

Sygn. akt VI Ga 163/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 września 2017 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Beata Hass-Kloc

Sędziowie: SO Marta Zalewska (spraw.)

SR del. do SO Grzegorz Barnak

Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2017 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R.

przeciwko: Gmina M. R. - Miejski Zarząd Dróg w R.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów od wyroku Sądu Rejonowego w R. V Wydziału Gospodarczego z dnia 18 listopada 2016 r., sygn. akt V GC 1718/15

I. oddała apelację powodów,

II. zasądza od powodów (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. na rzecz pozwanego Gminy M. R. – Miejski Zarząd Dróg w R. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

VI Ga 163/17

Uzasadnienie wyroku z dnia 14.09.17r.

Powodowie (...) M. sp. zo. o. z siedzibą w K. i A. (...) sp. zo. o. z siedzibą w R. wnieśli o zasądzenie od pozwanego Gminy M. R., działającej przez Miejski Zarząd Dróg w R., kwoty w wysokości 74530,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 lutego 2015 r. do dnia zapłaty oraz zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych tytułem pozostałej części wynagrodzenia za wykonanie usługi pełnienia nadzoru, przy realizacji inwestycji obejmującej budowę drogi od ul. (...) do ul. (...) wraz z budową mostu na rzece W., wynikającej z umowy z dnia 23 września 2014 r., zawartej w trybie zamówienia publicznego. Świadczyli usługę przez okres od 23 września 2014 r. do 31 października 2014 r., wystawiając z tego tytułu fakturę VAT w dniu 28 listopada 2014 r., na kwotę w wysokości 123193,42 zł. Pozwany uregulował należność jedynie w kwocie 50093,61 zł. Płatność tą powód w pierwszej kolejności zaliczył na poczet odsetek, wynoszących na dzień zapłaty 1431,07 zł. Pozostała kwota wynagrodzenia, w wysokości dochodzonej niniejszym pozwem, nie została uregulowana przez pozwanego.

Pozwany wniósł skutecznie sprzeciw od o nakazu zapłaty w całości, wnosząc o oddalenie powództwa oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu zarzucił:

- wykonywanie robót rozpoczęto w dniu 12 lipca 2014 r. Powód sprawował nadzór nad wykonaniem robót przez okres od 23 września 2014 r. do 31 października 2014 r. Wynagrodzenie za okres w którym powód nie sprawował nadzoru (od 12 lipca 2014 r. do 22 września 2014 r.) jest nienależne i powinno zostać obniżone o kwotę wyliczoną na podstawie stosunku procentowego zaawansowania robót, których wykonawca nie nadzorował, w stosunku do całości robót budowlanych. Prawdłowo obliczone wynagrodzenie wynosi 50093,61 zł brutto.

- twierdzenie powoda co do niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego jest bezzasadne. Pozwany wskazał, że wyliczył wynagrodzenie w stosunku do liczby dni, w których usługa nadzoru była wykonywana.

W odpowiedzi na sprzeciw powód odnosząc się do zarzutów pozwanego, podtrzymał twierdzenia i wnioski zawarte w pozwie.

Sąd Rejonowy ustalił, że :

Roboty budowlane były wykonywane przez (...) S.A. z siedzibą w W., zgodnie z umową z dnia 28 listopada 2013 r., o nr (...), której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę drogi od ul. (...) do ul. (...) wraz z budową mostu na rzece W. i rozbudową skrzyżowania ul. (...) z ul. (...). (...) S.A. z siedzibą w W. wystawiła 3 faktury VAT :

- w dniu 3 września 2014 r. fakturę VAT, o nr (...), na kwotę 11121900 zł netto, za wykonanie robót w okresie od dnia 12 lipca 2014 r. do dnia 25 sierpnia 2014 r., określonych szczegółowo w protokole odbioru robót nr 1;

