

*Sygn. akt VI ACa 684/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 marca 2015 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Teresa Mróz*

*Sędziowie: SA Małgorzata Borkowska*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak (spr.)*

*Protokolant: stażysta Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Z. I.*

*przeciwko (...) w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 6 lutego 2014 r.*

*sygn. akt XX GC 318/08*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) w W. na rzecz Z. I. kwotę 5 400 (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt VI ACa 684/ 14

## UZASADNIENIE

Powód Z. I. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane (...) wnosił o zasądzenie od pozwanego (...) w W. kwoty 792 850,52 zł wraz odsetkami ustawowymi od dnia 26 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania od powoda na rzecz pozwanego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

**Wyrokiem** z dnia 6 lutego 2014r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XX GC 318/08 w pkt 1 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 759 667, 12 zł z ustawowymi odsetkami od 26 kwietnia 2008r. do dnia zapłaty, w pkt 2 oddalił powództwo w pozostałej części, w pkt 3 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 44 955,27 zł tytułem kosztów procesu, w pkt 4 nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 530, 12 zł tytułem zwrotu wydatków, w pkt 5 nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 8 305,15 zł tytułem zwrotu wydatków.

Sąd Okręgowy swoje rozstrzygnięcie oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 29 stycznia 2007 r. w wyniku przetargu nieograniczonego, rozpisanego przez pozwanego, pozwany i I. G. prowadzący działalność pod nazwą (...) Pracowania (...) zawarli umowę nr (...). Przedmiotem umowy było opracowanie przez I. G. dokumentacji projektowo - kosztorysowej (dalej także: projekt architektoniczno - budowlany) na docieplenie budynku nr (...) (ściany i stropodach) na terenie (...) przy ul. (...) w W.. Termin wykonania zlecenia został określony na 26 lutego 2007 r. (§ 3 umowy).

W dniu 19 lutego 2007 r. Prezydent m. (...) W. zatwierdził projekt budowlany i udzielił (...) pozwolenie na wykonanie robót budowlanych. Projekt architektoniczno - budowlany został sporządzony przez projektanta A. K. posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej nr (...). Projekt sprawdził J. L. posiadający uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej nr (...). Asystentem projektanta był I. G., który nie posiadał uprawnień budowlanych.

W dniu 03 lipca 2007 r. został ogłoszony przetarg nieograniczony na wykonanie docieplenia budynku nr (...) na terenie (...). Przetarg został ogłoszony na stronie internetowej (...). Dokumentacja niezbędna w celu zainicjowania przetargu była wykonana w sposób niedbały, mało profesjonalny. Specyfikacja Techniczna nie była podpisana przez projektanta. Pomiędzy specyfikacją techniczną, projektem a kosztorysem zachodziły niespójności. Sam projekt architektoniczno - budowlany w rzeczywistości nie był projektem budynku nr (...), lecz zupełnie innej budowli. Świadczyły o tym liczne sformułowania wskazujące, że projekt dotyczy szkoły podstawowej, nadto dane techniczne wskazane w projekcie pozostawały w sprzeczności z parametrami technicznymi budynku nr (...). Na rysunkach projektu pokazana jest stolarka okienna wykonana z drewna, a w rzeczywistości stolarka w (...) jest plastikowa. Na rysunkach technicznych jako tynk zewnętrzny został wskazany tynk akrylowy, a według kosztorysu miał to być tynk silikatowy. Projekt architektoniczno - budowlany zawierał również formalne uchybienia np. nieponumerowane strony.

W dniu 25 lipca 2007 r. powód na podstawie powyższej dokumentacji złożył ofertę na wykonanie docieplenia za cenę 649 877,64 zł plus podatek VAT tj. 792 850,72 zł (wynagrodzenie ryczałtowe). Oferta powoda została wybrana przez pozwanego jako najkorzystniejsza. W dniu 16 sierpnia 2007 r. strony zawarły umowę nr (...). Przedmiotem umowy było wykonanie przez powoda na rzecz pozwanego docieplenia budynku nr (...) (ściany i stropodach) wraz z łącznikiem na terenie (...) przy ul. (...) w W., zgodnie ze złożonym przez pozwanego zamówieniem. Wysokość wynagrodzenia ryczałtowego brutto strony ustaliły na kwotę 792 850,72 zł (649 877,64 zł + 22 % VAT). Rozliczenie końcowe miało nastąpić po całkowitym zakończeniu robót dociepleniowych w oparciu o pozytywny protokół końcowy odbioru robót, w ciągu 14 dni od złożenia końcowej faktury z kompletem dokumentów. Wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagały dla swojej ważności formy pisemnej w postaci aneksu lub umowy dodatkowej.

W dniu 30 sierpnia 2007 r. powód rozpoczął roboty budowlane. W toku przebiegu procesu inwestycyjnego Z. I. pełnił rolę kierownika budowy, L. K. inspektora nadzoru inwestorskiego, O. T. jako dyrektor reprezentował (...). Powód w toku prac wskazywał na uchybienia, które stanowią przeszkodę w wykonywaniu robót. Mając to na uwadze inspektor nadzoru inwestorskiego wielokrotnie bezskutecznie zwracał się do biura projektowego za pośrednictwem pozwanego w celu dokonania zmian w dokumentacji i jej uzupełnienia. Kontakt z projektantem był utrudniony, wręcz niemożliwy. Projektant nie przychodził na plac budowy, nie dokonywał żadnego nadzoru autorskiego. W imieniu biura projektowego zamiast projektanta stawiał się I. G., on również prowadził korespondencję, jednakże nie był on projektantem, ani nie miał uprawnień budowlanych. Utrudniony kontakt z projektantem wymusił na inspektorze nadzoru inwestorskiego dokonanie niezbędnych zmian w projekcie (nieistotnych) mających na celu realizacji prac. Zmiany te zostały naniesione na projekcie. Polegały min. na zamienieniu tynku silikatowego na akrylowy; płytek klinkierowych na 6 x24, zamiast 10x20; ociepleniu stropu wełną mineralna (...), zamiast (...); wykonanie izolacji fundamentów styropianem (...) gr. 8 cm.

W dniu 30 listopada 2007 r. powód złożył oświadczenie, że wszystkie roboty związane z realizacją Umowy wykonane zostały zgodnie z dokumentacją techniczną oraz uzgodnieniami z inspektorem nadzoru inwestorskiego L. K.. W tym samym dniu powód zgłosił pozwanemu zakończenie robót związanych z Umową.

Oświadczeniem z dnia 04 grudnia 2007 r. projektant A. K. przeniósł prawa autorskie na wszystkich płaszczyznach eksploatacji dotyczące projektu budowlanego na docieplenie budynku nr (...) oraz budynku łącznika na terenie (...). Przeniesienie nastąpiło na rzecz I. G. i miało objąć również sprawowanie nadzoru autorskiego związanego z realizacją prac budowlanych wykonywanych na podstawie projektu. W dniu 06 grudnia 2007 r. I. G. dokonał wpisu w Dzienniku Budowy, wskazując, że stwierdził liczne odstępstwa od projektu budowlanego. Odstępstwa polegają na zamianie materiałów oraz niezgodnym z projektem wykonaniu i montażu niektórych elementów znaczących i istotnych dla osiągnięcia celów termoizolacyjnych, w związku z czym wniósł o wstrzymanie wszelkich robót do czasu podjęcia stosownych decyzji.

Pismem z dnia 06 grudnia 2007 r. inspektor nadzoru inwestorskiego L. K. poinformował, że w wyniku dokonanych konsultacji wykończenia docieplenia na budynku nr (...) dokonał tynkiem akrylowym w miejsce tynku silikatowego przewidzianego w projekcie z uwagi na okres, w którym docieplenie było wykonywane tj. październik - listopad 2007r. Pierwotne założenia były planowane na okres letni. Inspektor wskazał, że dokonana zmiana nie wymagała zmiany projektu. W piśmie z dnia 10 grudnia 2007r. inspektor nadzoru inwestorskiego L. K. wskazał pozwanemu na liczne uchybienia w zakresie sporządzonego projektu budowlanego. Nadto wskazał, że ze względu na brak kontaktu i chęci współpracy z biurem projektowym zmuszony był podejmować decyzje w zakresie realizacji prac samodzielnie.

