

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jacek Grela
Sędziowie:	SA Maria Sokołowska (spr.) SA Włodzimierz Gawrylczyk
Protokolant:	sekretarz sądowy Karolina Petruczenko

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa A. A.

przeciwko (...)w I.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 17 grudnia 2014 r. sygn. akt I C 646/11

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1) w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda dalszą kwotę 72.239,11 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące dwieście trzydzieści dziewięć złotych jedenaście groszy)

z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

2) w punkcie 3 (trzecim) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.960 zł (trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,

3) w punkcie 4 (czwartym) w ten sposób, że nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego

w B. kwotę 8.615,40 zł (osiem tysięcy sześćset piętnaście złotych czterdzieści groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

II. oddala apelację powoda w pozostałej części;

III. oddala apelację pozwanej;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

V. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w B. kwotę 4.183 zł (cztery tysiące sto osiemdziesiąt trzy złote) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 381/15

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym przeciwko (...) przy ulicy (...) w I. powód A. A. wniósł o zasądzenie od pozwanej kwoty 166.067,36 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2011 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu powód wskazał, iż jego roszczenie dotyczy wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty budowlane polegające na dociepleniu ścian zewnętrznych budynku pozwanej (...). Pomimo zgłoszenia przez powoda zakończenia robót budowlanych, pozwana nie dopełniła obowiązku dokonania odbioru końcowego robót i odmówiła zapłaty wynagrodzenia.

Pozwana (...) w odpowiedzi na pozew wniosła o jego oddalenie i zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

Pozwana wskazała, iż z uwagi na nieprawidłowe i nieterminowe wykonanie przez powoda robót budowlanych nie dokonała odbioru robót, powierzając dokończenie robót innemu wykonawcy na koszt i ryzyko powoda. W związku z rozliczeniem końcowym pozwana podjęła decyzję o naliczeniu powodowi kary umownej za opóźnienie w zakończeniu prac w wysokości 29.225 złotych, obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia o 10% - 16.700 złotych oraz obciążenia powoda uiszczonym przez pozwaną wynagrodzeniem innemu wykonawcy za dokończenie robót w kwocie 12.250 złotych oraz kwotą 278,20 zł wynikającą z konieczności zastępczego uporządkowania terenu. Po uprzednim wezwaniu do zapłaty, pozwana złożyła powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 59.857zł.

Strona pozwana zakwestionowała również roszczenie powoda w zakresie żądania wynagrodzenia za wykonane dodatkowe roboty budowlane, wskazując, iż ustalenia między stronami umowy dotyczyły wynagrodzenia ryczałtowego, które zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa sądowego nie podlega zmianie nawet w przypadku konieczności wykonania większego zakresu prac, niż przewidziany w umowie.

W toku postępowania, strona powodowa ograniczyła swoje żądanie do kwoty 135.167,11 zł.

Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2014r. Sąd Okręgowy w B. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 56.415 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24.08.2011r. do dnia zapłaty. W pozostałej części Sąd powództwo oddalił oraz orzekł o kosztach procesu.

Sąd ten ustalił, iż w dniu 14 lipca 2010 roku powód A. A. prowadzący działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych (...) zawarł z pozwaną (...) umowę o roboty budowlane polegające na wykonaniu docieplenia ścian zewnętrznych budynku styropianem gr. 10 cm przy zastosowaniu dostarczonych przez wykonawcę materiałów dociepleniowych w technologii (...).

W (...) umowy strony określiły wysokość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 167.000 zł. Rozliczenie dodatkowych robót w razie konieczności ich wykonania zgodnie z (...) zawartej umowy miało nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego, przy czym wykonawca zobowiązany został do poinformowania zamawiającego o konieczności ich wykonania w terminie 7 dni roboczych od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania. W (...) zawarto zapewnienie wykonawcy, że wszystkie osoby wyznaczone przez niego do realizacji umowy posiadają odpowiednie kwalifikacje, przeszkolenia i uprawnienia wymagane przepisami prawa.

Strony (...) umowy przewidziały również obowiązek zapłaty przez wykonawcę kar umownych w wysokości 0,05% za każdy dzień w przypadkach zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, zwłoki lub przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od wykonawcy oraz zwłoki w usunięciu wad przedmiotu umowy. Termin rozpoczęcia robót został określony na dzień 19 lipca 2010 roku, termin ich zakończenia na dzień 15 października 2010 roku.

Umowa została zawarta w wyniku wyboru ofert powoda w drodze przetargu prywatnego ogłoszonego przez pozwanego. Podstawę wyceny robót budowlanych stanowił dokument w postaci tzw. (...) sporządzony na zlecenie pozwanego przez (...). Po zawarciu umowy powód dodatkowo otrzymał dokument w postaci opisu technicznego do projektu budowlanego remontu elewacji wraz z rysunkiem elewacji. Dokumentację techniczną powód otrzymał na trzy miesiące przed podpisaniem umowy. „Przedmiar robót” jak i opis techniczny został wykonany na podstawie dokumentacji archiwalnej – co do obmiaru, rzutów i przekrojów elewacji.

Na podstawie dokumentu w postaci przedmiotu robót powód sporządził własny kosztorys ofertowy.

Powód przed sporządzeniem własnego kosztorysu ofertowego nie dokonał oględzin nieruchomości jak i własnego obmiaru budynku.

W dniu 15 lipca 2010 roku powodowi wydano dziennik budowy, funkcję inspektora nadzoru objął J. P., powód pełnił funkcję kierownika budowy, w tym też dniu powód rozpoczął prace budowlane. Pozwana wypłaciła powodowi zaliczkę na poczet wynagrodzenia w kwocie 33.400 złotych brutto na podstawie faktury VAT.

W dniu 6 października 2010 roku pozwana zwróciła się do powoda o przedstawienie w terminie 3 dni kserokopii potwierdzających kwalifikacje, przeszkolenia i uprawnienia pracowników powoda zatrudnionych przy wykonywaniu robót budowlanych.

W okresie poprzedzającym zawarcie umowy firma (...) Sp. z o.o. złożyła w dniu 23 stycznia 2010 roku oświadczenie, że pracownicy firmy powoda zostali zapoznani z warunkami stosowania technologii D. podczas szkolenia i zobowiązują się rzetelnie ich przestrzegać w czasie wykonywania robót budowlanych w technologii D.. Powód został również zobowiązany zawiadomić (...)Sp. z o.o. o miejscu budowy, terminie rozpoczęcia i odbiorze poszczególnych etapów ocieplenia oraz okresie realizacji wykonywanych przez jego firmę robót budowlanych w technologii (...)Sp. z o.o. zadeklarowała również prowadzenie nadzoru technologicznego w przedsiębiorstwie powoda.

Pracownicy powoda w okresie wcześniejszym kilka razy wykonywali prace ociepleniowe w systemie D..

Na początku października 2010 roku (...)Sp. z o.o. zleciła zlustrowanie wykonywanych przez powoda robót budowlanych J. B. w celu sprawdzenia prawidłowości wykonywania docieplenia w tym systemie. W trakcie oględzin budowy J. B. stwierdził nieprawidłowości w wykonywaniu docieplenia powodujące powstawanie tzw. mostków termicznych mogących wpływać na utratę ciepła oraz estetykę budynku. W sporządzonym protokole oględzin mającym charakter zaleceń J. B. zalecił wykonywanie prac malarsko-tynkarskich w prawidłowych warunkach atmosferycznych (powyżej 0 stopni Celsjusza), zabezpieczenie powłok systemu ociepleniowego przed niekorzystnym działaniem czynników zewnętrznych, jak też zachowanie przerw technologicznych w nakładaniu poszczególnych warstw systemu.

