

*Sygn. akt VIII GC 127/12*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Patrycja Predko

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa B. M.

przeciwko J. K.

o upoważnienie do wykonania zastępczego ewentualnie o określenie treści stosunku umownego

I. oddała powództwo o upoważnienie do wykonania zastępczego;

II. zasądza od powoda B. M. na rzecz pozwanego J. K. kwotę 7.217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu w sprawie o upoważnienie do wykonania zastępczego;

III. oddała powództwo o określenie treści stosunku umownego łączącego strony przez obniżenie wynagrodzenia;

IV. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów procesu w sprawie o obniżenie wynagrodzenia;

V. zasądza od powoda B. M. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 11.619 zł (jedenaście tysięcy sześćset dziewiętnaście złotych) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych – opłaty od pozwu w części obejmującej żądanie ewentualne.

Sygn. akt VIII GC 127/12

## UZASADNIENIE

Powód B. M. w pozwie skierowanym przeciwko J. K. wniósł o upoważnienie go do wykonania zastępczo, za pozwanego, do wykonania czynności w postaci usunięcia na koszt pozwanego ujawnionych wad w wybudowanej przez pozwanego w technologii (...) hali w miejscowości W., polegających na:

- demontażu zastosowanych niezgodnie z dokumentacją na obudowę dachu płyt (...) firmy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i obudowaniu dachu hali płytami warstwowymi o rdzeniu poliuretanowym grubości 8 cm z obustronną blachą firmy (...),
- usunięciu ze słupów konstrukcyjnych hali ścian podłużnych widocznych pęcherzy powłoki lakierniczej i uwidocznionych silnych korozji wżerowych i przemalowaniu słupów antykorozyjnie,

- usunięciu ze słupów ścian szczytowych hali w miejscach wykonanych spoin/połączenie spawane na całej długości słupów –obustronnie/ widocznych śladów korozji,
- usunięciu z elementów konstrukcji dachowej hali rdzy, pęcherzy w powłoce i pęknięć farby oraz przemalowaniu konstrukcji dachowej antykorozyjnie,
- usunięciu wadliwości zamontowania blach szalujących;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania powód wniósł o „zasądzenie obniżenia wynagrodzenia” za wykonanie na podstawie umowy z dnia 1 grudnia 2009 roku hali w technologii (...) z wadami, z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł tj. o kwotę 232.380 zł z odsetkami od dnia 1 czerwca 2011 roku.

Powód wniósł również o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu pozwu powód powołując się na wiążącą strony umowę budowy hali z dnia 1 grudnia 2009 roku zaznaczył, że za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie wstawionych przez pozwanego faktur VAT (na łączną kwotę 674.660 zł) zapłacił pozwanemu kwotę 651.480 zł. Do zapłaty przez powoda pozostała kwota 8.540 zł jako część należności objętej fakturą VAT nr (...) oraz kwota 102.480 zł objęta fakturą VAT nr (...).

Powód należności tych nie zapłacił w związku z ujawnionymi w trakcie przeglądu pogwarancyjnego wadami obiektu.

Powód wyjaśnił, że pozwany uznał usterki wymienione w ekspertyzie sporządzonej na jego zlecenie, jednakże pomimo wezwania do ich usunięcia (z zastrzeżeniem dopuszczenia do ich wykonania pod warunkiem przedstawienia sposobu wykonywania prac) pozwany nie przedstawił żadnych propozycji sposobu usunięcia wad. Koszty zastępczego usunięcia wskazanych powyżej wad powód określił na kwotę 230.380 zł.

W zakresie żądania ewentualnego, zgłoszonego na wypadek nieuwzględnienia żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu, powód wyjaśnił, że domaga się „zasądzenia obniżenia wynagrodzenia” za wykonanie na podstawie umowy z dnia 1 grudnia 2009 roku hali w technologii (...) w miejscowości W. z wadami, z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł, tj. o kwotę 232.380 zł, z odsetkami od dnia 1 czerwca 2011 roku (termin wyznaczony pozwanemu na usunięcie wad). Zdaniem powoda rozmiar i rodzaj wad, w szczególności zastosowanie płyt na pokrycie dachu niezgodnych z dokumentacją, uzasadniają obniżenie wynagrodzenia o kwotę 232.380 zł. Za wykonanie przedmiotu umowy pozwanemu należy się zdaniem powoda wynagrodzenie w wysokości 442.280 zł. Powód wskazał, że kwota obniżenia wynagrodzenia stanowi jednocześnie koszt usunięcia wad. Kwota z tytułu obniżenia wynagrodzenia pozwoli powodowi na usunięcie wad we własnym zakresie.

W toku procesu (na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 roku i w dniu 4 kwietnia 2013 roku) pełnomocnik powoda wyjaśnił, że żądanie zgłoszone na pierwszym miejscu wywodzi z gwarancji, a żądanie zgłoszone jako ewentualne – z rękojmi za wady. Odnośnie

żądania ewentualnego wskazał również, że nie jest to żądanie o zapłatę, czyli o zasądzenie kwoty 232.380 zł, powód domaga się natomiast tego, aby sąd w wyroku uwzględniając to żądanie określił treść łączącego strony stosunku w ten sposób, że wynagrodzenie ulega obniżeniu z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł, a więc o kwotę 232.380 zł.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wskazał w pierwszym rzędzie, że jest zwolniony z gwarancji z mocy § 8.2 umowy, ponieważ powód nie zapłacił całego wynagrodzenia, co sam przyznał. Dalej wskazał, że płyty (...) zamiast płyt (...) zastosował za zgodą powoda. Wyrzucił również pogląd, że art. 480 k.c. nie znajduje zastosowania do usunięcia wad umów o dzieło i roboty budowlane.

Odnosząc się do żądania ewentualnego wskazał, że powód nie dał mu możliwości usunięcia wad, zgłaszając niczym nieuzasadnione wymagania, np. żądanie pokrycia dodatkowych kosztów bądź wykonanie prac według ściśle określonego przez powoda sposobu.

**Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

W dniu 1 grudnia 2009 roku B. M., w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą (...), zawarł z J. K., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...), umowę oznaczoną numerem (...), na mocy której powierzył J. K. wykonanie hali w technologii (...) na terenie miejscowości W..

W § 1 umowy zaznaczono, że zakres rzeczowy umowy określony został w projekcie konstrukcyjno-wykonawczym oraz harmonogramie rzeczowo-finansowym. Nadto wykonawca zrealizuje przedmiot umowy z materiałów własnych i przy użyciu własnego sprzętu.

Dalej ustalono, że zakup materiałów do wykonania konstrukcji nastąpi w dniu 20 grudnia 2009 roku, rozpoczęcie prac warsztatowych i przygotowanie zaplecza budowy nastąpi w dniu 5 stycznia 2010 roku, przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie robót po protokolarnym przekazaniu nastąpi w dniu 1 lutego 2010 roku, zaś zakończenie robót w dniu 30 kwietnia 2010 roku.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono na kwotę 653.000 zł plus należny podatek VAT, przy czym miało być ono płatne częściami, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. W myśl umowy zapłata miała nastąpić na podstawie faktur VAT wystawionych w oparciu o protokoły odbioru podpisane przez strony umowy.

W § 8 strony postanowiły:

1. Na wykonane przez siebie roboty wykonawca udziela 24 miesięcznej gwarancji, licząc od dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy.
2. W przypadku nieprzystąpienia do odbiorów prac lub nieuregulowania wynagrodzenia za przedmiot niniejszej umowy w wyznaczonych terminach, zleceniodawca zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności na należyte wykonanie przedmiotu niniejszej umowy i gwarancji.
3. Istnienie wady stwierdza się protokolarnie po przeprowadzeniu oględzin oraz określa się sposób i termin usunięcia wady.
4. W czasie udzielonej gwarancji wszystkie zauważone i ujawnione wady oraz usterki wynikające z nienależytego wykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy będą usuwane na jego koszt w możliwie najkrótszym terminie, jednakże nie dłużej niż 14 dni od daty sporządzenia przez strony protokołu, o którym mowa w ustępie 3 niniejszego paragrafu.
5. W przypadku nie usunięcia przez wykonawcę wad i usterek w wyznaczonym terminie zleceniodawca ma prawo usunąć je na koszt wykonawcy, chyba że nieterminowe wykonanie spowodowane jest warunkami atmosferycznymi lub innymi przyczynami niezależnymi od wykonawcy a uniemożliwiającymi prowadzenie prac. Długość opóźnienia powinna być proporcjonalna do czasu występowania powyższych przeszkód.

Zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, objęte umową prace podzielono na pięć etapów. Etap I obejmował prace ziemne i fundamentowe, etap II dotyczył konstrukcji stalowych, w zakresie etapu III ujęta została: „obudowa dachu z płyt warstwowych firmy (...) - dostawa na plac budowy i montaż, rdzeń poliuretanowy gr. 12 cm, obustronna blacha, kolor według palety (...), etap IV obejmował obudowę ścian z blachy trapezowej, etap V - wykonanie posadzki właściwej z betonu.

W harmonogramie określono również wartość robót wyszczególnionych na każdym etapie oraz terminy ich wykonania.

Aneks nr (...) do powyższej umowy, zawartym w dniu 31 marca 2010 roku, zmieniono zapis dotyczący umówionych terminów wskazując, że przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie robót po protokolarnym przekazaniu nastąpi w dniu 15 marca 2010 roku. Wynagrodzenie za przedmiot umowy ustalono w łącznej kwocie 553.000 zł plus podatek VAT.

W związku ze zamianami wprowadzonymi aneksem dotychczasowy załącznik nr (...) (harmonogram rzeczowo-finansowy) zastąpiono załącznikiem nr (...) w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego, w którym zamieszczono zmiany w zakresie wartości robót za poszczególnych etapy oraz terminy wykonania prac.

Nowy harmonogram przewidywał cztery etapy, etap III obejmował prace określone jako: „obudowa dachu z płyt warstwowych firmy (...) - dostawa na plac budowy i montaż, rdzeń poliuretanowy gr. 8 cm, obustronna blacha, kolor według palety (...). Wartość robót etapu III ustalono na kwotę 132.000 zł.

***dowód: umowa z dnia 01.12.2009 r. wraz z aneksem nr (...) oraz załącznikami nr(...)-harmonogramami rzeczowo-finansowymi - karta 13-20***

J. K. przystąpił do realizacji prac objętych umową.

W czasie realizacji umowy w okresie od dnia 1 grudnia 2009 roku do dnia 12 sierpnia 2010 roku J. K. wystawił na rzecz B. M. następujące faktury VAT: nr (...) na kwotę 122.000 zł, nr (...) na kwotę 73.200 zł, nr (...) na kwotę 219.600 zł, nr (...) na kwotę 142.740 zł, nr (...) na kwotę 102.480 zł oraz nr (...) na kwotę 14.640 zł.

Za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie wystawionych faktur VAT B. M. zapłacił łącznie 651.480 zł, dokonując w okresie od dnia 8 grudnia 2009 roku do dnia 12 sierpnia 2010 roku na rzecz J. K. przelewów bankowych. Dokonane wpłaty B. M. oznaczył w następujący sposób: wpłata w wysokości 122.000 zł tytułem zapłaty za fakturę VAT nr (...), wpłata 73.200 zł tytułem zapłaty za fakturę VAT nr (...), wpłata 219.600 zł tytułem zapłaty za fakturę VAT nr (...), 142.740 zł tytułem zapłaty za fakturę VAT nr (...) oraz 93.940 zł tytułem zapłaty za fakturę VAT nr (...).

B. M. nie dokonał zapłaty części należności objętej fakturą VAT (...) oraz całej należności z faktury VAT nr (...).

***dowód: faktury VAT nr (...) - karta 32-36***

***wyciągi elektroniczne z rachunku bankowego za okres 02.12.2009 do 31.05.2010 r. - karta 27-31***

***faktura VAT nr (...) - karta 97***

W dniu 19 kwietnia 2010 roku J. K. oraz B. M. podpisali protokół odbioru wykonanych robót obejmujących etap I umowy. Protokół został podpisany bez żadnych uwag zamawiającego.

W dniu 5 maja 2010 roku J. K. sporządził kolejne protokoły odbioru prac za poszczególne etapy:

- protokół prac etapu II obejmujący wykonanie konstrukcji stalowej według własnej technologii oraz dostawę na plac budowy i montaż konstrukcji,

- protokół odbioru prac etapu III obejmujący wykonanie obudowy dachu płytami warstwowymi firmy (...) o rdzeniu poliuretanowym grubości 12 cm.

Protokoły nie zostały podpisane przez B. M..

***dowód: protokół odbioru z dnia 19.04.2010 r. - karta 22***

***protokoły odbioru z dnia 05.05.2010 r. - karta 24***

***protokół odbioru z dnia 05.05.2010 r. - karta 212***

Kierownikiem budowy zatrudnionym przez B. M. został J. M..

***dowód: zeznania świadka J. M. - karta 200 verte-203 verte***

Po wykonaniu konstrukcji hali B. M. stwierdził, że prace J. K. nie zostały wykonane prawidłowo – wystąpiły nieszczelności pokrycia dachowego, obróbek blacharskich oraz orywnowania. Pojawiły się także pęcherze na powłoce lakierniczej słupów nośnych.

***dowód: zeznania świadka J. M. - karta 200 verte-203 verte***

***przesłuchanie powoda B. M. – karta 228 -229***

Pracownicy J. K. przystąpili do usuwania tych usterek, ale przy pierwszych próbach usuwania tych usterek B. M. zakazał wykonywania tych prac.

J. K. został powiadomiony przez J. M. i B. M., że pracownicy pracują bez nadzoru i zdaniem inwestora powodują szkody na budowie, wykonują prace w sposób niezgodny ze sztuką. B. M. oczekiwał, że jak będą prowadzone roboty spawalnicze lub szlifowanie po robotach spawalniczych, to całe otoczenie tych miejsc zostanie zastawione ekranami w celu niedopuszczenia do uszkodzenia istniejącej odbudowy ścian. Zdaniem J. M. pracownicy J. K. przyjeżdżali bez przygotowania sprzętowego (bez ekranów).

***dowód: zeznania świadka J. M. - karta 200 verte-203 verte***

***przesłuchanie powoda B. M. – karta 228 -229***

***przesłuchanie pozwanego J. K. – karta 229-229 verte***

W dniu 11 sierpnia 2010 roku J. P. - pracownik J. K. - złożył pisemne oświadczenie o następującej treści: „w dniu 11 sierpnia 2010 roku udałem się z pracownikami (siedem osób) w celu usunięcia usterek na budowanej hali, ale nie zostałem dopuszczony do pracy. Na polecenie przedstawiciela inwestora kazano nam opuścić teren budowy.” Oświadczenie podpisał J. P. jako kierownik budowy, posługując się pieczętką wskazująca na numery przyznanych mu uprawnień w specjalności konstrukcje budowlane.

O okolicznościach tych pracownicy J. K. powiadomili go telefonicznie.

***dowód: oświadczenie z dnia 11.08.2010 r. - karta 151***

***przesłuchanie pozwanego J. K. – karta 229-229 verte***

Na dzień 12 sierpnia 2010 roku strony ustaliły termin spotkania na budowie.

Na budowie w W. stawił się B. M. i kierownik budowy J. M.. Nie stawił się J. K..

B. M. i J. M. sporządzili dokument oznaczony jako „Protokół reklamacyjny”, który podpisał jednostronnie B. M..

W protokole zaznaczono, że w związku z nieobecnością wykonawcy w uzgodnionym i potwierdzonym przez obie strony terminie tj. 12 sierpnia 2010 roku o godz. 10.00, zleceniodawca dokonał przy udziale kierownika budowy jednostronnego spisania niniejszego protokołu. W dalszej części, w sześciu punktach wymienione zostały zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego dotyczące poszczególnych elementów hali, zawierające opis stwierdzonych wad.

W protokole zawarte zostało również wezwanie wykonawcy do ustosunkowania się w formie pisemnej do przedstawionych zastrzeżeń w nieprzekraczalnym terminie trzech dni. Nadto zaznaczono, że w przypadku braku odpowiedzi w określonym terminie zamawiający skorzysta z przysługującego mu prawa usunięcia usterek siłami osób trzecich, a kosztami robót obciąży wykonawcę.

Protokół wysłano J. K. pocztą.