Oświadczeniem z dnia 17 grudnia 2007r. powód wskazał, że czasie wykonywania robót budowlanych wprowadzono zmiany nie odstępujące w sposób istotny od zatwierdzonego projektu i warunków pozwolenia na budowę polegające na zamienieniu tynku silikatowego na akrylowy; płytek klinkierowych na 6x24, zamiast 10x20; ociepleniu stropu wełną mineralną (...), zamiast (...); wykonanie izolacji fundamentów styropianem (...) gr. 8 cm.

W dniu 20 grudnia 2007r. Komisja odbioru Zamawiającego przystąpiła do odbioru robót budowlanych będących przedmiotem Umowy. Wykonane prace zostały ocenione negatywnie, w wyniku czego komisja nie dokonała odbioru robót budowlanych będących przedmiotem Umowy. W ocenie Komisji przedmiot zamówienia został wykonany z licznymi wadami, polegającymi na odstępstwach do projektu budowlanego, zaakceptowanego przez inwestora – co do zakładanych w okresie planowania inwestycji efektów energooszczędności oraz warunków estetyczno- technicznych. Stwierdzone przez Komisję odstępstwa projektant w zdecydowanej większości zakwalifikował jako istotne. W związku z tym Komisja uznała, że wskutek wprowadzonych zmian istotnych zostały naruszone również warunki decyzji o pozwoleniu na budowę. Dodatkowo, przedmiot zamówienia wykonany został z licznymi usterkami, polegającymi na wykonaniu szeregu prac budowlanych niestarannie oraz niezgodnie z wiedzą techniczną dotyczącą wykonywania prac w budownictwie. Komisja stwierdziła, że opisane w usunięcie wad możliwe jest poprzez demontaż wbudowanych niezgodnie z projektem elementów, a następnie ich wykonanie zgodnie z projektem budowlanym – bez żadnych odstępstw, natomiast usterki powinny być naprawione przez wykonawcę. W Komisji odbioru Zamawiającego nie uczestniczył inspektor nadzoru inwestorskiego.

W dniu 27 grudnia 2007r. powód przekazał pozwanemu dokumentację powykonawczą. Pismem z dnia 18 stycznia 2008r. pozwany poinformował powoda, że podstawą wypłacenia mu wynagrodzenia jest pozytywny odbiór wykonanych prac i wystawienie na tej podstawie faktury VAT. W dniu 05 lutego 2008r. i 13 lutego 2008r. odbyło się spotkanie stron w celu omówienia dalszego kierunku i sposobu dalszych działań. W dalszych pismach zarówno powód, jak i pozwany podtrzymywali swoje stanowisko. Powód wskazywał, że wszystkie odstępstwa od dokumentacji projektowej było uzgodnione z inspektorem nadzoru inwestorskiego i są uwidocznione w dokumentacji powykonawczej, przygotowanej przez kierownika budowy, natomiast pozwany podtrzymywał swoje stanowisko w zakresie żądania usunięcia przez powoda stwierdzonych w protokole odbioru wad i usterek. W dniu 03 kwietnia 2008r. powód poinformował pozwanego, że wykonał roboty, do których został zobowiązany pismem z dnia 12 marca 2008r. (usunięcie usterek) i wezwał pozwanego do odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia. W dniu 15 kwietnia 2008r. Komisja odbioru Zamawiającego stwierdziła, że nie wszystkie usterki stwierdzone w protokole odbioru z dnia 20 grudnia 2007r. zostały usunięte. Pismem z dnia 16 kwietnia 2008r. pozwany podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie odmowy wypłaty wynagrodzenia.

Budynek nr (...) był cały użytkowany w trakcie trwających robót budowlanych zgodnie z jego przeznaczeniem.

Sąd Okręgowy wskazał, iż proces toczył się na podstawie przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3 maja 2012 r., stosownie do art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r. nr 233, poz. 1381).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o zgromadzone w roku postępowania dowody, dopuszczone postanowieniem Sądu. Sąd ten wskazał, iż przydatne dla ustalenia okoliczności faktycznych były znajdujące się w aktach sprawy dokumenty oraz ich kopie – dopuszczone jako dowody postanowieniem Sądu, których to prawdziwość jak i zgodność z oryginałami w toku postępowania nie była kwestionowana przez same strony, w której to sytuacji także Sąd nie znalazł podstaw by je zakwestionować. W zakresie przedstawionych w sprawie dokumentów prywatnych Sąd Okręgowy, oceniając ich wiarygodność ustalał, czy osoba, która dokument taki podpisała, rzeczywiście złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Natomiast już ocena zgodności takiego oświadczenia z rzeczywistym stanem rzeczy, jest elementem odrębnym. Zdaniem Sądu pierwszej instancji dla ustalenia istotnych okoliczności sprawy jedynie w ograniczonym zakresie były przydatne dowody osobowe. Roszczenie strony powodowej sprowadzało się bowiem do wykazania okoliczności, które były podstawą zapłaty wynagrodzenia za prace ujęte i wykonane przez powoda w kosztorysie ryczałtowym i wystawienia na tej podstawie faktury VAT. Okolicznościami tymi było ustalenie przedmiotowego zakresu umowy zawartej pomiędzy stronami, sposobu jej wykonywania przez powoda oraz przebiegu całego procesu inwestorskiego. W tym zakresie, zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania M. I., R. B. (1), Z. J., L. K., I. G. oraz wyjaśnienia Z. I. były przydatne i stanowiły przede wszystkim podstawę ustalonego przez Sąd przebiegu procesu inwestorskiego. Zdaniem Sądu pierwszej instancji zeznania I. G. złożone w przedmiocie sposobu wykonywania umowy przez powoda stanowiły tylko jego osobistą opinię, której Sąd ten nie podzielił. Sąd Okręgowy pominął w ustaleniach faktycznych zeznania A. M. oraz D. P., ponieważ nie wniosły nic istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Wszelkie dowody i twierdzenia przedstawiane i podnoszone przez strony wykraczające poza w/w kwestie wychodziły poza zakres przedmiotowej sprawy, a więc i nie mogły mieć wpływu na jej końcowy wynik – z uwagi na co zostały pominięte przez Sąd pierwszej instancji przy dokonywaniu ustaleń faktycznych.

