

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lutego 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział III Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Matlak

Protokolant: sekretarz sądowy Anna Danielak

po rozpoznaniu w dniu 5 stycznia 2012 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa E. G., S. G., K. G.

przeciwko J. G.

o zapłatę

I. Zasądza od J. G. na rzecz E. G., S. G. i K. G. solidarnie kwotę 355.455 (trzysta pięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta czterdzieści pięć) złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2004 r. do dnia zapłaty;

II. W pozostałym zakresie powództwo oddala;

III. Zasądza od J. G. na rzecz E. G., S.

G. i K. G. solidarnie kwotę 231,79 (dwieście trzydzieści

jeden 79/100) złotych tytułem zwrotu części wpisu sądowego oraz kwotę 1401,60

(tysiąc czterysta jeden 60/100) tytułem zwrotu kosztów opinii biegłego;

IV. Zasądza od E. G., S. G. i K. G.

solidarnie na rzecz J. G. kwotę 5865,09 (pięć tysięcy osiemset

sześćdziesiąt pięć 09/100) złotych tytułem zwrotu części opłaty od apelacji;

V. Nakazuje pobrać od J. G. na rzecz Skarbu Państwa Kasy Sądu

Okręgowego w Warszawie kwotę 17.951 (siedemnaście tysięcy dziewięćset

pięćdziesiąt jeden) złotych tytułem wpłaty części wpisu nie obciążającej powodów;

VI. Pozostałe koszty postępowania ( w tym koszty zastępstwa procesowego) między stronami wzajemnie znosi.

III C 702/11

## UZASADNIENIE

Dnia 12 sierpnia 2003. T. G. wniósł pozew o zasądzenie na jego rzecz od J. G. kwoty 507 401, 22 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu /k.4 i nast./.

Pismem z dnia 20 listopada 2007r. powód rozszerzył powództwo poprzez zasądzenie na jego rzecz kwoty 535 186, 55 zł. W pozostałym zakresie wnosił bez zmian. Zdaniem powoda, na żądana kwotę składały się:

-470 186,55 zł z tytułu zapłaty za wykonane roboty wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty;

- 65 000, 00 zł tytułem kary umownej zgodnie z pat. (...) pkt(...) umowy z dnia 12.02.2002r. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

Dnia 16.07.2004r. pozwany wniósł odpowiedź na pozew, wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania według spisu kosztów, a w przypadku jego braku, według norm przepisanych /k.94 i nast./

Dnia 16.07.2006r., a więc już trakcie trwania postępowania i po sporządzeniu pierwszej opinii przez biegłego, pozwany zgłosił zarzut potrącenia kwoty 108 451 zł, z tytułu wadliwie wykonanych przez powoda prac oraz szkody powstałej na skutek opuszczenia przez powoda budowy przy braku jej zabezpieczenia /k. 319 i nast./.

Dnia 20 maja 2010r. Sąd Okręgowy w Warszawie IV Wydział Cywilny, sygn. akt IV C 96/05, wydał wyrok zasądający od pozwanego na rzecz powoda kwotę 355 445 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2004r. do dnia zapłaty a w pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt 1 i 2). Sąd zasądził również od pozwanego na rzecz powoda kwotę 231,79 zł tytułem zwrotu wpisu sądowego, kwotę 1401,60 zł tytułem zwrotu kosztów biegłego sądowego (pkt 3). Sąd nakazał ponadto ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 17 951 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych (pkt 4). W punkcie 5 wyroku

Sąd obciążył pozostałymi kosztami strony w zakresie przez nie poniesionym, a w pkt 6 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 19296 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego /k.625-626/.

Od powyższego wyroku pozwany wniósł apelację dnia 08 lipca 2010r. /k. 649-667/, zaskarżając przedmiotowy wyrok w zakresie objętej pkt 1,3,4,5,6 sentencji wyroku.

Sąd Apelacyjny dnia 3 czerwca 2011r. uchylił zaskarżony wyrok, znosząc postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie od dnia 20 maja 2010 r. i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Strony reprezentowane były przez pełnomocników z wyboru.

### ***Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

Powód i pozwany dnia 12.02.2002r. zawarli umowę o roboty budowlane o nr (...), której przedmiotem była modernizacja oraz rozbudowa domu mieszkalnego przy ul. (...) w K.. Wynagrodzenie zostało ustalone w formie ryczałtu w kwocie 650 000 zł. Umowa zawierała załączniki, stanowiące jej integralną część. W załączniku nr (...) zamieszczony był przedmiar robót uszczegóławiający zakres przewidzianych prac, natomiast załącznik nr (...) zawierał harmonogram rzeczowo – finansowy, w tym harmonogram zapłaty wynagrodzenia.

W oparciu o przedmiar robót, powód stworzył na własny użytek kosztorys, wskazujący ilość i cenę poszczególnych elementów zamówienia. Cena z kosztorysu była jednakowa z wynagrodzeniem określonym w umowie. Przy sporządzaniu kosztorysu powód oparł się na czynnikach budowlanych oraz ich oznaczeniach znajdujących się w umowie.

Prace budowlane, zgodnie z zapisami w dzienniku budowy, rozpoczęły się 20 lutego 2002r., kiedy to również, w związku ze złym stanem budynku, zostały sporządzone protokoły inwentaryzacji rys i pęknięć /k.230-231/ oraz przejścia budynku /k.234,235/.

W celu wykonania dodatkowych prac budowlanych strony sporządziły dnia 24 marca 2002r. aneks nr (...) nr (...) do umowy /k.15/.