- w dniu 1 października 2014 r. fakturę VAT, o nr (...), na kwotę 13350360 zł netto, za wykonanie robót w okresie od dnia 26 sierpnia 2014 r. do dnia 25 września 2014 r., określonych szczegółowo w protokole odbioru robót nr 2;

- w dniu 3 listopada 2014 r. fakturę VAT, o nr (...), na kwotę 14606450 zł netto, za wykonanie robót w okresie od dnia 26 września 2014 r. do dnia 25 października 2014 r., określonych szczegółowo w protokole odbioru robót nr 3;

Pismem z dnia 31 lipca 2014 r. pozwany wskazał, że zaawansowanie robót na koniec sierpnia 2014 r. powinno wynosić 3,6 % wartości robót.

W dniu 23 września 2014 r., pozwany Gmina M. R., działająca przez Miejski Zarząd Dróg w R., zawarła z powodami (...) M. sp. zo. o. z siedzibą w K. i A.(...) sp. zo. o. z siedzibą w R., w trybie zamówienia publicznego umowę, przedmiotem której było wykonanie usługi pełnienia nadzoru, przy realizacji inwestycji obejmującej budowę drogi od ul. (...) do ul. (...) wraz z budową mostu na rzece W.. W § 3 umowy określono, że usługa ma być wykonywana od podpisania umowy do dnia 30 listopada 2015 r. Zgodnie z § 4 ust 1 i 2 umowy za wykonanie usługi przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 416,970 zł, zaś w § 4 ust 3 umowy, dokonano jego podziału, poprzez wskazanie, że za rok 2014 wynagrodzenie należne wykonawcy wynosi 186197,12 zł brutto, natomiast za rok 2015: 230772,88 zł brutto. Stosownie do § 5 ust 4 umowy, należność wykonawcy miała być wyliczona ze stosunku procentowego zaawansowania robót, do wartości wynagrodzenia wykonawcy. Ust 5 § 5 umowy wskazywał z kolei, że to procentowe zaawansowanie robót będzie wyliczone ze stosunku wartości robót budowlanych zrealizowanych i odebranych przez wykonawcę za dany okres, do wartości całej umowy. W § 4 ust 4 umowy, przewidziano możliwość zmiany wynagrodzenia określonego § 4 ust 3 pkt 1 i 2. Strony ustaliły, że zmiana wynagrodzenia powinna uwzględniać treść § 5 ust 4 i 5 umowy i nie może powodować zmiany całkowitej kwoty wynagrodzenia. Zgodnie z § 2 przedmiotowej umowy, powodowie zobowiązali się wykonywać czynności nadzoru zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz aktualnymi przepisami prawa budowlanego. Zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, jeżeli podpisanie umowy na pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego, nastąpi w trakcie trwania zawartej uprzednio umowy z wykonawcą, już po rozpoczęciu robót budowlanych, to zamawiający obniży wynagrodzenie wykonawcy, o kwotę wyliczoną na podstawie stosunku procentowego zaawansowania robót, których wykonawca nie nadzorował do całości robót budowlanych.

Pismem z dnia 23 października 2014 r., pozwany zwrócił się o zawarcie aneksu do umowy, wnosząc o zmniejszenie wysokości wynagrodzenia o 17,492 %, wskazując na część wykonanych prac przed podpisaniem umowy, które nie były nadzorowane. W dniu 7 stycznia 2015 r. pozwany zwrócił się z kolejną prośbą zawarcia aneksu. Aneks nie został zawarty.

Zgodnie z raportem inżyniera, obejmującym okres od dnia 23 września 2014 r. do dnia 31 października 2014 r., całkowita wartość robót budowlanych wynosiła 170.662500,67 zł brutto. Rzeczywiste zaawansowanie robót określono na 29,54 %. Pismem z dnia 6 listopada 2014 r., pozwany zatwierdził powyższy raport.