Sąd Okręgowy wskazał, iż w toku postępowania zostały złożone 3 opinie biegłych z zakresu budownictwa na okoliczność czy powód prawidłowo wykonał prace objęte umową; czy roboty wykonane przez powoda miały wady i jakie; czy były odstępstwa od projektu i jakie; czy wady i odstępstwa od projektu mogły one stanowić podstawę odmowy odbioru robót wykonanych przez powoda; jaka powinna być wysokość wynagrodzenia powoda za wykonane prace. Sąd ten wskazał, iż pierwsza opinia biegłego E. P. z dnia 16 lutego 2012r. była bardzo ogólna, również złożone przez biegłego na rozprawie z dnia 30 maja 2012r. wyjaśnienia opinii nie ułatwiły Sądowi właściwej ocenę faktów i rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Na wniosek pozwanego Sąd pierwszej instancji zlecił wykonanie kolejnej opinii biegłemu z zakresu budownictwa. Opinia biegłego J. W. z dnia 30 lipca 2012r. zdaniem Sądu pierwszej instancji była na bardzo niskim poziomie merytorycznym, nic nie wyjaśniała, tym samym była zupełnie nieprzydatna do celu, do którego dowód ten został dopuszczony. Opinia ta została sporządzona niezgodnie z zaleceniem Sądu oraz w sposób wadliwy, co było również podstawą wydania postanowienia przez Sąd odmawiającego przyznania biegłemu wynagrodzenia. Na wniosek stron Sąd Okręgowy zlecił wykonanie trzeciej opinii przez biegłego E. S.. W ocenie Sądu pierwszej instancji, pomijając zawarte w opinii twierdzenia, które nie powinny się w niej znaleźć, tj. dotyczące poziomu merytorycznego opinii złożonych przez poprzednich biegłych, oceny prawnej podejmowanych działań przez uczestników procesu inwestycyjnego, samooceny biegłego sporządzającego opinię przedmiotowa opinia jest logiczna, wewnętrznie spójna oraz kompleksowo odnosi się to zagadnień nakreślonych w tezie dowodowej, wymagających wiadomości specjalnych. Opinia ta stanowiła podstawę pozwalającą na poczynienie kluczowych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń w oparciu o zawarte w nich wnioski.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, iż oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z dowodu z opinii Instytutu na rozprawie z dnia 23 stycznia 2014r. jako, że dowody te nie mogły być przydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla sprawy – zgodnie z art. 227 k.p.c., w myśl którego przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

W świetle art. 286 k.p.c. podstawową przesłanką powielania w postępowaniu dowodu z opinii biegłego jest zaistnienie takiej obiektywnej potrzeby, nie zaś samo subiektywne niezadowolenie stron z ustaleń poprzedniej opinii, jak też ich oczekiwanie, że inna opinia byłaby dla nich bardziej korzystna. Potrzeba taka musi wynikać z samego charakteru opinii biegłego, która by w ocenie sądu okazała się wadliwa i nieprzydatna z powodu niejasności, nierzetelności, niespójności wewnętrznej, pobieżności. Pozwany występowania zaś takich czynników nie wykazał, ograniczając się do przedstawienia własnych twierdzeń faktycznych odmiennych od konkluzji biegłego, co stanowi jedynie zwykłą polemikę z ustaleniami biegłego.

Sąd Okręgowy wskazał, iż nie mógł uznać za przydatny również dowód z przedstawionej przez pozwanego prywatnej opinii (k. 750 - 759), gdyż zgodnie z art. 245 k.p.c. jest to dokument prywatny, a taki stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Sąd ten ponadto pominął w ustaleniach faktycznych dowód z pozostałych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, a nie wskazanych wyżej wskazując, iż dowody te nie stwierdzają faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 227 k.p.c. lub też zawarte w nich informacje znajdują potwierdzenie w innych, powołanych dokumentach.

Sąd Okręgowy dokonując oceny prawnej żądania pozwu wskazał, iż powództwo jest usprawiedliwione co do zasady, do wysokości w części. Podstawą prawną powództwa jest art. 647 k.c. Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Do jej elementów przedmiotowo istotnych należy zobowiązanie się wykonawcy do wykonania obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor natomiast zobowiązany jest do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zgodnie z ww. przepisem powód był zobowiązany wykonać roboty budowlane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a pozwany zobowiązany był przyjąć wykonane przez powoda roboty budowlane i zapłacić za nie wynagrodzenie, nawet w przypadku stwierdzenia przez niego uchybień w wykonanych robotach. Istotą przeprowadzonego postępowania sądowego było ustalenie czy powód wykonał roboty budowlane zgodnie z przepisami prawa oraz czy pozwany zobowiązany był zapłacić powodowi wynagrodzenie za ich wykonanie. W ocenie Sądu Okręgowego w przebiegu procesu inwestycyjnego było wiele nieprawidłowości, jednakże Sąd zwrócił uwagę tylko na te które miały wpływ na zasadność żądania powoda.

Prowadzenie postępowania w trybie przetargu, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2004r., nr 19, poz. 177 z późn. zm. dalej : PZP) wymaga zachowania określonej procedury. Na zamawiającego nakłada również obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie jednoznaczny i wyczerpujący (art. 29 § 1 PZP), tak, by wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli przygotować oferty na podstawie jak najpełniejszych informacji. Podstawowym dokumentem, w którym zawarte są niezbędne do przeprowadzenia przetargu informacje, jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Jak wskazuje sama nazwa, zawiera ona wszystkie ważne informacje dotyczące postępowania, a więc m.in. dane ogłaszającego przetarg, procedury, terminy składania ofert i sposoby ich oceniania, jak również wymagania stawianych jego uczestnikom. Przy zamówieniach na roboty budowlane, prowadzonych trybie przetargowym zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych, oprócz specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojawia się wiele innych dokumentów, które mają za zadanie jak najdokładniej opisywać zamawiane prace. Zasady ich sporządzania oraz zawartość określają dodatkowe akty wykonawcze. Zgodnie z art. 31 § 1 i 2 PZP zakres robót budowlanych opisywany jest za pomocą dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a w przypadku projektów – za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego. Szczegółowe wytyczne dla tych dokumentów zawiera Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. 2004r., nr 202, poz. 2072, tekst jednolity ogłoszony 10 maja 2013r., Dz. U. 2013r., poz. 1129). Zgodnie z jego

zapisami dokumentacja projektowa dla prac wykonawczych musi obejmować projekt budowlany, projekt wykonawczy oraz przedmiar robót. Jeżeli dla przedmiotu zamówienia wymagane są dodatkowe opinie, projekty, pozwolenia lub uzgodnienia powinny się one również znaleźć w dokumentacji przetargowej.

Sąd Okręgowy wskazał, iż jak to zostało ustalone w stanie faktycznym SIWZ, projekt architektoniczno - budowlany posiadał wiele luk i błędów, które wymagały interwencji wykonawcy (powoda). Wykonawca ma obowiązek sprawdzania poprawności dostarczonej dokumentacji projektowej. Wymaga to ścisłego współdziałania wykonawcy i inwestora, a także projektanta (art. 651 k.c.). Sprawdzanie tej dokumentacji ma charakter wstępny oraz bieżący. Sprawdzenie bieżące ma charakter bardziej szczegółowy od sprawdzania wstępnego, ponieważ wykonawca widzi bezpośrednio na budowie wielkość wykonywanych części budynku. I w tym wypadku powinien bezwzględnie zgłosić inwestorowi dostrzeżone błędy projektu lub pojawiające się wątpliwości co do jego poprawności. Powyższa kontrola projektu przez wykonawcę musi być dokonywana oczywiście zgodnie z przepisami prawa budowlanego, wskazując na obowiązki inwestora, projektanta, nadzorca budowlanego oraz wykonawcy w przebiegu procesu inwestycyjno-budowlanego. Trzeba wskazać, że w toku procesu inwestycyjnego wykonawca wypełnił obowiązek przewidziany w przepisach. Wykonawca wielokrotnie informował inspektora nadzoru inwestorskiego o wątpliwościach co do poprawności projektu, a ten informował o tym zamawiającego. Luki i błędy w SIWZ i projekcie miały również wpływ na konkurencyjność oferty przygotowanej przez pozwanego. W projekcie architektoniczno - budowlany projektant podał konkretny typ styropianu, nie dopuszczając w specyfikacji innego równoważnego parametrowo styropianu. W ocenie Sądu Okręgowego zmiana styropianu na docieplenie nie miała wpływu na jakość wykonanych robót i nie czyniła ich wadliwymi, gdyż zastosowany przez powoda styropian odpowiadał specyfikacji technicznej materiału, który mógł być zastosowany przy docieplaniu budynku będącego przedmiotem Umowy. Natomiast ocena czy inspektor nadzoru inwestorskiego miał prawo ingerować w projekt architektoniczno - budowlany wymagała przeanalizowania przepisów prawa budowlanego w zakresie obowiązków stron procesu inwestycyjnego.

