną, z której wynikało, że budynek powinien zostać posadowiony na warstwie geotechnicznej IIb, a autor projektu budowlanego zaliczył inwestycję do II kategorii geotechnicznej w rozumieniu rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych

i Administracji z 24 września 1998 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych Dz. U. Nr 126, poz. 839) o prostych warunkach gruntowych, nie wydaje się przekonywać twierdzenie o konieczności poszukiwania przez autora projektu wykonawczego, czy kilka metrów poza obrysem budynku warunki geologiczne są odmienne. Podkreślenia wymagają także dwie okoliczności. Po pierwsze, niekorzystne warunki geologiczne występowały przede wszystkim na obszarze planowanego budynku. Nie było zatem tak, że w miejscu posadowienia budynku warunki były proste lub złożone, a poza nim (w zakresie wykopu wykraczającego poza obrys budynku) skomplikowane. Po wtóre, jak wynika z opinii biegłej (k. 738), to kategoria geotechniczna budynku determinuje kategorię zabezpieczenia wykopu. Nie można zapominać przy tym, że żaden z zapisów umownych nie nakładał na wykonawcę obowiązku wykonywania dodatkowych badań geologicznych. Wskazać w tym miejscu należy również na to, iż z treści dokumentacji J. B. nie wynikało wcale, że jego badania pozostają aktualne wyłącznie co do obrysu budynku, o czym świadczy chociażby nazwa dokumentu, w którym wskazano, że jest to dokumentacja dla terenu przeznaczanego pod budowę budynku. Skoro wykonanie fundamentów jest bezsprzecznie elementem budowy, to oczywistym wydaje się, że dokumentacja powyższa miała być aktualna także co do zabezpieczenia wykopów, tym bardziej, że inna dokumentacja geologiczna przewidziana nie była.

Niejednoznaczność wniosków opinii biegłej w ww. zakresie wyrażała się z jednej strony wskazywaniem na powinność dostrzeżenia braków dokumentacji, z drugiej – zaznaczaniu, że autor projektu wykonawczego nie miał podstaw do podważenia wiarygodności opracowania sporządzonego przez osobę do tego uprawnioną (k. 742). Co więcej, w czasie składania wyjaśnień do opinii w trakcie rozprawy w dniu 7 maja 2015 r. biegła użyła wobec J. B. określenia „specjalista tej klasy” (00:35:30), co

w zestawieniu z posiadanym przez tę osobę stopniem naukowym pozwalało przyjąć, że autor opinii jest osobą wysoce wykwalifikowaną w dziedzinie geologii, czego naturalnym następstwem wydaje się konstatacja biegłej o braku kompetencji autora projektu wykonawczego do podważania wyników badań i wniosków J. B.. Zauważyć też należy, iż twierdzenie biegłej o powinności dostrzeżenia braków nie były już w tym miejscu kategoryczne (00:46:00). Konkludując, dojsz należało do przekonania, że wnioski biegłej

o powinności zakwestionowania dokumentacji geotechnicznej przez twórcę projektu wykonawczego nie zostały przekonująco umotywowane, w przeciwieństwie do wniosku

o braku podstaw do podważania prawidłowości tej dokumentacji i kompetencji jej autora.

W tej sytuacji, zarzut wadliwej oceny opinii biegłej uznać należało za chybiony.

Nie mogły odnieść również zamierzonego skutku podniesione w apelacji zarzuty obrazy prawa materialnego.

Sąd Apelacyjny przyłącza się do utrwalonego już poglądu orzecznictwa i doktryny wyrażonego na kanwie przepisu art. 651 k.c., zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji

w celu wykrycia jej wad (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173). Jak już wskazano wyżej przy okazji oceny opinii biegłej,