Dnia 26 marca 2002r. została pozwanemu przekazana przez powoda informacja, iż powód otrzymał jedynie 35 000 zł, a zgodnie z harmonogramem rzeczowym powinien był otrzymać 100 000 zł, dlatego też zwrócił się o uregulowanie zaległej kwoty oraz wpłacanie zaliczek terminowo /k.236/.

Wszystkich aneksów, które strony sporządziły do umowy, było łącznie 5. Strony nie zachowały ciągłej numeracji, w związku z czym aneksy zostały ponumerowane w następujący sposób:(...). Strony sporządziły ww. aneksy, ponieważ projekt obejmujący modernizację oraz rozbudowę domu był nieodpowiedni dla tej budowy, co uniemożliwiało kontynuowanie dalszych prac i konieczne było wprowadzenie zmian do umowy, które określałyby w sposób szczegółowy prace dodatkowe i wynagrodzenie, które w umowie określone było ryczałtowo. Wynagrodzenie w aneksach również zostało określone w sposób ryczałtowy. Dotyczyło to w szczególności aneksu nr(...). Za projekt powód nie ponosił odpowiedzialności.

Prace budowlane zostały wstrzymane dnia 2 maja 2002r., co spowodowane było brakiem płatności przez pozwanego, co również zostało zapisane w dzienniku budowy. Prace zostały podjęte dnia 22 maja 2002 r., w wyniku prowadzonych przez strony pertraktacji.

1 sierpnia 2002 r. strony podpisały aneks nr (...), który przewidywał, że zostaną wykonane prace dodatkowe, które nie zostały określone w umowie.

Dnia 24.10.2002 r. zostało przekazane I. K. pismo /k.240/, w którym powód zgłaszał pozwanemu braki dokumentacji, brak płatności oraz trudności w skontaktowaniu się z pozwanym również w formie telefonicznej. Powód wskazał również, że zbliżała się pora zimowa oraz, że w budynku wystąpiła wilgoć na ścianach i sufitach, która powodowała wykwyty w tynku, co mogło świadczyć o grzybie oraz samoczynnym odpadaniu sztukaterii ze ścian. Pomimo tej informacji kontakt z pozwanym był dalej niemożliwy. W związku z tym powód w piśmie z dnia 16.12.2002 r. (...), które zostało odebrane przez pana J., zgłosił brak decyzji w przedmiocie zabezpieczenia budowy oraz wskazał na to, iż wystąpiły 20 - stopniowe mrozy, co doprowadziło do podmarznięcia i przemarznięcia fundamentów oraz ścian, co mogło doprowadzić do wysadzenia ścian oraz katastrofy budowlanej.

Dnia 23.12.2002 r. powód zaprzestał wykonywania prac budowlanych powodu nieprzekazania środków przez pozwanego w celu umożliwienia kontynuowania budowy.

W dniu 4.02.2003r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy nr (...), który różnił się od wcześniej podpisanych aneksów. W związku z zaprzestaniem prac budowlanych przez powoda strony podjęły rozmowy dotyczące ich wznowienia oraz ustalenia zakresu pozostałych prac, który nieustannie się zmieniał z powodu wadliwego projektu. W wyniku rozmów ustalono, że aneks nr (...) dotyczy końcowych etapów realizacji stanu surowego i będzie obejmował zmiany projektu modernizacji i rozbudowy domu mieszkalnego wprowadzone przez projektanta nadzorującego. Zmieniły się metody oraz kolejność wykonywanych prac, co skutkowało ustaleniami dotyczącymi zakresu prac, jakie mają jeszcze zostać wykonane. Aneks nr (...) zawierał prace (opis robót), które nie pokrywały się w ogóle z tymi opisanymi w umowie (w przedmiarze robót, załączniku nr(...) do umowy).

Ze względu na brak dokumentacji trudności w ustaleniu, które prace zostały wykonane w ramach umowy, a które były pracami dodatkowymi, miał również błąd.

Strony określiły wartość prac na 250 000 zł. Opóźnienia w płatnościach ze strony pozwanego oraz trudności w skontaktowaniu się z nim skłoniły strony do szczegółowego określenia sposobu zapłaty. W dniu podpisania aneksu pozwany miał przekazać kwotę 35 000 zł., a po zakończeniu: etapu I – kwotę 39 000 zł, etapu II – kwotę 46 000 zł, etapu III – kwotę 50 000 zł, etapu IV - kwotę 80 000zł. Strony ustaliły, iż wykonanie postanowień zawartych w aneksie na nastąpić w ciągu 8 tygodni od daty wznowienia prac. Ewentualne opóźnienie w wykonaniu prac mogło nastąpić jedynie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co musiało być dodatkowo potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Strony ustaliły, że gdy aneks zostanie wykonany, to nie będą rościć wobec siebie żadnych roszczeń z tytułu wcześniej zawartych umów i aneksów. W wyniku tych ustaleń pozwany uiszczył kwoty 12 700 zł. i 19 533 zł., co łącznie

dało kwotę 32 233 zł. Kwoty te przekazał na wykonanie prac, które określone były w aneksie nr (...). Kwota 32 233 zł. nie pokrywała jednak nawet całości kwoty, która miała zostać przekazana w dniu zawarcia aneksu nr (...) tj. 35 000 zł. - kwota ta miała zostać wpłacona przed rozpoczęciem prac przez powoda.

Powód po raz kolejny wstrzymał prace budowlane dnia 8 maja 2003 r. z powodu nieprzekazania przez pozwanego pieniędzy na wykonanie prac z aneksu nr (...), o czym poinformował pozwanego w piśmie z dnia 13.05.2003 r. /k.25/, wzywając jednocześnie pozwanego do protokolarnego odbioru prac.

