

*Sygn. akt VI ACa 933/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 28 maja 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SA – Ewa Śniegocka*

*Sędzia SO (del.) – Mariusz Łodko*

*Protokolant: – sekr. sąd. Mariola Frąckiewicz*

*po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W.*

*przeciwko (...) S.A. w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 7 lutego 2013 r.*

*sygn. akt XX GC 153/12*

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach:**

**- drugim- w ten tylko sposób, że zasądza od pozwanego (...) S.A. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. dodatkowo kwotę 59.335,31 zł (pięćdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta trzydzieści pięć złotych trzydzieści jeden groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2005 r. do dnia zapłaty,**

**- trzecim – w ten tylko sposób, że zasądzoną tytułem zwrotu kosztów procesu kwotę 6.789,23 zł (sześć tysięcy siedemset osiemdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia trzy grosze) podwyższa do kwoty 10.523,51 zł (dziesięć tysięcy pięćset dwadzieścia trzy złote pięćdziesiąt jeden groszy),**

**- czwartym – w ten tylko sposób, że kwotę 16.776,44 zł (szesnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt sześć złotych czterdzieści cztery grosze) podwyższa do kwoty 19.749,48 zł (dziewiętnaście tysięcy siedemset czterdzieści dziewięć złotych czterdzieści osiem groszy);**

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od pozwanego (...) S.A. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 12.113, 60 zł (dwanaście tysięcy sto trzynaście złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

## UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o. o. we W. wnosił o zasądzenie od pozwanego (...) S.A. w W. na jego rzecz kwoty 424.707,45 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 29 lipca 2005 r. do dnia zapłaty.

Jako podstawę faktyczną roszczenia powód wskazał okoliczność, że łącząca strony i następnie rozwiązana przez powoda umowa o roboty budowlano-montażowe przewidywała wykonanie nasypu konstrukcyjnego pod palownicę o objętości 120 m<sup>3</sup>, lecz w toku prac konieczne okazało się wykonanie dodatkowych 1.114,5 m<sup>3</sup> nasypu, za co powód nie otrzymał zapłaty w kwocie 40.590,62 zł brutto. W konsekwencji powód wykonał również wykop w grodzy pod fundament filara P2 o większej od wskazanej w umowie objętości i z tego tytułu należy mu się wynagrodzenie w kwocie 48.214,40 zł brutto. Ponadto powód domagał się zapłaty wynagrodzenia za: wykonanie ścianki zabezpieczającej drogę krajową nr (...) - w kwocie 64.203,37 zł brutto, wykonanie podpór tymczasowych z pali rurowych - w kwocie 194.794,18 zł brutto oraz pozostawione na terenie budowy rury stalowe przeznaczone do realizacji kolejnych podpór montażowych - w kwocie 76.899, 53 zł brutto. Jako podstawę prawną roszczenia powód wskazał art. 494 k.c.

Pozwany (...) S.A. w W. wnosił o oddalenie powództwa, podnosząc, że odstąpił od umowy w związku z opóźnieniem powoda w realizacji robót. Tymczasem jedynie w sytuacji, gdyby odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada, pozwany jako zamawiający zobowiązany byłby do odbioru przerwanych robót i zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace. Ponadto, zdaniem pozwanego, powód wykonywał roboty nieprawidłowo, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności wykonania większej ich ilości, niż założono w umowie.

Wyrokiem z dnia 20 października 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił powództwo w całości. Na skutek apelacji pozwanego, wyrokiem z dnia 17 listopada 2011 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 20 października 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego (...) S.A. w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) Spółka z o. o. we W. kwotę 335.899,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2005 r. do dnia zapłaty, zaś w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 15 listopada 2004 r. wykonawca Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. we W. zawarł z zamawiającym (...) S.A. w W. (obecnie: (...) S.A. w W.) umowę o roboty budowlano-montażowe, w której powód zobowiązał się do wykonania: ścianki szczelnej do podpory P2 wraz ze ścianką grobli, robót ziemnych wyspy (wypełnienia ziemią i późniejszego jej usunięcia), wykopu pod fundament i beton podkładowy podpory P2 oraz ścianki szczelnej P1, zgodnie ze specyfikacją techniczną. Umowa ta została zawarta w związku z budową mostu na rzece (...) wraz z dojazdami z drogi krajowej nr (...) w miejscowości S.. Inwestorem całego zadania był Skarb Państwa reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, zaś na podstawie umowy z dnia 22 września 2004 r. pozwany był generalnym wykonawcą tej inwestycji.

