

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 23 grudnia 2013 roku powód A. S. wniósł o zasądzenie od pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej Lokali Użytkowych położonych w Ł. przy ul. (...)/91C kwoty 85.151,72 zł tytułem wynagrodzenia z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 4 grudnia 2013 roku do dnia zapłaty i zasądzenie od strony pozwanej zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych. W uzasadnieniu powód wskazał, że w dniu 13 listopada 2012 roku zawarł z pozwanym umowę nr (...) o wykonanie remontu tarasów w nieruchomości Wspólnoty Mieszkaniowej w odniesieniu do budynku przy ul. (...). Powód wykonał prace pod kierunkiem inspektora nadzoru upoważnionego przez pozwanego, przy czym zakres rzeczywiście wykonanych robót i jakość wykorzystanych materiałów budowlanych zmienił się w toku wykonywania prac na skutek poleceń inspektora nadzoru. Wynagrodzenie zgodnie z umową miało być kosztorysowe i zostać ustalone w kosztorysie powykonawczym. Przy odbiorze robót inspektor nadzoru i administrator poinformowali powoda, że rozliczenie nastąpi zgodnie z przedmiarem oraz kosztorysem ofertowym, z pominięciem prac wykonanych na zlecenie inspektora nadzoru. Zdaniem powoda przysługuje mu od strony pozwanej wynagrodzenie za faktycznie wykonane prace ujęte w kosztorysie powykonawczym i pismami z dnia 12 września 2013 roku oraz 25 listopada 2013 roku (doręczonym w dniu 28 listopada 2013 roku) wezwał ją do zapłaty sumy wynagrodzenia wynikającej z kosztorysu – 69.229,04 zł, powiększonej o podatek VAT 23% (łącznie 85.151,72 zł), której strona pozwana nie uiściła, ani nie ustosunkowała się w żaden inny sposób do zgłoszonego żądania. (pozew k. 2-7)

W odpowiedzi na pozew Wspólnota Mieszkaniowa Lokali Użytkowych położonych w Ł. przy ul. (...)/91C wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Strona pozwana zaprzeczyła temu, że zakres robót był rozszerzony w ich trakcie, bowiem zgodnie z zawartą umową wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej. Ponadto strona pozwana zarzuciła, że powód nie sporządził kosztorysu powykonawczego i nie zgłosił robót do odbioru - opuścił plac budowy, a na wezwania z dnia 16 września 2013 roku i 3 października 2013 roku do przystąpienia do odbioru prac nie odpowiedział. Zdaniem strony pozwanej kosztorys powykonawczy sporządzony przez powoda zawiera pozycje, które nie były przedmiotem umowy, zawiera koszty urządzeń, które nie były wykorzystywane na placu budowy, ilość zużytych materiałów jest zawyżona, a nadto nieuzasadniony jest „dodatek za utrudnienia”. Zgodnie z umową (§ 7 ust. 4) zapłata należności na rzecz powoda miała nastąpić na podstawie zatwierdzonej przez inspektora nadzoru faktury VAT, a sama płatność w terminie do 30 dni od daty otrzymania faktury wraz z wymaganymi załącznikami. Skoro więc prawidłowo sporządzony protokół powykonawczy (podpisany przez wykonawcę) oraz faktura VAT nigdy nie została doręczona ani inspektorowi nadzoru, ani pozwanemu, to powództwo pozostaje przedwczesne, a sama wierzytelność niewymagalna. (odpowiedź na pozew k. 43-50)

Na rozprawie w dniu 4 marca 2015 roku pełnomocnik pozwanego podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powoda z wierzytelnością strony pozwanej wobec powoda na kwotę 23.392,31 zł z tytułu kary umownej, naliczonej na podstawie § 9 pkt1 litera A umowy łączącej strony, za okres 169 dni opóźnienia tj. od 1 maja 2013 roku do 16 września 2013 roku, przy czym wskazał, że kara umowna została naliczona od wartości prac ustalonych w opinii biegłego. Pełnomocnik powoda nie uznał zgłoszonego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia. (protokół rozprawy z dnia 04.03.2015r.- czas nagrania 00:14:16-00:48:30, nota księgową k.206)

W piśmie procesowym z dnia 20 marca 2015 roku pełnomocnik powoda wskazał, że zarzut potrącenia jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie gdyż należy uwzględnić, iż w pierwszym i na początku drugiego kwartału 2013 roku występowały niekorzystne warunki atmosferyczne, pozwany zwiększył zakres prac remontowych w czasie trwania robót i unikał odbioru wykonanych przez powoda prac, co sprawiło, że dotrzymanie terminu wykonania robót do dnia 30 kwietnia 2013 roku było niemożliwe. Ponadto podniósł, że w umowie została przewidziana kara umowna w wysokości 0,4% wynagrodzenia wstępnego za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia i wynagrodzenie wstępne zostało ustalone na kwotę 9.445,80 zł. (pismo procesowe k.218-220)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód A. S. od 1 marca 2009 roku prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) A. S. w K.. (wypis z (...) k.36)

Nieruchomość położona w Ł. przy ul. (...) /91B/91C jest zarządzana przez Wspólnotę Mieszkaniową Lokali Użytkowych.