Inspektor Nadzoru J. P. na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia zawodowego stwierdzał zgodność przebiegu robót budowlanych z wymogami technicznymi. Uwagi swoje zawierał w dzienniku budowy, które następnie potwierdzał powód jak i kierownik budowy. W trakcie wykonywania nadzoru nie stwierdził on konieczności mycia ścian. Powód zgłosił inspektorowi nadzoru konieczność wykonania prac dodatkowych, protokół konieczności wykonania prac dodatkowych nie został sporządzony przez inspektora nadzoru.

W dniu 11 października 2010 roku nastąpił częściowy odbiór robót wykonanych przez powoda. W częściowym odbiorze robót budowlanych brał udział powód oraz J. P.. Inspektor nadzoru nie wniósł żadnych zastrzeżeń, co do ilości i jakości

odbieranych robót budowlanych, które zostały wycenione na kwotę 81.830 złotych brutto. Zgłoszenie częściowego odbioru wykonanych robót jak i częściowy ich odbiór nie zostało wpisane do dziennika budowy.

W tym samym dniu powód zwrócił się do pozwanej o przedłużenie terminu zakończenia robót do dnia 10 listopada 2010 roku wskazując na zwiększenie zakresu rzeczowego robót, roboty dodatkowe nie objęte umową oraz niesprzyjające warunki atmosferyczne w postaci opadów deszczu. W tym też dniu pozwana wypłaciła powodowi wynagrodzenie w wysokości 50 tysięcy złotych na podstawie faktury VAT.

W trakcie wykonywania robót budowlanych powód sporządził kosztorys robót dodatkowych zawierających 18 pozycji. Pozwana w uwagach do sporządzonego przez powoda kosztorysu robót dodatkowych zakwestionowała 5 pozycji.

Częściowy odbiór robót nastąpił bez powiadomienia pozwanej. W dniu 12 października 2010 roku sporządzony został protokół zawierający uwagi pozwanej co do jakości wykonywanych prac i dokonanego odbioru częściowego. Powód pismem z dnia 14 października 2010 roku wskazał, iż wszelkie stwierdzone przez pozwaną nieprawidłowości i niedociągnięcia wynikają z powodu kontynuacji robót i zostaną usunięte do odbioru końcowego.

Pozwana w dniu 22 października 2010 roku wypowiedziała J. P. umowę zlecenie dotyczącą świadczenia nadzoru inwestorskiego.

W dniu 2 listopada 2010 roku obowiązki inspektora nadzoru przejął M. M., który pełnił tę funkcję do dnia 19 listopada 2010 roku. Przy objęciu funkcji inspektora nadzoru M. M. stwierdził niedociągnięcia w wykonywaniu robót budowlanych w obrębie facjatek i wieżyczek budynku oraz zniszczone dachówki, najwięcej zastrzeżeń dotyczyło wadliwości rusztowań mających wpływ na bezpieczeństwo pracy pracowników. Z uwagi na krótki okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru nie miał on większych uwag do technologii wykonywania robót budowlanych przez powoda. Część elementów rusztowania została przez powoda naprawiona.

W dniu 9 listopada 2010 roku powód ponownie wniósł o przedłużenie terminu zakończenia robót wskazując na ujawniony szerszy zakres robót związanych ze zwiększonym metrażem ścian do ocieplenia wynikający ze złych obmiarów budynku. Zwiększony przedmiar ścian oraz zakres robót dodatkowych nie został spisany i potwierdzony przez inspektora nadzoru i inwestora.

W dniu 24 listopada 2010 roku obowiązki inspektora nadzoru przejął D. W., który z momentem objęcia nadzoru inwestorskiego stwierdził stan zaawansowania robót w około 90%, jednocześnie zobowiązał on powoda (pod groźbą wstrzymania budowy) do przestrzegania warunków do prowadzenia robót budowlanych. Powód został również zobowiązany do niewykonywania prac w warunkach atmosferycznych poniżej 5 stopni Celsjusza. W dniu 29 listopada 2010 roku inspektor nadzoru stwierdził na budowie liczne usterki oraz błędy technologiczne w realizowanych pracach dociepleniowych polegające na nieprawidłowym zatarciu tynków, niedomalowanej elewacji, wystawianiu elementów siatek, nie zakryciu siatką izolacji termicznej, wykonaniu zbyt krótkich parapetów oraz złej izolacji balkonów. W dniu 29 listopada 2010 roku inspektor nadzoru wstrzymał dalsze roboty budowlane.

Przed wstrzymaniem robót budowlanych przez inspektora nadzoru, powód w dniu 27 listopada 2010 roku wniósł o przyjęcie odbioru wykonanych przez niego prac termomodernizacyjnych, na co pozwana nie wyraziła zgody.

W dniu 14 lutego 2011 roku powód zgłosił roboty do odbioru końcowego.

W dniu 23 lutego 2011 roku strony przystąpiły do odbioru końcowego sporządzając protokół ze stanu robót. W części I protokołu pod pozycją(...)wyszczególniony został wykaz robót pozostających do wykonania w stosunku do opisu technicznego, w części II pod pozycją (...)wykaz usterek ujawnionych przy odbiorze częściowym, w części III pod pozycją (...)wykaz usterek powstałych w okresie od dnia 20 października 2010 roku do dnia 23 lutego 2011 roku, w części IV pod pozycją (...)zawarty został wykaz zniszczeń dokonanych podczas remontu. Pozwana odmówiła odebrania całości robót, zobowiązując powoda do dokończenia niewykonanych robót i usunięcia stwierdzonych usterek.

Na dzień 23 lutego 2011 roku powód wykonał zakres robót zawarty w umowie. Z robót do wykonania pozostało wykonanie zadaszeń wyjść na taras. Usterki ujawnione dotyczyły braku uzupełnień betonowych przy rurach spustowych oraz uzupełnień z kostki P., uszkodzeń płytek klinkierowych przy rurach spustowych, braku uszczelnienia rury spustowej z rurą instalacji deszczowej, nieoczyszczonych płytek klinkierowych. Roboty nie zlecone powodowi, a ujęte w protokole odbioru dotyczyły oczyszczenia stalowych belek zadaszeń, zamontowania i malowania balustrad przy podjeździe dla osób niepełnosprawnych, wykonanej warstwy zbrojącej zatartej na gładko z dwukrotnym jej malowaniem farbą silikonową, skucia słabych i nienośnych tynków powierzchni bocznych podjazdów, odremontowania części tynku cokołu parteru. Skala usterek była niewielka, łatwa do usunięcia i nie miała istotnego wpływu na ocenę jakości całości robót.

Z części I protokołu stanu robót powód uznał za zasadne i wykonał prace ujęte w punktach 1, 2, 3, 4.

Z części II protokołu stanu robót powód uznał za zasadne i dokonał poprawy usterek w punktach 2, 3. Z części III protokołu stanu robót powód uznał za zasadne i dokonał poprawy usterek ujętych w punktach (...). Z części IV zawierających wykaz zniszczeń powód uznał za zasadne uszkodzenia wymienione w punktach (...).

W dniu 10 maja 2011 roku strony ponownie przystąpiły do czynności odbioru robót, sporządzając protokół z czynności odbioru końcowego robót. W części I protokołu ujęty został wykaz robót pozostających do wykonania zawierający 1 pozycję, w części II protokołu ujęty został wykaz usterek ujawnionych na dzień 20 października 2010 roku obejmujący 13 pozycji, w części III ujęty został wykaz usterek pozostałych do usunięcia na dzień 10 maja 2011 roku obejmujący 21 pozycji, w części IV zawarty został wykaz zniszczeń dokonanych w trakcie remontu obejmujący dwie pozycje. Pozwana odmówiła dokonania końcowego odbioru robót. Jednocześnie w dniu 20 maja 2011 roku pozwana wypłaciła powodowi tytułem wynagrodzenia kwotę 20 tysięcy złotych.