***dowód: protokół reklamacyjny z potwierdzeniem nadania i odbioru - karta 38-41***

W dniu 12 sierpnia 2010 roku J. K. telefonicznie informował B. M., że z powodu robót na drodze wylotowej ze S. nie może przybyć na umówione spotkanie na czas.

J. M. dowiedział się o tym telefonem również telefonicznie od B. M. w czasie, kiedy już opuścił teren budowy.

***dowód: zeznania świadka J. M. - karta 200 verte-203 verte***

W dniu w dniu 12 sierpnia 2010 roku J. K. sporządził protokół odbioru wykonania robót etapu IV, tj. obudowy ścian z blachy trapezowej.

W piśmie z dnia 16 sierpnia 2010 roku, kierowanym do B. M., J. K. wskazał, że ponownie przesyła protokoły odbioru z dnia 5 maja 2010 roku oraz zwraca się z prośbą o ich podpisanie i odesłanie.

***dowód: protokół odbioru z dnia 12.08.2010 r. – karta 25***

***pismo pozwanego z dnia 16.08.2010 r. - karta 23***

W piśmie z dnia 23 sierpnia 2010 roku J. K. wezwał B. M. do odbioru prac IV etapu, obejmujących obudowę z blachy trapezowej.

Kolejnym pismem z tego samego dnia J. K. wezwał także do odbioru prac dodatkowych - zasypu piaskiem z zagęszczeniem. J. K. wskazał, że etap I prac obejmował zasyp piaskiem grubości 30 cm z zagęszczeniem warstwami, tymczasem grubość nasypanej warstwy wyniosła 70 cm, przy czym za zużyty piasek ponad umowną ilość nie została wystawiona faktura.

Pisma zostały wysłane do B. M. pocztą.

***dowód: pisma z 23.08.2010 r. wraz z wyciągami z książki nadawczej - karta 119-122***

***przesłuchanie pozwanego J. K. – karta 229-229 verte***

W kolejnym piśmie z dnia 23 sierpnia 2010 roku J. K. ustosunkował się do doręzonego mu w dniu 20 sierpnia 2010 roku protokołu reklamacyjnego z dnia 12 sierpnia 2010 roku.

J. K. wskazał, że w dniu 12 sierpnia 2010 roku był w drodze na spotkanie na godz. 10.00, jednakże roboty remontowe prowadzone na drodze wylotowej ze S. uniemożliwiły przybycie na czas. Na miejsce dotarł ok. godz.11.00, lecz nikogo ze strony B. M. już nie było.

J. K. podkreślił również, że w żadnym wypadku nie uchyla się od wykonania napraw gwarancyjnych, jednakże istnienie ewentualnych usterek musi być stwierdzone komisyjnie przy udziale jego firmy. W związku z powyższym wezwał do ustalenia dogodnego dla obydwu stron terminu oględzin hali i spisania protokołu usterek. Zaznaczył także, że szczegółowo co do poszczególnych punktów będzie mógł się odnieść po dokładnych oględzinach, podniósł jednakże, że już teraz możliwe jest stwierdzenie, iż ewentualne przecieki dachu są spowodowane podwieszeniem konstrukcji stalowej komór chłodniczych przez firmę (...) do płatwi, co doprowadziło do ich odkształcenia.

Pismo zostało wysłane do B. M. pocztą.

***dowód: pismo pozwanego z dnia 23.08.2010 r. z wyciągiem z książki nadawczej - karta***

***42 oraz karta 152-153***

B. M. wezwał doradcę technicznego firmy (...) w celu sprawdzenia poprawności wykonanych robot, co było spowodowane występującymi problemami ze szczelnością pokrycia dochowego.

Od doradcy technicznego firmy (...) kierownik budowy J. M. dowiedział się, że w budynku zastosowano płyty innego producenta niż firma (...).

***dowód: zeznania świadka J. M. - karta 200 verte-203 verte***

W piśmie z dnia 2 września 2010 roku J. K. poinformował, że w związku z brakiem odpowiedzi na kierowane do B. M. wezwania do dokonania przeglądu gwarancyjnego oraz wobec dwukrotnego niewypuszczeniem specjalistów z firmy (...) na teren obiektu, ustala termin przeglądu na dzień 8 września 2010 roku.

Po raz kolejny J. K. wezwał do odbioru prac etapu IV i prac dodatkowych oraz do zapłaty kwoty 8.540 zł tytułem faktury VAT nr (...).

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia 5 września 2010 roku B. M. powiadomił, że termin spotkania zostanie przez niego wyznaczony po uzyskaniu stosownej opinii rzeczoznawcy.

Podkreślił, że po zapoznaniu się z opinią dokona także odbioru prac związanych z obudową blachą trapezową. Dalej przyznał, że pracownicy J. K. nie zostali dwukrotnie dopuszczeni do pracy, gdyż przyjechali na budowę już po zgłoszeniu reklamacji i chcieli przystąpić do wykonania prac bez wcześniejszego zgłoszenia i bez porozumienia. Zdaniem B. M. w takiej sytuacji nie mógł on dopuścić, by wykonywane były jakiegokolwiek prace mogące wpłynąć na obraz zgłoszonej reklamacji. Wyraził również wątpliwość co do zasadności żądania zapłaty za fakturę VAT nr (...) wskazując, że została ona zapłacona w całości.

Nadto B. M. zwrócił się o wyjaśnienie, dlaczego zamiast płyty firmy (...) do pokrycia dachu użyta została płyta firmy (...). Zaznaczył, że każda zmiana tego rodzaju powinna być uzgodniona z inwestorem i kierownikiem budowy oraz potwierdzona aneksem do umowy.

***dowód: pismo pozwanego z 02.09.2010r. z wyciągami z książki nadawczej - 123-124***

***pismo powoda z dnia 05.09.2010 r. - karta 154***

We wrześniu 2010 roku na zlecenie B. M. rzeczoznawca budowlany T. J. wykonał ekspertyzę budowlaną w zakresie oceny stanu technicznego hali stalowej, wykonanej w oparciu o umowę nr (...).

W ekspertyzie zawarty został opis stwierdzonych usterek.

***dowód: ekspertyza budowlana z września 2010 r. - karta 44 -73***

W piśmie z dnia 24 września 2010 roku J. K. ustosunkowując się do ekspertyzy T. J. podkreślił, że cały czas gotów jest do spotkania i naprawy usterek. Wskazał, że stosownych ustaleń zamierzał dokonać na spotkaniu w dniu 8 września 2010 roku, na które pomimo wezwania B. M. nie stawił się. Ponownie zwrócił się o wyznaczenia spotkania w celu ustalenia sposobu, zakresu i terminu wykonania napraw hali. Przypomniał nadto, że faktura VAT nr (...) nie została w całości opłacona, występuje bowiem niedopłata na kwotę 8.540 zł.

***dowód: pismo z 24.09.2010r. z wyciągiem z książki nadawczej – karta 155-156***

W piśmie z dnia 19 listopada 2010 roku J. K. przedstawił rozliczenie usterek, prac dodatkowych oraz niedopłat dotyczących budowy hali w W..

W rozliczeniu wskazał między innymi na koszty obciążające jego jako wykonawcę w wysokości 25.066 zł netto (w tym koszty naprawy dachu, czyszczenia płyt, piaskowania i malowania słupów oraz różnicę w cenie płyt (...) i (...), która określił na kwotę 13.714 zł) oraz nierozliczone koszty umowy w wysokości 38.161,20 zł netto, obciążające inwestora

(w tym nierozliczona do końca blacha trapezowa, nieopłacona do końca faktura VAT nr (...) i nierozliczony piasek zasypowy).

Różnica między tymi kwotami w wysokości 13.095,20 zł netto (38.161,20 - 25.066) według wyliczenia J. K. obciąża B. M..

J. K. zaproponował spisanie porozumienia i rozliczenia końcowego do dnia 30 listopada 2010 roku.

W odpowiedzi w dniu 28 listopada 2010 roku B. M. drogą elektroniczną poinformował, że niektóre propozycje J. K. są dalekie od jego oczekiwań. Wskazał jednak, że rozliczenie różnicy płyt warstwowych jest do przyjęcia. Zgodził się również z obciążającym J. K. kosztem czyszczenia płyty – pkt 3 pisma z dnia 19 listopada 2010 roku i naprawy dachu – pkt 4, uznał jednak, że piaskowanie policzono za tanio.