W 2012 roku w budynku przy ul. (...) konieczne było wykonanie remontu tarasów – uzupełnienie fragmentów betonu, który się odparzył i odpadł, zakrycie metalowych prętów wystających z tarasów (odrdzewienie i przykrycie warstwą zabezpieczającą, otynkowanie). Ponadto naprawione fragmenty miały być pomalowane na kolorowo. Prace miały być wykonywane na wysokości do 3,5 m i musiały być wykorzystane do tego rusztowania.

Na wykonanie tych prac został ogłoszony konkurs oraz wykonano przedmiar robót.

(przedmiar robót k.11-13, zeznania świadka D. K. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:30:00-00:37:00, M. S. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:45:28-01:54:50, zeznania przedstawiciela strony pozwanej T. K. – protokół rozprawy z dnia 08.05.2015r.-czas nagrania 00:07:03-00:31:28)

Powód A. S. przedstawił ofertę w tym konkursie, która została zaakceptowana. W kosztorysie ofertowym naprawy ubytków w podciągach tarasów budynków powód opisał rodzaj wykonywanych robót zgodnie z przedmiarem opracowanym przez Wspólnotę Mieszkaniową oraz ich koszt wykonania – 9.445,80 zł. Miały to być następujące roboty:

1. gruntowanie zaprawą cementową powierzchni podciągów- 51.084m²
2. umocowanie siatki cięto - ciągnionej - 51.084 m
3. powlekanie siatki cięto - ciągnionej zaprawą cemen. - 51.084 m²
4. wypełnienie oczek siatki zaprawą cementową - 51.084 m²
5. uzupełnienie tynków zewnętrznych cemen. nakrapianych do 1 m² w 1 miejscu -ogółem 3 x 8.514 = 25.542 m²
6. -uzupełnienie tynków zewnętrznych cement. nakrapianych do 2 m² w 1 miejscu -ogółem 3 x 8.514 = 25.542 m²
7. dodatkowe nakłady na pogrubienie o 10 mm tynków zewnętrz, cementowych do 2 m² w 1 miejscu - 3 x 8.514 = 25.542 m²
8. uzupełnienie tynków zewnętrznych cement, nakrapianych do 5 m w 1 miejscu - ogółem - 46.827 m²
9. dodatkowe nakłady na pogrubienie o 10 mm tynków zewnętrz.
cementowych do 5 m w 1 miejscu -ogółem 2 x 17.028 + 12.771 = 46.827 m²
10. przecieranie istniejących tynków zewnętrznych z oczyszczeniem
z brudu -ogółem - 192.36 m²
11. wywiezienie gruzu samochodem skrzyniowym na odległość do 16 km -V=1.50m³.

W dniu 13 listopada 2012 roku powód A. S. zawarł ze Wspólnotą Mieszkaniową Lokali Użytkowych położonych przy ul. (...) /91B/91C umowę nr (...) o wykonanie remontu tarasów w nieruchomości Wspólnoty Mieszkaniowej w odniesieniu do budynku przy ul. (...) – zgodnie z przedmiarem.

Termin wykonania robót strony ustaliły od 22 listopada do 21 grudnia 2012 roku. Strony ustaliły, że inspektorem nadzoru robót ze strony pozwanego będzie D. K. (2), która jako inspektor jest upoważniona do wydawania wykonawcy wszelkich poleceń związanych z jakością i ilością robót objętych przedmiotem umowy (§5).

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły maksymalne wynagrodzenie wstępne w kwocie 9. 445,80 zł netto, które nie obejmowało podatku od towarów i usług (...), a który miał być naliczony bezpośrednio w fakturze w wysokości wynikającej z przepisów obowiązujących w okresie realizacji robót. Wynagrodzenie wstępne zostało obliczone na podstawie przedmiarów podanych w dokumentacji technicznej oraz wynegocjowanych składników kalkulacyjnych cen. Wynagrodzenie kosztorysowe (ostateczne) miało zostać ustalone w zatwierdzonym przez inspektora nadzoru kosztorysie powykonawczym na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych jakościowo robót oraz wynegocjowanych składników kalkulacyjnych cen (§6).

Kosztorys powykonawczy sporządzony miał być przez przedstawiciela wykonawcy w ciągu 7 dni po zakończeniu robót, inspektor nadzoru zobowiązany został w okresie 7 dni od daty otrzymania do sprawdzenia i zatwierdzenia kosztorysu powykonawczego, uwzględniając zapisy w książce obmiaru i dzienniku budowy robót stanowiących przedmiot umowy. Wykonawca na podstawie otrzymanego kosztorysu powykonawczego sporządzić miał fakturę zatwierdzoną przez inspektora nadzoru, powiększoną o podatek od towarów i usług (...) w wysokości wynikającej z obowiązujących przepisów (§7).