w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, po stronie powodowej nie było podstaw do kwestionowania przedłożonej przez pozwaną spółkę dokumentacji geotechnicznej, sporządzonej przez specjalistę wysokiej klasy, która była podstawą wykonania projektu budowlanego niezbędnego do wydania pozwolenia na budowę. Nie zostało przy tym wykazane, aby strona powodowa lub podwykonawca sporządzający projekt zabezpieczenia wykopu dysponował specjalistyczną wiedzą z zakresu geologii. Określenie warunków geotechnicznych jako nieskomplikowanych, nie dawało podstaw do założenia, że warunki te poza obrysem budynku są odmienne. Nota bene, anomalie ujawniły się w miejscu posadowienia budynku. Nie do obrony w świetle zapisów umowy łączącej strony oraz treści dokumentacji geotechnicznej z lipca 2010 r. jest pogląd, że dokumentacja ta nie miała dotyczyć wykopu i jego zabezpieczenia. Autor dokumentacji wskazał, że dotyczy ona „terenu przeznaczanego pod budowę”. Zgodnie z umową z 19 maja 2011 r. powodowa spółka zobowiązała się do realizacji na terenie robót stanu surowego inwestycji. Z kolei zamawiający zobowiązał się do przekazania wykonawcy dokumentacji niezbędnej do dokonania robót. Zestawienie treści tych dokumentów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że strony nie różnicowały pojęcia miejsca wykonywania robót i miejsca budowy. Zresztą przepis art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t. jedn. Dz. U. z 2016, poz.

290) wyraźnie definiuje budowę jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. Oczywistym jest, że wykonanie fundamentów wraz z wszelkimi pracami koniecznymi do realizacji tego etapu budowy stanowi jeden z elementów procesu budowlanego, a zatem dostarczenie dokumentacji pod budowę budynku dotyczy musiało również terenu pod wykopy. Potwierdza to zresztą fakt, iż w umowie brak jest wzmianki o jakiegokolwiek innej dokumentacji.

Z analogicznych względów nie mógł zamierzonego skutku odnieść zarzut naruszenia art. 655 k.c. Nie ma w ocenie Sądu Apelacyjnego jurystycznych podstaw do różnicowania modelu powinnego zachowania się wykonawcy w sytuacjach określonych w przepisach art. 651 k.c. i art. 655 k.c. Skoro zatem nie można było wymagać od powoda (jego podwykonawców) specjalistycznej weryfikacji dostarczonych przez stronę pozwaną dokumentów geotechnicznych, nie mieściła się ona także w zakresie należytej staranności wykonawcy. Podnieść w tym miejscu należy, iż powszechnie w judykaturze jest uznawanie dokumentacji dostarczanej przez inwestora wykonawcy jako wskazówki w rozumieniu art. 655 k.c. Podkreślić także trzeba, że niezwłocznie po stwierdzeniu uszkodzeń obudowy strona pozwana została o tym poinformowana, zaś powodowa spółka podjęła działania zmierzające do zabezpieczenia wykopu. Ponadto na etapie kotwienia, wobec stwierdzenia występowania kawern, podjęto decyzję o wydłużeniu kotew i zastosowaniu oczepów (k. 118, 132).