W dniu 28 listopada 2014 r., powodowie wystawili fakturę VAT, o nr (...), na kwotę w wysokości 123193,42 zł brutto, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie usługi pełnienia nadzoru, przy realizacji inwestycji obejmującej budowę drogi od ul. (...) do ul. (...) wraz z budową mostu na rzece W. w okresie od 23 września 2014 r. do 31 października 2014 r. Pismem z dnia 11 grudnia 2014 r., pozwany uznał wynagrodzenie określone w fakturze VAT, o nr (...), z dnia 28 listopada 2014 r., jedynie do kwoty 50093,61 zł brutto. Kwota ta została wypłacona powodom w dniu 20 lutego 2015 r.

Oceniając w/w stan faktyczny Sąd Rejonowy wskazał, iż przy konstruowaniu umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego choć w prawie polskim obowiązuje zasada swobody kontraktowania, zgodnie z którą strony przy zachowaniu pewnych warunków ustawowych, mogą kształtować stosunek prawny według swojego uznania, to określone przez prawo budowlane minimalne obowiązki inspektora pozostają bezwzględnie obowiązujące, nawet jeżeli umowa o pełnienie nadzoru inwestorskiego ich nie zawiera.

Umowa o nadzór inwestorski jest typową umową o świadczenie usług, a usługą tą nie jest osiągnięcie rezultatu w postaci wykonania określonych robót, jak w przypadku projektanta czy wykonawcy, a przeprowadzenie czynności kontrolnych, tj. kontrola zgodności realizacji inwestycji z projektem i pozwoleniem na budowę, m.in. jakości robót i wyrobów budowlanych. W umowie należy więc obok lokalizacji i charakteru budowy dokładnie określić zakres obowiązków inspektora, do których należy nadzór nad konkretną budową, reprezentowanie inwestora na tej budowie i sprawdzanie odbioru robót. Powodowie wystąpili z żądaniem wypłaty wynagrodzenia za wykonanie nadzoru całości wykonanych prac budowlanych. Prace budowlane zostały rozpoczęte przez (...) S.A. z siedzibą w W. w dniu 12 lipca 2014 r. Zgodnie z umową zawartą między Gminą M. R., działająca przez Miejski Zarząd Dróg w R., a powodami, wykonywanie usługi nadzoru zostało rozpoczęte w dniu jej podpisania, a mianowicie 23 września 2014 r. W dniu rozpoczęcia wykonywania usługi przez powodów, część robót budowlanych została już wykonana, o czym świadczy chociażby protokół odbioru robót nr 1 i 2 wraz z fakturami VAT nr (...).

Zgodnie z art.144 ust 1 ustawy z dnia 26 listopada 2015 r. Prawo zamówień publicznych zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W przedmiotowej sprawie zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia w przytoczonym wyżej pkt 13.2 SIWZ. Należy zaznaczyć, że nawet gdyby możliwość takiej zmiany nie została zawarta w SIWZ to i takbyła by dopuszczalna z uwagi na to, że zostało to również przewidziane w umowie. Treść § 4 ust 6 umowy z dnia 23 września 2014 r. i punktu 13.2 SIWZ jest identyczna. Twierdzenie powodów, że postanowienia o zmianie wynagrodzenia powinny być zawarte w pkt 17 SIWZ określające zmiany umowy są bezzasadne. Żaden przepis ustawy z dnia 26 listopada 2015 r. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje, że wszystkie przesłanki zmiany umowy muszą być umieszczone w jednym pkt SIWZ. Bezzasadny jest również zarzut powodów, że przysługuje im wynagrodzenie co do całości wykonanych prac budowlanych, również przed rozpoczęciem wykonywania nadzoru. Zgodnie z § 2 umowy, powodowie zobowiązali się wykonywać czynności nadzoru zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz aktualnymi przepisami prawa budowlanego. Zgodnie z art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r., Prawo budowlane, do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy:

1) reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

- 2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art. 10 dopuszczalność stosowania wyrobów przy robotach budowlanych;
- 3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania;
- 4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. W świetle w/w przepisu inspektor nadzorując roboty budowlane, powinien przede wszystkim pojawiać się często na placu budowy, aby dopilnować żeby zostały one wykonane prawidłowo. Powodowie w okresie od 12 lipca 2014 r. do 22 września 2014 r., a mianowicie przed rozpoczęciem wykonywania usługi nie byli obecni na budowie, nie mogą zatem domagać się wynagrodzenia za niesprawowany nadzór. Ostateczne podsumowanie robót wykonanych przed podpisaniem umowy, nie oznacza, że roboty te były nadzorowane. Świadczy o tym chociażby treść art. 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r., Prawo budowlane zgodnie z którym inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo:
 - 1) 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, przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzonych robót budowlanych oraz informacji i dokumentów potwierdzających zastosowanie przy wykonywaniu robót budowlanych wyrobów, zgodnie z art. 10 dopuszczalność stosowania wyrobów przy robotach budowlanych, a także informacji i dokumentów potwierdzających dopuszczenie do stosowania urządzeń technicznych;
 - 2) 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.

Zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy z dnia 26 listopada 2015 r. Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią art. 750 kc do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. W myśl art. 744 kc w razie odpłatnego zlecenia wynagrodzenie należy się przyjmującemu dopiero po wykonaniu zlecenia, chyba że co innego wynika z umowy lub z przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 735 kc, jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy. Jak wynika z zapisu umowy, powodowie rozpoczęli nadzór dopiero od 23 września 2014 r. Odpłatna umowa zlecenia jest umową dwustronnie zobowiązującą. Nadto umowa zlecenia, w której strony nie odstąpiły od reguły odpłatności (art. 735 § 1 k.c.) ma charakter nie tylko dwustronnie zobowiązujący, lecz także wzajemny. Do odpłatnego zlecenia mają zatem zastosowanie przepisy art. 487-497 k.c. Tym samym wynagrodzenie należne zleceniobiorcy stanowi ekwiwalent świadczonych przez niego usług. Powodowie nie świadczyli usługi nadzoru od momentu rozpoczęcia robót budowlanych, lecz dopiero z dniem podpisania umowy. Zatem za okres, w którym powodowie nie świadczyli usługi nadzoru nie przysługuje wynagrodzenie. Do obowiązków inspektora mogą należeć również inne niewymienione w przepisach prawa budowlanego obowiązki, takie jak np. obowiązek dokonania odbioru końcowego. Zawarcie takich postanowień rozszerza podstawowy katalog obowiązków wymieniony w art. 25 pkt. 1 Prawa budowlanego. Powodowie dokonali weryfikacji robót już wykonanych, co ostatecznie potwierdzili świadkowie. Fakt późniejszego skontrolowania i nadzorowania robót wykonanych przed podpisaniem umowy, nie stanowi nadzoru. Tego rodzaju czynności są zazwyczaj wykonywane przy przejściu nadzoru.

Zarzut powodów co do niedopuszczalności zmiany wynagrodzenia ryczałtowego również nie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdza to chociażby Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 stycznia 1985 r. sygn. akt II CR 494/84 wskazując, że jeżeli wolą stron było by za roboty przyjęte do wykonania wykonawca otrzymał wynagrodzenie ryczałtowe, a roboty nie zostały wykonane w całości lecz w części to wynagrodzenie należne wykonawcy powinno być określone proporcjonalnie do wykonania. Wyrok ten dotyczy wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane, lecz w drodze analogii można go odnieść również do innych ryczałtów. Pozwany wyliczył wynagrodzenie w stosunku do liczby dni w których usługa była wykonywana zgodnie z zasadami zawartymi w umowie.