Dnia 31.05.2003 r. powód oraz M. J., działający jako przedstawiciel pozwanego, podpisali protokół, który określał stan zaawansowania prac budowlanych /k. 26/.

Powód ( wykonawca) odstąpił od umowy nr (...) dnia 27 czerwca 2003 r. wzywając jednocześnie pozwanego ( inwestora) do dokonania płatności z tytułu wykonanych prac /k.27/. Zaległość określona została w oparciu o umowy, aneksy nr (...), dodatkowe zlecenia inspektora nadzoru oraz kosztorysy powykonawcze z dnia 27 czerwca 2003 r.

Protokół przekazania budowy został sporządzony dnia 15.07.2005 r. /k.28-30/. W dokumencie tym ustalono szczegóły odbioru przerwanych prac oraz potwierdzono wykonanie określonych prac, przede wszystkim wykonanie w pełni prac opisanych w aneksie (...). Protokół podpisany został przez M. J., działającego jako przedstawiciel pozwanego oraz przez powoda. Wtedy również powód poinformował pisemnie pozwanego o wniesieniu sprawy zaległych płatności do sądu.

Pomimo toczącej się sprawy w sądzie, powód chciał zakończyć sprawę polubownie. W tym celu odbyło się spotkanie powoda z M. J. (przedstawicielem pozwanego), z którego została sporządzona notatka. Ustalenia te nie przyniosły jednak efektów, bowiem pozwany nie wywiązał się ze swoich zobowiązań. Z dziennika budowy wynika, iż pozwany był reprezentowany przez inspektora nadzoru M. K., M. Z., M. J. (1) oraz Z. J. - pełniących nadzór autorski. Reprezentacji inwestora podjął się J. G. (1), następnie mgr inż. M. J., który jak wynika z dziennika budowy miał pełnić nadzór autorski jako projektant. Powodowi nigdy nie przedstawiono innego pełnomocnictwa dla M. J..

Jako pełnomocnik pozwanego, w późniejszym okresie pojawiła się I. K., która nie przedstawiła pełnomocnictwa od pozwanego, a charakter jej działania nie został nigdy sprecyzowany.

Powód godził się na działania tychże osób, bowiem miał trudności w skontaktowaniu się z pozwanym, a nie pojawiła się żadna inna osoba działająca w imieniu pozwanego. Powód podejmował próby porozumienia się z pozwanym za pośrednictwem rodziców pozwanego, jednakże i one się nie powiodły. Ostatecznie powód odstąpił od wykonywania umowy wobec stałego opóźnienia pozwanego w płatnościach.

W paragrafie 6 umowy strony postanowiły, iż należność wykonawcy będzie płatna w ratach w miarę postępu robót oraz ich odbioru. Powód nie wystawiał faktur, bowiem wystawienie pociąga za sobą konieczność zapłaty podatku dochodowego oraz podatku VAT. Powód wyrażał gotowość do wystawienia wszystkich faktur, jeżeli pozwany zapłaci zaległe kwoty tytułu umowy.

W piśmie procesowym z dnia 2.12.2005 r., w którym powód skonkretyzował swoje żądania zawarte było 10 załączników (w tym protokół inwentaryzacji rys i pęknięć, protokół przejęcia budynku przy ul. (...), protokół zaawansowania budowy z dnia 2 marca 2005r.), które były udokumentowaniem budowy prowadzonej przez powoda. Dołączony został również dziennik budowy. Powód potwierdził, iż przedstawił wszystkie dokumenty, jakie posiadał odnośnie nieruchomości w K..

W przedmiotowej sprawie sporządzono również opinie, które wykonał dr inż. B. C..

W pierwszej opinii badano, w jakim zakresie prace wymienione w aneksie nr (...) pokrywały się z pracami wymienionymi w umowie oraz pozostałych aneksach, a także w jakim procencie zostały wykonane oraz czy zostały zrobione prawidłowo. Według biegłego roboty wymienione w aneksie nr (...) /k.22-24/ tylko częściowo odpowiadają zakresowi prac wskazanych w umowie z dnia 12.02.2002 r. oraz pozostałych aneksach i wskazał, iż zakres ten

obejmuje końcowe etapy realizacji stanu surowego wraz z wprowadzonymi zmianami (co zostało zawarte w aneksie i potwierdzone przez świadka M. J.).

Biegły podkreślił, iż trudno jest mu jednoznacznie ustosunkować się do ilości robót przy braku kompletnej dokumentacji budowy, a przedłożone dokumenty nie wystarczają, by udzielić dokładnej i niedwuznacznej odpowiedzi na pytania wskazane w postanowieniu wydanym przez Sąd. Według biegłego, dokumenty mu udostępnione pozwalają tylko na dokonanie ogólnikowych stwierdzeń tj., że roboty objęte aneksem nr (...) dotyczą końcowych etapów realizacji umowy z dnia 12.02.2002 r. wraz z wprowadzonymi zmianami i w związku z tym częściowo w zakresie asortymentu robót muszą się z nimi pokrywać. W kosztorysach powykonawczych dla robót objętych aneksem nr (...) i umową, w wielu pozycjach kosztorysowych, przyjęto niezgodnione ilości robót (możliwe, że niektóre roboty zostały wycenione podwójnie). Biegły zaznaczył, iż prace określone w aneksie nr (...) nie zostały w pełni wykonane. Oszacował, iż wartość prac, które zostały wykonane stanowi 85% wartości wszystkich prac objętych aneksem nr (...).