I tak zgodnie z art. 20 ust. 3 i 4 prawa budowlanego do podstawowych obowiązków projektanta należy: wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań; sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem i uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Jak zostało ustalone w stanie faktycznym projektant pomimo prawnego obowiązku nie prowadził nadzoru autorskiego nad projektem, o czym świadczy jej nieobecność na placu budowy oraz całkowity brak kontaktu z jej osobą. Pomimo zgłoszenia wielu zastrzeżeń w projekcie, w żaden sposób projektant się do nich nie ustosunkowała. W ocenie Sądu pierwszej instancji negatywna ocena zmian dokonana przez I. G. nie miała żadnego znaczenia dla ich wprowadzenia, gdyż I. G. był jedynie asystentem projektanta, tym samym (1) nie miał uprawnień nadzorczych; (2) nie był autorem projektu.

Natomiast zgodnie z art. 26 ustawy prawo budowlane inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo wydawać kierownikowi budowy lub kierownikowi robót polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, dotyczące: usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, oraz przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych i dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych; żądać od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Sąd Okręgowy wskazał, iż inspektor nadzoru inwestorskiego nie ma w swoich prawach i obowiązkach decydować o zmianach projektowych lub o odstępstwach od projektu budowlanego, jednakże mając na uwadze charakter zmian oraz brak kontaktu z projektantem dokonane zmiany uznał za uzasadnione.

Zdaniem Sądu Okręgowego - mając na uwadze okoliczności sprawy (brak kontaktu z projektantem) inspektor nadzoru inwestorskiego miał prawo ingerować w projekt, oczywiście w granicach przewidzianych przez prawo. Brak woli współpracy projektanta z wykonawcą nie może paraliżować robót budowlanych, przy czym trzeba wskazać, że odstąpienia dokonane w projekcie nie były istotne. W ocenie tego Sądu - abstrahując od treści art. 36 prawa

budowlanego twierdzenie „nieistotne” dotyczy przede wszystkim: zamiany materiałowej produktu spełniającego parametry i właściwości użytkowe równoważne lub nie gorsze od przyjętych w projekcie; zmiana systemu docieplenia na inne równoważne lub nie gorsze; zamontowania mniejszego gabarytowo okna lub drzwi w elewacji; wykonanie zadaszania z innego materiału; zmiana kształtu lub zadaszania (opinia biegłego G. S. (1) k. 635), przy czym te nieistotne odstąpienia miały miejsce w przedmiotowej sprawie.

Tym samym Sąd Okręgowy uznał, że (1) wykonawca informował inwestora o niezgodnościach; (2) zarówno inwestor, jak i wykonawca nie miał kontaktu z projektantem; (3) zmiany w projekcie były szczegółowo omawiane z nadzorcą budowlanym; (4) zmiany dokonane w projekcie były zmianami nieistotnymi, niewymagającymi zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę; (5) scedowanie praw autorskich projektu na osobę I. G. nie miało żadnego wpływu na ocenę prawną wykonywanego nadzoru autorskiego w trakcie wykonywania robót budowlanych przez projektanta, gdyż przeniesienie tych praw nastąpiło dopiero w dniu 06 grudnia 2007r. tj. po wykonaniu robót budowlanych, przy czym trzeba wskazać, że autorem tegoż konkretnego projektu była A. K.; (6) zmiany dokonane w projekcie przez inspektora nadzoru inwestorskiego wbrew twierdzeniom pozwanego nie są wadami wykonanych robót. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego wykonane przez powoda roboty budowlane podlegały odebraniu, tym samym pozwany zobowiązany był do zapłacenia powodowi wynagrodzenia.

Okolicznością, której znaczenia dla określenia aktualizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenia, zdaniem Sądu pierwszej instancji, nie sposób przecenić, jest w takiej sytuacji fakt przejścia przez inwestora obiektu wraz ze wszystkimi wykonanymi robotami, zwłaszcza w sytuacji rozpoczęcia w nim prowadzenia normalnej działalności gospodarczej. Z tym zdarzeniem wiązać należy skutek odbioru, w rozumieniu art. 647 k.c.

W przedmiotowej sprawie zamawiający użytkował budynek nr (...) zarówno w czasie robót, jak i po ich wykonaniu. W ocenie Sądu pierwszej instancji - wbrew twierdzeniom pozwanego zakończenie robót wykonywanych przez powoda nie wymagało zgłoszenia o ich zakończeniu, co za tym idzie nie wymagało zgody na użytkowanie budynku, gdyż zakres prac nie jest związany i powiązany z uzyskaniem takiej decyzji.

Zarówno w art. 647 k.c. jak i art. 654 k.c. akcentowany jest obowiązek odbioru obiektu (robót) przez inwestora, po jego oddaniu przez wykonawcę. Jeśli więc wykonawca w analizowanym wypadku deklarował w sposób przewidziany umową zakończenie realizacji prac, uznanych w harmonogramie za samodzielny element robót, to rzeczą pozwanego było przystąpienie do czynności odbioru, z jednoczesnym sporządzeniem z niej protokołu odzwierciedlającego istniejący stan rzeczy. Protokół taki powinien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości, ewentualnych stwierdzonych usterek, ich charakteru, wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia. W sytuacji, gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której odbiór powinien nastąpić. Obowiązku dokonania odbioru wykonanych prac, a co za tym idzie zapłaty wynagrodzenia nie znosi, co do zasady, sytuacja, w której przedmiot umowy zrealizowany przez wykonawcę jest dotknięty wadami wykonawczymi, albowiem z chwilą odbioru zamawiający [inwestor] nabywa wobec drugiej strony umowy - wobec ich stwierdzenia - roszczenia z tytułu rękojmi i ewentualnie gwarancji jakości, o ile taka była umownie przewidziana. Art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór „skuteczny”. Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku. Już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym. Zdaniem Sądu Okręgowego w sytuacji faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on zwalczać żądania zapłaty wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół ich odbioru.

Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia i roszczenie wykonawcy staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić. Istotna jest więc przyczyna odmowy odbioru, przy czym wykazanie okoliczności usprawiedliwiających uchybienie obowiązkom umownym spoczywa na stronie pozwanej, przy czym stwierdzenie przez pozwanego wadliwości prac nie rozstrzygało o niewykonaniu zobowiązania, ze skutkiem dla zobowiązania wzajemnego. Jedynie w przypadku nie spełnienia świadczenia w ogóle albo z wadami istotnymi, przekreślającymi umówione wykorzystanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, inwestor może odmówić odbioru robót i nawet odstąpić od umowy. Jak wskazano wyżej zobowiązanie zostało wykonane, a wady nie były istotne.

Wystąpienie powyższych okoliczności rzutuje na kwestię roszczenia o wynagrodzenie, skoro to jest ściśle powiązane z wykonaniem robót. Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, choć w sposób nienależyty. Wówczas inwestor może domagać się usunięcia wad w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia ewentualnie wysunąć roszczenia odszkodowawcze, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Sąd Okręgowy wskazał, iż mając na uwadze, że powód wykonał roboty w sposób prawidłowy z kilkoma niewielkimi i nieistotnymi odstępstwami od projektu budowlanego oraz wadami tj. źle wykonanej faktury ściany zewnętrznej przy łączniku, zaizolowanie ścian prawdopodobnie 2 a nie 3 warstwami masy na bazie asfaltu, co wynika z izolacji pionowej tj. 1 x warstwa gruntująca, 2 x warstwa nawierzchniowa, zasądził wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane na podstawie sporządzonego przez biegłego G. S. (1) kosztorysu ryczałtowego obniżającego wynagrodzenie proporcjonalnie do wielkości wad i usterek w robotach wykonanych przez powoda.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. dokonując ich stosunkowego rozdzielenia.