Zgodził się z obciążającą jego należnością za blachę trapezową i niedopłatą do faktury VAT nr (...), zanegował natomiast należność za nierozliczony piasek zasypowy.

B. M. przedstawił swoją propozycję rozliczenia z której wynika, że J. K. winien zapłacić na rzecz B. M. kwotę 13.368 zł.

***dowód: pismo pozwanego z dnia 19.11.2010 r. - karta 161-162***

***korespondencja elektroniczna z dnia 28.11.2010 r. - karta 163***

W dniu 17 grudnia 2010 roku sporządzona została notatka służbowa ze spotkania J. K. i B. M. przy współudziale Ł. K. – dyrektora do spraw technicznych firmy (...), zorganizowanego w celu ustalenia spornych kwestii oraz podpisania polubownego porozumienia dotyczącego budowy hali w W..

W notatce wskazano, że B. M. nie podjął próby nawiązania dialogu i opuścił spotkanie bez podpisania jakiegokolwiek porozumienia. Notatka została podpisana przez Ł. K. i J. K..

***dowód: notatka służbowa z dnia 17.12.2010 r. wraz z wyciągiem z książki nadawczej - karta 157-158***

W piśmie z dnia 5 stycznia 2011 roku J. K. uznał usterki wskazane w ekspertyzie budowlanej przeprowadzonej przez T. J.. Zobowiązał się jednocześnie do ich usunięcia w ramach gwarancji. Wskazał, że prace z tym związane nie spowodują żadnych szkód w istniejącym obiekcie oraz zwrócił się o wyznaczenie terminu usunięcia usterek.

W ustosunkowaniu do powyższego w piśmie z dnia 27 lutego 2011 roku B. M. wezwał do usunięcia wskazanych w ekspertyzie wad do dnia 30 maja 2011 roku. Zaznaczył, że warunkiem przystąpienia do prac jest przedstawienie (pisemne) sposobu ich wykonania, w szczególności technologii i sposobu zabezpieczenia. Dodatkowo podkreślił, że po zaakceptowaniu sposobu wykonania, wszystkie prace wykonywane będą pod nadzorem inspektora budowy powołanego przez inwestora. W przypadku nie ukończenia prac do dnia 30 maja 2011 roku inwestor zleci ich wykonanie innemu wykonawcy obciążając kosztami firmę (...).

W piśmie z dnia 18 marca 2011 roku pełnomocnik J. K. wskazał między innymi, że użyte płyty dachowe zostały zamienione za wiedzą i przy akceptacji B. M. ze względu na czas realizacji dostawy przez producenta. Powołał się na dotychczasowe ustalenia oraz podtrzymał w imieniu J. K. wolę rozliczenia różnicy między kwotą zakupu płyt (...) a płyt faktycznie użytych. Wskazał także, że w celu polubownego uregulowania wszelkich spraw związanych z umową J. K. dwukrotnie próbował przystąpić do usuwania usterek, nie został jednak wpuszczony na teren obiektu. Wskazał nadto na gotowość ugodowego załatwienia sprawy prosząc o bezpośredni kontakt w celu ustalenia terminu spotkania.

W odpowiedzi - w piśmie z dnia 6 kwietnia 2011 roku - pełnomocnik B. M. wskazał, że B. M. nigdy nie wyraził zgody na użycie tańszych zamienników płyt (...) i oczekuje refundacji kosztów wykonania prac związanych z wymianą płyt obecnie położonych. Powołując się na uznanie przez J. K. wszystkich usterek pełnomocnik B. M. zaznaczył, że pomiędzy stronami toczone były rozmowy w zakresie sposobu oraz kosztów napraw, za które zobowiązał się zapłacić



J. K.. W związku z tym, że zaproponowana przez niego cena 12 zł za 1m<sup>2</sup> usługi nie jest możliwa, aktualne pozostaje stanowisko, że J. K. zapłaci za prace naprawcze uwzględniając cenę 45 zł za m<sup>2</sup> lub wykona osobiście prace pod nadzorem inspektora nadzoru. W piśmie wyrażono gotowość udziału w spotkaniu w celu polubownego zakończenia sprawy.

**dowód: pismo pozwanego z dnia 05.01.2011 r. - karta 81**

**pismo powoda z dnia 27.02.2011 r. - karta 82-85 oraz 159-160**

**pisma pozwanego z dnia 18.03.2011 r. - karta 164-165**

**pismo powoda z dnia 06.04.2011 r. - karta 79-80**

B. M. zlecił M. K. demontaż obróbek dekarских i ich ponowne ułożenie i uszczelnienie na dachu chłodni w W.. M. K. wystawił za te prace rachunek z dnia 3 marca 2011 roku na kwotę 2436 zł.

**dowód: rachunek nr (...) - karta 43**

W piśmie z dnia 15 lipca 2011 roku J. K. podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz zaproponował telefoniczne ustalenie terminu spotkania celem polubownego zakończenia sporu.

**dowód: pisma pozwanego z dnia 15.07.2011 r. - karta 166**

**Sąd zważył co następuje:**

**I** Strony łączyła umowa o roboty budowlane.

Powód w pozwie wniósł o upoważnienie go do wykonania zastępczo czynności usunięcia wymienionych w punkcie 1 pozwu wad na koszt pozwanego, ewentualnie wniósł o „zasądzenie obniżenia wynagrodzenia” za wykonane z wadami roboty, z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł, tj. o kwotę 232.380 zł.

W świetle art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. dopuszczalne jest żądanie sformułowane w sposób ewentualny, przy czym Sąd orzeka o żądaniu ewentualnym tylko wtedy, gdy oddali żądanie zgłoszone na pierwszym miejscu, jeśli natomiast uwzględni żądanie postawione w pierwszej kolejności, to o żądaniu ewentualnym nie orzeka w ogóle.

W pierwszej kolejności należało więc rozważyć zasadność żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu, tj. żądania o upoważnienie powoda do wykonania zastępczo czynności usunięcia wymienionych w pozwie wad na koszt pozwanego.

Na wstępie wskazać należy, że między stronami nie ma sporu co do tego, że pozwany wykonał prace wadliwie. Zarówno w korespondencji przedprocesowej (opisanej powyżej), jak i w toku procesu pozwany przyznał fakt wystąpienia wad – dotyczy to wszystkich wad, które powód wymienia w żądaniu zgłoszonym na pierwszym miejscu (domagając się upoważnienia do ich usunięcia na koszt pozwanego), co więcej pozwany zadeklarował usunięcie wymienionych wad z wyjątkiem demontażu płyt (...) i obudowania dachu płytami (...). Stanowisko pozwanego zostało jednoznacznie wyrażone na rozprawie w dniu 7 marca 2013 roku – karta 214 verte. W zakresie żądania związanego z zamianą płyt (...) na płyty (...) pozwany wywodził w toku niniejszego postępowania, że nastąpiło to w procesie budowlanym za zgodą powoda, z czego pozwany wyprowadził wniosek, że nie ma obowiązku zamiany płyt z (...) na (...). W korespondencji przedprocesowej (opisanej powyżej) jak i w zeznaniach złożonych na ostatniej rozprawie pozwany wyraził natomiast wolę rozliczenia się z powodem w ten sposób, że zwróci powodowi różnicę w cenie między płytami (...) i (...) (co więcej powód na taką propozycję przystał w korespondencji wysłanej drogą elektroniczną w dniu 28 listopada 2010 roku, gdzie wskazał, że dokonane przez pozwanego w piśmie z dnia 19 listopada 2010 roku „rozliczenie różnicy płyt warstwowych jest do przyjęcia”). Dodać należy, że powód w toku procesu nie negocjował, że korespondencja elektroniczna z dnia 28 listopada 2010 roku pochodzi od niego.

## II

W zakresie żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu pozwany wniósł o oddalenie powództwa wskazując między innymi na to, że art. 480 k.c., mówiący o zastępczym wykonaniu czynności, nie może być stosowany do usunięcia wad przedmiotu umów o dzieło i umów o roboty budowlane. Pozwany przywołał również orzecznictwo sądów prezentujące wskazany pogląd.