Strony ustaliły termin rozpoczęcia umówionych robót na dzień 16 listopada 2004 r., termin przekazania wykonawcy terenu budowy - na dzień 15 listopada 2004 r., zaś termin zakończenia robót - na dzień 31 stycznia 2005 r. Za wykonanie robót strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 956.000 zł netto, przy czym ostateczna wysokość tego wynagrodzenia miała zostać określona przy uwzględnieniu zakresu wykonanych robót oraz podstawy wskazanej w załączniku nr 4 do umowy. W załączniku nr 1 do umowy strony ustaliły wynagrodzenie powoda za wykonanie m.in. nasypu konstrukcyjnego pod palownicę (około 120 m<sup>3</sup>) w wysokości 6.000 zł netto oraz wykopu w grodzy (około 1.000 m<sup>3</sup>) w wysokości 32.000 zł netto.

Zgodnie z § 11 ust. 3 „Warunków ogólnych umowy o wykonanie robót budowlano-montażowych” (zwanych dalej: „WO”), w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy przez zamawiającego poza zakres wynikający z § 2 ust. 2 WO, wykonawca miał prawo do dodatkowego wynagrodzenia wyliczonego według cen jednostkowych i/lub danych do kosztorysowania zawartych w załączniku do umowy. Natomiast w myśl § 11 ust. 5 WO, w przypadku robót dodatkowych, których wykonanie było niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią, podstawą ich podjęcia miał być wpis przedstawiciela zamawiającego, przedstawiciela wykonawcy lub organu nadzoru budowlanego do dziennika budowy. Koszty tych robót miały zostać pokryte według zasad ustalonych w § 10 ust. 2 WO, tj. koszty zabezpieczenia robót miał ponieść: zamawiający - w przypadku wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający; wykonawca - w przypadku wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca; obie strony po połowie - w przypadku zaistnienia okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z § 13 ust. 1 WO, wypłata wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty miała nastąpić w terminie 30-tego dnia następnego miesiąca po miesiącu, w którym na konto zamawiającego wpłynęło wynagrodzenie od inwestora. Wpłaty miały następować na podstawie faktur przejściowych, przy czym wysokość zaliczki była związana z rzeczywistym zaawansowaniem robót.

Z § 31 ust. 4 WO wynika, że jeżeli wykonawca opóźnił się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem robót ponad 7 dni w stosunku do terminów przewidzianych w umowie, zamawiający mógł odstąpić od umowy bez wyznaczania terminu dodatkowego. W razie odstąpienia od umowy, wykonawca miał - w terminie 7 dni od odstąpienia od umowy - sporządzić przy udziale zamawiającego protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia. W razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada, zamawiający zobowiązany był do dokonania odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, chyba, że zgłaszał zastrzeżenia m.in. do jakości wykonanych robót. Jednakże strony w umowie nie ustaliły terminu, w jakim będą mogły skorzystać z prawa odstąpienia od umowy.

W § 1 ust. 4 WO wykonawca oświadczył, że przed podpisaniem umowy zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz dostępną dokumentacją urządzeń podziemnych i ich lokalizacją na planach, a także, iż otrzymał od zamawiającego wszelkie niezbędne dane mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Jednakże dokonane przed podpisaniem umowy i rozpoczęciem prac rozpoznanie geologiczno-inżynierskie było niepełne, w szczególności odstąpiono od wykonania analizy podłoża w środku rzeki.