W dniu 18 lipca 2011 roku strony ponownie przystąpiły do odbioru robót, sporządzając protokół z czynności odbioru końcowego robót. W części I protokołu ujęty został wykaz istotnych wad i usterek budowlanych obejmujący 26 pozycji, w części II zawarty został wykaz zniszczeń dokonanych w trakcie remontu zawierający 8 pozycji. Pozwana odmówiła dokonania odbioru końcowego robót budowlanych, oświadczając, iż dalsze prace kontynuowane będą przez innego wykonawcę na koszt i ryzyko powoda.

W dniu 1 lipca 2011 roku pozwana zawarła umowę o roboty budowlane polegające na wykonaniu podjazdu dla osób niepełnosprawnych, wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane wyniosło kwotę 14.646 złotych.

W dniu 9 września 2011 roku pozwana zawarła umowę o roboty budowlane polegające na wykonaniu remontu części elewacji budynku wraz z robotami pomocniczymi, wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane wyniosło kwotę 12.250,43 zł. Zakres robót budowlanych wynikających z zawartej umowy obejmował pomalowanie ponowne elewacji północnej, ponowne nałożenie kleju i tynku oraz dwukrotne pomalowanie fragmentu elewacji od strony zachodniej, naprawę połączeń rynien z nowymi rurami spustowymi oraz zbiornikami, położenie tynku na dwóch ścianach ponad dachem, dokończenie obróbki ościeży okna balkonowego lokalu nr (...), przyklejenie ubytków płytek klinkierowych na fragmencie ściany, naprawienie szlichty balkonowej przy lokalu nr (...), przepięcie nieprawidłowo zmontowanych kolanek rur spustowych.

W dniu 14 października 2011 roku pozwana dokonała końcowego odbioru robót.

W dniu 28 października 2011 roku pozwana wezwała powoda do usunięcia usterek zawartych w protokole końcowym do dnia 10 listopada 2011 roku poprzez usunięcie brakujących listew startowych na elewacji ponad połączeń dachu budynku, poprawienie wykonania obróbki blacharskiej na łuku attyki nad lokalem (...), poprawienie położenia rury spustowej rynny nad lokalem nr (...), poprawienie wykonania ocieplenia styku ściany wieży z połączeń dachu od strony północnej.

W dniu 17 października 2011 roku pozwana wezwała powoda do zapłaty kwoty 59.857,63 zł na którą złożyła się kwota 29.225 zł z tytułu naliczonej kary umownej za nieterminowe wykonanie robót, kwoty 16.700 zł z tytułu

obniżenia wynagrodzenia o 10%, kwota 12.250,43 zł z tytułu powierzenia robót budowlanych innemu wykonawcy, kwota 1.682,20 zł z tytułu wykonania robót porządkowych i przywrócenia terenu wokół remontowanego budynku do stanu pierwotnego.

Roboty dodatkowe nie objęte kosztorysem ofertowym – wykonane i potwierdzone przez pozwaną zostały wycenione przez powoda na kwotę 10.345,64 złotych. Roboty dodatkowe wykonane i nie potwierdzone przez wspólnotę zostały wycenione przez powoda na kwotę 13.497,15 złotych.

W czasie realizacji prac wystąpiła konieczność wykonania robót dodatkowych niezbędnych do zakończenia zadania: uzupełnienie obróbek blacharskich, wymiana skorodowanego naczynia zbiorczego, malowanie podsufitek klatek schodowych i filarów, zmiana odprowadzenia rur, wykonanie robót zamiennych. Zwiększony metraż ścian do ocieplenia nie ujęty w przedmiarze był niezbędny do wykonania zadania. Zwiększony przedmiar ścian oraz zakres robót dodatkowych w żadnym momencie nie był spisany ani potwierdzony przez inspektora nadzoru i inwestora.

Usterki w wykonanych robotach ujawniły się w dniu odbioru częściowego. Pomimo usuwania usterek na bieżąco występowały następne. Powód nie stosował się do poleceń inspektora nadzoru i inwestora, opieszale usuwał usterki, nie stosował się do technologii wykonywania robót, prace wykonywane były w niesprzyjających warunkach atmosferycznych. Niewłaściwe połączenie rynien i rur spustowych powodowało zaciekanie wody na elewację, niewłaściwe uszczelnianie styków dachówki z ociepleniem, brak wcięć w parapetach, spękania elewacji przyczyniły się do degradacji robót termoizolacyjnych.

Wartość robót dodatkowych wykonanych przez powoda a potwierdzonych przez pozwaną wyniosła 10.255,29 złotych. Wartość robót dodatkowych wykonanych przez powoda i nie potwierdzonych przez pozwaną wyniosła 10.173,82 złotych. Wartość wykonywanych przez powoda robót zamiennych wyniosła 8.807,36 złotych, wartość robót nie wykonanych przez powoda wyniosła 8.296,07 złotych, wartość robót wynikających ze zwiększonego metrażu ścian wyniosła 29.543,25 złotych. Wartość robót wykonanych przez powoda wyniosła 167.511,29 złotych a po uwzględnieniu robót dodatkowych i robót związanych ze zwiększonym metrażem ścian wyniosła 217.483,65 złotych. W związku ze zwiększonym metrażem ścian budynku oraz koniecznością wykonania robót dodatkowych technologiczny czas wykonywania robót wydłużył się o 34 dni.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy zważył, iż strony łączyła określona w art. 647 k.c. w zw. z art. 658 k.c. umowa o roboty budowlane, na podstawie której powód miał wykonać ocieplenie zewnętrznych ścian budynku mieszkalnego przy ulicy (...) w I. styropianem grubości 10 cm z kolorystyką wraz z materiałem wykonawcy przy zastosowaniu technologii D..

Spór pomiędzy stronami dotyczył rodzaju, prawidłowości oraz zakresu robót zleconych powodowi oraz robót rzeczywiście przez niego wykonanych a także tego, czy ewentualne usterki i wady tych robót upoważniały pozwanego do odmowy ich odebrania w całości i zapłaty wynagrodzenia, czy też upoważniały pozwaną do zgłoszenia w chwili odbioru żądania usunięcia usterek oraz ewentualnej realizacji roszczeń z tytułu rękojmi.

Umowa o roboty budowlane charakteryzuje się zobowiązaniem osiągnięcia materialnego rezultatu w postaci końcowego efektu przewidzianego w umowie. Zgodnie z jej treścią wykonawca zobowiązany jest do wykonania określonych umową robót, zaś inwestor do ich odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.). Wynikające z tej umowy roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia powstaje z chwilą zrealizowania przedmiotu umowy i oddania go co rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych robót.

Sąd I-instancji wskazał, że w art. 647 k.c. akcentowany jest obowiązek odbioru obiektu (robót) przez inwestora, który uwarunkowany jest jego oddaniem przez wykonawcę (zgłoszeniem robót do odbioru). W takim działaniu wykonawcy mieści się bowiem deklaracja nie tylko co do tego, iż roboty zostały wykonane, ale także, że nastąpiło to zgodnie z umową.

Samo stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze nie w każdym przypadku rodzić będzie skutki niewykonania zobowiązania. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne albo z niewykonaniem w ogólności, albo z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Z niewykonaniem zobowiązania mamy do czynienia tylko wówczas, gdy objęte umową świadczenie nie zostanie w ogóle spełnione albo nie zawiera cech konstytutywnych charakteryzujących dany rodzaj świadczenia. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.

W ocenie Sądu I-instancji, w ustalonych okolicznościach sprawy uzasadnione jest stanowisko, że już w momencie pierwszego spotkania stron, w dniu 23 lutego 2010 roku, mającego na celu przeprowadzenie czynności odbioru końcowego, stwierdzone w protokole odbioru liczne usterki miały charakter usterek usuwalnych. Pozwana zatem już w dniu 23 lutego 2011 roku miała obowiązek odebrać roboty i nie była uprawniona do powstrzymywania się z odbiorem robót aż do października 2011 roku.