**Apelację** od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zaskarżając go w pkt 1, 3-5 i podnosząc następujące zarzuty:

1) naruszenie art. 233 § 1, art. 244 i art. 247 k.p.c. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów polegające na wyprowadzeniu z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wniosków sprzecznych z tym materiałem oraz dokonanie ustaleń z pominięciem części dowodów bez uzasadnienia i wbrew regułom dowodzenia, tj.

a) przyjęcie, iż I. G. nie posiadał uprawnień budowlanych do projektowania w czasie wykonywania robót budowlanych i w konsekwencji nie mógł sprawować nadzoru autorskiego w stosunku do projektu budowlanego, na podstawie którego wykonywane były roboty budowlane;

b) przyjęcie, iż w okresie wykonywania robót budowlanych utrudniony był kontrakt z projektantem wykonującym nadzór autorski projektem budowlanym, na podstawie którego wykonywane były roboty budowlane;

c) przyjęcie, że wbrew żądaniom Powoda uniemożliwiono mu kontakt z projektantem;

d) przyjęcie, że Powód zadośćuczynił obowiązkowi informowania inwestora o przeszkodach w prawidłowym wykonaniu robót niezwłocznie po ich wystąpieniu;

2) naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 20 pkt 4 w zw. z art. 44 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Prawo budowlane oraz art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie do ustalonego stanu faktycznego i w konsekwencji uznanie, że I. G. nie pełnił nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym, na podstawie którego wykonywane były roboty budowlane;

3) naruszenie art. 20 pkt 4 i art. 23 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 1 ustawy Prawo budowlane oraz w zw. z § 2 w zw. z § 6 ust. 3 i 5 w zw. z § 9 oraz § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że Powód informował innych uczestników procesu



budowlanego o wadach i brakach w dokumentacji projektowej oraz potrzebie dokonania zmian lub odstępstw od projektu budowlanego;

4) naruszenie art. 651 k.c. i art. 23 pkt 1 ustawy - Prawo budowlane poprzez błędne ich zastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż Powód zadośćuczynił obowiązkowi informowania inwestora o przeszkodach w prawidłowym wykonaniu robót niezwłocznie po ich wystąpieniu;

5) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów poprzez wyprowadzenie z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wniosków sprzecznych z tym materiałem, tj. przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie jest konieczne uzyskanie przez Pozwanego pozwolenia na użytkowanie, podczas gdy taki obowiązek został na niego nałożony w ostatecznej decyzji administracyjnej - pozwolenie na budowę;

6) naruszenie art. 36 pkt 5 w zw. z art. 54 w zw. art. 55 pkt 1 I 3 w zw. z art. 57 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że Pozwany nie jest zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz że zmiany wprowadzone przez Powoda w stosunku do zatwierdzonego projektu i warunków pozwolenia na budowę nie mają wpływu na uzyskanie tego pozwolenia, a w konsekwencji Pozwany mógł dokonać odbioru prac budowlanych;

7) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wniosków sprzecznych z tym materiałem, tj. przyjęcie, że konieczność dokonania zmian w toku robót w stosunku do projektu budowlanego wynikała z rzekomych błędów w dokumentacji projektowej lub błędów w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne na te roboty budowlane, gdy z materiału tego wynika, iż zmiany te spowodowane były przyczynami organizacyjnymi leżącymi po stronie Powoda;

8) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wniosków sprzecznych z tym materiałem oraz wywiedzenie tych wniosków z pominięciem istotnych środków dowodowych, tj. znajdującej się w aktach sprawy ekspertyzy technicznej (...) opierającej się na naukowej, obiektywnej metodzie badawczej wskazującej na istotnej wady fizyczne izolacji termicznej wykonanej przez specjalistów urządzeniem do tego przeznaczonym, a oparciu się na opinii biegłego, który mimo szerokiego zakresu tezy dowodowej nie dokonał żadnych badań na okoliczność występowania wad w tych robotach oraz po mimo tego, że opinia ta zawiera sprzeczności oraz jest nielogiczna i stronnicza, prowadzących do:

a) przyjęcia, iż Powód był uprawniony do samodzielnego dokonania zmian w sposobie wykonania przedmiotu umowy w stosunku do projektu budowlanego, bez udziału Pozwanego i projektanta oraz że wykonał umowę o roboty budowlane zgodnie z jej postanowieniami;

b) przyjęcia, że zmiany dokonane w projekcie były zmianami nieistotnymi;

c) przyjęcia, że Pozwany miał obowiązek odebrać przedmiot umowy, w szczególności ze względu na fakt prowadzenia działalności w budynku, w którym były wykonywane roboty budowlane oraz pomimo nieusunięcia wad w wykonanych robotach budowlanych, a także przyjęcia, że roszczenie Powoda o zapłatę wynagrodzenia było wymagalne;

9) naruszenie art. 36a ust. 5 ustawy prawo budowlane poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że zmiany dokonane w projekcie były zmianami nieistotnymi;

10) naruszenie art. 65 k.c. w zw. z 5 2 ust. 2, 5 2 ust. 4 lit. d I e, 5 3 ust. 2 i 3 umowy nr (...) z dnia 16 sierpnia 2007 r. oraz art. 647 § 1 k.c. i art. 455 k.c., art. 636 § 1 k.c. w zw. art. 656 § 1 k.c., poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Pozwany był zobowiązany do odebrania przedmiotu umowy mimo istnienia wad istotnych i istotnych zmian w dokumentacji a także wobec braku należycie sporządzonej dokumentacji technicznej oraz roszczenie, że Powoda o zapłatę wynagrodzenia było wymagalne;

11) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów polegające na wyprowadzeniu z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków nie mających oparcia w tym materiale i przyjęcie, iż zmiany

dokonane w projekcie nie były istotnymi wadami wykonanych robót, a co za tym idzie dokonanie nieprawidłowej wyceny tych wad;

12) naruszenie art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. art. 656 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zmiany w dokumentacji nie były zmianami istotnymi i w konsekwencji nie stanowiły wad istotnych przedmiotu umowy oraz przyjęcie, że wynagrodzenie zostało zasądzone w odpowiednim stosunku;

13) naruszenie art. 233 §1 k.p.c., art. 217 § 1 k.p.c. i art. 278 k.p.c. poprzez oddalenie bez dostatecznego uzasadnienia wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu na okoliczności wskazane przez pełnomocnika Pozwanego, w tym na okoliczności istotności wad w robotach budowlanych z użyciem kamery termowizyjnej mimo, iż potrzeba powołania biegłego wynikała z okoliczności sprawy, w szczególności z faktu, że złożone w postępowaniu opinie biegłych okazały się wadliwe i nieprzydatne z powodu niejasności, nierzetelności, niespójności wewnętrznej;

14) naruszenie art. 647 k.c. w zw. z art. 648 § 2 k.c., art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 77 §1 k.c. w zw. z 99 § 1 k.c. w zw. z art. 25 i art. 26 ustawy Prawo budowlane oraz art. 471 k.c. poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego kosztów postępowania za I instancję według norm prawem przepisanych, zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm prawem przepisanych, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanego jest niezasadna. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy, jak również co do zasady ocenę prawną dokonaną przez Sąd Okręgowy, za wyjątkiem ustalenia, iż po zakończeniu prac nie było konieczne uzyskanie dodatkowego pozwolenia na użytkowanie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 233§1 k.p.c. należy zauważyć, iż zgodnie z treścią tego przepisu sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie "wszechstronnego rozważenia zebranego materiału", a zatem z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Ramy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. reguluje jedynie kwestię oceny wiarygodności i mocy dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie poczynionych ustaleń faktycznych, czy wyprowadzonych z materiału dowodowego wniosków. Uchybienia w tym zakresie winny się skonkretyzować w zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym. Zaniechanie zaś wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, czy też pominięcie przez sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy - nie stanowi o naruszeniu powyższego przepisu. Samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżących odpowiada rzeczywistości, nie jest więc wystarczające. Konieczne jest bowiem wykazanie, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, gdyż tylko takie uchybienie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