W dniu 15 listopada 2004 r. powód rozpoczął roboty objęte umową. Zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, do dnia 3 stycznia 2005 r. powód miał wykonać wyspę z możliwością wjazdu i pracy palownicy na podporze P2, jednakże z uwagi na podmokły teren wjazd ciężkiego sprzętu na budowę okazał się niemożliwy. Dlatego - na zlecenie pozwanego - powód ułożył z płyt betonowych drogę dojazdową, co zajęło mu około 2 tygodni. Następnie doszło do przerwania wału przeciwpowodziowego biegnącego równoległe do koryta rzeki, co spowodowało, że czas dostawy materiałów na plac budowy i ich rozładunek wydłużyły się, a wykonywanie robót zostało wstrzymane na okres 4 dni. W związku z zaistniałymi opóźnieniami przedstawiciele stron spotykali się na naradach budowlanych, podczas których omawiali kolejne etapy prac i terminy ich wykonania. Pozwany zgłaszał zastrzeżenia do tempa prac powoda, jednakże do jakości ich wykonania nie miał większych zastrzeżeń.

Już w trakcie prowadzenia robót zostały wprowadzone zmiany w projekcie dotyczące rodzaju pali i technologii palowania. W dniach 14-15 stycznia 2005 r. powód wykonał nasyp konstrukcyjny pod palownicę w ilości 120 m<sup>3</sup>. W dniu 17 stycznia 2005 r. na nasyp wjechała palownica, jednakże po wykonaniu dwóch pali okazało się, że w podłożu wystąpiły zjawiska tiksotropowe oraz nadmierne osiadanie podłoża wywołane drganiami powodowanymi pracą palownicy i obciążeniem powodowanym wyciąganiem z gruntu rur osłonowych. Napływ wody skutkował osłabieniem podłoża pod dnem. Prawdopodobną przyczyną napływu znacznej ilości wody było nierozpoznanie głębokości występowania stropu gliny i zbyt płytkie zagłębienie ścianki, co skutkowało nieszczelnością wygrozdzenia na pewnych odcinkach. Dodatkowo, prawdopodobną przyczyną napływu wody było nierozpoznanie soczewek gruntów słabych. W związku z wystąpieniem tego problemu powód musiał wykonać nadbudowę nasypu w ilości 1.114,5 m<sup>3</sup>,

co zostało potwierdzone przez kierownika budowy. Pozwany nie zgłaszał zastrzeżeń do jakości i sposobu wykonania nasypu przez powoda.

W dniu 17 lutego 2005 r. powód wystawił pozwanemu fakturę nr (...) na kwotę 1.013.088,10 zł, która zawierała wynagrodzenie za wykonanie 120 m<sup>3</sup> nasypu oraz fakturę nr (...) na kwotę 104.030,62 zł, która zawierała wynagrodzenie za wykonanie 1.114,50 m<sup>3</sup> nasypu w kwocie 40.590,62 zł brutto. Należność z faktury nr (...) została zapłacona przez pozwanego do kwoty 917.076,41 zł brutto, natomiast faktura nr (...) została powodowi zwrócona. Powód wystawił pozwanemu kolejną fakturę nr (...) za wykonanie nasypu i wjazdu do grodzy na kwotę 44.250,62 zł brutto.

Z dniem 28 kwietnia 2005 r. (...) S.A. w W. rozwiązał łączącą strony umowę na podstawie § 31 ust. 4 WO, powołując się na 3-miesięczne opóźnienie powoda w realizacji umowy. Jednocześnie pozwany powołał komisję celem inwentaryzacji wykonanych przez powoda robót oraz pozostawionych przez niego materiałów budowlanych. W dniu 4 maja 2005 r. strony sporządziły protokół inwentaryzacji, w którym pozwany potwierdził, że powód wykonał m.in. nasyp konstrukcyjny pod palownicę i wykop pod fundament filara P2.