Sąd ten uznał jednak za bezzasadne żądanie powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe i zamienne.

Niezbędność wykonania przez powoda robót budowlanych w powyższym zakresie dla prawidłowości całego procesu budowlanego Sąd uznał za niewątpliwą. Wskazał jednak, że wbrew zapisom zwartej umowy, powód nie poinformował pozwanej o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w określonym umową terminie 7-dniowym. Konieczność ich wykonania nie została również spisana przez inspektora nadzoru w przewidzianym w takim wypadku protokole konieczności.

Zatem – w ocenie Sądu I-instancji – żądanie wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe i zamienne nie znajduje uzasadnienia w świetle § 5 ust. 2 umowy stron. Nadto roboty dodatkowe zostały przez powoda wykonane wadliwie, w konsekwencji czego pozwana zmuszona została do zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą celem usunięcia powstałych usterek.

Odnośnie wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty budowlane wynikające ze zwiększonego metrażu ścian, Sąd Okręgowy stwierdził, iż przed zawarciem umowy powód jako profesjonalista winien przeprowadzić wizję lokalną budynku stanowiącego przedmiot robót budowlanych, zapoznać się z jego dokumentacją techniczną, jak również dokonać własnych obmiarów budynku.

Jednocześnie Sąd podkreślił, że wynagrodzenie przewidziane w zawartej umowie określone zostało ryczałtowo, co rodziło po stronie powoda, jako wykonawcy, obowiązek skalkulowania i uwzględnienia wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zadania, w tym obmiaru robót. Z obowiązku tego nie zwalniał powoda fakt, iż pozwana przed zawarciem umowy nie wymagała od powoda przeprowadzenia własnych obmiarów robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego na uwzględnienie w części dotyczącej naliczenia kary umownej zasługiwał zgłoszony przez pozwaną zarzut potrącenia.

Mając na uwadze zapis § 12 pkt a) łączącej strony umowy (przewidujący obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,05%), jak również wnioski wynikające z opinii biegłego odnośnie wyliczonej liczby dni na wykonanie przedmiotu umowy wynikającej ze zwiększonego zakresu robót (34 dni), powód winien był wykonać umowę do dnia 19 listopada 2010 roku (pierwotnie przedmiot umowy miał być wykonany w dniu 15 października 2010 roku). Powód w tym terminie nie wykonał przedmiotu umowy.

Powód w dniu 14 lutego 2011 roku zgłosił roboty do odbioru końcowego, a zatem należna pozwanej z tytułu opóźnienia kara umowna winna wynieść 7.181 złotych.

W pozostałym zakresie zgłoszony przez pozwaną zarzut potrącenia nie został uwzględniony przez Sąd, w ocenie którego pozwana nie wykazała by poniesione przez nią koszty zawarte w piśmie z dnia 17 października 2011 roku miały związek z działaniem, bądź zaniechaniem powoda w zakresie wykonywanych robót budowlanych.

Reasumując Sąd I-instancji uznał, że należne powodowi wynagrodzenie pomniejszone o naliczoną karę umowną, jak i wynagrodzenie już zapłacone przez pozwaną winno wynieść kwotę 56.415 złotych, którą to kwotę zasądził zaskarżonym wyrokiem.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyły apelacjami obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 78.752,11 zł z odsetkami ustawowymi oraz w części rozstrzygającej o kosztach procesu, domagając się zmiany tego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda dodatkowo kwoty 78.752,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24.08.2011r., do dnia zapłaty oraz kosztów procesu według norm przepisanych. Nadto domagał się zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego.

Skarżący zarzucił:

1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego polegające na wybiórczym i jednostronnym rozważeniu materiału dowodowego i wyprowadzeniu wniosków nie wynikających z powołanych dowodów, w tym zwłaszcza:

- błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, iż strony w umowie o roboty budowlane z dnia 14.07.2010 ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za zlecone i wykonane przez powoda roboty budowlane;

- błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, iż powód nie dochował obowiązku zawiadomienia pozwanego w terminie 7 dni roboczych o konieczności wykonania robót dodatkowych związanych ze zwiększonym metrażem ścian budynku, które miały być docieplone;

- błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, iż powód nie dochował obowiązku zawiadomienia pozwanego w terminie 7 dni roboczych o konieczności wykonania robót dodatkowych, których wartość została wyceniona przez biegłego sądowego na kwotę 20.429,11 zł, choć pozwany de facto zlecił powodowi wykonanie tych robót;

- błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, iż wszystkie roboty dodatkowe, których wartość została wyceniona przez biegłego sądowego na kwotę 20.429,11 zł, zostały wykonane przez powoda wadliwie i pozwany był zmuszony wszystkie te roboty ponownie zlecić innemu wykonawcy, choć według opinii biegłego sądowego wady dotyczą 3 spośród 27 rodzajów wykonanych robót dodatkowych;

- błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, że wartość robót wykonanych przez powoda, w tym wszystkich robót dodatkowych wyniosła kwotę 217.483,65 zł, choć biegły sądowy ostatecznie ustalił tą wartość na kwotę 238.567,11 zł, w tym kwota 218.138 zł za roboty objęte umową stron lecz z uwzględnieniem zwiększonego metrażu ścian budynku i kwota 20.429,11 zł za wszystkie pozostałe roboty dodatkowe;

2) naruszenie art. 647 k.c. poprzez jego niezastosowanie do rozliczenia wykonanych przez powoda i odebranych przez pozwanego robót dodatkowych, a których konieczność wykonania była niewątpliwa, o czym powód poinformował pozwanego, który nie sprzeciwiał się ich wykonaniu bądź pozwany sam zlecał powodowi ich wykonanie;

3) naruszenie art. 405 k.c. poprzez jego ewentualne niezastosowanie do rozliczenia wykonanych przez powoda robót dodatkowych, z których pozwany niewątpliwie odniósł korzyść majątkową kosztem powoda odpowiadającą wartości tych robót według wyceny biegłego sądowego;



4) naruszenie art. 484 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na obciążeniu powoda karą umowną za przekroczenie terminu wykonania robót choć powód nie ponosił winy za niedochowanie tego terminu;

5) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i brak miarkowania zgodnie z wnioskiem powoda kary umownej z tytułu przekroczenia terminu zakończenia robót choć roboty wykonane po terminie dotyczyły znikomemu zakresu i ich późniejsze zakończenie nie miało żadnego znaczenia dla prawidłowego użytkowania przez pozwanego budynku, w którym powód wykonał zleczone mu roboty;

Pozwana zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo domagając się jego zmiany poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje.

Skarżąca zarzuciła:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a) art. 232 k.p.c. w zw. z art. 3 k.p.c., w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwana nie wywiązała się z obowiązku udowodnienia okoliczności, z której wywodzi skutki prawne, tj. by poniesione przez nią wszystkie koszty zawarte w piśmie do powoda z dnia 17 października 2011r., objęte zarzutem potrącenia wzajemnych wierzytelności, miały związek z działaniem, bądź zaniechaniem powoda w zakresie wykonywanych robót budowlanych, podczas gdy pozwana przedstawiła logiczne dowody, wzajemnie się uzupełniające z pozostałym materiałem dowodowym;

b) art. 224 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. oraz art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie tj. nieprzeprowadzenie dowodu i zamknięcie rozprawy bez przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony pozwanej mimo pozostania niewyjaśnionymi istotnych okoliczności dla sprawy;

c) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 207 k.p.c. poprzez wydanie przez Sąd na rozprawie w dniu 17 października 2014r. postanowienia o oddaleniu wniosków dowodowych pozwanej o dopuszczeniu dowodu z pisma z dnia 20.02.2014r. i 30.09.2014r. i uznanie, że wnioski dowodowe objęte są prekluzją dowodową, chociaż zostały złożone w odpowiedzi na pozew, a potrzeba ich ponownego powołania poprzez rozszerzenie zarzutu potrącenia wynikała dopiero w dalszym toku postępowania dowodowego oraz ze względu na nową okoliczność, którą było ujawnienie się wad w wykonaniu przedmiotu umowy i zwłoka w ich usunięciu,

d) art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zniesienie kosztów zastępstwa procesowego pomiędzy stronami, w sytuacji gdy żądanie powoda zostało uwzględnione w części, co uzasadnia stosunkowe rozdzielenie kosztów,

2) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że w dniu 23 lutego 2010r. pozwana miała obowiązek odebrać roboty budowlane i nie była uprawniona do powstrzymywania się z odbiorem robót.