Sąd Okręgowy nie naruszył także art. 656 §1 k.c. w zw. z art. 635 k.c., uznając, że oświadczenie pozwanej spółki o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne. Skarżący powoływał się na swoje pisma z 30 sierpnia i 19 września 2011 r., w których wzywał wykonawcę do realizacji przedmiotu umowy pod rygorem odstąpienia. Wskazać jednak należy na wydarzenia, które poprzedziły wysłanie tych pism. Otóż na spotkaniu przedstawicieli stron w dniu 28 lipca 2011 r. ustalono konieczność zabezpieczenia wykopu, przeprowadzenia dodatkowych badań geologicznych, od wyników których uzależniono możliwość kontynuowania prac. W sierpniu 2011 r. opinię sporządził J. B., stwierdzając występowanie kawern oraz zalecając wykonanie dodatkowych badań grawimetrycznych. W tym samym czasie przedstawiciele stron stwierdzili brak możliwości zabezpieczenia wykopu ścianką berlińską oraz postanowili o dalszym wstrzymaniu wszelkich prac na budowie. Powód przedstawił pozwanemu propozycję wykonania stosownych zabezpieczeń. Kolejne badania geotechniczne sporządzone zostały przez J. B. pod koniec sierpnia 2011 r. i przekazane zostały powodowi w dniu 30 sierpnia 2011 r. W tym samym dniu pozwany sporządził pismo (powoływane przy odstąpieniu), w którym zaprzeczył, aby trudności w zabezpieczeniu wykopu były następstwem stanu geologicznego gruntu, wezwano do niezwłocznego wznowienia prac i przedstawienia szczegółowego harmonogramu robót, uwzględniającego powstałe opóźnienie. W ocenie Sądu Apelacyjnego pismo to nie mogło stanowić podstawy do odstąpienia. Po pierwsze, zamawiający nie wyznaczył wykonawcy odpowiedniego terminu do zmiany sposobu wykonywania umowy, co warunkuje skuteczność zastosowania art. 636 §1 k.c. Po wtóre, podstawy, na które powoływał się pozwany, były nieprawdziwe, albowiem powstałe uszkodzenia wykopu, skutkujące wstrzymaniem prac były następstwem występujących warunków geologicznych, które zostały wadliwie wskazane w dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego. Na spotkaniu stron w dniu 1 września 2011 r. umówione zostało, że w dniu 7 września wykonawca przedstawi deklarację o terminie wykonania zabezpieczenia wykopu. Powód prowadził także korespondencję z podwykonawcą w celu uzyskania propozycji co do sposobu zakończenia robót ziemnych. W dniu 13 września 2011 r. przedstawiciel pozwanego przesłał powodowi wytyczne do palowania, w celu wyboru odpowiedniego przedsięwzięcia, które mogłoby tę czynność wykonać. W opracowaniu tym wskazano, że podstawą decyzji o wzmocnieniu podłoża są anomalie stwierdzone podczas dodatkowych badań geotechnicznych, potwierdzone badaniami mikrograwimetrycznymi. W dniu 16 września 2011 r. powód wyraził zgodę na wykonanie dodatkowych robót palowych, wezwał do udzielenia informacji co do zmiany pozwolenia na budowę i zobowiązał się do przedstawienia ofert od podwykonawców. Pismem z dnia 19 września 2011 r. pozwany wezwał powoda do przystąpienia prac zgodnie z umową w terminie 14 dni pod rygorem odstąpienia od umowy. Jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego również to pismo nie mogło dać asumptu do następczego odstąpienia. Z przytoczonej korespondencji wynika bowiem, że powód wyrażał wolę kontynuowania prac, lecz wobec konieczności istotnej zmiany sposobu zabezpieczenia wykopu, nie było to możliwe. Znamienne jest przy tym, że sam pozwany przesłał powodowi w międzyczasie wytyczne pozwalające dopiero na wybór podwykonawcy, który wykona palowanie. Motywacja, którą kierowała się pozwana spółka, wzywając powoda do kontynuowania prac (wyrażona także w piśmie z dnia 23 września 2011 r. – k. 231), była oparta na nieprawdziwych podstawach, albowiem w przekonaniu zamawiającego przyczyną

wstrzymania prac było wadliwie wykonanie obudowy. Niezależnie od tego strony prowadziły dalszą korespondencję w przedmiocie kontynuacji prac. Powód pismem z dnia 3 października 2010 r. przedstawił pozwanemu ofertę wykonania robót palowych oraz dodatkowego zabezpieczenia (k. 240), a gdy pozwany wybrał inny podmiot w celu wykonania robót palowych – wyłącznie robót zabezpieczających (k. 250). W dniu 14 października 2011 r. pozwany przedstawił propozycję ostatecznego rozliczenia kontraktu (k. 258), na którą powód nie przystał. Jednocześnie wykonawca w piśmie z 17 października 2011 r. wezwał pozwanego do zawarcia ugody, której przedmiotem miała być zmiana sposobu wykonania umowy w związku z nowymi opiniami geotechnicznymi, pokrycie kosztów oraz zapłata wynagrodzenia - w terminie 30 dni pod rygorem odstąpienia od umowy wobec braku współdziałania (k. 261-262). W odpowiedzi pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu

z powołaniem się na §26 ust. 1 pkt 1.1 umowy. Także ta przyczyna odstąpienia była oczywiście nieuzasadniona, albowiem wstrzymanie prac przez wykonawcę było jak najbardziej usprawiedliwione początkowo niemożliwością realizacji robót zgodnie z umową, a następnie niedojściem do porozumienia co do zakresu robót, które ma wykonać powód i ich wartości.