Sąd Okręgowy wskazał, że stan faktyczny w przedmiotowej sprawie ustalił na podstawie zeznań świadków oraz kopii dokumentów, których wiarygodność nie budziła zastrzeżeń. Natomiast - odwołując się do treści art. 479<sup>(12)</sup> § 1 k.p.c. - pominął dowód z dokumentów przedłożonych przez powoda w toku postępowania, albowiem powód dysponował dokumentacją wykonanych prac już w dacie składania pozwu i nie wykazał, aby ich wcześniejsze powołanie nie było możliwe, bądź potrzeba ich powołania wynikała później. W zakresie przyczyn napływu znacznej ilości wody do grodzy oraz potrzeby zwiększenia ilości nasypu i wykopu, Sąd pierwszej instancji poczynił ustalenia na podstawie dowodu z opinii Instytutu (...), którą uznał za fachową i rzetelną. Z uwagi na treść art. 479<sup>(14)</sup> § 2 k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił wnioski pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa hydrotechnicznego na okoliczność, czy powód wykonał prace prawidłowo i co było przyczyną, że powód musiał je wykonać w zwiększonej ilości.

W ocenie Sądu Okręgowego powód nie odstąpił skutecznie od łączącej strony umowy o roboty budowlano-montażowe. Zgodnie z treścią art. 395 § 1 k.c. obligatoryjnym elementem zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy jest wskazanie terminu, po upływie którego prawo to wygasa. Tymczasem w § 31 ust. 4 WO strony terminu takiego nie wskazały, zaś jego brak powoduje nieważność zastrzeżonego prawa odstąpienia (art. 58 § 3 k.c.). Również klauzula przewidziana w art. 492 k.c. powinna wskazywać termin, po upływie którego prawo odstąpienia od umowy wygasa, gdyż w przeciwnym razie jej zastrzeżenie jest nieważne. Ponadto - z uwagi na jednoznaczną treść pisma pozwanego z dnia 28 kwietnia 2005 r., w którym odwołał się do postanowienia łączącej strony umowy - nie można uznać, aby doszło do odstąpienia od umowy na podstawie art. 491 k.c. Dlatego, zdaniem Sądu pierwszej instancji, postanowienia zawartej przez strony umowy o roboty budowlano-montażowe przesądzają, czy i w jakiej wysokości powodowi należy się wynagrodzenie za wskazane w pozwie prace.

W ocenie Sądu Okręgowego żądanie powoda zasługiwało na uwzględnienie w zakresie kwoty 335.899,43 zł. W szczególności zasądził od pozwanego na jego rzecz kwoty: 64.203,37 zł - za wykonanie ścianki zabezpieczającej drogi krajowej nr (...), 194.796,18 zł - za prace związane z wykonaniem podpór tymczasowych, a także 76.899,53 zł - za pozostawione rury stalowe. Mając na uwadze treść art. 481 § 1 k.c. i § 13 ust. 1 WO, Sąd pierwszej instancji zasądził od powyższej kwoty odsetki za okres od dnia 30 lipca 2005 r. do dnia zapłaty. Przy tym Sąd Okręgowy wskazał, że dopiero protokół z dnia 4 maja 2005 r. potwierdził ilość wykonanych przez powoda prac.

Natomiast w pozostałym zakresie Sąd Okręgowy ocenił powództwo jako niezasadne. Wskazał, że dalsze kwoty, których zasądzenia powód domagał się w pozwie, dotyczą prac, które były przewidziane w łączącej strony umowy o roboty budowlano-montażowe, lecz zostały wykonane w większej od określonej w umowie ilości. Powód twierdził, że zwiększona objętość nasypu wynikała z konieczności zapewnienia warunków bezpiecznej pracy sprzętu wykonującego prace palowe, zaś zwiększona objętość wykopu była konsekwencją wykonania nasypu w zwiększonej

ilości. Tymczasem - według pozwanego - przyczyną zwiększenia ich ilości była zła jakość wykonanego nasypu, wady wykonawcze i opieszałość powoda w wykonaniu robót.