W odpowiedziach na apelacje strony wniosły o oddalenie apelacji swego przeciwnika procesowego i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

W przeważającej części na uwzględnienie zasługuje apelacja powoda, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty okazały się trafne. W szczególności nie można się zgodzić z prezentowanym w apelacji stanowiskiem, że strony umówiły się na wynagrodzenie kosztorysowe za wykonane przez powoda roboty budowlane.

W rozpoznawanej sprawie powód domagał się zasądzenia pozostałej części wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy zawartej przez strony w dniu 14.07.2010r. Przedmiotem tej umowy było wykonanie przez powoda docieplenia ścian zewnętrznych budynku położonego w I. przy ul. (...), styropianem grubości 10 cm z kolorystyką i materiałem wykonawcy w technologii (...). Roboty te miały być wykonane w oparciu o dokumentację techniczną docieplenia ścian zawartą w opisie technicznym do projektu budowlanego remontu elewacji budynku wykonanego przez(...).W zakres robót objętych umową wchodziło też wykonanie przez wykonawcę wszelkich prac związanych z wymogami BHP oraz organizacją i realizacją umowy bez zakłóceń (...).W umowie strony ustaliły, że za wykonanie jej przedmiotu wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości 167.000 zł łącznie z podatkiem VAT. Jednocześnie strony postanowiły, że jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, to rozliczenie nastąpi kosztorysem powykonawczym wskazując przy tym, że wykonawca jest zobowiązany do poinformowania zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 7 dni roboczych od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania (...)

Z powyższych postanowień umowy powód wyprowadza wniosek, że strony określiły wynagrodzenie kosztorysowe za wykonane przez powoda prace, ponieważ w treści umowy nie użyły zwrotu „wynagrodzenie ryczałtowe”, a nadto umówione wynagrodzenie miało obejmować także roboty nie objęte opisem technicznym („Przedmiotem robót”), które w rzeczywistości wystąpiły i zostały wykonane przez powoda. Powód zatem interpretuje postanowienie zawarte w (...) umowy w ten sposób, że jeżeli w toku realizacji robót wystąpiła konieczność wykonania robót dodatkowych, to rozliczenie całej inwestycji, w tym także rozliczenie wykonania przedmiotu umowy wskazanego w (...) nastąpić winno kosztorysem powykonawczym. Taka interpretacja jest jednak, w ocenie Sądu Apelacyjnego błędna.

Dla określenia charakteru wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane nie ma bowiem znaczenia to, czy strony użyły w treści umowy ustawowych zwrotów zawartych w art. 629 k.c. i 632 k.c. (które to przepisy – wbrew prezentowanemu przez powoda poglądom mają odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane – art. 656 k.c.) lecz istota zawartych w tym zakresie postanowień umownych. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty pieniężnej należnej wykonawcy jako wynagrodzenie za wykonanie dzieła (wykonane prace). W tym modelu wartość należnego wynagrodzenia nie jest uzależniona od czynników określających przewidywany i zrealizowany zakres prac, ilość zużytego materiału ani od przyjętych cen jednostkowych lub stawek robocizny. Dalszym elementem charakterystycznym dla tego rodzaju wynagrodzenia jest brak powiązania pomiędzy uzgodnioną kwotą wynagrodzenia a możliwością przewidywania przez strony w chwili zawarcia umowy rozmiaru prac lub wartości kosztów koniecznych do wykonania dzieła. Natomiast w modelu kosztorysowym strony uzgadniają, że podstawą ustalenia wysokości wynagrodzenia stanowi zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek i jednostek obmiarowych. Cechą charakterystyczną tego wynagrodzenia jest to, że ma ono charakter wynikowy, jego wysokość jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez przyjmującego zamówienie i zostaje wyliczona według cen i stawek przyjętych w kosztorysie.

W rozpoznawanej sprawie strony w (...) umowy oznaczyły konkretną kwotę pieniężną stanowiącą wynagrodzenie powoda za wykonanie robót określonych w (...)umowy. Jedynie dla robót dodatkowych przewidziały wynagrodzenie kosztorysowe (...).

Przytoczone postanowienia umowy wskazują, że jej strony umówiły się na wynagrodzenie mieszane: ryczałtowe w kwocie 167.000 zł łącznie z podatkiem VAT, które należne było wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy określonego w(...) a więc za wykonanie docieplenia ścian w oparciu o dokumentację zawartą w opisie technicznym sporządzonym przez (...). Jak wynika z niekwestionowanych ustaleń Sądu Okręgowego, dokumentacja ta została wykonana na podstawie dokumentacji archiwalnej co do obmiarów, rzutów i przekrojów elewacji i wskazana w niej powierzchnia ścian do ocieplenia nie odpowiadała rzeczywistej powierzchni (była zaniżona). Tak więc umówione wynagrodzenie ryczałtowe mogło dotyczyć jedynie takiego zakresu robót powoda, który wynikał ze wskazanej dokumentacji technicznej. Pozostałe roboty, w tym nieobjęta opisem technicznym powierzchnia ścian i ewentualnie inne roboty dodatkowe – zgodnie z (...) umowy - miały być rozliczone kosztorysem powykonawczym.

Nie można więc zaaprobować stanowiska Sądu Okręgowego, że skoro strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, jak w (...) umowy, to powód nie jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za roboty dociepleniowe wynikające ze zwiększonego metrażu ścian. Możliwość zajęcia takiego stanowiska uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby przedmiotem umowy były roboty dociepleniowe na całej rzeczywistej powierzchni budynku, bez ograniczenia wynikającego z „Przedmiaru robót” określającego powierzchnię ścian do ocieplenia. W takiej sytuacji rzeczywiście można byłoby zarzucić powodowi, że zaniechanie dokonania własnych obmiarów budynku i oparcie się na archiwalnej, nieprecyzyjnej dokumentacji technicznej działa na jego niekorzyść. Jednak, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy podstawą ustalenia wynagrodzenia powoda była dokumentacja techniczna wykonana na zlecenie pozwanej przez (...) dostarczona powodowi przed zawarciem umowy, na podstawie której sporządził on kosztorys ofertowy. Ponieważ „Przedmiar robót” określał powierzchnię ścian (która okazała się zaniżona), to również zaoferowane przez powoda i przyjęte przez pozwaną wynagrodzenie ryczałtowe odpowiadało jedynie powierzchni ścian objętych tym dokumentem.

Jednocześnie za nieracjonalne uznać należy założenie, że w ramach zawartej umowy powód winien wykonać jedynie jej przedmiot określony w jej treści, tzn. wykonać ocieplenie tylko takiej powierzchni ścian, jak wynikało to z „Przedmiaru robót”. Jak słusznie przyjął Sąd Okręgowy, niezbędność wykonania przez powoda docieplenia całego budynku była niewątpliwa dla prawidłowości procesu budowlanego i osiągnięcia celu realizowanej inwestycji. W takiej sytuacji wykonanie robót dociepleniowych na zwiększonej powierzchni ścian należałoby rozliczyć na podstawie art. 405 k.c. – na co słusznie wskazuje skarżący. Nie ulega bowiem wątpliwości, że poprzez wykonanie tego zakresu prac, doszło do uzyskania przez pozwaną korzyści majątkowej kosztem powoda, który jest uprawniony do żądania zwrotu jej równowartości. O możliwości zmiany kwalifikacji prawnej roszczenia powoda, Sąd Apelacyjny poinformował strony przed zamknięciem rozprawy (art. 717 akt).