W kolejnej opinii, która była opinia uzupełniająca, poruszono kwestię prawidłowości wykonania prac przez powoda, ewentualnych wad w ich wykonaniu, wartości prac wykonanych wadliwie, a także kosztów usunięcia tychże nieprawidłowości. Opinia ta dotyczyła również określenia stosunku procentowego robót z umowy podstawowej oraz aneksu (...), 2a, 3, 4.

Nie została wykonana przez biegłego wizja lokalna w związku z odwołaniem terminu przez pełnomocnika pozwanego spowodowanego wyjazdem pozwanego, a kolejny termin w ogóle nie został wyznaczony, co skutkowało tym, iż biegły przyjął za podstawę opinii jedynie dokumentację zgromadzoną w aktach sprawy. Biegły podkreślił, iż do akt nie dołączono projektu budowlanego wykonawczego oraz protokołu odbioru prac zakrytych.

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia biegły stwierdził, iż wpisy w dzienniku budowy świadczą o tym, że pozwany (inwestor) był reprezentowany przez inspektora nadzoru M. K., także przez M. Z., M. J. (1) oraz Z. J., którzy pełnili nadzór autorski. Ww. osoby wpisały w dzienniku budowy uwagi odnośnie wadliwości wykonanych prac. W protokole przekazania budowy z dnia 15.07.2003 r. również wskazywano na wady w wykonanych pracach. Biegły oświadczył również, że 90% stanowią tzw. roboty zakryte, co do których brakuje protokołów odbioru. Co do pozostałych prac widocznych, to nie można dokonać ich oceny, ponieważ nie ma dostępu do nieruchomości.

Według biegłego nieprawidłowo zostały wykonane następujące prace:

- brak otuliny uzbrojenia w stropie nad pokojem gościnnym,
- otwór okienny w pokoju gosposi nie jest w osi,
- brak protokołu z badania szczelności poziomów kanalizacyjnych i podejść w przyziemiu,
- brak protokołu szczelności i zachowania wymaganych spadków przyłącza kanalizacji od studzienki do budynku.

Biegły wskazywał, że potrzeba wykonania prac, które pozwany wskazywał w piśmie na k. 321, zawartych w zarzucie potrącenia, nie została przez pozwanego uzasadniona, a ponadto pozwany nie wskazał obmiaru robót i wyliczenia ich wartości.

Biegły oszacował wartość prac dotyczących usunięcia wad pkt 1 i 2 na kwotę 1 500 zł. Prace wymienione w pkt 3 i 4 nie mogły zostać wycenione nawet szacunkowo, bowiem brak projektu budowlanego oraz protokołu odbioru tych robót oraz protokołu badania szczelności.

Biegły wskazał, iż procentowy stopień wykonania robót przez powoda wynosi:

- prace z umowy zostały wykonane w 93,23%
- prace wykonane z aneksu (...), 2a i 3 w 100%

- prace wykonane z aneksu (...) w 46%.

Wartość robót, które nie zostały określone w umowie i aneksach, a zostały wykonane przez stronę powodową, opiewa na kwotę 5 157,36 zł oraz 31 284, 56 zł.

Biegły wskazał również, że sporządzanie dokumentacji budowy nie leżało w gestii powoda, lecz stanowiło obowiązek kierownika budowy, który powinien był dokonywać właściwych wpisów. Inspektor nadzoru powinien był zaś potwierdzić ich wykonanie i prawidłowość. Dużej ilości wpisów w dzienniku budowy w ocenie biegłego brakuje.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodu z dokumentów k. 8-63, 156-170, 230-249, 261-262, 304, 325-326, 535, 552, 545-548, 576, 585-586 oraz 2 tomów dziennika budowy oraz z oświadczeń stron zawartych w pismach procesowych. Ww. dokumenty Sąd uznał za wiarygodne, gdyż prawdziwość ich nie była przez strony kwestionowana, a Sąd nie dopatrył się przyczyn, które uzasadniałyby działanie Sądu z urzędu, w celu podważenia ich wiarygodności. Treść dokumentów oraz pism procesowych stron uzupełnia się wzajemnie, co pozwoliło Sądowi ustalić w sposób nie budzący wątpliwości stan faktyczny w sprawie.

Stan faktyczny ustalono ponadto na podstawie:

- zeznań świadków M. J. (2) k.191 i nast. J. P., M. S. /k.218 i nast./M. Z. /k.143 i nast./, L. K. /k.217 i nast./;

- zeznań powoda T. G. k.530, 531;

- opinii biegłego dr inż. B. C. k. 270-277 oraz zeznań uzupełniających do tej opinii k. 311, 312, opinii uzupełniającej k. 340-356, oraz zeznań uzupełniających do tej opinii k. 399-397.

Odnosząc się do opinii biegłego - zdaniem Sądu obie opinie są potrzebne w przedmiotowej sprawie. Biegły B. C. sporządził obie opinie w sposób profesjonalny, z wykorzystaniem wiedzy z zakresu budownictwa i nie zawierają one braków oraz niejasności. Biegły sporządzając opinie dokonał analizy dokumentów zgromadzonych w aktach, a stanowisko biegłego jest odpowiednio uargumentowane. Biegły w sposób klarowny odpowiedział na pytania zadane przez Sąd oraz uzasadnił podstawę swojej tezy. W konsekwencji Sąd przyjął wnioski biegłego za podstawę własnych wniosków.