Odnosząc te ogólne rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, iż nie jest zasadny zarzut dotyczący błędnego ustalenia uprawnień I. G.: wprawdzie z projektu budowlanego faktycznie wynika, iż dysponował on uprawnieniami budowlanymi, ale nie wykazano jakie to były uprawnienia, do akt nie złożono żadnego dokumentu, z którego wynika jakimi uprawnieniami osoba ta się legitymowała. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż nie były to uprawnienia architektoniczno – budowlane, jakimi dysponowała autorka projektu, a wyłącznie uprawnienia, opisane na pierwszej stronie projektu jako „upr. proj. nr (...)”, a na pieczęcie „upr. bud. nr (...)” (k. 114). Przy czym do projektu dołączono dokumenty dotyczące uprawnień A. K. (k.117- 118) oraz architekta J. L. (k. 118-120), a nie dołączono żadnego dokumentu poświadczającego uprawnienia I. G.. Z zeznań I. G. wynika, w tej sprawie wykonanie projektu zlecił osobie spoza jego biura projektowego - architekt A. K., gdyż były wymagane uprawnienia architektoniczno – budowlane, którymi on nie dysponował. I. G. wykonywał jedynie część dokumentacji wyłącznie jako pomocnik projektanta (k. 668), a zatem zasadnie Sąd Okręgowy uznał, iż nie można było go traktować jako autora projektu. W dacie wpisu do dziennika budowy w dniu 6 grudnia 2007r. I. G. posługiwał się już inną pieczęcią, na której powołano uprawnienia budowlane do projektowania nr (...) (k.501), ale nie złożono do akt dokumentu potwierdzającego te uprawnienia, jak i daty ich dokładnego nabycia (pieczęć może wskazywać nabycie tych uprawnień w 2007r., ale miesiąc z niej nie wynika). Nadzór autorski może być pełniony przez projektanta wiodącego, a przez innych projektantów, tylko jeśli ich uprawnienia odpowiadają uprawnieniom autorów projektu (art. 44 ust. 1 pkt 3 prawa budowlanego w zw. z art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). W niniejszej sprawie nie wykazano, aby w okresie wykonywania umowy przez powoda I. G. posiadał uprawnienia, które by go upoważniały do wykonywania nadzoru autorskiego, tym samym ustalenia Sądu Okręgowego w tej kwestii są prawidłowe, a zarzuty apelacji bezzasadne.

Autorem projektu, jak wyżej wskazano, była A. K.. Z osobą tą ani zamawiający, ani inspektor nadzoru, ani powód nie mieli kontaktu. Jedyną osobą, która kontaktowała się z zamawiającym w sprawie projektu był I. G. (k. 166-173). Jednak umowa jaką pozwany zawarł z biurem projektowym nie obejmowała nadzoru autorskiego, jako dodatkowej usługi, a zatem ani autor projektu, ani właściciel biura projektowanego nie mieli obowiązku bywania na budowie. Projektanta nie było na posiedzeniu dotyczącym odbioru dokumentacji projektowej (k.650). Świadek R. B. (2) – jako osoba wskazana w umowie do kontaktów ze strony zamawiającego zeznał, iż podejmowano próby telefonicznego kontaktu z projektantem i nie było to możliwe (k.632). Na problemy z kontaktem z projektantem wskazuje również w swoich zeznaniach świadek Z. J. (k. 643), a zatem ustalenie Sądu w tej kwestii znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym i nie jest oparte wyłącznie na zeznaniach powoda czy inspektora nadzoru, wbrew twierdzeniom apelacji.

W umowie zawartej przez strony, jako osoby uprawnione do kontaktów ze strony inwestora w sprawie wykonania umowy wskazano R. B. (2) oraz L. K. (k. 162), obojdwaj w swoich zeznaniach potwierdzili, iż wykonawca zgłaszał im problemy z realizacją projektu i że odstępstw od projektu dokonywał za ich zgodą (k. 633, k.649). Wprawdzie zasadnie strona pozwana podnosi, iż zgłoszenia te powinny być wpisane do dziennika budowy, ale brak takich wpisów nie oznacza, że informacje te nie zostały zgłoszone inwestorowi.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 prawa budowlanego inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego może też nałożyć właściwy organ w pozwoleniu na budowę. W takim przypadku zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego projektant zobowiązany jest do:

- a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,
- b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Jak już wyżej wskazano umowa zawarta między pozwanym a I. G. z dnia 29 stycznia 2007r. nie zobowiązywała do nadzoru autorskiego, ani jego osobiście, ani też autora projektu (k. 156). Obowiązek taki nie wynikał również z decyzji o pozwoleniu na budowę. Inwestor wezwał I. G. na budowę dopiero w dniu 6 grudnia 2007r, a więc dopiero w toku ostatnich wykonywanych tam prac.

I. G. nie mógł być uznany za osobę pełniącą nadzór autorski, bowiem po pierwsze nie był autorem projektu, po drugie nie wykazano, aby posiadał do tego odpowiednie uprawnienia, po trzecie przynajmniej do 6 grudnia 2007r. nie zawarto z nim takiej umowy. Wprawdzie I. G. przedstawił umowę z 4 grudnia 2007r. o przeniesieniu na niego praw autorskich do projektu (k. 527), ale w świetle art. 16 ust. 1 prawa autorskiego nie mogło to dotyczyć praw osobistych. W przypadku utworów architektonicznych na podstawie art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w związku z art. 44 prawa budowlanego nadzór nad sposobem korzystania z utworu może być powierzony innej osobie legitymującej się uprawnieniami w specjalności architektonicznej. Uprawnienia tej osoby w myśl art. 12 ust. 1 pkt 1 pr. bud. obejmują, oprócz projektowania i sprawdzania projektów architektoniczno-budowlanych, również sprawowanie nadzoru autorskiego. Osoba uprawniona, która nie jest autorem utworu architektonicznego, winna ograniczyć swoje działania wyłącznie do sprawdzania zgodności wykonywanych robót zgodnie z projektem, ponieważ nawet przeniesienie majątkowych praw autorskich nie uprawnia do naruszenia treści i formy utworu bez zgody autora projektu – art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W przypadku konieczności zastosowania rozwiązań zamiennych, prowadzących do zmiany treści projektu, niebędący autorem projektant, którego powołano do sprawowania nadzoru autorskiego, winien zwrócić się do autora dokumentacji projektowej o wyrażenie zgody na wprowadzenie zmian w projekcie lub o dokonanie tych zmian osobiście.

W niniejszej sprawie wprawdzie inwestor zlecił I. G. wykonanie kontroli w zakresie zgodności wykonania umowy z projektem, ale dopiero w dniu 6 grudnia 2007r., jednakże nie wykazano, aby osoba ta posiadała uprawnienia pozwalające na wykonywanie takiego nadzoru. Tym samym zarzuty apelacji w tej kwestii są bezzasadne a dokonana przez Sąd pierwszej instancji wykładnia przepisów prawa budowlanego i autorskiego jest prawidłowa.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 prawa budowlanego dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót. Status ten oznacza nadanie dziennikowi rangi stosunkowo silnego środka dowodowego, bowiem z dokumentami urzędowymi związane jest domniemanie prawdziwości ich treści. Dziennik budowy, jak każdy inny dokument urzędowy, korzysta z domniemania zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, jednakże takie domniemanie ma charakter wzruszalny i może zostać obalone przy użyciu wszystkich środków dowodowych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 247/01, jak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 czerwca 2005 r., I ACa 803/04), z tym że ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych, stosownie do art. 252 k.p.c., spoczywa na stronie zaprzeczającej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2001 r., V CKN 515/00). Zasadnie podnosi skarżący, iż wykonawca informacje o wadach i brakach w dokumentacji projektowej oraz potrzebie dokonania zmian lub odstępstwa od projektu budowlanego powinien zamieszczać w dzienniku budowy, jednakże nie zamieszczenie ich nie oznacza, że nie można innymi środkami dowodowymi wykazać, iż takie wnioski wykonawca zgłaszał inspektorowi nadzoru budowlanego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30 maja 2014r. I ACa 1326/13 LEX 1496457).