Podsumowując ten wątek rozważań stwierdzić więc trzeba, że powód jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za rzeczywiście wykonane roboty budowlane, w tym roboty dodatkowe obejmujące między innymi zwiększoną powierzchnię ścian i to niezależnie od tego czy te ostatnie roboty wchodziły w zakres umowy łączącej strony, czy też zostały wykonane przez powoda bez podstawy prawnej.

W myśl art. 647 k.c. roszczenie wykonawcy o wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane powstaje z chwilą wykonania obiektu i oddania go inwestorowi. Z tymi obowiązkami wykonawcy sprzężony jest obowiązek inwestora odbioru robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z niekwestionowanych okoliczności rozpoznawanej sprawy wynika, że powód zgłosił roboty do odbioru końcowego w dniu 14.02.2011r., i w dniu 23.02.2011r. strony przystąpiły do czynności odbioru. Ze sporządzonego protokołu z tej czynności wynika, że pozwana odmówiła odbioru robót, wskazując na szczegółowo wymienione pozycje robót niewykonanych i usterki robót wykonanych przez powoda (k: 184 – 187). Zarówno wskazany w tym protokole zakres robót niewykonanych jak i robót dotkniętych wadami oraz skala tych wad, zostały zakwestionowane przez biegłego sądowego L. F. w wydanych opiniach. Biegły ten jednoznacznie wskazał, że na dzień 23.02.2011r. z zakresu robót objętych umową pozostawało tylko wykonanie zadasznień wyjść na taras (co wynikało z niedostarczenia przez inwestora stosownych materiałów), zaś pozostałe roboty zostały wykonane. Co zaś się tyczy usterek, w wykonanych pracach, to dotyczyły one: niewłaściwego połączenia rur spustowych, braku uszczelnienia tych rur, złego połączenia rynny z rurą spustową, braku uzupełnień betonowych przy rurach spustowych, braku uzupełnień kostki P., uszkodzeń płytek klinkierowych i ich nie oczyszczenie (opinia uzupełniająca biegłego k: 459 – 464, odp. na pytanie 4, 6 i 11). Zdaniem biegłego skala stwierdzonych wówczas usterek była niewielka, łatwa do usunięcia i nie wpływała na możliwość czynienia właściwego użytku z przedmiotu robót. Oznacza to, że były to wady usuwalne, nieistotne, które nie uprawniały pozwanej do odmowy dokonania odbioru robót. W konsekwencji słusznie Sąd I-instancji przyjął, że już w dniu 23.11.2011r. istniały podstawy do dokonania odbioru całości robót. Zarzuty apelacji pozwanej kwestionujące to stanowisko Sądu Okręgowego są nieuprawnione, nie znajdują bowiem oparcia w materiale dowodowym zebranym w sprawie.

Wprawdzie podczas składania ustnych wyjaśnień do sporządzonych opinii w toku rozprawy apelacyjnej biegły L. F. stwierdził, że w lutym 2011r. występowały też wady polegające na spękaniu tynku, które to wady określił jako poważne i zasadniczo dyskwalifikujące prace dociepleniowe, jednak w dalszych swych wyjaśnieniach przyznał, że takie spękania

widział podczas oględzin budynku przy wykonywaniu jego pomiarów, a więc w maju 2014r. (k: 505) i nie ma pewności co do tego, czy takie spękania występowały już w lutym 2011r.

W tych warunkach przyjąć należało, że stwierdzenie biegłego co do występowania spękań tynku na dzień 23.02.2011r. nie jest ani stanowcze, ani jednoznaczne, a nadto posiadające ograniczoną moc dowodową wobec sprzeczności z opiniami pisemnymi i upływem czasu od chwili kiedy biegły miał bezpośredni dostęp do materiału zawartego w aktach sprawy, w tym w szczególności złożonej przez pozwaną dokumentacji fotograficznej będącej główną podstawą faktyczną wydanej opinii. Powyższe stanowisko biegłego nie miało zatem wpływu na dokonaną przez Sąd Apelacyjny ocenę, że do odbioru robót wykonanych przez powoda powinno dojść w dniu 23.02.2011r. Należy bowiem podzielić stanowisko Sądu I-instancji, że występowanie wskazanych przez biegłego w opiniach prawnych wad robót powoda będących wadami nieistotnymi nie upoważniało pozwaną do uchylecia się od dokonania odbioru i zapłaty należnego powodowi wynagrodzenia.

Przechodząc do wysokości tego wynagrodzenia, to zgodnie z ostatecznymi wnioskami opinii biegłego L. F. winno ono wynosić 218.138 zł, przy uwzględnieniu zwiększonej powierzchni ścian, a nie jak przyjął to Sąd Okręgowy 217.483,65 zł. Ta ostatnia wielkość wskazana w opinii z kwietnia 2013r. (k: 417) została bowiem zweryfikowana przez biegłego po dokonaniu obmiarów budynku i ostatecznie ustalona na kwotę 218.138 zł (opinia k: 505 – 506). Jak wynika z wyjaśnień biegłego złożonych w toku rozprawy apelacyjnej kwota ta nie obejmuje wartości robót dodatkowych, których łączną wartość biegły oszacował na kwotę 20.429,11 zł (wartość robót dodatkowych potwierdzonych przez pozwaną – 10.255,29 + wartość robót dodatkowych nie potwierdzonych przez pozwaną – 10.173,82 zł). Tak więc całkowita wartość robót wykonanych przez powoda wynosi 238.567,11 zł.

W kwestii robót dodatkowych niezwiązanych ze zwiększoną powierzchnią ścian, a szczegółowo wymienionych w załącznikach nr 1 i 2 do opinii biegłego z kwietnia 2013r. (k: 419 – 434) biegły jednoznacznie potwierdził, że zostały one wykonane przez powoda. Część tych robót, o wartości 10.255,29 zł została uznana przez pozwaną, zaś co do pozostałej części, pozwana utrzymywała, że wchodziły one w zakres umowy zawartej przez strony i jako takie nie powinny podlegać odrębnemu rozliczeniu. W wydanej opinii biegły jednak stanowczo wykluczył, aby te roboty były objęte „Przedmiarem robót” i kosztorysem ofertowym (wyjaśnienia biegłego k: 716v), a zatem należy je zaliczyć do robót dodatkowych podlegających odrębnemu wynagrodzeniu kosztorysowemu przewidzianemu w (...) umowy.

W tym postanowieniu umownym strony przewidziały obowiązek wykonawcy polegający na poinformowaniu zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 7 dni roboczych od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania. Sąd I-instancji przyjął, że powód nie wywiązał się z tego obowiązku, w związku z czym nie może domagać się zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe. Z tym stanowiskiem Sądu Okręgowego nie można się jednak zgodzić.

Po pierwsze – roboty dodatkowe wycenione przez biegłego na kwotę 10.255,29 zł zostały uznane przez pozwaną jeszcze w trakcie procesu budowlanego poprzez zatwierdzenie kosztorysu powykonawczego powoda na wykonanie tych robót. Po drugie – co do robót dodatkowych wycenionych przez biegłego na kwotę 10.173,82 zł to pozwana stała na stanowisku, że są one objęte zakresem umowy zawartej przez strony w dniu 14.07.2010r. i domagała się ich wykonania przez powoda w ramach tej umowy. Skoro tak, to jest oczywiste, że pozwana posiadała wiedzę o konieczności ich wykonania i nie istniała żadna potrzeba odrębnego zawiadomienia jej o tej konieczności.