Należy podkreślić, że pozwany ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia, nie wiedział, kiedy zostanie podpisana umowa na wykonanie usługi nadzoru nad wykonaniem robót. Z uwagi na to, pozwany wskazał, że usługa będzie wykonana co do całości robót budowlanych, zabezpieczając się wskazanym wcześniej w umowie zapisem, zgodnie z którym za nienadzorowane prace nie przysługuje wynagrodzenie. Uprawnienie do zmiany wysokości wynagrodzenia wynika z umowy, w związku z czym pozwany nie miał obowiązku sporządzenia jakiegokolwiek aneksu. Pozwany zwrócił się o jego zawarcie jedynie w celach porządkowych, by ustalić konkretnie wysokość wynagrodzenia za nadzorowanie robót budowlanych. W umowie określono bowiem wynagrodzenie za nadzór całości robót, a umowa o nadzór była zawarta gdy część z nich była już wykonana. Należy zaznaczyć, że zgodnie z harmonogramem złożonym dużo wcześniej przez wykonawcę robót budowlanych, zaawansowanie robót na koniec sierpnia 2014 r., miało wynieść 3,6 % ich wartości. Odpowiedź udzielona była 31 lipca 2014 r., a po analizie otrzymanych nieco później pierwszych tabeli rozliczeniowych, pozwany stwierdził, że zaawansowanie to jest wyższe.

Na tej podstawie w dniu 18.11.2016r. Sąd Rejonowy w R. V Wydział Gospodarczy wydał wyrok, którym oddalił powództwo w całości i zasądził od powodów na rzecz pozwanego koszty procesu.

Apelację wniosła strona powodowa odnośnie całości wyroku, któremu zarzuciła naruszenie przepisów:

- art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 231 kpc w zw. z art. 25 Ustawy Prawo budowlane poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i ustalenia sprzecznie z nim, iż powodowie nie wykonali nadzoru nad robotami wykonanymi w okresie 12.07.2014r. – 22.09.2014r.

- art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 231 kpc w zw. z art. 65, 77 § 1 kc i art. 139 ust.2 pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dowolną jego ocenę i sprzeczność ustaleń z jego treścią poprzez przyjęcie błędne, że uprawnienie do zmiany wysokości wynagrodzenia wynika z umowy i nie potrzeba w tym przedmiocie aneksu

- art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 278 § 1 kpc w zw. z art. 6 kc polegające na arbitralnych ustaleniach Sądu w zakresie wymagającym wiedzy specjalnej co do wartości robót budowlanych rzekomo niebędących przedmiotem nadzoru przez powodów pomimo ich kwestionowania przez stronę powodową.

Na tej podstawie powodowie wnieśli o zmianę zaskrzonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, gdzie odniósł się do poszczególnych zarzutów apelacyjnych uznając je za niezasadne.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu na mocy art. 385 kpc. W pierwszej kolejności sąd odwoławczy ocenił, iż ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji były prawidłowe, odpowiadały treści art. 233 § 1 kpc oraz nie wymagały wiedzy specjalnej, ze skutkiem negatywnym dla strony pozwanej, co zarzucał apelujący. Sąd Rejonowy ustalenia swe poczynił na podstawie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego i zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu. Ustalenia te sąd okręgowy przyjmuje zatem za własne. Nie ma racji storna powodowa, gdy w ramach wykładni treści umowy twierdzi, iż zmiana wynagrodzenia wymagała zmiany umowy. Powodowie pomijają bowiem zarówno zapis literalny umowy, jak i okoliczności, w jakich doszło do zawarcia umowy w trybie Ustawy o zamówieniach publicznych. Jednostronne prawo zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia przyznane stronie pozwanej wynikało z zapisu § 4.6 Umowy z dnia 23.09.2014r. Zgodnie z tym zapisem zamawiający miał prawo obniżyć wynagrodzenie o kwotę wyliczoną na podstawie stosunku procentowego zaawansowania robót, których inżynier kontraktu cyt. „**nie nadzorował**” do całości robót. Zapis ten nie wymagał zatem zawarcia aneksu do umowy. Powyższa interpretacja zgodna ze stanowiskiem strony pozwanej prezentowanym w toku całego postępowania sądowego wynikała z faktu, iż zawieranie umowy w drodze wyboru oferty na podstawie Ustawy o zamówieniach publicznych jest procesem rozłożonym w czasie, w którym nie da się przewidzieć nawet w przybliżony sposób terminu podpisania umowy. Stąd też na etapie ogłoszenia zamówienia publicznego na sporną umowę, w którym to