Sąd uznał za zasadne stanowisko pełnomocnika powoda, iż z opinii uzupełniającej nie wynika, że biegły „nie jest w stanie odpowiedzieć wyczerpująco na pytania Sądu zawarte w zleceniu opinii bez odniesienia do pełnej i kompletnej dokumentacji budowy” bowiem biegły zaznaczył tylko tyle, że do zebranej w aktach sprawy dokumentacji nie przedłożono podstawowej dokumentacji budowy. Jednakże możliwe jest procentowe określenie stopnia wykonania prac w oparciu o dane zawarte w dzienniku budowy, kosztorys podwykonawczy, pod którym figuruje podpis powoda oraz protokoły odbioru. Powód nie musiał przedstawiać projektu budowlanego wykonawczego, aby można było ustalić, czy prace budowlane zostały wykonane i czy to wykonanie było prawidłowe. Zeznając biegły oświadczył, że zakres prac ustalonych w umowie i aneksach oraz wykonanych przez stronę powodową wynika z opinii z dnia 10.07.2007 r., a wady zostały opisane na kartach 3 i 4. Biegły podkreślił ponadto, że to inspektor nadzoru stwierdza prawidłowość lub nieprawidłowość wykonanych prac, dlatego też skoro inspektor nadzoru potwierdził, że prace były wykonane dobrze, to albo poświadczył nieprawdę albo zostały one rzeczywiście prawidłowo wykonane. W świetle powyższego Sąd uznał za udowodniony fakt, w jakim zakresie prace zostały wykonane prawidłowo, a w konsekwencji uznał, że bezprzedmiotowe byłoby przeprowadzanie dowodów wnioskowanych przez pozwanego.

Przechodząc do oceny wiarygodności zeznań świadków, to Sąd nie uznał w całości za wiarygodne zeznań M. J. (2) / k.191 i nast./. Świadek wykonuje zawód architekta i udzielał pozwanemu fachowej porady. Przyznał on również, iż projekt był wadliwy, co zmuszało go do wprowadzania na bieżąco zmian w celu dostosowania go do stanu budowy. Konsekwencją tego była konieczność wykonania robót dodatkowych. Sąd jednak nie uznał za wiarygodne twierdzeń o wadliwości poszczególnych robót dlatego, że nie zostały one wpisane do dziennika budowy pomimo tego, że powinno to zostać zrobione, a ponadto świadek dnia 15.07.2003 r. podpisał protokół odbioru prac. Podkreślenia wymaga to,

że w ww. protokole, jak również w żadnym innym dokumencie do czasu rozpoczęcia przedmiotowej sprawy sądowej, nie zgłoszono żadnych nieprawidłowości. Powód protokołem przekazał teren budowy i tym samym zwolnił się od odpowiedzialności, co zostało zaznaczone w protokole. W związku z tym, iż przekazanie nastąpiło w lipcu, zeznania świadka, iż teren budowy musiał być szybko zabezpieczony przed zimą nie mogą zostać uznane za wiarygodne. To w gestii świadka było, skoro wiedział on, że jest konieczność zabezpieczenia terenu robót przed zimą, skontaktowanie się z pozwanym.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków J. P. (kierownika budowy w okresie od 02.2003r. końca 2003r.) /k.142 i nast./ M. S. (kierownika budowy od 02.2002r. do 02.2003r. /k.218 i nast./, którzy stwierdzili, że nie byli informowani o żadnych zastrzeżeniach co do jakości wykonanych robót, a ponadto aby w dzienniku budowy zostało to w jakiś sposób odnotowane. Kolejny świadek M. Z. /k.143 i nast./, który był wykonawcą projektu i sprawował przez pół roku nadzór autorski oświadczył, iż nie były zgłaszane żadne uwagi. Ww. świadkowie zeznali, że wiedzieli o trudnościach finansowych pozwanego oraz, że powód miał problemy z uzyskaniem zapłaty od pozwanego, a także, że skontaktowanie się z nim było utrudnione. Świadek M. S. zeznał, że zimą 2002/2003 teren budowy był zabezpieczony.

Odnosząc się do zeznań świadka L. K. /k.217/ to zdaniem Sądu jego zeznania są mało znaczące ze względu na fakt, iż podjął on roboty na nieruchomości po upływie lat, a w tym czasie teren budowy nie był zabezpieczony. Ponadto biegły wskazał, które prace były źle wykonane. Powyższe oraz fakt, iż obecnie prace są zakończone, a nie został spisany przez ww. świadka protokół przejęcia budowy, ani nie została sporządzona żadna ekspertyza techniczna, powoduje, iż ocena, co było powodem takiego stanu rzeczy tj. czy wadliwe wykonanie prac, wpływ czasu albo też brak zabezpieczenia terenu budowy jest utrudniona. Nieudokumentowanie tej okoliczności przez stronę pozwaną oraz brak adnotacji w dzienniku budowy na temat nieprawidłowości spowodowało, iż Sąd uznał za niewiarygodne zeznania tegoż świadka co do wad, które rzekomo istniały w chwili przejęcia przez niego budowy.

Świadkowie P., Z. oraz S. byli powiązani z powodem, co zdaniem pozwanego powinno skutkować uznaniem ich zeznań za nieobiektywne. Po przeciwnej stronie jest świadek M. J. (2), którego zdaniem prace były wykonane źle, a zaliczki które powód otrzymywał od pozwanego były wyższe niż koszty wykonanych robót.

Sąd jednak uznał te oświadczenia za niewiarygodne, bowiem ani w dzienniku budowy, ani w protokole przekazania do chwili wszczęcia niniejszego sporu strona pozwana nie zgłosiła ani w formie pisemnej, ani ustnej żadnych usterek w wykonanych pracach oraz nie żądała od powoda, aby je poprawił. Pozwany nie dokonał ponadto żadnych czynności w związku z przekazaniem dnia 15.07.2003r. terenu budowy i odstąpieniem przez powoda od umowy. Również biegły w swoich opiniach nie zgodził się z zarzutami podnoszonymi przez stronę pozwaną w tzw. „Zarzucie potrącenia”.