Zgodnie z umową zamawiający miał przystąpić do odbioru końcowego przedmiotu umowy w ciągu 7 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru, potwierdzonej przez inspektora nadzoru po uprzednim sprawdzeniu kompletności dokumentów odbiorczych (dziennik budowy, książka obmiarów, kosztorysy powykonawcze i faktury za cały okres realizacji przedmiotu umowy jeżeli umowa przewidywała ich wystawienie przed dokonaniem odbioru końcowego) -§8.

Ponadto strony ustaliły, że zamawiający nałoży na wykonawcę kary umowne za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy lub jego części w wysokości 0,4% wynagrodzenia wstępnego za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§9).

Załącznikiem Nr 1 do umowy był kosztorys ofertowy sporządzony przez powoda.

(kosztorys ofertowy k.8-10, umowa k.14-17, zeznania świadków M. S. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:37:03-00:42:10, A. R. -protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:42:13-00:46:15)

Z uwagi na warunki pogodowe (mróz) i brak możliwości wykonania robót w określonym terminie, w dniu 18 lutego 2013 roku, strony zawarły aneks do umowy nr (...) i wyznaczyły nowy termin wykonania robót do dnia 30 kwietnia 2013 roku, jednocześnie zmianie uległ również zapis § 5 pkt 1 umowy i w miejsce dotychczasowego inspektora nadzoru powołany został M. S. (3).

M. S. (3) zawarł ze Wspólnotą Mieszkaniową Lokali Użytkowych przy ul. (...)/91C umowę, na mocy której jako inspektor nadzoru przyjął na siebie obowiązek pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: „remont tarasów nieruchomości Wspólnoty Mieszkaniowej Lokali Użytkowych przy ul. (...) w Ł. w odniesieniu do budynków przy ul. (...), zgodnie z umową zawartą w dniu 13 listopada 2012 roku”.

(aneks k.18, umowa k.61-63, decyzja k.64-65, zeznania świadka D. K. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:30:00-00:37:00)

W dniu 18 lutego 2013 roku nastąpiło wprowadzenie powoda na budowę w obecności inspektora nadzoru M. S. (3) oraz reprezentującego Wspólnotę zarządcy S. S. (1). W treści protokołu wskazano, że strony ustalają zakres robót według kosztorysu. (protokół k.66)

Powód wykonał prace remontowe w przedmiotowej nieruchomości pod kierunkiem inspektora nadzoru robót M. S. (3). Prace były prowadzone początkowo w godzinach od rannych do 15:00-16:00, a następnie od godz.18:00

do późnych godzin nocnych. Tarasy znajdowały się w ciągach komunikacyjnych, a na dole nieruchomości były usytuowane lokale użytkowe. Decyzja powoda o przeniesieniu prac na godziny wieczorne i nocne była spowodowana tym, że pawilony handlowe były otwarte i najemcy lokali oraz osoby handlujące utrudniali mu prowadzenie prac.

Podczas wykonywania robót Wspólnota zapewniła powodowi możliwość korzystania z wody i energii elektrycznej, piasku.

W trakcie wykonywanych robót zarządca nieruchomości S. S. (1) zlecił powodowi także m.in. wykonanie uzupełnienia tynku na budynku D. 91, przy lokalu poczty, który odpadł po zimie, zespawanie bramy, zakrycie otworów wentylacyjnych kratkami, a następnie ich zdjęcie, założenie listew z kolcami przeciwko gołębom, dodatkowe skucie i ponowne wylanie 2 stopni schodów, naprawę zniszczonego piorunochronu.

Przy wykonywanych pracach powód korzystał z rusztowania składającego się z 8 słupków, które było codziennie rozstawiane i składane, gdyż nie było pozwolenia na zajęcie terenu, a w dniu 30 kwietnia 2013 roku i 6 maja 2013 roku przy zakrywaniu otworów wentylacyjnych korzystał z podnośnika z koszem, który wynajął od firmy (...) za kwotę 599,63 zł.

(zeznania świadka S. S. – protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:52:42-01:45:27, T.K. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:09:56-00:29:55, karta pracy podnośnika k.127, faktura VAT k.128, zeznania przedstawiciela strony pozwanej T. K. –protokół rozprawy z dnia 08.05.2015r.-czas nagrania 00:07:03-00:31:28)

Po zakończeniu robót budowlanych na przedmiotowej nieruchomości powód sporządził kosztorys powykonawczy na kwotę 69.229.04 zł netto. Powód wskazał w kosztorysie wykonanie następujących prac :

1. - odbicie tynków zewnętrznych z zaprawy cement, pasami o szerokości do 30 cm L = 435.81 m
2. - demontaż lamp zewnętrznych sufitowych - 10 szt.
3. - demontaż wentylacji - 1 szt.
4. - uzupełnienie nie zbrojonych stóp słupów z betonu V= 1.851 m³
5. - uzupełnienie brakujących stopni schodowych - 4 szt.
6. -przygotowanie podłoża pod ocieplenie metodą lekko – mokrą gruntowanie preparatem C. (...) jednokrotne F = (...).75 m²
7. - przygotowanie podłoża pod ocieplenie metodą lekko – mokrą gruntowanie preparatem (...) - jednokrotne F = 278.71 m²
8. - uzupełnienia zbrojonych belek, podciągów i wieńców z betonu monolitycznego V= 15.552 m³
9. - przyklejenie jednej warstwy siatki na ścianach i słupach
F = 120.00 m²
10. - tynki zewnętrzne zwykłe kat. II na ścianach płaskich i pow. poziomych / balkony , loggie / wykonane ręcznie
F= 184.808 m²
11. -tynki zewnętrzne zwykłe kat. II na oddzielnych belkach , słupach prostokątnych i ścianach cylindr. wykonywane ręcznie
F = 100.038 m²