określa się istotne postanowienia warunków umowy, w tym wynagrodzenie, nie można określić w sposób ostateczny wysokości umówionego wynagrodzenia w sytuacji, gdy nie jest ten fakt wiadomy również na etapie ofertowania, jak i wyboru oferty. Powyższe ma znaczenie właśnie w kontekście, iż sporna umowa była zawierana jako kolejna o nadzór inwestorski, gdzie prace budowlane były w toku i były one dotychczas nadzorowane przez inny podmiot. Tym samym nie było możliwości przez okres procedury zawierania nowej umowy o nadzór inwestorski ustalenia w sposób wiążący i precyzyjny, jakie prace na datę podpisania umowy zostaną wykonane w ramach umowy o roboty budowlane. Tym samym zrozumiałym jest, dlaczego w § 3.1 nie określono daty kalendarzowej terminu rozpoczęcia usługi, niemniej termin ten został zrównany z datą podpisania umowy. Jednocześnie zrozumiałym jest, iż zamawiający, inwestor chciał zabezpieczyć swoje interesy finansowe poprzez taki a nie inny zapis §4.6 umowy, by nie dopuścić do tzw. podwójnej zapłaty za czynności nadzoru inwestorskiego, do czego prowadziła interpretacja spornego zapisu prezentowana i forsowana przez stronę powodową. Była to interpretacja o tyle nieprawidłowa, że zamawiający na etapie składania ofert udzielił wyczerpującej odpowiedzi nr 5 na zapytanie oferenta w zakresie zapisu § 4.6 wzoru umowy. Wyjaśnił mianowicie, iż zaawansowanie finansowe robót na koniec sierpnia 2014r. winno wynosić 3,6% wartości robót, ale powołał się w tym przedmiocie wyłącznie na zapisy harmonogramu wykonawcy. Zastrzegł jednocześnie, iż oszacuje zaawansowanie finansowe wartości wykonanych robót budowlanych po podpisaniu umowy z osobą pełniącą nadzór na dzień przejęcia obowiązków przez tę osobę i tak też w istocie uczynił. Taki szacunek nie mógł zostać wykonany wcześniej, co sąd odwoławczy już wyżej uzasadniał. Sąd rejonowy prawidłowo ocenił materiał dowodowy przez pryzmat nie tylko zapisów umowy, ale również przepisów prawa budowlanego tj. art. 25 tejże Ustawy i sąd odwoławczy w całości podziela ich ocenę prawną. W szczególności rację należy przyznać sądowi I instancji, który ocenił, iż wprawdzie prace nadzorcze wykonane przez powodów w ramach spornej umowy odnosiły się również do prac wykonanych przez poprzedniego nadzorującego te prace, niemniej było to zadanie mające charakter podsumowujący, inwentaryzacyjny, umożliwiający przystąpienie do realizacji własnej umowy w sytuacji, gdy umowa o roboty budowlane była w trakcie realizacji, jak również w trakcie realizacji był nadzór inwestorski (kontynuacja poprzedniego nadzoru). Oczywistym jest ponadto, iż w ramach swej umowy z inwestorem inspektor nadzoru, który pełni swój nadzór do samego końca inwestycji składa oświadczenie o gotowości wszystkich prac do odbioru końcowego, co oczywiście poprzez potwierdzenie, iż całość prac budowlanych została wykonana zgodnie z prawem budowlanym czyniło powodów odpowiedzialnymi za ewentualne wady pełnionego nadzoru inwestorskiego w zakresie całej inwestycji. Jest to jednak efekt nie tyle zakresu wykonanych faktycznie prac nadzorczych, lecz tego, kto funkcję tę pełnił na zakończenie inwestycji. Bez znaczenia pozostaje, że powodowie wykryli i zgłosili wady w