Świadek I. K. natomiast nie odbierała przesyłek sądowych, które doręczano na adres podany przez pozwanego, co skutkowało odstąpieniem przez Sąd od przeprowadzenia tego dowodu. Kodeks postępowania cywilnego ustanawia tzw. bezpośredniość dowodową, co skutkuje tym, że Sąd nie mógł uznać wyjaśnień ww. osoby na piśmie za jej zeznania, nadto zdaniem Sądu ten dokument niewiele wnosi do sprawy. Co do zeznań stron, to Sąd w całości dał wiarę zeznaniom powoda, bowiem są one zgodne z zeznaniami świadków, o których przesłuchanie wnosił, a także z treścią pozostałego materiału zebranego w sprawie (dokumenty). Z tych też względów Sąd odmówił wiary zeznaniom pozwanego /k. 830/, który wielu rzeczy już nie pamięta, a jego zeznania nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji przedłożonej do akt sprawy.

### **Sąd zważył co następuje:**

Powództwo w ocenie Sądu zasługuje na uwzględnienie co do zasady, jednak nie zasługuje na uwzględnienie cała kwota roszczenia.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż strony zawarły umowę o roboty budowlane. Artykuł 647 stanowi, iż przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania

wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zawarcie umowy następuje przez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron. Zgodność oświadczeń woli nie musi wynikać jedynie z ich dosłownego brzmienia, lecz jest ustalana zgodnie z art. 65 § 1 i § 2 k.c., który stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Reguły określone w tym przepisie coraz częściej doktryna interpretuje jako opierające się na koncepcji determinacji woli przez „uzasadnione oczekiwania stron lub strony.

Art. 353<sup>1</sup> k.p.c., który wyraża zasadę swobody umów, stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Korzystając ze swobody umów strony zmieniały umowę podstawową poprzez zawieranie aneksów.

Wynagrodzenie za wykonane prace strony określili na kwotę 650 000 zł. powiększoną o podatek VAT (par. 6 umowy). Ust. 3 stanowił zaś, że suma ta ma zostać przekazana w 3 ratach według harmonogramu rzeczowo – finansowego, będącego załącznikiem nr 2 do umowy. Takie postanowienie jest zgodne z art. 654 k.c., według którego w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.

Zgromadzony materiał dowodowy świadczy o tym, iż strona pozwana nie wykonała ciążącego na niej zobowiązania. Powód musiał zaprzestać kontynuowania prac budowlanych, bowiem pozwany nie przekazywał powodowi pieniędzy, co zresztą powód w trakcie robót zgłaszał pozwanemu.

Odnosząc się do aneksu nr (...) - uznanie go za wykonany uzależnione było od spełnienia dwóch warunków: od wykonania przez stronę powodową robót, do których zobowiązana została w tymże aneksie oraz od zapłacenia przez pozwanego powodowi wynagrodzenia. Przed przystąpieniem do prac objętych tym aneksem pozwany był obowiązany wypłacić powodowi kwotę 35 000 zł., czego nie uczynił (bezsporne). Wartość prac określono na kwotę 250 000 zł.

Według biegłego prace zostały wykonane w 85%, co daje kwotę 212 500 zł. Pozwany natomiast uiszczył na poczet prac wykonanych i opisanych w aneksie kwoty: 12 700 zł oraz 19 533 zł co łącznie daje kwotę 32 233 zł, a więc nie pokrywa się nawet z kwotą 35 000 zł, którą pozwany miał uiszczyć powodowi w dniu kiedy został podpisany aneks. Kwota uiszczona przez pozwanego stanowi jedynie 12, 89 % kwoty, do której uiszczenia był zobowiązany (250 000 zł). Świadczy to o tym, iż pozwany od samego początku tj. od dnia podpisania aneksu nie wypełniał zobowiązań z niego wynikających. Niewywiązywanie się przez pozwanego ze zobowiązań umownych dało powodowi prawo do odstąpienia od umowy, co faktycznie nastąpiło w formie pisemnej dnia 27 czerwca 2003r.

Odstąpienie to w ocenie Sądu było prawidłowe w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Art. 494 k.c. stanowi bowiem, iż strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Pozwany jest więc w świetle ww. przepisu zobowiązany do zapłaty za wykonane prace, a ponieważ tego nie zrobił, uznać należy, że aneks nr (...) nie był wiążący na skutek działania pozwanego (a raczej braku działania) co skutkuje tym, iż nie może on stanowić podstawy rozliczeń pomiędzy stronami.

Skutkiem tego Sąd, celem obliczenia kwoty należnej powodowi za wykonane prace, oparł się na opinii biegłego, według którego:

- z tytułu umowy przedwstępnej zostały wykonane prace w 93 % ( 93,23 % z kowty 650 000 zł ) co daje wartość 605 995 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 40 000 zł;



- z tytułu aneksu nr 2a prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 30 000 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 25 000 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 46 % (46 % z kwoty 60 000 zł), co daje wartość 27 600 zł 000 zł;

Łączna wartość prac wynosi 728 995 zł. Kwota otrzymana przez powoda to 543 300 zł. Różnica tych kwot wynosi 185 695 zł, którą to kwotę powinien uiścić pozwany powodowi za wykonane prace z tytułu umowy głównej oraz aneksów (...), 2a, 3, 4.