12. - dwukrotne malowanie farbami sylikatowymi elewacji - tynki gładkie F = (...).75m²
13. - dwukrotne malowanie farbami sylikatowymi elewacji - tynki gładkie , dodatkowe malowanie na szaro 2 narożnych słupów od strony ul. (...) F = 12.00 m²
14. - dwukrotne malowanie farbą T. słupów metalowych 4 x 21 = 84 m
15. - naprawa uszkodzonej bramy wjazdowej / spawanie / 1 szt.
16. - demontaż i ponowny montaż reklam 7 szt. - jednokrotnie 1 szt. - dwukrotnie
17. - wykonanie , demontaż i montaż zabezpieczeń p/ptakom 1szt.
18. - piasek-2 szt.
19. - woda w beczce - 5 szt.
- 20 - dwukrotne przenosiny pakamery wraz z sprzętem na specjalne życzenie 2szt.
21. - montaż zabezpieczeń przeciw ptakom wewnątrz pawilonu 9.75 m
22. - wykonanie odgromień 6 szt.
23. - rusztowania ramowe (...) jednokolumnowe wys. do 4 m 8 kolumn
24. - każdorazowy montaż i demontaż rusztowań krotność 60 8 szt.
25. - czas pracy rusztowań
26. - wywiezienie gruzu samoch. samowładowymi 5t z rozebranych kontr, gruzo i żużlobetonowych na odleg. 1 km V= 15.552 m³
27. - j.w. na odległość dalszych 19 km.

W kosztorysie powykonawczym na kwotę 69.229.04 zł netto powód do kosztów robocizny netto i kosztów pośrednich robocizny oraz zysku od tych elementów zastosował dodatek za utrudnienia w wysokości 20%, co powiększyło ogólną wartość kosztorysu powykonawczego o kwotę 6.001.69 zł netto. (kosztorys powykonawczy k.19-22)

W dniu 10 września 2013 roku odbyło się spotkanie w celu odbioru robót, w którym uczestniczył powód A. S., zarządca S. S. (1) oraz inspektor nadzoru M. S. (3). Inspektor nadzoru stwierdził tylko jakieś niewielkie usterki. A. S. nie przedstawił kosztorysu powykonawczego - powiedział, że jego prace będą kosztowały około 50.000 zł. S. S. (1) nie zaakceptował takiej kwoty i nie doszło wtedy do podpisania protokołu odbioru robót.

(zeznania świadka S. S. – protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:52:42-01:45:27, M. S. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:45:28-01:54:50 T.K. - protokół rozprawy z dnia 09.05.2014r.- czas nagrania 00:09:56-00:29:55)

Pismem z dnia 12 września 2013 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty sumy wynikającej z kosztorysu powykonawczego tj. 69.229,04 zł powiększonej o podatek VAT 23% (85.151,72 zł) .

W piśmie z dnia 16 września 2013 roku Wspólnota Mieszkaniowa w związku z zakończeniem prac budowlanych i odbyciem spotkania w dniu 10 września 2013 roku wezwała powoda do niezwłocznego wyznaczenia kolejnego terminu spotkania celem przeprowadzenia odbioru wykonanych przez powoda prac remontowych oraz wezwała do przedłożenia kosztorysu powykonawczego. Następnie pismem z dnia 3 października 2013 roku Wspólnota Mieszkaniowa ponownie wezwała powoda do przeprowadzenia odbioru końcowego oraz przedłożenia kosztorysu powykonawczego.

Pismem z dnia 25 listopada 2013 roku, doręczonym pozwanemu w dniu 28 listopada 2013 roku, powód ostatecznie wezwał pozwanego do zapłaty sumy wynagrodzenia wynikającej z kosztorysu powykonawczego w terminie 5 dni od dnia otrzymania przedmiotowego wezwania wraz z kosztorysem. (pismo k.28, 30-31,33-35,76)

Zakres prac budowlanych określonych kosztorysem ofertowym i zakres prac określonych kosztorysem powykonawczym różnią się między sobą zarówno ich wielkością jak i rodzajem robót. W kosztorysie ofertowym nie uwzględniono odbicia tynków z elementów żelbetowych t.j. wieńcy, słupów, wykonania robót malarskich, przygotowania podłóży / gruntowania / preparatami C. (...) i (...), uzupełnienia stopni schodów, uzupełnienia uszkodzonych elementów żelbetowych / wieńce , słupy , wsporniki, stopy fundamentowe / betonem, demontażu lamp, demontażu wentylacji, demontażu i montażu reklam, wykonania zabezpieczeń przeciw ptakom, wykonania odgromień, pracy rusztowań.