Za bezskuteczne uznać należało również oświadczenie o odstąpieniu złożone przez powoda w piśmie z 19 października 2011 r. z powołaniem się na (...) umowy oraz art. 640 k.c. Przede wszystkim wątpliwą wydaje się podstawa odstąpienia, a mianowicie odmowa zawarcia ugody. Obowiązek taki nie spoczywał na stronach umowy o roboty budowlane, a zatem w tym zakresie nie można mówić o braku współdziałania. Niezależnie od tego, w dacie składania oświadczenia, nie upłynął wyznaczony termin do zawarcia ugody. Podstawy odstąpienia nie mógł stanowić także §26 ust. 2 umowy, albowiem powód nie wyznaczył pozwanemu terminu do zapłaty zaległego wynagrodzenia.

Przechodząc do wysokości zasądzzonego świadczenia, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż strona pozwana nie kwestionowała samych wyliczeń powoda w tym zakresie.

W odniesieniu do poszczególnych składników wynagrodzenia powoływała się natomiast na różne okoliczności, które w jej ocenie czyniły żądanie zapłaty nieuzasadnionym. Na dochodzoną pozewem sumę złożyły się kwoty: 1) 1322,47 zł brutto z tytułu prac rozbiórkowych (pkt (...)harmonogramu rzeczowo-finansowego – k. 40); 2) 312.636 zł brutto z tytułu wynagrodzenia za zabezpieczenie wykopu (pkt (...) ww. harmonogramu); 3) 117.767,52 zł brutto z tytułu wykonania wykopu (pkt(...)ww. harmonogramu); 4) 38.968,31 zł brutto z tytułu wykonania płyt fundamentowych (pkt(...) ww. harmonogramu) oraz 5) 19.975,68 zł brutto z tytułu wykonanego dodatkowo oczepu stalowego w związku z koniecznością zmiany kąta i długości kotew.

Odnosnie do pierwszej pozycji wynagrodzenia, skarżący początkowo podnosił zarzut zapłaty należności. Bezsporne było, że pozwany zapłacił powodowi z tego tytułu 41.000 zł, powołując się na protokoły odbiorów z 30 czerwca i 4 sierpnia 2011 r. Treść tych protokołów nie oznacza jednak, że wszystkie roboty w tym czasie zostały wykonane, tym bardziej, że sama rozbiórka nie została dokończona. Zauważyć należy, iż kwota 1224,51 zł netto została wskazana w piśmie powoda z dnia 2 listopada 2011 r., w którym zgodnie z ustaleniami inwentaryzacji przedstawione zostały szczegółowe wyliczenia zaawansowania robót (k. 291). Strona pozwana w odpowiedzi na to pismo nie zakwestionowała wyliczeń. Dopiero w trzecim piśmie z dnia 2 grudnia 2011 r. powołano się na rozliczenie robót rozbiórkowych bez powołania się jednak na konkretne wyliczenia (k. 307). W ocenie Sądu Apelacyjnego nic nie stało na przeszkodzie, aby weryfikacja rozliczenia ww. etapu budowy nastąpiła wcześniej. Takie zachowanie strony pozwanej, w szczególności po przejęciu placu budowy uniemożliwiło sprawdzenie, czy po dacie 4 sierpnia 2011 r. jakiegokolwiek prace zostały wykonane. Do wniosku takiego zdaje się jednak prowadzić treść protokołów odbioru robót

z 22 października i 22 listopada 2011 r. (k. 295-296, 303-304), które wykonawca sporządził jednostronnie wobec braku reakcji na przedstawiony przez niego pozwanemu zakres zaawansowania robót (k. 293). Nota bene, możliwość sporządzenia jednostronnego protokołu odbioru przewidziana została w(...)umowy.