Zdaniem Sądu art. 480 k.c. nie może być stosowany wobec powinności usunięcia wad przedmiotu umów o dzieło i umów o roboty budowlane w ramach rękojmi, może mieć natomiast zastosowanie do usunięcia wad w ramach gwarancji.

Należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 lutego 2002 roku (III CZP 86/01), gdzie wskazano, że : „Jeżeli przyjmujący zamówienie nie usunął skutecznie wad dzieła w wyznaczonym terminie (art. 637 § 1 k.c.), zamawiający nie może żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (art. 480 § 1 k.c.)”. W uchwale tej Sąd Najwyższy zaznaczył, że zagadnienie uprawnień z tytułu rękojmi za wady przy umowie o roboty budowlane przedstawia się w zasadzie tak samo, jak przy umowie o dzieło, zgodnie bowiem z art. 656 § 1 k.c. do rękojmi za wady obiektu wykonanego na podstawie umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale po pierwsze uznał, że samodzielne uregulowanie rękojmi za wady dzieła w zasadzie wyłącza stosowanie do tej instytucji przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań (art. 471-486 k.c., w tym art. 480 k.c.). Po drugie Sąd Najwyższy wskazał, że artykuł 480 § 1 k.c. dotyczy zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania, przepisy zawarte w dziale kodeksu cywilnego "Skutki niewykonania zobowiązań", w którym zamieszczony jest art. 480 § 1, rozróżniają jednakże niewykonanie zobowiązania i nienależyte wykonanie zobowiązania. Przyjmujący zamówienie, który w wykonaniu zobowiązania usunięcia wad dzieła (art. 637 § 1 k.c.) przystąpił do naprawy, ale w wyznaczonym terminie skutecznie wad nie usunął, nienależycie wykonał zobowiązanie. Do przypadku tego art. 480 § 1 k.c. nie znajduje zatem zastosowania, skoro przepis ten nie odnosi się do nienależytego wykonania zobowiązania, tylko do niewykonania zobowiązania

Pogląd wyrażony w uchwale z dnia 15 lutego 2002 roku (III CZP 86/01) zdaje się również podzielać powód, na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 roku pełnomocnik powoda wyjaśnił bowiem, że żądanie pozwu zgłoszone na pierwszym miejscu (o upoważnienie powoda do wykonania zastępczego – usunięcia wad) nie odnosi się do żądań z rękojmi, ale z gwarancji.

Stanowisko to powód rozwinął na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 roku, gdzie pełnomocnik powoda wskazał, że „podstawą żądania zgłoszonego w pozwie na I miejscu – żądania upoważnienia powoda do wykonania zastępczego jest umowa o realizacji przedmiotu umowy, a w tej umowie jest zapis § 8 regulujący gwarancję za wady. Podstawą żądania pozwu o upoważnienie do wykonania zastępczego jest § 8 pkt 5, powód wywodzi to roszczenie z umownie uregulowanej gwarancji za wady”.

Dalej pełnomocnik powoda wskazał, że : „zapis § 8 pkt 5 wprost mówi o tym, że powód ma uprawnienie do zastępczej realizacji i może wadę usunąć na koszt pozwanego, czyli wykonawcy”.

Żądanie pozwu zgłoszone na pierwszym miejscu (o upoważnienie powoda do wykonania zastępczego) nie znajduje jednak uzasadnienia w § 8.5 łączącej strony umowy.

Nie budzi wątpliwości, że w § 8 umowy strony uregulowały gwarancję za wady przedmiotu umowy - hali wykonanej w ramach umowy o roboty budowlane przez pozwanego.

W pierwszym rzędzie wskazać należy (co podnosił pozwany w odpowiedzi na pozew), że zgodnie z § 8.2 w przypadku nieprzystąpienia do odbiorów prac lub nieuregulowania wynagrodzenia za przedmiot umowy w wyznaczonych terminach, zleceniodawca (powód) zwalnia wykonawcę (pозwanego) z gwarancji. Oznacza to, że powód traci

uprawnienia z gwarancji w dwóch sytuacjach: gdy nie ureguluje wynagrodzenia za przedmiot umowy w wyznaczonych terminach oraz gdy nie przystąpi do odbiorów prac. Obie te sytuacje miały miejsce.

Niesporny jest fakt, że powód nie zapłacił całości wynagrodzenia - nie dokonał zapłaty części należności z faktury VAT (...) oraz całej należności z faktury VAT nr (...). Fakty te powód przyznał w uzasadnieniu pozwu. Zauważyć również należy, że w korespondencji elektronicznej z dnia 28.11.2010 r. – karta 163 – powód przyznał, że obciąża go „dopłata za fakturę (...)” w kwocie wskazanej w piśmie pozwanego z dnia 19 listopada 2010 roku – czyli 6.661,20 zł netto. Tym samym uznać trzeba, że powód utracił uprawnienia z gwarancji opisane w § 8, nie uregulował bowiem wynagrodzenia za przedmiot umowy w wyznaczonych terminach.

Ponadto powód nie przystąpił do odbioru prac w zakresie IV etapu. Odbiór IV etapu zaplanowany był na dzień 12 sierpnia 2010 roku (co potwierdził pełnomocnik powoda – karta 215), czynności jednak nie przeprowadzono, ponieważ pozwany spóźnił się na spotkanie z powodu robót drogowych. Pozwany wyjaśnił powodowi telefonicznie, a następnie pisemnie przyczynę swojego spóźnienia, po czym w piśmie z dnia 23 sierpnia 2010 roku ponownie wezwał powoda do odbioru prac IV etapu, dalej wezwanie to powtórzył w piśmie z dnia 2 września 2010 roku. Powód w odpowiedzi wskazał, że termin spotkania zostanie przez niego wyznaczony po uzyskaniu stosownej opinii rzeczoznawcy, w konsekwencji odmówił czynności odbiorowych, które mogłyby być połączone z opisaniem wad po przeprowadzeniu oględzin i w obecności obu stron. W oparciu o powyższe uznać należy, że powód nie przystąpił do odbioru prac, nie zareagował bowiem na wezwania pozwanego z dnia 23 sierpnia 2010 roku i z dnia 2 września 2010 roku.

Tym samym powód utracił uprawnienia z gwarancji również w oparciu o drugą z podstaw, wymienionych w § 8.2 umowy.

W świetle powyższego żądanie pozwu zgłoszone na pierwszym miejscu, które powód wywodzi z gwarancji, nie mogło być uwzględnione.

Abstrahując od powyższych rozważań zauważyć należy, że żądanie pozwu zostało sformułowane jako żądanie „upoważnienie powoda do wykonania zastępczo za pozwanego usunięcia wymienionych w pozwie wad na koszt pozwanego”.

Stosunek prawny gwarancji ma charakter umowny, nie budzi wątpliwości, że podlega on zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona przez strony swobodnie, a więc odmiennie od regulacji zawartych w kodeksie cywilnym.

W orzecznictwie wskazuje się, że gwarancja jakości nie jest modyfikacją rękojmi, lecz odrębną, dodatkową formą zabezpieczenia interesów kupującego, nie podlega więc ograniczeniom przewidzianym dla rękojmi. Gwarancji udziela sam gwarant, decydując o tym, w jakim zakresie chce przejąć ryzyko ponad albo obok tego, co przewiduje rękojmia. Treść stosunku gwarancji jest, zgodnie z art. 577 § 1 k.c., kształtowana przez umowę (por. wyrok S.N. z 2012.04.27, CSK 166/11). Umowa gwarancji może np. ograniczyć obowiązki gwaranta do naprawy rzeczy i wyłączyć możliwość żądania wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad (por. wyrok S.N. z 2004.04.16, OSNC 2005/5/82 oraz postanowienie S.N. z 2003.03.05, III CZP 101/02). Gwarancja jakości jest udzielana dobrowolnie, jej treść formułuje gwarant, kupujący zaś przez przyjęcie z rąk sprzedawcy dokumentu gwarancyjnego wyraża zgodę na zawarte w nim warunki gwarancji. Te warunki mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem przepis art. 577 k.c. ma charakter dyspozytywny, za czym przemawia zwrot "poczytuje się w razie wątpliwości" (por. wyrok S.N. z 2000.01.10; III CKN 270/99).