Powód wykonał następujące prace remontowo-budowlane na nieruchomości pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej w odniesieniu do budynków przy ul. (...):

1.skucie tynków z zaprawy cement. - 192.20 m

2.demontaż lamp sufitowych - 10 szt.

3. demontaż wentylacji - 1 szt.

4. uzupełnienie nie zbrojonych stóp fundamentowych betonem

ilość stóp - 22 szt. stopy o wym. 86 x 32 cm i wys. 19-36 cm

$V = 22 / 0.86 \times 0.32 \times 0.275 / \times 0.50 = 0.832 \text{ m}^3$

5. uzupełnienie brakujących stopni schodów - 2 szt.

6. jednokrotne gruntowanie podłóży preparatem C. (...)

$F = (...).00 \text{ m}^2$

7. jednokrotne gruntowanie podłóży preparatem (...)

$F = 120.00 \text{ m}^2$

8. uzupełnienie zbrojonych belek i słupów betonem przy uzupełnieniu grub. - 4 cm

$V = 4.60 \text{ m}^3$

9. tynki zwykłe kat. II na belkach , słupach i ścianach wykonywane ręcznie $F = 192.20 \text{ m}^2$

10. pogrubienie tynków zwykłych kat. II o 10 mm

na belkach , słupach i ścianach $F = 192.20 \text{ m}^2$

11. przetarcie tynków z zeszkobaniem farby

$F = 138.60 \text{ m}^2$

12. dwukrotne malowanie farbami silikatowymi elewacji

$F = (...).00 \text{ m}^2$

13. dwukrotne malowanie farbami silikatowymi 2 narożnych

słupów od strony ul. (...) F= 12.00 m²

14. dwukrotne malowanie farbą T. słupów metalowych

L = 22 x 4.0 - 88.00 m

15. naprawa uszkodzonej bramy wjazdowej - 1 szt.

16. demontaż i ponowny montaż reklam - 9 szt.

17. wykonanie zabezpieczeń przeciw ptakom

18. przenosiny pakamery / dwukrotne /

19. montaż zabezpieczeń przeciw ptakom wewnątrz pawilonu

20. wykonanie odgromień - 6 szt.

21. rusztowania ramowe (...) przesuwne n.p. 2 kolumny /czas pracy rusztowań/

22. wywózka gruzu samochodem samowyladowawczym 5t na odległość - 20 km

V = 6.00 m³

Wartość wykonanych prac przez powoda przy uwzględnieniu kosztów zużytych materiałów i robocizny wynosi 34.206.21 zł netto / bez podatku VAT - 23% /.

(opinia biegłego z zakresu budownictwa k.143-169, opinia uzupełniająca k.191-200, ustna opinia uzupełniająca – protokół rozprawy z dnia 04.03.2015r.-czas nagrania 00:04:38- 00:37:00)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów: dokumentów, zeznań świadków oraz opinii biegłego z zakresu budownictwa i zeznań przedstawiciela strony pozwanej.

Sąd pominął zeznania świadka J. B.- W. bowiem były one zbyt ogólnikowe i w istocie nie dotyczyły one znaczących okoliczności dla ustalenia stanu faktycznego w sprawie.

Sporny w sprawie był zakres prac wykonanych przez powoda na rzecz strony pozwanej oraz sposób wyliczenia wynagrodzenia za wykonanie tych prac, co było przedmiotem opinii biegłego z zakresu budownictwa. Sąd uznał opinię biegłego z zakresu budownictwa za wiarygodną, jasną i rzetelną, sporządzoną z wykorzystaniem wiedzy specjalistycznej i doświadczenia z zakresu budownictwa. Wskazać należy, że opinia była dwukrotnie uzupełniana przez biegłego, zarówno w formie pisemnej jak i ustnej na rozprawie. Pozwany w istocie nie zgłosił konkretnych zarzutów do opinii, a jedynie tylko z nią polemizował (pismo procesowe k.179-180), biegły ustnie na rozprawie uzupełnił opinię o kwestie wątpliwe dla pozwanego. Powód również nie zgłosił zarzutów do opinii, a jego wątpliwości zawarte w pytaniach do biegłego zostały wyjaśnione w pisemnej opinii uzupełniającej. Po ustnym uzupełnieniu opinii powód nie zgłaszał dalszych pytań do biegłego (pismo procesowe k.218). W związku z tym - zdaniem Sądu - należało uznać, że opinia jest wyczerpująca i może stanowić podstawę do ustalenia stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie. Wskazać należy, że strona pozwana zgłaszając zarzut potrącenia z tytułu kary umownej jako podstawę jej wyliczenia przyjęła wartość wycenionych przez biegłego prac powoda (42.037,64 zł), co świadczy, że zaakceptowała opinię biegłego. Wobec tego Sąd przyjął zakres prac wykonanych przez powoda zgodnie z ich wyszczególnieniem zawartym w opinii biegłego mając na uwadze to, że biegły przeprowadził wizję lokalną na miejscu oraz zapoznawał się z przedstawioną mu dokumentacją dotyczącą wykonywanych robót i stanowiskami stron obecnych na wizji. Sąd przyjął również wycenę zakresu prac wykonanych przez powoda sporządzoną przez biegłego, który wycenił w odmienny sposób niż powód 3 pozycje z

kosztorysu – czas pracy rusztowania, koszt wykonania pogrubienia tynków, koszt przetarcia tynków ze skrobaniem farby.