Prace z aneksu nr (...) wykonano w 85% (85% z 250 00 zł) co daje kwotę 212 500 zł. Odnosząc się do aneksu nr (...) Sąd przyjął 50% z kwoty 212 500 zł, czyli 106 250 zł, przy uwzględnieniu uwag zawartych w opinii biegłego, że nie było możliwe ustalenie zakresu prac, które wchodziły w zakres umowy podstawowej, a które były pracami dodatkowymi. Sąd uznał, iż w sytuacji niemożności ustalenia wartości prac dodatkowych, co spowodowane było brakiem dokumentacji, winę za ten stan rzeczy ponoszą obie strony procesu, bowiem zaniedbały prowadzenia dokumentacji w sposób prawidłowy oraz odtworzenia stanu jaki panował w momencie odstąpienia od umowy (również z uwagi na to, iż remont oraz modernizacja przedmiotowej nieruchomości jest obecnie zakończona, wiele prac jest zakrytych, a przy tym ich stan nie został opisany). Dlatego też winę należało rozdzielić na obie strony w 50 %. Reasumując, pozwany jest winien powodowi kwotę 291 945 zł ( 185 695 zł + 106 250 zł).

Par. 7 ust. 3 umowy stanowi, że za odstąpienie od umowy z winy inwestora (czyli pozwanego), pozwany zapłaci wykonawcy (powodowi) 10% wartości umowy. Wartość umowy stanowi kwota 650 000 zł. Powód odstąpił od umowy z winy pozwanego (z powodu braku płatności), dlatego roszczenie w tym zakresie jest uzasadnione. Nie jest zdaniem Sądu zasadna argumentacja pozwanego, iż kara umowna winna być liczona od kwoty wymienionej w Aneksie nr (...), czyli od kwoty 250 000 złotych. Aneks nr (...) został opłacony tylko w 12,89 % z umówionej kwoty, a powód wykonał go w 85%. Ustalenia w nim zawarte nie wiążą więc stron w miejsce wcześniej zawartej umowy.

Do kwoty 291 945 zł należało więc dodać kwotę 65 000 zł. z tytułu kary umownej, co w sumie stanowi 356 945 zł. Zdaniem biegłego strona powodowa wykonała również roboty dodatkowe, których brak w zawartych aneksach, a ich wartość oscyluje na kwotę 5 157, 36 zł oraz 31 284, 56 zł. Sąd jednak nie zasądził tych kwot ponieważ:

- w miarę postępu prac strony zawierały aneksy, co spowodowane było koniecznością wykonania prac dodatkowych, które zostały szczegółowo opisane w aneksach łącznie z wynagrodzeniem. Powód nie wykazał, co było powodem tego, iż ww. prace dodatkowe nie zostały umieszczone w aneksach oraz dlaczego wykonywał je bez zgody pozwanego;

- podkreślenia wymaga fakt, iż wynagrodzenie zostało określone przez strony w formie ryczałtu. Wynika to z umowy oraz późniejszych aneksów. Strony tych postanowień w czasie trwania stosunku prawnego nie zmieniały, co skutkuje tym, że strony obowiązywała ryczałtowa forma wynagrodzenia oraz reżim z tej formy wynikający. Samo wykonanie robót przez powoda nie powoduje obowiązku zapłaty przez pozwanego wynagrodzenia, gdy zostało ono określone ryczałtowo. Ryczałtowe wynagrodzenie oznacza, że jest to zapłata za całość dzieła. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2004r. sygn. akt II CKN 417/00 ryczałt polega bowiem na umówieniu kwoty „absolutnej” przy wyraźnej bądź dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie żądał zapłaty wynagrodzenia wyższego.

W przepisach regulujących umowę o roboty budowlane nie zawarto uregulowania odnośnie wynagrodzenia. Jak wynika z orzecznictwa jest to brak, który należy uzupełnić poprzez wykładnię przez Sąd umowy zgodnie z art. 65 par. 2 k.c., czyli tak aby zgodny zamiar stron oraz zamierzony przez nie cel został oddany w sposób najpełniejszy. Sąd dokonał wykładni spornych aneksów w ten sposób, że uznał, że dodatkowe prace miały być określane w aneksach, a wynagrodzenie było określone ryczałtowo. Podkreślić należy, iż strona powodowa nie udowodniła, że prace te były konieczne dla realizacji inwestycji a pozwany zgodził się na nie albo też nie było możliwe uzyskanie takiej zgody ze względu na nagły charakter tych robót.

Jeżeli chodzi o zarzut potrącenia to roszczenie z tego tytułu Sąd uznał za uzasadnione co do kwoty 1500 zł. Dnia 20.10.2006r. /k.319/ do Sądu wpłynęło pismo pozwanego zawierające zarzut potrącenia, o którym wcześniej nie wspominał. Również uwagi dotyczące wad w wykonaniu prac powód zgłosił dopiero w odpowiedzi na pozew i wycenił je na kwotę 108 451 zł nie przedkładając przy tym żadnych dokumentów i rachunków, które poświadczałyby wysokość tej kwoty.

Ustalenie czy prace powoda zostały wykonane zostało powierzone biegłemu. Zadaniem biegłego było również ustalenie, gdyby się okazało że te prace są wadliwe, jaka była ich wartość oraz jakie były koszty ich usunięcia.

Biegły nie mógł wykonać wizji lokalnej z tego względu że pozwany mu tego nie umożliwił. Istotne jest również to, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za stan dokumentacji budowy, który był nieprawidłowy. Piecza nad dokumentacją tj. dokonywanie wpisów leży w gestii kierownika budowy natomiast inspektor nadzoru ma obowiązek te prace odebrać wpisać ewentualne uwagi. Nadto pozwany podniósł zarzut potrącenia /k.321/ dopiero po sporządzeniu przez biegłego pierwszej opinii w sprawie.