W rozpoznawanej sprawie obie strony dobrowolnie zgodziły się na umowne uregulowanie gwarancji w § 8 umowy.

W ramach gwarancji powodowi służą wyłącznie te uprawnienia, które § 8 przewiduje. Strony przewidziały w § 8.4, że w ramach gwarancji wady i usterki „będą usuwane na koszt wykonawcy” (pozwanego), dalej w § 8.5 przewidziały, że obowiązek usunięcia wad obciąża wykonawcę, ale w określonych okolicznościach zleceniodawca ma prawo „usunąć je na koszt wykonawcy”. W § 8.5 strony postanowiły, że w okolicznościach opisanych w § 8.5 po stronie

powoda powstanie uprawnienie kształtujące, którego treść stanowi możliwość doprowadzenia własnym działaniem do wykonania zobowiązania pozwanego w zakresie usunięcia wad. Umowa stron nie przewiduje przy tym, aby powód przed przystąpieniem do tych czynności musiał uzyskać „upoważnienie” w postaci wyroku sądowego.

Za takim rozumieniem umowy przemawia nie tylko treść § 8 umowy, ale także zachowanie powoda przed wytoczeniem procesu, a więc pisma powoda, który np. w protokole z dnia 12 sierpnia 2010 roku oświadczył, że „skorzysta z przysługującego mu prawa usunięcia usterek siłami osób trzecich, a kosztami robót obciąży wykonawcę” (karta 38), natomiast w piśmie z dnia 27 lutego 2011 roku wskazał, że „W przypadku nie ukończenia prac do dnia 30 maja 2011 roku inwestor zleci ich wykonanie innemu wykonawcy obciążając kosztami firmę (...)” (karta 83). W żadnym z pism powód nie wskazuje, że wystąpi do Sądu o „upoważnienie”, opierając się na § 8.5 umowy powód zapowiada natomiast wprost skorzystanie z możliwości doprowadzenia własnym działaniem do wykonania zobowiązania pozwanego w zakresie usunięcia wad, a następnie obciążenie go kosztami tych działań.

W świetle zapisów § 8.5 umowy roszczenie powoda o upoważnienie, dochodzone w niniejszym procesie, jest wyłączone. Umowa daje bowiem powodowi uprawnienie do skorzystania z czynności opisanych w § 8.5 umowy wprost, bez upoważnienia Sądu. Powód może bowiem w oparciu o § 8.5 bez upoważnienia Sądu przystąpić do usunięcia wad i usterek na koszt wykonawcy, o ile pozwany nie dopełni ciążącego na nim z mocy gwarancji obowiązku usunięcia wad. Po wykonaniu przez powoda czynności w postaci usunięcia wad zobowiązanie pozwanego do spełnienia świadczenia (usunięcia wady) zamieni się w obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez powoda – natomiast w razie braku zapłaty ze strony pozwanego powód będzie mógł poszukiwać ochrony swoich praw w drodze powództwa o zapłatę. Dodać należy, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że niniejsze powództwo zostałoby uwzględnione, tj. Sąd upoważniłby powoda do usunięcia wad na koszt pozwanego, to uzyskanie tych kosztów od pozwanego, o ile pozwany nie dokona zapłaty dobrowolnie, będzie ze strony powoda i tak wymagało wytoczenia procesu o zapłatę.

W świetle łączącej strony umowy (§ 8) przyjąć więc należy, że powodowi nie służy roszczenie o upoważnienie przez Sąd do wykonania czynności (usunięcia wad) na koszt pozwanego, ponieważ strony umownie ustaliły, że będzie on mógł bez upoważnienia Sądu własnym działaniem doprowadzić do wykonania zobowiązania pozwanego w zakresie usunięcia wad. Umowne ustalenia stron zakładają więc, że powód będzie mógł w każdym wypadku, a nie tylko w wypadkach nagłych (jak stanowi to art. 480 § 3 k.c.) wykonać bez upoważnienia Sądu czynność na koszt dłużnika.

Stosunek prawny gwarancji podlega zasadzie swobody umów, strony mogły więc w taki sposób uregulować wynikające z gwarancji obowiązki pozwanego i uprawnienia powoda. Taka regulacja nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353<sup>1</sup> k.c.).

Dodać należy, że podobne rozumowanie przeprowadzone zostało w powołanym przez pozwanego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. (V ACa 88/09), w którym Sąd ten wskazał, że „byłoby całkowicie nielogicznym przyznanie inwestorowi prawa żądania uprawnienia przez sąd do wykonania zastępczego zobowiązania, skoro na podstawie art. 636 § 1 k.c. inwestor uprawnienie do wykonania zastępczego posiada z mocy ustawy, bez konieczności występowania na drogę sądową”.

W rozpoznawanej sprawie strony w umowie przyznały inwestorowi uprawnienie do wykonania zastępczego, bez konieczności występowania na drogę sądową.

Powództwo, którego żądanie sformułowane zostało jako żądanie upoważnienia do wykonania zastępczo za pozwanego na jego koszt usunięcia wad, podlega więc oddaleniu.

W tym stanie rzeczy bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, czy powód mógł skorzystać z uprawnienia opisanego w § 8.5 (czy spełniły się przesłanki ustalone przez strony w tym zapisie umownym), będzie to bowiem przedmiotem badania Sądu w ewentualnym procesie o zwrot kosztów wykonania zastępczego.

Dla porządku należy jednak wskazać, że w niniejszym procesie powód nie wykazał przesłanek z § 8.5. Wprawdzie sam fakt wykonania robót w sposób wadliwy jest niesporny, niesporny jest też fakt zamiany w procesie budowlanym płyt

z (...) na (...), § 8.5 daje jednak powodowi uprawnienie do wykonania zastępczego tylko „w przypadku nieusunięcia przez wykonawcę wad i usterek w wyznaczonym terminie”, chyba że „nieterminowe wykonanie spowodowane jest warunkami atmosferycznymi lub innymi przyczynami niezależnymi od wykonawcy, a uniemożliwiającymi prowadzenie prac”.

Materiał dowodowy wskazuje, że nieterminowe wykonanie usunięcia wad przez pozwanego spowodowane jest przyczynami niezależnymi od niego - powód nie dopuszcza bowiem pracowników pozwanego do wykonywania tych czynności.

Przesłuchany w charakterze strony powód wskazał, że: „Jeśli pan K. zobowiąże się, że będzie wykonywał te prace zgodnie ze sztuką, nie uszkodzi mojej chłodni, to ja jestem gotów do takiego porozumienia, tj. do tego, aby przyszedł i wykonał te naprawy. Wyobrażam to sobie w ten sposób, że biegły rzeczoznawca określi sposób naprawy tych uszkodzeń, Sąd zobowiąże wykonawcę do tego, żeby to robił zgodnie z tą metodą, przy kontroli mojego kierownika budowy. Jeżeli pan K. zobowiąże się przed Sądem, że wykona te prace zgodnie ze sztuką i zaleceniami biegłego pod moim nadzorem, to jestem gotów odstąpić od tej części pozwu, która mówi o usunięciu rdzy z konstrukcji”.

Wynika stąd, że powód uzależnia dopuszczenie pozwanego do usunięcia usterek od uprzedniego zlecenia biegłemu rzeczoznawcy określenia sposobu naprawy oraz od uzyskania dodatkowego wyroku sądowego zawierającego nakaz usuwania usterek w sposób określony przez biegłego.

Dalej powód wskazał, że ; „Jeżeli w ciągu najbliższych dni pozwany przyjechałby ze swoją ekipą w celu usuwania wymienionych w pozwie wad, to ja go nie wpuszczę na teren mojej chłodni bez uprzedniej opinii biegłego, który określi technologię usuwania usterek. A nadto będę wymagał oświadczenia pozwanego, że wykona te prace zgodnie z zaleconą technologią”.

Ponadto powód przyznał, że w punkcie drugim pisma z dnia 27 lutego 2011 roku (doręczonego pozwanemu przed procesem) określił w jaki sposób pozwany ma usunąć usterki kierując się opinią biegłego, stwierdził też, że jest „otwarty”, ponieważ zgodzi się nie tylko na metodę określoną przez biegłego, ale też na każdą inną, która jest „równie dobra albo lepsza”.