Sąd oddalił wniosek pełnomocnika powoda o odroczenie rozprawy w dniu 8 maja 2015 roku z uwagi na niestawiennictwo powoda. Zauważyć należy, że na rozprawie w dniu 4 marca 2015 roku powód został wezwany do osobistego stawiennictwa na termin rozprawy w dniu 8 maja 2015 roku pod rygorem pominięcia dowodu z zeznań i wezwanie zostało odebrane przez powoda osobiście (k.239) Na rozprawie w dniu 8 maja 2015 roku powód nie stawiał się, nie usprawiedliwił też swojego niestawiennictwa. Sąd uznał, że w związku z tym nie ma podstaw do odroczenia rozprawy i przeprowadził dowód z przesłuchania stron z ograniczeniem do przesłuchania strony pozwanej. Zaznaczyć należy, że na rozprawie był obecny pełnomocnik powoda, zatem powód nie był pozbawiony możliwości obrony jego praw. Pełnomocnik powoda po zamknięciu rozprawy w dniu 8 maja 2015 roku złożył wniosek o usprawiedliwienie nieobecności powoda spowodowaną nagłą i konieczną opieką nad teściem oraz o otwarcie zamkniętej sprawy na nowo i dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, z ograniczeniem do przesłuchania powoda. Sąd nie uwzględnił tego wniosku, gdyż powód w żaden sposób nie uprawdopodobnił okoliczności mających usprawiedliwiać jego nieobecność, ponadto usprawiedliwienie nieobecności było spóźnione, nastąpiło bowiem po zamknięciu rozprawy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W przedmiotowej sprawie bezsporny jest fakt, że powoda A. S. i stronę pozwaną Wspólnotę Mieszkaniową Lokali Użytkowych położonych w Ł. przy ul. (...) /91C łączyła zawarta w dniu 13 listopada 2012 roku umowa nr (...) o wykonanie remontu tarasów w nieruchomości w odniesieniu do budynków (...), 91a, 91b. Bezspornym jest także fakt, że powód sporządził kosztorys ofertowy stanowiący załącznik do tej umowy, wynagrodzenie zgodnie z umową miało być kosztorysowe i zostać ustalone w kosztorysie powykonawczym na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych jakościowo robót. Nie budziło też wątpliwości, że zakres rzeczywiście wykonanych przez powoda robót zmienił się w toku wykonywania prac w stosunku do wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Umowa łącząca strony niniejszego procesu jest umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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.

Jednym z najważniejszych obowiązków ciążyących na inwestorze jest zapłata umówionego wynagrodzenia. Należy zauważyć, że kodeksowa regulacja umowy o roboty budowlane nie określa rodzaju wynagrodzenia. Jednocześnie brak jest tu odesłania do przepisów dotyczących określenia wynagrodzenia przy umowie dzieło. Oznacza to, iż umówione przez strony wynagrodzenie powinno być w umowie szczegółowo określone. To wynagrodzenie może być ustalone zarówno jako kosztorysowe jak i ryczałtowe (tak SN w wyroku z 5 czerwca 1998 r., III CKN 534/97, niepubl.).

W niniejszej sprawie przedmiotem sporu była kwestia wynagrodzenia i rozmiar prac wykonanych przez powoda.

Z ustaleń faktycznych wynika, iż strony zawierając umowę wyraźnie określiły, że za wykonanie przedmiotu umowy będzie przysługiwało maksymalne wynagrodzenie wstępne w kwocie 9.445,80 zł + podatek VAT, ale jednocześnie zaznaczyły, że wynagrodzenie kosztorysowe (ostateczne) miało zostać ustalone w zatwierdzonym przez inspektora nadzoru kosztorysie powykonawczym na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych jakościowo robót oraz wynegocjowanych składników kalkulacyjnych cen (§6). Powód dochodził zapłaty kwoty 85.151,72 zł tytułem wynagrodzenia wynikającą z kosztorysu powykonawczego, w którym określił rzeczywiście wykonane przez niego prace budowlane. Zakres wykonanych prac był jednak sporny bowiem strona pozwana początkowo uznawała, że były to tylko prace przedstawione przez powoda w kosztorysie ofertowym, a następnie kwestionowała ilość zużytych materiałów i ich rodzaj, powierzchnię wykonanych robót. Okoliczności powyższe były spowodowane tym, że po zakończeniu robót przez powoda nie doszło do odbioru końcowego i przedłożenia kosztorysu powykonawczego stronie pozwanej. Postępowanie dowodowe, a w szczególności zeznania świadków i opinia biegłego, pozwoliły ustalić zakres prac rzeczywiście wykonanych przez powoda. Powód wykonywał prace dodatkowe zlecone przez S. S. (1), który