W zakresie drugiej pozycji wynagrodzenia, skarżący kwestionował przede wszystkim prawidłowość wykonania tzw. obudowy berlińskiej. Jak jednak wynika z całkowicie przekonującej w tej mierze opinii biegłej, swoje prace powodowa spółka (poprzez podwykonawców) wykonała zgodnie z projektem i przepisami sztuki budowlanej. Fakt, że element ten nie spełnił swojej roli, wynikał z wadliwej dokumentacji geotechnicznej dostarczonej powodowi, na podstawie

której wykonano projekt wykonawczy oraz warunków geologicznych, o istnieniu których powód nie wiedział na etapie planowania i wstępnej realizacji umowy. W tej sytuacji strona powodowa nie może odpowiadać za to, iż skarżący nie był w stanie w pełnym zakresie wykorzystać obudowy, a skoro wykonał swoje prace zgodnie z umową należy mu się wynagrodzenie na podstawie (...) umowy, jak i art. 655 k.c. Nieskutecznie powołuje się także pozwany na brak przedstawienia mu przez powoda dokumentacji powykonawczej. Jakkolwiek w protokole inwentaryzacji znajduje się zobowiązanie powoda do przedłożenia pozwanemu takiej dokumentacji, to jej brak nie uniemożliwił weryfikację rozmiaru wykonanych robót. Świadczy o tym fakt, że w punkcie (...) protokołu brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tym, że podstawą weryfikacji obmiaru będzie dokumentacja powykonawcza. Potwierdza to zresztą zapis pkt. 13 protokołu, z którego wynika, że dokumenty wykonawcze zostaną dostarczone po rozliczeniu robót. Co więcej, w odpowiedziach na wezwania do rozliczenia prac i weryfikacji obmiaru pozwany nie powoływał się na brak ww. dokumentów, lecz początkowo na krótki czas, potem na wadliwość prac. Nie podjął także żadnej akcji w celu przejęcia dokumentacji. W tej sytuacji dać należy wiarę stronie powodowej, że wskazane w obmiarach prace w rzeczywistości zostały wykonane w takim rozmiarze. Skarżący nie przedstawił skutecznego dowodu na to, aby sytuacja była odmienna, a aktualny stan faktyczny na ówczesnym miejscu budowy wyklucza możliwość szczegółowego zbadania tej kwestii przez biegłego. Zauważyć wypada, że w korespondencji przedsądowej pozwana spółka nie zakwestionowała obmiaru wykonanych robót, co w zaprezentowanych wyżej okolicznościach sprawy, czyni wskazane w piśmie z dnia 2 listopada 2011 r. oraz w protokołach odbioru dane wiarygodnymi.

Odnośnie do żądania wynagrodzenia za wykonanie wykopu, podniesione w toku postępowania przed Sądem Okręgowym zarzuty okazały się uzasadnione w zakresie rozmiaru wywiezionej ziemi. Jak wynika z pkt. 3 protokołu inwentaryzacji stanu budowy z 20 października 2011 r., zakres robót ziemnych wykonanych przez powoda miał zostać określony na podstawie inwentaryzacji geodezyjnej A. B. z dnia 22 września 2011 r., w której wskazano, że wykopane zostało 2360 m³ ziemi (k. 289). Ilość ta stanowiła 53% zakresu przewidzianego projektem. Po odniesieniu tego stosunku do wynikającej z harmonogramu wartości robót otrzymano 82.150 zł netto, 88.722 zł brutto. W pozostałym zakresie zarzut pozwanego kwestionujący możliwość wykorzystania wykopu okazał się z przyczyn wskazywanych już wyżej niezasadny.