zakresie robót nadzorowanych przez ich poprzednika. Zważyć należy, iż istota nadzoru inwestorskiego polega na bieżącym kontrolowaniu **wykonywanych robót**, jako czynności trwającej, będącej w toku, realizowanej, a nie już wykonanych, co wynika wprost z zapisu art. 25 Ustawy prawo budowlane, co zresztą koreluje z zapisem § 4.6 umowy, w którym mowa o „nienadzorowaniu prac” tych wykonanych. Tak więc prawidłowa wykładnia umowy nakazuje odnosić ten zapis o wynagrodzenie do cezurę czasowej pełnionego nadzoru, a nie przedmiotowej. Na taką wykładnię § 4.6 Umowy nie ma też wpływu okoliczność, iż pozwany dążył przedprocesowo do zawarcia przez strony aneksu w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia właśnie w oparciu o zapisy cyt. postanowienia. Oczywistym jest, iż zamawiający zwłaszcza będąc podmiotem prawa publicznego związanym dyscypliną finansową w zakresie finansów publicznych powinien w sposób niebudzący wątpliwości uregulować tą kwestię, choćby dla uniknięcia w przyszłości sporu w tym przedmiocie, co gwarantowało podpisanie stosownej umowy przez strony. Obowiązek ten jednak wbrew twierdzeniu powodów nie wynikał z umowy. Ponadto skoro inwestor był uprawniony do jednostronnej zmiany wysokości wynagrodzenia, to w istocie umowną ostateczną wysokość wynagrodzenia stanowiła decyzja inwestora podjęta oczywiście wg zasady wyliczenia tego wynagrodzenia wskazanej w § 4.6 umowy. W konsekwencji skoro inwestor właśnie w oparciu o ten zapis umowy jednostronnie wyliczył to wynagrodzenie, co wynika z korespondencji przedsądowej, jak również dokumentów co do zakresu wykonanych prac, które nie budziły wątpliwości sądu odwoławczego co do ich wiarygodności (były to bowiem raport inżyniera nr 1, a więc samej strony powodowej za okres 23.09.2014r. – 31.10.2014r., gdzie sam inżynier kontraktu załączył rozliczenie prac w okresie poprzedzającym rozpoczęcie prac na podstawie spornej umowy – k. 47., ponadto pozwany przedłożył dwustronne dokumenty w postaci protokołów odbioru robót wraz z fv i zestawieniem wartości wykonanych robót za sporny okres k. 148- 155), to ciężar wykazania, iż stosunek procentowy zaawansowania robót wykonawczych był inny niż wynika to z wyliczenia i dokumentów przedłożonych przez inwestora, należał do strony powodowej. Podkreślić należy, iż

strona powodowa nie kwestionowała ani przedprocesowo, ani w toku procesu metodologii wyliczenia prezentowanego przez pozwanego w pismach z dnia 4.11.2014r., 11.12.2014r. i 23.12.2014r., zresztą analiza tej metodologii nie budzi wątpliwości samego sadu, a jedynie w piśmie procesowym z dnia 19.01.16r. (data nadania w UP) zakwestionowała wartość robót budowlanych wykonanych przed zawarciem umowy, do czego nie miała podstaw w świetle w/w dokumentów rozliczeniowych. Tym samym to powodowie winni byli zgłosić dowód z opinii biegłego, jeżeli twierdzili że wskazana przez inwestora wartość wynagrodzenia jest inna wedle § 4.6 umowy.

O kosztach postępowania apelacyjnego sąd orzekł na podstawie art. 108 kpc z wz. z art. 98 § 1 i 3 kpc, na które to koszty złożyło się minimalne wynagrodzenie radcowskie według stawki obowiązującej na datę złożenia apelacji: 16.02.2017r. (aktualne Rozp. MS w tym przedmiocie)