zapewniał powoda, że będą one podlegały wynagrodzeniu. Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka S. S. w tej części, w której podawał, że nie zlecał malowania słupów i to powód „gratisowo” w ramach współpracy i przedłużenia się prac zobowiązał się pomalować słupy oraz, że prace dodatkowe miały być wykonane na podstawie odrębnej umowy zlecenia i uzgodnionego wynagrodzenia. Zeznania te pozostają w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym. W ocenie Sądu zlecenie wykonania tych prac nie musiało być dokonane pisemnie, bowiem ustalone przez strony w umowie wynagrodzenie ostateczne odwoływało się do ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych jakościowo robót, a ponadto inspektor nadzoru na podstawie umowy był upoważniony do wydawania wykonawcy wszelkich poleceń związanych z jakością i ilością robót objętych przedmiotem umowy. Zarządca nieruchomości S. S., który wydawał polecenia wykonania dodatkowych prac pozostawał w kontakcie z inspektorem nadzoru M. S.. Inspektor nadzoru zaś nie miał zastrzeżeń co do wykonywanych prac i nie sprzeciwiał się ich wykonywaniu. W związku z tym nie można było przyjąć, że powód wykonywał dodatkowe prace z własnej inicjatywy. Ustalenie rodzaju tych prac i ich powierzchni było możliwe na podstawie dokonanej przez biegłego wizji w obecności obu stron. Ponadto powód w postępowaniu dowodowym wykazał, że stosował rusztowania i podnośnik, co spowodowało wzrost kosztów wykonanych prac. Biegły z zakresu budownictwa określił rodzaje robót wykonanych przez powoda, z uwzględnieniem zużycia materiałów oraz wielkości powierzchni, na której zostały wykonane oraz robocizny Wycena tych robót została szczegółowo przez biegłego wyjaśniona i została określona na kwotę 34.206,21 zł netto + 23 % VAT= 42.073,63 zł.

W związku z tym Sąd uznał żądanie powoda zapłaty wynagrodzenia za zasadne, ale w wysokości określonej w opinii biegłego. Powodowi przysługuje zatem wynagrodzenie za wykonane prace w kwocie **42.073,63 zł**. Niezasadnym było żądanie powoda podwyższenia wynagrodzenia za utrudnienia w wysokości 20%. Wprawdzie w postępowaniu dowodowym powód wykazał, że pracował na rusztowaniach i prace były prowadzone w porze wieczorowej i nocnej, to jednakże w tym zakresie należy odwołać się do postanowień umowy wiążącej strony, w której strony określiły sposób wyliczenia wynagrodzenia. Z umowy nie wynika zaś aby strony przewidziały dodatek za utrudnienia.

Strona pozwana zgłosiła jednak zarzut potrącenia z tytułu przysługującej jej wobec powoda kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. Sąd uznał ten zarzut za zasadny, ale dokonał weryfikacji kwoty potrącenia.

Potrącenie jest czynnością materialnoprawną - dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie i wywołuje skutek w postaci wzajemnego umorzenia się wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c., art. 499 k.c.). W razie podniesienia w procesie zarzutu potrącenia, podlega on badaniu pod kątem istnienia przesłanek z art. 498 § 1 k.c. Oświadczenie o potrąceniu może być złożone - w okresie trwania fazy kompensacyjnej - w każdym czasie, zarówno przed, jak i po wszczęciu postępowania sądowego (w toku postępowania sądowego, także poza tym postępowaniem) (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 roku, III CNP 7/14, LEX nr 1640245, Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 września 2014 roku, I ACa 431/14, LEX nr 1544879). W przedmiotowej sprawie na rozprawie w dniu 4 marca 2015 roku pełnomocnik strony pozwanej podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powoda z wierzytelnością strony pozwanej wobec powoda na kwotę 23.392,31 zł z tytułu kary umownej, naliczonej na podstawie § 9 pkt1 litera A umowy łączącej strony, za okres 169 dni opóźnienia tj. od 1 maja 2013 roku do 16 września 2013 roku.

W myśl art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Stosownie zaś do treści art. 484 § 1 zd. 1 k.c., w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

W umowie nr (...) z dnia 13 listopada 2012 roku strony przewidziały, że zamawiający nałoży na wykonawcę kary umowne za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy lub jego części w wysokości 0,4% wynagrodzenia wstępnego za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§9). Wynagrodzenie wstępne zostało ustalone na kwotę 9.445,80 zł netto +23% , czyli 11.618,33 zł brutto. A zatem wysokość kary umownej za dzień opóźnienia wynosi 46,47 zł (11.618,33 zł x0,4%). Wobec takiego uregulowania umownego niezasadnym jest naliczanie przez pozwanego kary umownej w sposób procentowy od wynagrodzenia kosztorysowego wskazanego przez biegłego.

W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że powód A. S. nie wykonał przedmiotowej umowy w terminie. Termin końcowy wykonania robót na podstawie wyżej wskazanej umowy określony został ostatecznie na dzień 30 kwietnia 2013 roku. Materiał dowodowy wskazuje, że spotkanie w sprawie odbioru zakończonych prac odbyło się w dniu 10 września 2013 roku, a więc po terminie ustalonym w umowie.