W konsekwencji przyjąć należało, że roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia za omawiane roboty dodatkowe jest uzasadnione.

Skoro zatem wartość całości robót powoda zamykała się kwotą 238.567,11 zł, a pozwana uiściła na poczet należnego powodowi wynagrodzenia kwotę 103.400 zł, to do zapłaty pozostawała kwota 135.167,11 zł.

Przechodząc do oceny prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu I-instancji w przedmiocie zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia stwierdzić trzeba, że podniesione w tym zakresie zarzuty apelacji powoda jedynie w nieznacznej części zasługują na uwzględnienie. Co do zasady zgodzić się bowiem należy ze stanowiskiem Sądu Okręgowego,

że w ustalonych okolicznościach sprawy, istniały podstawy do obciążenia powoda karą umowną za nieterminowe zakończenie robót.

Zgodnie z umową terminu zakończenia robót został ustalony na dzień 15.10.2010r. Zważywszy jednak na konieczność wykonania przez powoda prac dodatkowych i związanych ze zwiększoną powierzchnią ścian cały proces budowy powinien być przedłużony o 34 dni robocze, na co wskazywał biegły w wydanej opinii. Słusznie zarzuca powód, że ustalony przez Sąd I-instancji ostateczny termin zakończenia prac na dzień 19 listopada 2010r. nie uwzględnia dni wolnych, tj. niedziel i świąt (nie są to dni robocze), zaś po ich odliczeniu, termin zakończenia prac przypadł na dzień 27.11.2010 (sobota). Do tego więc dnia powód powinien był wykonać cały zakres prac zarówno objętych umową jak i robót dodatkowych, w tym wynikających ze zwiększonego metrażu ścian. Argumentacja powoda przedstawiona w uzasadnieniu apelacji odwołująca się do faktu wstrzymania robót przez inspektora nadzoru w dniu 29.11.2010r. z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne jest niezasadna z tej przyczyny, że wydłużenie czasu na wykonanie robót o 34 dni robocze obejmowała wg treści opinii biegłego – całość robót, zarówno z zakresu pierwotnego umowy jak i robót dodatkowych, a te jak przyznaje sam powód, nie były na dzień 27.11.2010r. w całości wykonane. Tak więc, dla ustalenia okresu opóźnienia, nie ma znaczenia fakt wstrzymania robót w dniu 29.11.2010r. Opóźnienie obejmujące okres od 29.11.2010r. (poniedziałek) do 14.02.2011r. (data zgłoszenia do odbioru) i wynosi 78 dni. Uwzględniając umówioną karę umowną na poziomie 0,05% wartości kontraktu za każdy dzień zwłoki, wynosi ona 6.513 zł (167.000 × 0,05% × 78). Potrącając tą kwotę z należnej powodowi reszty wynagrodzenia, stosownie do treści art. 498 § 2 k.c. – na rzecz powoda należało zasądzić kwotę 128.654,11 zł (135.167,11 - 6.513).

Tak ustalona wysokość kary umownej czyni bezzasadnym zgłoszone przez powoda żądanie jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c. Jak już wyżej wskazano, na dzień 27.11.2010r. powód nie wykonał w całości robót dodatkowych, których wykonanie zostało uwzględnione w przedłużeniu terminu wykonania całości prac o 34 dni robocze. Zastosowanie w tym przypadku przesłanki „wykonania zobowiązania w znacznej części” wynikającej z art. 484 § 2 k.c. oznaczałoby podwójne premiowanie powoda – raz poprzez wydłużenie terminu dla wykonania tych robót i poprzez miarkowanie kary umownej. Jednocześnie mając na uwadze wysokość ustalonej w umowie kary umownej (0,05% wartości kontraktu za każdy dzień zwłoki) nie można uznać jej za rażąco wygórowaną.

W tych warunkach Sąd Apelacyjny, w ramach częściowego uwzględnienia apelacji powoda, na mocy art. 386 § 1 k.p.c., zmienił zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powoda dalszą (ponad zasądzoną w punkcie pierwszym wyroku Sądu Okręgowego) kwotę 72.239,11 zł. Kwota ta wraz z kwotą zasądzoną przez Sąd I-instancji daje 128.654,11 zł jako należnego powodowi pozostałego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy po potrąceniu kary umownej. W pozostałej części apelacja powoda, jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Nieuzasadniona natomiast okazała się apelacja pozwanej. Już w części przedstawionych wyżej rozważań co do obowiązku i terminu odbioru przez pozwaną robót budowlanych wykonanych przez powoda, odniesiono się do zarzutów tej apelacji skierowanych przeciwko zajętemu w tej mierze stanowisku przez Sąd I-instancji, które Sąd Apelacyjny ocenił jako prawidłowe. Do rozważenia pozostały zatem zarzuty apelacji pozwanej kwestionujące nieuwzględnienie przez Sąd Okręgowy dalszego zarzutu potrącenia. Zarzut ten (poza karą umowną za nieterminowe wykonanie robót) obejmował także: żądanie obniżenia wynagrodzenia powoda o 10% z uwagi na wadliwość wykonanych prac, tj. kwotę 16.700 zł, żądanie zapłaty kwoty 12.250 zł jako wartości robót wykonanych zastępczo za powoda przez innego wykonawcę, żądanie zapłaty kwoty 1.404 zł stanowiącej odszkodowanie za zniszczenia dokonane przez pracowników powoda, a nadto żądanie zapłaty kwoty 91.599,50 zł stanowiącej karę umowną za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych po dokonaniu odbioru końcowego.

Żądanie obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi o 10%, pozwana wiązała z istnieniem wad które usunąć się nie dadzą. Nie wskazała jednak precyzyjnie takich wad, nie podała jakich konkretnie robót powoda one dotyczą i na czym polegają. Okoliczności takie nie wynikają też z dowodu z opinii biegłego, który wprawdzie stwierdził, że prace powoda dotknięte były licznymi usterkami, ale nie ocenił ich pod kątem nieusuwalności i istnienia podstaw do żądania obniżenia wynagrodzenia w świetle mającego zastosowanie w rozpoznawanej sprawie a nieobowiązującego obecnie,

art. 637 k.c. Słusznie podnosi powód w odpowiedzi na apelację pozwanej, że pozwana nie przejawiała w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej poprzestając na ogólnym, nieskonkretyzowanym twierdzeniu o istnieniu takich wad. Nie został także udowodniony przez pozwaną żądany zakres obniżenia wynagrodzenia powoda. Wprawdzie biegły L. F. w swej opinii wskazał, że ze względu na występujące wady uzasadnione byłoby obniżenie wynagrodzenia w granicach 1 – 5% jednak w opinii uzupełniającej doprecyzował, że była to jedynie sugestia, aby taki zapis strony zamieściły w zawartej umowie. W toku rozprawy apelacyjnej biegły wyjaśnił, że w jego ocenie, obniżenie wynagrodzenia powinno oscylować wokół 4% wartości umowy i dotyczyło takich usterek jak: pęknięcie tynku, nierównomierne zatarcie tynku, brak jednolitej barwy tynku, niestaranne zamocowanie listwy startowej, krzywe prowadzenie rury spustowej, niechlujne osadzone obróbki blacharskie. Jednak istnienie tych usterek biegły ustalił na podstawie dokumentacji fotograficznej złożonej przez pozwaną, która obejmuje okres od 28.10.2010r. do 15.09.2011r. Tymczasem poza sporem pozostaje, że w tym okresie powód prace jeszcze wykonywał, w tym także usuwał wady wskazane w poszczególnych protokołach odbioru i na podstawie dostępnego materiału dowodowego nie można ustalić jakie wady ostatecznie nie zostały przez niego usunięte. Z tych przyczyn uznać należało, że pozwana nie wykazała istnienia swej wierzytelności zgłoszonej do potrącenia z tytułu obniżenia wynagrodzenia powoda.