Dalej powód wskazał : „dopuszczenie pozwanego do prac przy usuwaniu usterek uzależniałem od pokrycia przez pozwanego dodatkowych kosztów w postaci wynagrodzenia kierownika budowy bądź inwestora nadzoru – jednej osoby z mojej strony, która będzie to nadzorować. Dla mnie to było logiczne, że jeśli te uszkodzenia wynikły nie z mojej winy, tylko z winy wykonawcy, to koszty dodatkowego nadzoru powinien ponieść pozwany”.

Z powyższego wynika, że powód stawia pozwanemu dalsze warunki uzależniające zgodę na usuwanie usterek – zobowiązanie się pozwanego, że pokryje koszty wynagrodzenia wskazanej przez powoda osoby, która będzie nadzorować usuwanie usterek.

Powyższe okoliczności – przyznane przez powoda – przesądzają o tym, że nieterminowe wykonanie usunięcia wad przez pozwanego spowodowane jest przyczynami niezależnymi od niego. Pozwany już w pismach przedprocesowych wyrażał wolę usunięcia usterek, potwierdził ją również w niniejszym procesie, natomiast powód nie pozwala na tą czynność pozwanemu uzależniając ją od dodatkowych warunków (opinia biegłego, wyrok Sądu, zobowiązanie pokrycia kosztów wynagrodzenia wskazanej przez powoda osoby).

Podkreślenia wymaga, że materiał dowodowy nie wskazuje na to, aby pracownicy pozwanego przystąpili do usuwania usterek w sposób sprzeczny z normami czy też sztuką budowlaną. Stwierdzenie tego faktu wymaga oceny działań pracowników pozwanego przez osobę posiadającą wiadomości specjalne, powód nie powołał jednak w pozwie dowodu z opinii biegłego na tą okoliczność (dowód z opinii biegłego został powołany przez powoda dla wykazania niespornego faktu wykonania robót z wadami oraz dla ustalenia wysokości kosztów usunięcia wad).

Tym samym przyjąć należy, że powód nie wykazał przesłanek, od których § 8.5 uzależnia przyznane powodowi uprawnienie do wykonania zastępczego.

Z przyczyn opisanych powyżej żądanie zgłoszone na pierwszym miejscu podlegało oddaleniu, o czym orzeczono w punkcie I sentencji.

### **III**

Żądanie ewentualne zostało opisane w pozwie jako „zasądzenie obniżenia wynagrodzenia” z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł tj. o kwotę 232.380 zł. Na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 roku pełnomocnik powoda sprecyzował, że występując z tak opisanym żądaniem domaga się, aby Sąd w sentencji wyroku zawarł stwierdzenie, że obniża wynagrodzenie za wykonanie umowy z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł. Pełnomocnik powoda wyjaśnił przy tym, że nie jest to żądanie o zapłatę, czyli o zasądzenie tej różnicy.

Jako podstawę prawną tego żądania pełnomocnik powoda podał, że znajduje się ona w uprawnieniach z rękojmi, czyli w art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c.

Na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 roku pełnomocnik powoda wskazał natomiast, że : „Drugie żądanie – żądanie ewentualne, wynika z rękojmi. Jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania, to inwestor może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Kwota 232.380 zł jest różnicą między kosztem pokrycia dachowego i kosztem usunięcia wad. Ta kwota stanowi wartość przedmiotu sporu przy tym drugim żądaniu. Ja nie żądam zapłaty tej kwoty, bo szkoda w tej wysokości nie została jeszcze usunięta i żądanie o zapłatę mogło być przedwczesne. Ja domagam się tego, aby sąd w wyroku uwzględniając to żądanie określił treść łączącego strony stosunku w ten sposób, że wynagrodzenie ulega obniżeniu z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł, a więc o kwotę 232.380 zł. Drugi proces musielibyśmy wytoczyć o zapłatę tej kwoty”.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2004 r. (III CZP 96/03), podjętej w składzie 7 sędziów, Sąd Najwyższy poddał ocenie charakter uprawnień wynikających z rękojmi. Uchwała odnosi się do uprawnień dotyczących rękojmi z umowy sprzedaży, rozważania dotyczące uprawnienia jakim jest żądanie obniżenia ceny pozostają jednak aktualne wobec żądania obniżenia wynagrodzenia, które przysługuje inwestorowi zlecającemu roboty budowlane (art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c.).

W uzasadnieniu powołanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że uprawnienie, którego treścią jest żądanie obniżenia ceny, to roszczenie o zapłatę przez sprzedawcę kupującemu kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy wartością rzeczy wolnej od wad a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad. Dalej Sąd Najwyższy wyjaśnił, że skoro strony umowy sprzedaży określiły wartość rzeczy wolnej od wad w postaci ceny, to stwierdzenia, jaka jest wartość rzeczy wadliwej, także najłatwiej dokonać odsyłając do ceny i zdefiniować je w postaci żądania obniżenia ceny. Te sformułowania ustawy nie muszą jednak być rozumiane dosłownie jako uprawnienie do ukształtowania na nowo treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego sprzedaży, lecz jako sposób ustalenia różnicy pomiędzy wartością rzeczy wolnej od wad i rzeczą wadliwą. Tak też sugeruje sama treść ustawy, gdyż w art. 560 § 3 k.c. mowa jest o obniżeniu ceny w takim stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad. Żądanie obniżenia ceny, o którym mowa w art. 560 § 1 k.c., to zatem nic innego, jak roszczenie kupującego o zapłatę przez sprzedawcę kwoty, która odpowiada różnicy pomiędzy wartością rzeczy wolnej od wad a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad. W konsekwencji, w majątku sprzedawcy, jako następstwo wykonania umowy sprzedaży, powinna pozostać kwota równa obniżonej cenie. W takim tylko znaczeniu, bardziej ekonomicznym niż prawnym, należy rozumieć użyte w art. 560 k.c. określenie "żądać obniżenia ceny". Dopiero skutkiem zapłaty przez sprzedawcę kwoty, której zażądał od niego kupujący na podstawie art. 560 § 1 k.c., będzie doprowadzenie do tego, że świadczenia stron umowy sprzedaży staną się dla nich na powrót ekwiwalentne. Wysokość żądanej kwoty ustala kupujący, kierując się wskazaniem zawartym w art. 560 § 3 k.c., a w razie sporu pomiędzy stronami, jej wysokość ustali sąd.

Dalej Sąd Najwyższy poddał ocenie kolejne uprawnienia z rękojmi - żądanie usunięcia wady lub dostarczenia rzeczy wolnej od wad. Także w tym zakresie Sąd Najwyższy wskazał, że uprawnienia te wykazują cechy roszczenia, a nie praw kształtujących. Poszukiwanie podstawy dla tych roszczeń we wcześniejszym oświadczeniu woli kupującego, które zmierzać miałyby do ukształtowania na nowo stosunku zobowiązaniowego sprzedaży, jest zbędne i nie można się go dopatrywać w zachowaniach podejmowanych przez kupującego; występuje on przecież bezpośrednio do sprzedawcy, aby ten zachował się w określony sposób.

Zbędność tego oświadczenia (podobnie jak w przypadku „żądania obniżenia ceny” – co podkreślił Sąd Najwyższy), bierze się stąd, że roszczenia te są przyznane niezależnie od istniejącego i już wykonanego stosunku zobowiązaniowego. Ponieważ sprzedawca wykonał swoje świadczenie nienależycie (rzecz ma wady), kupujący nie zmienia istniejącego między stronami stosunku zobowiązaniowego, lecz przez przyznane mu z mocy prawa roszczenia uzyskuje swoistą rekompensatę za nienależyte wykonanie zobowiązania przez sprzedawcę. Z punktu widzenia funkcjonalnego sytuacja jest podobna do tej, w której wierzycielowi przysługuje roszczenie odszkodowawcze, gdyż jego realizacja nie polega na ukształtowaniu na nowo, w drodze jednostronnej czynności prawnej wierzyciela istniejącego stosunku zobowiązaniowego, ale na przyznaniu mu z mocy ustawy dodatkowego uprawnienia, za pomocą którego chroni się jego uzasadniony interes.