Art. 498 § 1 k.p.c. stanowi, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. § 2 stanowi zaś, że wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Z przepisu tego wynika, że dopuszczalność potrącenia nie jest zatem skutkiem stwierdzenia wymagalności roszczenia przez tytuł sadowy, ale możliwości jego dochodzenia przed sądem. To Sąd natomiast ustala czy wierzytelność rzeczywiście istniała, a zatem czy z mocy art. 498 par. 2 k.p.c. doszło do wzajemnego umorzenia wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej.

Podstawowym problemem dla biegłego przy odniesieniu się w opinii do zarzutu potrącenia podniesionego przez pozwanego z tytułu wadliwości robót wykonanych przez powoda, było to, iż nieprawidłowości nie zostały odnotowane w dzienniku budowy. Biegły zaś w opinii uzupełniającej ustalił zakres prac wadliwych. Sąd zgadza się z poglądem biegłego, iż pozwany nie wykazał konieczności wykonania prac dodatkowych, nie przedłożył też obmiaru robót oraz wycenienia ich wartości. Zdaniem biegłego wartość prac polegających na usunięciu usterek z pkt 1 i 2 wyniosła 1500 zł. Nie można natomiast nawet w przybliżeniu określić na jaką wartość opiewają prace z pkt 3 i 4, ponieważ do tego konieczny byłby projekt budowlany, protokoły odbioru tych prac oraz protokół badania szczelności. Powyższe skutkuje przyjęciem przez Sąd zarzutu potrącenia jako zasadnego do wysokości 1500 zł.

Sąd oddalił wniosek pozwanego o przeprowadzenie uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność wad wykonanych prac / k. 829/ bowiem, jego zdaniem znajdująca się w aktach opinia biegłego jest kompletna oraz rzetelna w tym zakresie, a ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż teren budowy nie był zabezpieczony po opuszczeniu go przez powoda do ponownego jego przejęcia. Ponadto w postępowaniu przed Sądem I instancji pozwany zgłaszał już taki wniosek dowodowy w piśmie z dnia 3.03.2008r. /k.449/ jednakże nie uszczegółowił swojego wniosku pomimo zarządzenia sądu i nie przedłożył dokumentów świadczących o tym, iż takie prace faktycznie zostały wykonane, a ponadto nie wyjaśnił dlaczego opinia uzupełniająca miałaby zostać przeprowadzona. Jak słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji wykonanie jakiegokolwiek opinii przez biegłego, gdzie strona nie podała żadnych nowych okoliczności i nie wskazała nieprawidłowości we wcześniejszych ustaleniach prowadziłoby tylko do niecelowych kosztów procesu oraz przewlekłości postępowania. Zgłosił natomiast nowy wniosek, ale już po terminie i bez podania przyczyny jego uchybieniu. /k.537/, dnia 19.10.2009r.

Pozwany dnia 20.11.2009r. przedłożył pokwitowania wraz z ulotką firmy budowlanej. Z dokumentów tych nie wynikało jednak kto za co kwitował i na czyją rzecz, a nie zostało przedłożone żadne pismo, które wyjaśniało by te okoliczności. Pozwany nie zgłosił również żadnych wniosków dowodowych w zakresie tych dokumentów. Pozwany nie przedłożył żadnego dowodu, który świadczyłoby o tym, co łączyło go firmą z ulotki oraz jakie prace na jego rzecz świadczyła. Podkreślenia wymaga fakt, iż pozwany był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, od którego mógł wymagać stosowych działań w odpowiednim terminie.

Art. 652 k.c. stanowi, że jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on, aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Powyższy przepis wskazuje na to, iż skoro plac budowy został dnia 15.07.2003 r. przekazany pełnomocnikowi pozwanego protokołem, to powód nie ponosił odpowiedzialności za zabezpieczenie terenu przed zimą 2003/2004, tym bardziej, że od tej chwili nie wykonywał żadnych prac.

Sąd przyjął więc, iż kwota potrącenia wyniosła 1500 zł, co po odjęciu od sumy 356 945 zł. daje kwotę 355 445 zł, należną powodowi.

Sąd zasądził na rzecz powoda odsetki ustawowe od dnia 16.07.2004r. do dnia zapłaty ponieważ strona pozwana nie spełniła ciężącego na niej obowiązku w świetle art. 471 k.p.c.. Odsetki zostały przyznane od dnia sporządzenia odpowiedzi na pozew, ponieważ powód nie udowodnił, aby wcześniej skutecznie wzywał pozwanego do uiszczenia zapłaty. Strona powodowa wzywała wprawdzie do zapłaty I. K., jednakże Sąd uznał, iż nie reprezentowała ona pozwanego po odstąpieniu od umowy, a ponadto nie zostało wyjaśnione, na jakiej podstawie osoba ta działała. I. K. nie została przesłuchana w charakterze świadka, pisemnego pełnomocnictwa również nie przedstawiono. Sąd przyjął datę sporządzenia odpowiedzi na pozew, bowiem w aktach sprawy brak jest adnotacji o tym, kiedy odpis pozwu został pozwanemu doręczony, a długi upływ czasu czynił reklamację na poczcie bezprzedmiotową.

Z tych względów Sąd orzekł, jak w pkt I wyroku.

O kosztach za obie instancje orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo na podstawie tego, która strona i w jakim zakresie wygrała sprawę w danej instancji.