Podobnie należy ocenić zarzut potrącenia kwoty 12.250,43 zł z tytułu poniesionych przez pozwaną kosztów wykonania zastępczego części robót niewykonanych przez powoda lub wykonanych wadliwie. Pozwany nie wykazał, że w zakresie robót zleconych innemu wykonawcy wchodziły prace, które miał wykonać powód, nie wykazał zasadności wynagrodzenia wykonawcy zastępczego co do wskazywanej wysokości, wreszcie nie wykazał aby takie koszty rzeczywiście poniósł. Zwrócił na to uwagę także biegły L. F. wskazując w opinii uzupełniającej z kwietnia 2013r. na brak kosztorysu lub kalkulacji tych kosztów, co nasuwało wątpliwości biegłego odnośnie wartości robót objętych umową z wykonawcą zastępczym.

Również zgłoszona przez pozwaną do potrącenia wierzytelność odszkodowawcza za zniszczenia spowodowane przez pracowników powoda nie została wykazana ani co do zasady ani co do wysokości. Powód zaprzeczał, że dokonano jakichkolwiek zniszczeń, w tym zniszczeń trawnika, zaś powód tej okoliczności w żaden sposób nie wykazał, mimo spoczywającego na nim ciężaru udowodnienia tej okoliczności (art. 6 k.c.).

Odnosząc się natomiast do podniesionego, w końcowej fazie postępowania przed Sądem I-instancji, zarzutu potrącenia kwoty 91.599,50 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w usunięciu wad robót ujawnionych po dokonaniu odbioru końcowego, to zgodzić należy się ze skarżącą, iż decyzja procesowa Sądu I-instancji podjęta na rozprawie w dniu 17.10.2014r. o pominięciu wniosków dowodowych pozwanej z uwagi na prekluzję dowodową, była nieprawidłowa. Podkreślić bowiem należy, że w rozpoznawanej sprawie zastosowanie miał art. 207 k.p.c. w poprzednim brzmieniu, które nie było tak rygorystyczne pod względem koncentracji materiału dowodowego, jak aktualnie obowiązująca treść tego przepisu. Według poprzedniej regulacji wynikającej z art. 207 § 3 Sąd mógł zobowiązać stronę reprezentowaną przez fachowego pełnomocnika do złożenia, w wyznaczonym terminie pisma przygotowawczego, w którym zobowiązuje go do podania wszystkich twierdzeń, zarzutów i dowodów, pod rygorem utraty prawa ich powoływania w dalszym toku postępowania. Jest przy tym oczywiste, że rygor ten nie mógł dotyczyć nowych okoliczności zaistniałych po dniu nałożenia na stronę takiego zobowiązania.

W rozpoznawanej sprawie Sąd I-instancji nie tylko takiego zobowiązania na strony nie nałożył, ale zastosował omawiany rygor do okoliczności zaistniałych w toku procesu, bo w dniach 20.02.2014r. i 30.09.2014r. Z tych dat pochodzą bowiem pisemne oświadczenia pozwanej o potrąceniu z wierzytelności powoda o wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane jej wierzytelności z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie wad wskazanych w oświadczeniach. Nie było zatem żadnych podstaw do pominięcia podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia kwoty 91.599,50 zł oraz dowodów na jego potwierdzenie. Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny sanując omawiane uchybienie Sądu Okręgowego, dopuścił dowód z dokumentów złożonych przez stronę pozwaną na rozprawie w dniu 17.10.2014r.

Rzecz jednak w tym, że powołane przez pozwaną dowody nie są wystarczające dla oceny, że złożone przez nią materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu jest prawnie skuteczne. Powód bowiem zaprzeczył, aby w rzeczywistości

powstały wady robót wskazywane przez pozwaną, a polegające na poprzecznym pęknięciu tynku o długości ok. 1,5 mb i odparzeniach tynku na spodach balkonów i podciągach. Pozwana natomiast w żaden sposób nie tylko nie wykazała tych okoliczności, ale nawet nie podjęła próby ich udowodnienia. Same pisma pozwanej, wzywające powoda do usunięcia tych wad, nie stanowią dowodu istnienia wad. W konsekwencji omawiany zarzut potrącenia nie mógł zostać uwzględniony.

Mając powyższe względy na uwadze, Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c., oddalił apelację pozwanej jako bezzasadną.

Zmiana merytorycznego rozstrzygnięcia spowodowała konieczność zmiany orzeczenia o kosztach procesu.

W ostatecznym wyniku powód wygrał sprawę w 77,5%, a więc przegrał w 22,5% i w tym stosunku należało rozliczyć pomiędzy stronami poniesione przez nie koszty procesu, stosownie do treści art. 100 k.p.c.

Powód korzystał z całkowitego zwolnienia od kosztów sądowych i kosztów tych nie ponosił. Poniósł natomiast koszty zastępstwa procesowego. Sąd Apelacyjny uwzględnił wniosek powoda o ustalenie wysokości tych kosztów w podwójnej stawce minimalnej wynikającej z przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...) uznając, że uzasadnia to stopień zawichości i skomplikowania sprawy oraz nakład pracy pełnomocnika oraz jego przyczynienie się do wyjaśnienia sprawy. Zatem koszty zastępstwa procesowego powoda Sąd ustalił na kwotę 7.200 zł (§ 6 pkt 6 w zw. z § 2 ust. 2 w/w rozporządzenia). Zważywszy na wynik sprawy powodowi należy się zwrot 77,5% tych kosztów, a więc kwoty 5.580 zł.

Pozwany poniósł koszty zastępstwa procesowego w tej samej co powód wysokości, tj. 7.200 zł. Sąd Apelacyjny nie uznał bowiem za zasadne różnicowania wynagrodzeń pełnomocników, którzy reprezentowali strony w jednym procesie cechującym się – jak wyżej wskazano – znacznym stopniem skomplikowania zarówno pod względem faktycznym jak i prawnym. Z uwagi na ostateczny rezultat, pozwanemu należy się zwrot 22,5% tej kwoty, tj. 1.620 zł. Po skompensowaniu wzajemnych należności stron z omawianego tytułu należało więc zasądzić od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.960 zł.

W związku z korzystaniem przez powoda ze zwolnienia od kosztów sądowych, w sprawie powstały nieuiszczone koszty sądowe poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa. Na koszty te składa się: kwota 8.304 zł opłaty od pozwu oraz kwota 2.812,70 kosztów opinii biegłego, co daje łącznie kwotę 11.116,70 zł. Stosownie do treści art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 100 k.p.c., 77,5% tych kosztów obciąża pozwaną, a zatem kwotą 8.615,40 zł należało od niej pobrać na rzecz Skarbu Państwa.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

Powód wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w zakresie apelacji własnej w 92%, a zatem niemal w całości. Należy mu się zwrot wywołanych tą apelacją kosztów, tj. kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 2.700 zł (§ 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 w/w rozporządzenia M.S.). Nadto powód wygrał sprawę w zakresie apelacji pozwanej, a to oznacza, że należy mu się zwrot także kosztów zastępstwa procesowego wywołanych tą apelacją, tj. dalszej kwoty 2.700 zł. Łącznie koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym na rzecz powoda wynoszą więc 5.400 zł.

Nadto pozwana winna uiścić na rzecz Skarbu Państwa niepobrąną od powoda opłatę od apelacji w kwocie 3.978 zł oraz przyznane biegłemu wynagrodzenie za udział w rozprawie apelacyjnej w wysokości 205,36 zł, a zatem łącznie 4.183,36 zł, o czym Sąd orzekł w pkt V wyroku na podstawie art. 113 u.k.s.c. w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c.