Słusznie powodowa spółka domagała się także zapłaty kwoty 38.968,31 zł z tytułu wykonanej na potrzeby tej budowy płyty fundamentowej. Pozwany nie kwestionował wartości tego elementu, która uległa ostatecznie zmniejszeniu jeszcze przed wniesieniem pozwu, co wynika z zestawienia protokołów odbioru z 22 października i 22 listopada 2011 r. Podnosił jedynie, że element ten nie został wykorzystany na budowie ani przez wykonawcę, ani przez pozwaną spółkę po odstąpieniu od umowy. Argumentacja ta nie jest jednak trafiona. Po pierwsze, samo odstąpienie od umowy, jak podniesiono wyżej, nie było skuteczne. Po drugie, skoro element zbrojenia wykonany został na potrzeby konkretnej budowy, co wynika także z pisma wykonawcy z dnia 16 września 2011 r. (k. 222 – 224), w związku z wykonywaniem umowy i powód poniósł z tego tytułu określone koszty, nie ma podstaw, aby zwalniać pozwanego od zapłaty tej części wynagrodzenia.

Strona powodowa miała również uzasadnione podstawy do żądania zapłaty za wykonane oczepy stalowe kwoty 19.975,68 zł brutto. Pozwany nie kwestionował tej wartości, lecz podnosił, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, zaś wykonane prace dotyczyły elementu obudowy berlińskiej, która była przewidziana w umowie. Z argumentacją tą zgodzić się nie można. Jak wynika z zeznań M. Ź. (1) – autora projektu obudowy, wykonanie oczepów stalowych nie było objęte przedmiotem umowy (k. 552), a potrzeba ich zainstalowania wynikała wyłącznie z powodu ujawnienia się kawern, których występowanie na etapie zawierania umowy nie było wiadome. Okoliczność tę potwierdzają wpisy w dzienniku nadzoru autorskiego (k. 118, 132). Jak postanowiono w umowie (...) z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawca nie mógł domagać się wynagrodzenia dodatkowego (podwyższenia wynagrodzenia) za roboty ujęte w załączniku nr (...) A contrario, przyjęć należy, że za pozostałe prace dodatkowe, zaakceptowane oczywiście przez stronę pozwaną, dodatkowe wynagrodzenie powodowi się należało. Jakkolwiek

w załączniku nr(...) pod pozycją (...) przewidziano wykop w obudowie berlińskiej, zaś bezsporne było, że oczep stalowy stanowi jego element, to nie można uznać, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy instalacja oczepów mieściła się w przedmiocie umowy. Skoro bowiem na konieczność zainstalowania oczepów wpływ miała wyłącznie zmiana warunków geotechnicznych w stosunku do tych, na podstawie których zawierano umowę i określano zakres robót, oczywistym wydaje się, że ten element nie mógł być objęty załącznikiem do umowy. W sprawie nie było sporne, że dodatkowe zabezpieczenie wykopu poprzez mocowanie kotew za pomocą oczepów zostało zaakceptowane przez stronę pozwaną. Gdyby jednak przyjąć nawet, że wykonanie oczepów nastąpiło poza umową, żądanie w dalszym ciągu pozostawałoby zasadne. Podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r. w sprawie II CSK 414/10, zgodnie z którym, w sytuacji gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów

o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona. W rozpoznawanej sprawie strona pozwana odniosła niewątpliwie korzyść

z zainstalowania oczepów, które były elementem zabezpieczającym całą konstrukcję.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 §1 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Na zasądzoną wyrokiem sumę złożyły się kwoty: 1322,47 zł brutto z tytułu prac rozbiórkowych; 312.636 zł brutto z tytułu wynagrodzenia za zabezpieczenie wykopu; 88.722 zł brutto z tytułu wykonania wykopu; 38.968,31 zł brutto z tytułu wykonania płyt fundamentowych oraz 19.975,68 zł z tytułu wykonanego dodatkowo oczepu stalowego w związku z koniecznością zmiany kąta i długości kotew.

Za podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego, które po stronie powodowej ograniczyły się do wynagrodzenia radcy prawnego przyjęto art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. oraz §6 pkt 7 w zw. z §12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 490). Sąd miał na uwadze, że apelacja strony pozwanej została uwzględniona w nikłym zakresie.

Analogiczną zasadę zastosowano przy zasądzeniu na podst. art. 107 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. kosztów postępowania apelacyjnego na rzecz obu interwenientów ubocznych reprezentowanych przez radców prawnych, którzy wzięli aktywny udział także na tym etapie procesu.

SSA Marek Boniecki SSA Andrzej Struzik SSA Regina Kurek