Zgodnie z art. 23 prawa budowlanego kierownik budowy ma prawo występowania do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych, jeżeli są one uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy, zaś zgodnie z art. 651 k.c. wykonawca ma obowiązek informowania inwestora, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny bądź urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, albo gdy zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić w prawidłowym wykonaniu robót. W niniejszej sprawie Sąd pierwszej instancji ustalił, iż wykonawca informował inwestora o brakach w dokumentacji projektowej i potrzebie zastosowania rozwiązań zamiennych. Ustalenie to jest prawidłowe, bowiem zgodnie z zawartą umową osobami uprawnionymi do kontaktu w sprawie wykonania umowy w imieniu zamawiającego byli R. B. (2) i L. K., a te osoby potwierdziły, iż takie informacje i wnioski powód im przekazywał. Wprawdzie L. K. był jednocześnie inspektorem nadzoru inwestorskiego, ale nie wykluczało to powierzenia mu przez inwestora również innych obowiązków (tak SN w wyroku z 24 października 2003r. III CK 57/02 Lex 157284). Przekazywanie powyższych informacji R. B. (2) i L. K. było wystarczające dla wykonania przez wykonawcę obowiązku wynikającego z art. 651 k.c. Powód natomiast nie odpowiada za niewykonanie należycie swoich obowiązków przez te osoby, które powinny przekazać te informacje swoim szefom, jak również zwrócić się do projektanta o zgodę na ewentualne odstępstwa od

projektu. Tym samym zarzut apelacji związany z naruszeniem art. 651 k.c. i art. 23 praw budowlanego jest niezasadny, Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował te przepisy, jak również dokonał ich prawidłowej wykładni.

Wprawdzie częściowo zasadny jest zarzut związany z ustaleniem przez Sąd Okręgowy, iż nie jest konieczne uzyskanie przez pozwanego pozwolenia na użytkowanie, nie jest to jednak błędna ocena dowodów w rozumieniu art. 233 k.p.c., lecz błędne ustalenie faktyczne. Zgodnie z treścią decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę z dnia 19 lutego 2007r. na inwestora nałożono obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu przed przystąpieniem do jego użytkowania (k. 158-160). Obowiązek taki wynika również z przepisów – tj. art. 55 pkt 1 prawa budowlanego w zw. z art. 29 ust. 2 pkt 4, bowiem budynek ma ponad 12 metrów, a na docieplenie budynku o wysokości powyżej 12 m pozwolenie na budowę jest wymagane, nadto budynek należy do kategorii XXI, gdyż jest szpitalem.

Zgodnie z art. 57 ust. 2 prawa budowlanego do wniosku o pozwolenie na użytkowanie inwestor powinien dołączyć - w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego projektu lub warunków pozwolenia na budowę, dokonanych podczas wykonywania robót - kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis. W takim przypadku oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, powinno być potwierdzone przez projektanta i inspektora nadzoru inwestorskiego, jeżeli został ustanowiony.

Istotne zmiany dokumentacji projektowej – w ślad za art. 36a ust. 5 p.b. – dotyczą:

- zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu;
- kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości oraz liczby kondygnacji obiektu budowlanego;
- sposobu udostępniania obiektu osobom niepełnosprawnym;
- zamierzonego sposobu użytkowania obiektu lub jego części;
- ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu;
- konieczności uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń oraz innych dokumentów wymaganych szczególnymi przepisami.

W pozostałych przypadkach zmiany dokumentacji projektowej są nieistotne.

Zasadnie zatem Sąd I instancji uznał, iż takich zmian, które mogły być uznane za istotne w rozumieniu przepisów prawa budowlanego w niniejszej sprawie nie było. Tym samym inwestor powinien był złożyć wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie, a projektant winien był sporządzić oświadczenie wymagane w art. 57 ust. 2 prawa budowlanego (projektant a nie asystent projektanta). Czym innym natomiast jest natomiast kwestia zgodności wykonanych prac z umową. I. G. uznał, iż prace zostały wykonane niezgodnie z umową. Jednak nie uzasadniało to odmowy odbioru tych prac, lecz ewentualnie skorzystanie z uprawnień przewidzianych w art. 637 k.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wykonywania umowy.

Zgodnie z tym przepisem wady dzieła są istotne, jeżeli wskutek ich wystąpienia dzieło jest niezdatne do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (np. niesprawne i nienadające się do uruchomienia urządzenie) albo ma niewłaściwą formę zewnętrzną (w wypadku rzeczy zaprojektowanej bez uwzględnienia elementarnych wymagań estetycznych czy przestrzennych). Wady istotne dzieła, o których mowa w art. 637 § 2 k.c., mogą być zarówno wadami usuwalnymi, jak i nieusuwalnymi. Wystąpienie wady istotnej uzasadnia skorzystanie przez zamawiającego z prawa odstąpienia od umowy. Pozostałe wady dzieła należy traktować jako nieistotne, a ich wystąpienie powoduje powstanie prawa zamawiającego do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. W niniejszej sprawie nie było wad istotnych, które uzasadniałyby odmowę odbioru wykonanych prac, bowiem jak wynika z opinii biegłego (w zasadzie zarówno z opinii pierwszego biegłego, jak i

trzeciego), iż prace wykonane przez powoda nadają się do umówionego użytku i spełniają swoją funkcję. Jednakże nawet gdyby uznać wady za istotne, to i tak pozwany nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a zatem zasadnie Sąd pierwszej instancji uznał, iż umowa ta powinna być wykonana przez pozwanego przez zapłatę umówionego wynagrodzenia.

Nie jest zasady zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż konieczność dokonania zmian w dokumentacji projektowej wynikała z błędów w dokumentacji projektowej lub błędów postępowania o zamówienie publiczne. Na błędy w dokumentacji projektowej wskazywał sam pozwany w korespondencji z I. G. jeszcze sprzed daty zawarcia umowy z powodem. Mimo tych błędów pozwany zdecydował się kontynuować proces realizacji inwestycji, a zatem zakładał że niedociągnięcia projektu będą mogły być rozwiązywane w toku budowy. Okoliczność istnienia błędów w dokumentacji projektowej wynika zarówno z zeznań świadków, jak i opinii biegłego (k. 1044). Jednakże sama zmiana rodzaju tynku była spowodowana warunkami atmosferycznymi. Pozwany podnosi, iż zmiany w stosunku do projektu były spowodowane niedociągnięciami organizacyjnymi po stronie powoda, jednak należy zauważyć, iż podpisano z nim umowę w dniu 16 sierpnia 2007r, a zatem nie mógł czynić zamówień na materiały budowlane wcześniej. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż z opinii biegłego S. wynika też, iż powód popełnił szereg uchybień w toku wykonywania prac i Sąd pierwszej instancji uwzględnił tę okoliczność oddalając częściowo powództwo.