Odwołując się do treści art. 6 k.c. Sąd pierwszej instancji uznał, że to powód powinien udowodnić, że przyczyna skutkująca koniecznością zwiększenia zakresu robót powstała w związku z zaistnieniem okoliczności leżących po stronie pozwanego, bądź okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie bowiem z treścią § 10 ust. 2 w związku z § 11 ust. 5 OW, tylko w takim wypadku powodowi należałoby się wynagrodzenie za zwiększony zakres prac. Przy tym z uwagi na rodzaj wykonanych prac, które co do zasady były objęte łączącą strony umową, nie ma do nich zastosowania § 11 ust. 3 WO, lecz § 11 ust. 5 WO. Postanowienie to przewiduje, że w przypadku robót dodatkowych, których wykonanie będzie niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią, podstawę ich podjęcia stanowi wpis przedstawiciela zamawiającego, przedstawiciela wykonawcy lub organu nadzoru budowlanego do dziennika budowy, zaś koszty tych robót zostaną pokryte według zasad określonych w § 10 ust. 2 OW.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że w związku z takim brzemieniem powołanego postanowienia umownego, sama okoliczność wykonania przez powoda przedmiotowych prac na polecenie zamawiającego jest niewystarczająca dla zasądzenia na jego rzecz wynagrodzenia, albowiem w § 10 ust. 2 OW strony precyzyjnie ustaliły sposób pokrycia kosztów zabezpieczenia robót. Koszty te miał ponieść: zamawiający - w przypadku wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający; wykonawca - w przypadku wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca; obie strony po połowie - w przypadku zaistnienia okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności.

Według Sądu pierwszej instancji, w przedmiotowej sprawie przyczyną powodującą konieczność zwiększenia zakresu robót było rozmiękczenie podłoża, co było konsekwencją podjęcia prac w nieprawidłowo zbadanym gruncie. Z opinii Instytutu (...) wynika bowiem, że nie przeprowadzono badania gruntu w nurcie rzeki, co uniemożliwiło ustalenie poziomu gliny, a w konsekwencji prawdopodobnie spowodowało zbyt płytkie zagłębienie ścianki w gródzy.

Zdaniem Sądu Okręgowego odpowiedzialność za ten stan rzeczy ponosi powód jako wykonawca, albowiem w § 1 ust. 4 WO oświadczył, że przed podpisaniem umowy o roboty budowlano-montażowe zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfiką oraz, iż otrzymał od zamawiającego wszelkie niezbędne dane, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Natomiast w punkcie 3.8 „Warunków wykonywania robót budowlano – montażowych” na powoda jako wykonawcę został nałożony obowiązek uzyskania z odpowiednim wyprzedzeniem dokładnej informacji o położeniu budowy, jej dostępności i innych istotnych szczegółach dla wykonania robót. Brak takiego rozpoznania jest więc okolicznością, za którą odpowiedzialność ponosi powód.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł wyłącznie powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o. o. we W..

Apelacją z dnia 2 kwietnia 2013 r. powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo i wniósł o jego zmianę poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 88.808,02 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2005 r. do dnia zapłaty, ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że:

a) konieczność wykonania nasypu pod palownicę oraz wykopów w zwiększonym zakresie była wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi powód;

b) wykonanie nasypu pod palownicę w ilości 1.234,5 m<sup>3</sup> stanowi w całości roboty dodatkowe, gdy tymczasem umowa stron nakładała na powoda obowiązek wykonania nasypu pod palownicę w ilości ok. 120 m<sup>3</sup>; zatem za roboty dodatkowe uznać można jedynie roboty przy wykonaniu nasypu pod palownicę w ilości 1.114,4 m<sup>3</sup>;

c) wykonanie wykopu w ilości 1.520 m<sup>3</sup> stanowi w całości roboty dodatkowe, podczas gdy umowa stron nakładała na powoda obowiązek wykonania wkopów w ilości ok. 1.000 m<sup>3</sup>; zatem za roboty dodatkowe uznać można jedynie roboty przy wykonaniu wykopów w ilości 520 m<sup>3</sup>.

Pozwany (...) S.A. w W. wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie tylko częściowo, albowiem nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są zasadne.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że łącząca strony umowa o roboty budowlano-montażowe przewidywała wykonanie przez niego jako wykonawcę nasypu konstrukcyjnego pod palownicę o objętości 120 m<sup>3</sup>, lecz w toku prac konieczne okazało się wykonanie dodatkowych 1.114,5 m<sup>3</sup> nasypu, za co nie otrzymał zapłaty w kwocie 40.590,62 zł brutto. Powód wykonał również wykop w grodzy pod fundament filara P2 o objętości 1.520 m<sup>3</sup>, a więc większej od określonej w umowie o 520 m<sup>3</sup>, za co miało należeć mu się wynagrodzenie w łącznej kwocie 48.214,40 zł brutto. Jest to w sumie kwota 88.808,02 zł, której zasądzenia powód domagał się w pozwie i domaga się aktualnie w apelacji.