Tak też należy ocenić znajdujące podstawę w art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. żądanie obniżenia wynagrodzenia, które przysługuje inwestorowi zlecającemu roboty budowlane. Powód powołując się na uprawnienie z rękojmi polegające na „żądaniu obniżenia wynagrodzenia” winien więc dochodzić zapłaty odpowiednio wyliczonej kwoty pieniężnej. Realizacja tego uprawnienia z rękojmi nie polega natomiast – jak wyjaśnił Sąd Najwyższy – na ukształtowaniu istniejącego stosunku zobowiązaniowego na nowo, w drodze jednostronnej czynności prawnej wierzyciela bądź też orzeczenia Sądu.

Żądanie pozwu sformułowane zostało jako „zasądzenie obniżenia wynagrodzenia”. Wynagrodzenie przysługuje wykonawcy robót budowlanych, powód jako inwestor nie może więc – co oczywiste – żądać zasądzenia wynagrodzenia na swoją rzecz. Może jednak żądać zasądzenia kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy wartością wybudowanego obiektu wolnego od wad, a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad. Powód nie wystąpił jednak z żądaniem zapłaty tak określonej kwoty, domagał się natomiast tego, aby sąd w wyroku określił treść łączącego strony stosunku w ten sposób, że wynagrodzenie ulega obniżeniu z kwoty 674.660 zł do kwoty 442.280 zł, a więc o kwotę 232.380 zł. Takie roszczenie polegające na ukształtowaniu na nowo istniejącego stosunku zobowiązaniowego – co zaznaczono powyżej i co wyjaśnił Sąd Najwyższy w cytowanej uchwale – nie znajduje podstaw w przepisach regulujących rękojmię za wady.

Sąd jest związany żądaniem pozwu i nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem pozwu (art. 321 § 1 k.p.c.), żądanie zgłoszone przez powoda, nie będące żądaniem o zapłatę, nie znajdowało jednak podstawy w przepisach regulujących rękojmię za wady.

Tym samym żądanie pozwu zgłoszone jako ewentualne również podlegało oddaleniu, o czym orzeczono w punkcie III sentencji wyroku.

Dodatkowo wskazać należy, że kwota 232.380 zł, o którą zdaniem powoda należy obniżyć wynagrodzenie, nie została wyliczona jako kwota odpowiadająca różnicy pomiędzy wartością wybudowanego obiektu wolnego od wad, a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad. W pozwie (karta 12) powód wskazał, że kwota ta stanowi koszt usunięcia wad. Powód powołał dowód z opinii biegłego również dla wykazania wysokości kosztów usunięcia wad (wraz z kosztem zamiany płyt z (...) na (...)). W przypadku przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego zgodnie z tezą powoda w niniejszym procesie nie doszłoby więc do udowodnienia wysokości roszczenia powoda o zapłatę kwoty wynikającej z przysługującego z rękojmi uprawnienia do „obniżenia wynagrodzenia”, powód powołał bowiem dowód z opinii biegłego w celu wykazania wysokości całkiem innej należności.

Co więcej zauważyć należy, że powodowi przysługiwałoby roszczenie o „obniżenie wynagrodzenia” z art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. jedynie w sytuacji gdyby wady, jakie powód wymienia w pozwie, nie były wadami istotnymi. Ocena wad zmierzająca do zakwalifikowania ich jako istotne bądź nieistotne wymaga wiadomości specjalnych. Zakreślona przez powoda teza, odnosząc się do opinii biegłego, nie uwzględnia jednak ani ustalenia różnicy pomiędzy wartością wybudowanego obiektu wolnego od wad, a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad (co już wskazano powyżej), ani oceny wad pod kątem ustalenia, czy są one istotne czy nieistotne.

Z powyższego wynika, że powód (abstrahując od błędnego określenia żądania) nie podjął czynności procesowych zmierzających do wykazania wysokości oraz przesłanek ewentualnego roszczenia o „obniżenie wynagrodzenia”, którego podstawą prawną jest art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c., nie powołał bowiem dowodu z opinii biegłego ani dla ustalenia różnicy pomiędzy wartością wybudowanego obiektu wolnego od wad, a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad, ani dla wykazania, czy wady obiektu są istotne, czy nieistotne.

#### **IV**

Stan faktyczny sprawy Sąd ustalił opierając się na dołączonych do akt dowodach z dokumentów, dowodzie z przesłuchania świadka J. M. oraz dowodzie z przesłuchania stron.

Dokumenty nie były przez strony kwestionowane. Zeznania świadka oraz stron Sąd ocenił jako wiarygodne, korespondowały one ze sobą wzajemnie i z zebranymi w sprawie dowodami z dokumentów. Między stronami nie było sporu co okoliczności faktycznych mające decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia : co do tego, że pozwany wykonał prace wadliwie, co do wystąpienia wymienionych w żądaniu pozwu wad, w tym co do tego, że pozwany dokonał zamiany płyt (...) na (...). Dowody z zeznań pozostałych powołanych świadków (poza J. M.) zostały przez Sąd pominięte, powołano je bowiem bądź dla wykazania okoliczności niespornych, bądź dla wykazania okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia.

Z tych samych przyczyn, opisanych już we wcześniejszej części uzasadnienia, pominięty został przez Sąd dowód z opinii biegłego. Powód powołał dowód z opinii biegłego dla wykazania, że obiekt został wykonany wadliwie (co jest niesporne), tym samym dowód z opinii biegłego w ogóle nie był potrzebny do rozpoznania żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu. Ponadto dowód ten został powołany przez powoda dla wykazania kosztów usunięcia wad. Ta druga okoliczność nie miała znaczenia dla wykazania wysokości roszczenia o „obniżenie wynagrodzenia”, którego podstawą prawną jest art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c., w świetle tych przepisów znaczenie ma bowiem inna kwota - różnica pomiędzy wartością wybudowanego obiektu wolnego od wad, a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad. Przeprowadzenie dowodu na wskazaną przez powoda okoliczność było nadto niecelowe z uwagi na to, że powód nie wystąpił z żądaniem o zapłatę, a tylko takie roszczenie wynika z art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c.. Dowód z opinii biegłego Sąd pominął więc z uwagi na to, że został powołany dla wykazania okoliczności niespornych oraz okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia.

#### **V**

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 § 1 i 2 k.p.c.

W odniesieniu do żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu stroną przegrywającą proces jest powód. Na rzecz pozwanego zasądzono więc koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł oraz koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – 17 zł, o czym orzeczono w punkcie II sentencji wyroku.

W odniesieniu do żądania zgłoszonego jako ewentualne również powód był stroną przegrywającą proces. Na rzecz pozwanego zasądzono więc koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł, o czym orzeczono w punkcie IV sentencji. Wartość przedmiotu sporu w zakresie żądania ewentualnego wyniosła – tak jak i żądania zgłoszonego na pierwszym miejscu – 232.380 zł (wartość przedmiotu sporu w zakresie żądania ewentualnego pełnomocnik powoda wskazał na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 roku – karta 227 verte).



Orzekając o kosztach sądowych w zakresie żądania zgłoszonego jako ewentualne Sąd zobowiązał powoda (jak stronę przegrywającą proces w zakresie tego żądania) do uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwoty 11.619 zł tytułem opłaty od pozwu (od żądania ewentualnego). Wskazać należy, że – jak przyjął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 sierpnia 2007 roku (V CZ 68/07) – obowiązek uiszczenia opłaty od żądania ewentualnego powstaje w wypadku nieuwzględnienia żądania zgłoszonego w pozwie jako pierwsze, przy czym jeżeli o obu żądaniach (pierwszym i ewentualnym) Sąd rozstrzyga jednym wyrokiem, orzeka w nim jednocześnie o ściągnięciu opłaty należnej od żądania ewentualnego (por. także postanowienie S.N. z dnia 20 maja 1987 r., I CZ 55/87, OSNC 1988/11/160). Za takim rozwiązaniem przemawia unormowanie zawarte aktualnie w art. 130<sup>3</sup> § 2 k.p.c., zgodnie z którym jeżeli obowiązek uiszczenia opłaty powstaje w danym stadium postępowania, to o ściągnięciu tej opłaty Sąd orzeka w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji, stosując odpowiednio zasady obowiązujące przy zwrocie kosztów procesu.

W rozpoznawanej sprawie powód jest stroną przegrywającą proces w zakresie żądania ewentualnego, stąd też powód został obciążony obowiązkiem uiszczenia opłaty sądowej.