Sąd Okręgowy nie uznał, iż powód był uprawniony do samodzielnego dokonania zmian w sposobie wykonania przedmiotu umowy w stosunku do projektu budowlanego bez udziału inwestora i projektanta, lecz ustalił, że powód informował o potrzebie zmian przedstawicieli pozwanego, a wszelkie zmiany zostały dokonane przy akceptacji inspektora nadzoru inwestorskiego, który jednocześnie był przedstawicielem pozwanego na budowie wraz z R. B. (2), który również był informowany o niezbędnych zmianach w stosunku do projektu. Powód wykonał zatem swoje obowiązki informacyjne, natomiast jak wyżej wskazano za decyzje inspektora nadzoru nie ponosi odpowiedzialności. Kontakt z projektantem należał również do obowiązków inspektora nadzoru, a nie do obowiązków powoda.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem opinie prywatne nie mogą stanowić dowodu w sprawie, a wyłącznie potwierdzenie stanowiska strony. Nie jest zatem zasadny zarzut związany z pominięciem ekspertyzy technicznej nr (...) przez Sąd I instancji. Kodeks postępowania cywilnego nie zna takiego środka dowodowego jak opinia prywatna. Natomiast kwestia istnienia mostów termicznych była przedmiotem badania przez biegłego sądowego, który co do zasady potwierdził ich istnienie (k. 1062). Biegły wskazał przy użyciu jakiego sprzętu zdjęcia termiczne zostały wykonane, a fakt, iż pomagała w ich fizycznym wykonaniu inna osoba nie ma znaczenia dla prawidłowości wniosków płynących z opinii, sporządzonej wyłącznie przez powołanego do tego biegłego sądowego. Natomiast biegłemu nie zlecano wyliczenia współczynnika przenikania ciepła, strona pozwana nie podnosiła takiego zarzutu wcześniej i nie złożyła takiego wniosku dowodowego w odpowiednim terminie, zaś w niniejszym procesie obowiązują zasady prekluzji dowodowej.

Rzeczywiście pisemna opinia biegłego w kilku miejscach zawiera stwierdzenia niejednoznaczne, jednak wyjaśnieniu ewentualnych wątpliwości wynikających z opinii biegłego służył dowód z postaci ustnej uzupełniającej opinii, w czasie którego strona mogła zadać biegłemu odpowiednie pytania. Zasadniczym celem dowodu z opinii biegłego w niniejszej sprawie była odpowiedź na pytanie czy stwierdzone odstępstwa od projektu i wady wykonawcze uzasadniały odmowę odbioru prac i zapłaty wynagrodzenia. Na to pytanie biegły co do zasady odpowiedział, wskazując, iż stwierdzone uchybienia i odstępstwa nie miały charakter odstępstw istotnych, a sam wniosek, że pozwany miał prawo odmówić odbioru, biegły wywodził jedynie z treści umowy, co stanowi już ocenę prawną, do której uprawniony jest wyłącznie Sąd. Ocena dokumentacji projektowej mieściła się w zleconym biegłemu zakresie opinii, musiał bowiem odnieść się do twierdzeń powoda i inspektora nadzoru inwestorskiego o przyczynach odstępstw od projektu. Samo negatywne ocenienie tej opinii i działań I. G. nie oznacza braku obiektywizmu biegłego. Biegły nie powinien odnosić się do kwestii prawnych, ani oceniać zasadności obowiązków stwierdzonych w decyzji administracyjnej, jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przekroczenie przez biegłego zakresu powierzonego mu zadania nie dyskwalifikuje w całości jego wypowiedzi ani nie pozbawia charakteru środka dowodowego tych jego stwierdzeń, do których wyjaśnienia został on powołany i które wymagały wiadomości specjalnych (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 17

listopada 1967 r., I PR 355/67, OSNC 1968, nr 6, poz. 109, z glosą Cz. Jackowiaka, PiP 1969, z. 2, poz. 426; uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 lutego 2003 r., IV CKN 1763/00, LEX nr 78280).

Obowiązek odbioru prac budowlanych po ich zakończeniu przez wykonawcę wynika wprost z przepisów prawa (art. 647 k.c.) i umowa nie mogła tego zmienić. Jak się wskazuje w orzecznictwie odmowa odbioru uzasadniona jest jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Samo wystąpienie usterek i wad nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i odmowy zapłaty wynagrodzenia; decydujące znaczenie ma charakter ujawnionych wad (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014r. I ACa 1447/13 LEX Nr 1544807). Odmowa odbioru może nastąpić jeśli doszło do niewykonania zobowiązania (gdy rezultat nie nadaje się do wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem), a nie jeśli nastąpiło jedynie nienależyte wykonanie zobowiązania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 21 marca 2014r. I ACa 842/13 LEX 1451594). Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie. Wady nieistotne natomiast oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora. Kwestia czy mamy do czynienia z wadami istotnymi wymagała wiadomości specjalnych, w niniejszej sprawie Sąd pierwszej instancji przeprowadził dowód z opinii biegłego na te okoliczności. Opinia biegłego G. S. w kwestii kwalifikacji stwierdzonych wad jest spójna, logiczna i przekonująca.

Nie jest zasadny również zarzut naruszenia art. 217§1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. przez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu. W niniejszej sprawie przeprowadzono trzykrotnie dowód z pisemnych opinii biegłych, a ponadto uzupełniające opinie ustne. Sąd nie ma obowiązku dopuszczania kolejnych dowodów z opinii biegłych na te same okoliczności aż twierdzenie strony zostanie udowodnione zgodnie z jej wnioskiem. Zdaniem Sądu drugiej instancji opinia biegłego G. S. (1) pomimo pewnych drobnych uchybień może stanowić podstawę rozliczeń między stronami. Opinia ta jest rzetelna i spójna.

Zasadnie podnosi skarżący, iż inspektor nadzoru w świetle art. 36a prawa budowlanego nie miał samodzielnie prawa wprowadzania zmian w dokumentacji projektowej, jednakże zaniechania czy uchybienia inspektora nadzoru nie mogą obciążać powoda. Zgodnie z art. 26 prawa budowlanego inspektor nadzoru inwestorskiego ma wobec kierownika budowy kompetencje o charakterze władczym, gdyż może on żądać od kierownika wykonywania jego poleceń w zakresie usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, w tym także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, oraz przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych i dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych. Kierownik budowy zobowiązany jest do wykonania poleceń pod rygorem pociągnięcia go do odpowiedzialności zawodowej. Inspektor nadzoru inwestorskiego może skutecznie żądać od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Przez niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę należy rozumieć istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu lub innych warunków pozwolenia na budowę. Przepis ten wiąże się zatem z regulacjami zawartymi w art. 36a ust. 5 ww. ustawy, co prowadzi do wniosku, iż ostateczne zdanie w tej kwestii powinien mieć autor projektu budowlanego. Brak konsultacji między inspektorem nadzoru a projektantem nie może obciążać wykonawcy. Zgodnie z art. 25 prawa budowlanego inspektor nadzoru inwestorskiego pełni jedynie samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, a reprezentacja inwestora sprowadza się do sprawowania zgodności realizacji inwestycji z projektem, pozwoleniem na budowę, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej. Nie wynika z tego zapisu ustawy pełnomocnictwo do podejmowania czynności prawnych w imieniu inwestora w zakresie treści umowy. Jednakże jak już wyżej wskazano z umowy jaką

strony zawarły wynika, iż inspektor nadzoru był osobą upoważnioną do kontaktów z wykonawcą w imieniu inwestora, a upoważnienie to dotyczyło wykonania umowy. O ile zatem o ile nie wynika z tego, że miał prawo do podejmowania decyzji co do zmiany treści umowy, o tyle był osobą właściwą do przekazywania mu informacji dla inwestora i bieżących uzgodnień w przedmiocie wykonania umowy.

Niewątpliwie wykonawca nie wykonał należycie swoich obowiązków wynikających z umowy, jednakże należy rozpatrywać to w kontekście nienależytej staranności, a nie niewykonania umowy. Okoliczność ta wbrew zarzutom apelacji została uwzględniona w orzeczeniu sądu pierwszej instancji przez częściowe oddalenie powództwa. Jak wyżej wskazano, zmiany dokonane w toku wykonywania prac miały charakter zmian nieistotnych, a zatem nie była konieczna zmiana umowy zawartej przez strony w trybie ustawy o zamówieniach publicznych i Sąd pierwszej instancji nie dopuścił się naruszenia art. 139 ust. 2 tej ustawy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji. O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.