Z twierdzeń powoda zawartych w uzasadnieniu pozwu jednoznacznie wynika, że w dniu 17 lutego 2005 r. wystawił pozwanemu fakturę nr (...) na kwotę 1.013.088,10 zł brutto, która zawierała wynagrodzenie za wykonanie 120 m<sup>3</sup> nasypu w kwocie 7.320 zł brutto oraz fakturę nr (...) na kwotę 104.030,62 zł brutto, która zawierała wynagrodzenie za wykonanie 1.114,5 m<sup>3</sup> nasypu w kwocie 40.590,62 zł brutto. Powód wyjaśnił, że pierwsza z powyższych faktur została przez pozwanego zapłacona, zaś zatrzymanej z niej kwoty 96.011,41 zł tytułem zabezpieczenia wykonania umowy będzie dochodził w odrębnym procesie. Przedmiotowym pozwem została objęta jedynie wynikająca z drugiej z faktur (a następnie z faktury nr (...) z dnia 12 maja 2005 r.) kwota 40.590,62 zł brutto, odpowiadająca wynagrodzeniu za wykonanie 1.114,5 m<sup>3</sup> nasypu. Całkowicie niezrozumiały jest więc sformułowany w punkcie (b) apelacji zarzut, skoro powód w przedmiotowym procesie nie domagał się zapłaty wynagrodzenia za wykonanie 120 m<sup>3</sup> nasypu.

Natomiast zasadny jest sformułowany w punkcie (c) apelacji zarzut, albowiem powód w przedmiotowym procesie domagał się zapłaty wynagrodzenia za wykonanie 1.520 m<sup>3</sup> wykopu, a więc także 1.000 m<sup>3</sup> objętych umową, czego nie dostrzegł Sąd pierwszej instancji. Z uzasadnienia pozwu jednoznacznie wynika, że skoro strony uzgodniły w umowie (załącznik nr 1, k. 45) wynagrodzenie za wykonanie 1.000 m<sup>3</sup> wykopu w kwocie 32.000 zł netto minus 6.000 zł (za odpompowanie komory) = 26.000 zł netto, to umówione wynagrodzenie za wykonanie 1 m<sup>3</sup> wykopu wynosiło 26 zł netto. Dlatego za wykonanie 1.520 m<sup>3</sup> wykopu powód domagał się zasądzenia na jego rzecz kwoty 48.214,40 zł brutto (1.520 m<sup>3</sup> x 26 zł/1 m<sup>3</sup> x 1,22 VAT = 39.520 zł netto x 1,22 VAT). Tymczasem Sąd Okręgowy wadliwie przyjął, że powód domagał się zapłaty jedynie za nie objęty umową wykop o objętości 520 m<sup>3</sup>.

O częściowym uwzględnieniu apelacji przesądziła zasadność sformułowanego w jej punkcie (a) zarzutu, że Sąd pierwszej instancji wadliwie przyjął, iż konieczność wykonania nasypu oraz wykopów w zwiększonym zakresie była wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi powód. W ocenie Sądu Apelacyjnego, ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że odpowiedzialność ta obciąża inwestora, który zlecił roboty generalnemu wykonawcy bez wykonania niezbędnych badań gruntowych, a więc żadna ze stron niniejszego procesu nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które spowodowały konieczność wykonania robót zabezpieczających.

Wskazać należy, iż z opinii Instytutu (...) wynika, że przyczynami wystąpienia problemów z realizacją umowy przez wykonawcę były w szczególności: niewystarczająco dokładna dokumentacja geologiczno-inżynierska w rejonie podpory P2, napotkanie na dnie wykopu w komorze grodzy znacznie gorszych warunków geologiczno-wodnych, wdarcie

się wody przez dno i zniszczenie gruntów pod dnem w komorze P2. Również w ustnej opinii biegły W. B. wskazał, że główną przyczyną trudności było niedostateczne rozpoznanie podłoża w miejscu podpory P2, albowiem nie wykonano analizy podłoża w środku rzeki. Pod względem wysokości występowania stropu gliny sprawdzono tylko brzeg, podczas gdy na środku rzeki warunki były inne.