Bez wątpienia opóźnienie w realizacji robót stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania. Odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania spoczywa na osobie wykonującej to zobowiązanie i zgodnie z art. 471 k.c. domniemywa się, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było zawinione. W przedmiotowej sprawie oznacza to przyjęcie, iż do nienależytego wykonania zobowiązania przez A. S. (opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy) doszło z przyczyn zawinionych przez niego. Domniemania tego A. S. nie obalił. Wprawdzie próbował wykazać, że warunki atmosferyczne i zakres dodatkowych robót uniemożliwiał mu wykonanie prac w umówionym terminie, to okoliczności te w ocenie Sądu nie mogły być uwzględnione. Powód zobowiązał się w umowie do terminowego wykonania prac, a jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą od kilku lat powinien mieć świadomość swojego zobowiązania, tym bardziej, że wyraził zgodę na ustalenie kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy i już wcześniej na skutek złych warunków atmosferycznych w formie aneksu do umowy został zmieniony termin zakończenia prac. W związku z tym nie było przeszkód aby powód wystąpił do strony pozwanej o ponowną zmianę ostatecznego terminu zakończenia prac.

Wobec tego, że powód nie podjął w tym zakresie żadnych działań, uznać należało, że opóźnienie było przez niego zawinione i w związku z tym strona pozwana może dochodzić na podstawie umowy kary umownej. Jednakże wskazywany przez stronę pozwaną okres opóźnienia 169 dni musiał ulec weryfikacji. Strona pozwana wskazała, że opóźnienie nastąpiło od dnia 1 maja 2013 roku do 16 września 2013 roku, a więc jest to 139 dni. Przeliczając zatem 139 dni opóźnienia przez wysokość kary za jeden dzień otrzymujemy kwotę 6.459,33 zł (139 x 46,47zł). Odnosząc się zaś do okresu opóźnienia wskazać należy, że na podstawie dostępnego materiału dowodowego nie można było precyzyjnie ustalić terminu zakończenia prac przez powoda. Spotkanie stron w sprawie odbioru robót odbyło się w dniu 10 września 2013 roku, ale nie doszło wówczas do sporządzenia protokołu odbioru na skutek zastrzeżeń inspektora nadzoru do wykonywanych prac. Następnie strona pozwana pismem z dnia 16 września 2013 roku „w związku z zakończeniem prac budowlanych” wezwała powoda do wyznaczenia terminu odbioru. Należało więc przyjąć, że najpóźniej w tej dacie prace musiały być zakończone. Tak zresztą przyjęła strona pozwana obliczając karę umowną, a powód temu nie zaprzeczył.

Mając na uwadze powyższe Sąd zasądził na rzecz A. S. kwotę 35.614,30 zł (wartość prac wyliczona przez biegłego 42.073,63 zł minus 6.459,33 zł (potrącenie kary umownej)). W pozostałej części powództwo jako niezasadne podlegało oddaleniu.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie przepisu art. 481 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody. Jeżeli stopa odsetek nie jest określona – należą się odsetki ustawowe (art. 481 § 2 k.c.). Dłużnik jest zaś w opóźnieniu jeżeli nie spełnia świadczenia w terminie. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie był oznaczony albo nie wynika z właściwości zobowiązania – świadczenie winno być spełnione po wezwaniu dłużnika do wykonania (art. 455 k.c.). Ponieważ powód skierował wezwanie do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem w piśmie z dnia 25 listopada 2013 roku (k.33), doręczonym stronie pozwanej w dniu 28 listopada 2013 roku (k.32) określając 5 dniowy termin zapłaty, odsetki ustawowe należą się od dnia 4 grudnia 2013 roku.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając. Powód domagał się zasądzenia kwoty 85.151,72 zł, a zasądzona została kwota 35.614,30 zł, czyli w 59% przegrał i w 41% wygrał proces i w takim stosunku powinny zostać rozliczone koszty procesu. Powód poniósł następujące koszty: 4.258zł opłata od pozwu, 3.600zł wynagrodzenie pełnomocnika, 17zł opłata od pełnomocnictwa, 2.000zł zaliczka na wynagrodzenie biegłego, 195,83zł zaliczka na wynagrodzenie biegłego - razem 10.070,83 zł. Pozwany poniósł koszty: 3.600zł wynagrodzenie pełnomocnika, 17zł opłata od pełnomocnictwa, 195,83zł wynagrodzenie biegłego- razem 3.812,83 zł. Łączne koszty stron wyniosły 13.883,66 zł x 59% = 8.191,35 zł. Różnica pomiędzy kosztami faktycznie poniesionymi przez powoda,

a kosztami które powinien ponieść ze względu na wynik procesu została zasądzona na rzecz powoda od pozwanego w pkt. 3 wyroku.

Nieuiszczone koszty sądowe wyniosły 222,92 zł (wynagrodzenie biegłego). Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c. Sąd nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Łodzi - od powoda kwotę 131,52 zł (222,92 zł x 59%) tytułem kosztów sądowych w zakresie oddalonej części powództwa i od pozwanego kwotę 91,39 zł (222,92 zł x 41%) tytułem kosztów sądowych w zakresie uwzględnionej części powództwa.