Nie ma racji Sąd pierwszej instancji twierdząc, że konieczność wykonania nasypu oraz wykopów w zwiększonym zakresie była wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi powód. Ten błędny wniosek wywiódł Sąd Okręgowy z faktu, że w § 1 ust. 4 WO powód oświadczył, iż przed podpisaniem umowy o roboty budowlano-montażowe zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfiką oraz, że otrzymał od zamawiającego wszelkie niezbędne dane, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Jednakże trzeba zauważyć, że powód nie miał możliwości samodzielnej weryfikacji dokumentacji dostarczonej mu przez pozwanego, bez poniesienia dodatkowych znacznych kosztów wykonania badań podłoża w środku rzeki, czego nie przewidywała łącząca strony umowa. Obowiązek powoda zapoznania się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfiką należy więc ograniczyć jedynie do tych cech, które możliwe były do rozpoznania bez specjalistycznych badań. Obowiązku tego nie rozszerzył zapis zawarty w § 4 ust. 4 WO, który dotyczył dokumentacji projektowej, a nie badań związanych z samą możliwością realizacji inwestycji.

Zdaniem Sądu odwoławczego, podmiotem zobowiązanym do należytego rozpoznania podłoża w miejscu podpory P2 był zlecający wykonanie prac inwestor, o ile z umowy łączącej go z generalnym wykonawcą nie wynikało, aby to pozwany przyjął na siebie ten obowiązek. Ponieważ w aktach przedmiotowej sprawy nie ma umowy łączącej inwestora z generalnym wykonawcą, brak jest podstaw do ustalenia, jaka była jej treść. W konsekwencji na podstawie art. 6 k.c. należało uznać, że powód nie udowodnił, aby konieczność wykonania nasypu oraz wykopów w zwiększonym zakresie była wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi pozwany.

W tej sytuacji, zgodnie z § 10 ust. 2 lit. c) WO, koszty zabezpieczenia robót powinny ponieść obie strony po połowie. Dlatego powodowi należało zasądzić dodatkowo kwotę 20.295,31 zł brutto tytułem zwrotu połowy kosztów robót zabezpieczających polegających na wykonaniu nasypu o objętości 1.114,5 m<sup>3</sup> (40.590,62 zł brutto : 2 = 20.295,31 zł brutto). Fakt wykonania przez powoda nasypu we wskazanej w pozwie ilości został potwierdzony przez przedstawiciela pozwanego w inwentaryzacji (k. 48). Natomiast co do wykonania wykopu, w ocenie Sądu Apelacyjnego powód nie udowodnił, aby wykonał go w ilości 1.520 m<sup>3</sup>. W inwentaryzacji wskazano bowiem, że z 1.520 m<sup>3</sup> wykopu do wykonania pozostało jeszcze około 400 m<sup>3</sup>. Dlatego należy przyjąć, że powód wykazał jedynie, iż wykonał 1.000 m<sup>3</sup> wykopu, które było objęte w całości umową, a więc powodowi należy się z tego tytułu całość umówionego wynagrodzenia w kwocie 39.040 zł brutto. Powód zaś nie wykazał, aby wykonał roboty zabezpieczające polegające na wykonaniu dalszego wykopu o objętości 520 m<sup>3</sup>, w związku z tym z tego tytułu nie należy mu się zwrot kosztów na podstawie § 10 ust. 2 lit. c) WO.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda dodatkowo kwoty 59.335,31 zł wraz z odsetkami była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu przed Sądem pierwszej instancji, uwzględniająca treść art. 100 k.p.c. oraz fakt, że powód wygrał proces w 93%.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego były art. 385 i 386 § 1 k.p.c. O kosztach orzeczono na podstawie art. 100 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. poprzez ich stosunkowe rozdzielenie, uwzględniając fakt, że powód wygrał w postępowaniu odwoławczym w 66,8%.