

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 29 maja 2013 roku powód (...) Spółka Akcyjna Spółka komandytowa w Ł. wniósł o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, że pozwany Park spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (...) spółka komandytowa w Ł. ma zapłacić powodowi kwotę 211.054,40 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od kwot i dat wskazanych w petitum pozwu oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Uzasadniając swoje żądanie powód wskazał, że strony zawarły w dniu 1 października 2011 roku umowę, której przedmiotem było wybudowanie budynku salonu samochodowego z serwisem samochodowym w Ł. przy ul. (...) za wynagrodzeniem, na podstawie projektu budowlanego dostarczonego przez pozwaną spółkę. Powód wykonał zleczone mu prace, co skutkowało podpisaniem przez strony w dniu 13 sierpnia 2012 roku protokołu odbioru robót. W załączniku nr 19 do protokołu odbioru pozwany wskazał zastrzeżenia do niektórych prac powoda. Zdaniem powoda wszystkie wymienione usterki zostały przez niego usunięte. Mimo tego pozwany odmówił zapłaty za wykonane prace. Nadto z uwagi na odmowę dokonania przez pozwanego bezusterkowego odbioru robót, powód nie miał możliwości uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej, do czego był zobowiązany zapisem 12 ust. 1 umowy. Jednocześnie brak uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej miał uprawniać pozwanego do wstrzymania płatności kwoty 150.000 złotych netto do czasu dostarczenia gwarancji bądź upływu jej terminu. Żądana przez powoda w pozwie suma obejmuje zatem wynagrodzenie za wykonane przez niego prace i zużyte materiały w związku z wykonaniem zawartej umowy. Ponadto roszczeniem pozwu objęte jest także żądanie zapłaty za prace dodatkowe wykonane przez powoda w okresie maj-sierpień 2012 roku na łączną kwotę 20.853,35 złotych powiększoną o podatek vat w stawce 23%, tj. łącznie 25.649,62 złotych brutto. Prace te były niezbędne do wykonania dalszych robót na terenie budowy i obejmowały prace przy wykopach oraz przy wywozie ziemi. Dodatkowo powód wykonał w porozumieniu z pozwanym zmianę względem projektu budowlanego w postaci zainstalowania świetlików dachowych spełniających normę NRO (nierozprzestrzeniające ognia) na żądanie obowiązkowej inspekcji przeprowadzonej przez Państwową Straż Pożarną przed odbiorem końcowym budynku i poniósł koszty z tym związane.

(pozew k. 2-15)

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 16 września 2013 roku Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

(nakaz zapłaty k. 108)

Sprzeciwem z dnia 8 października 2013 roku pozwany zaskarżył powyższy nakaz zapłaty w całości i wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego stanowiska pozwany przyznał, że między stronami doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane, zgodnie, z którą powodowa spółka jako generalny wykonawca miała za zadanie wybudować obiekt budowlany na zlecenie pozwanego. Doprowadzono do ukończenia inwestycji oraz do oddania obiektu do użytkowania. W dniu 13 sierpnia 2012 roku strony przystąpiły do odbioru robót, sporządzając protokół potwierdzający ich odebranie ze wskazaniem zauważonych przez inwestora wad. Pozwany podniósł przy tym, że kwota 184.500,00 złotych wynikająca z faktur Vat nr (...) została zatrzymana za zgodą stron do czasu ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej, a skoro jej nie przedstawiono, to stanowi kaucję gwarancyjną zatrzymaną za zgodą powódki wyrażoną w protokole z dnia 13 sierpnia 2012 roku. Kwota 5.701,05 złotych wynikająca z faktury Vat nr (...) a dotycząca świetlików z cechą (...) jest zdaniem pozwanego nienależna ponieważ wykonawca kupił i zamontował świetliki niezgodne z projektem oraz z pominięciem procedury akceptacji przez inspektora nadzoru przewidzianej w § 3 ust. 7 umowy. Za nienależną pozwany uznał również kwotę 25.649,62 złotych żadaną przez powoda za wykonanie prac dodatkowych i wynikającą z kosztorysów za okres maj-sierpień 2012 roku. Kosztorysy te nie zostały bowiem zaakceptowane przez inspektora nadzoru. Ponadto powód wbrew postanowieniom umowy nigdy nie wystawił faktury obejmującej przedmiotową sumę.

(sprzeciw k. 115-120)

W piśmie procesowym z dnia 16 maja 2014 roku powód sprecyzował wartość przedmiotu sporu i wskazał, że żądana w pozwie kwota stanowi łącznie 215.850,67 złotych.

(pismo procesowe powoda k. 266)

W piśmie procesowym z dnia 30 września 2016 roku powód cofnął pozew w zakresie kwoty 61.500,00 złotych z uwagi na uiszczenie tej sumy przez pozwanego oraz podtrzymał żądanie zasądzenia kosztów postępowania również od tej kwoty, z uwagi na fakt, iż została ona wpłacona długo po wszczęciu postępowania.

(pismo procesowe k. 574)

Na rozprawie w dniu 23 marca 2017 r. pełn. powoda cofnął powództwo w zakresie kwoty 22.000,00 złotych z uwagi na dokonaną zapłatę.

(protokół rozprawy k-594)

Na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2017 r. pełn. powoda oświadczył, iż złożone wcześniej oświadczenia o częściowym cofnięciu powództwa obejmowały także zrzeczenie się roszczenia w zakresie dokonanej zapłaty.

(protokół rozprawy k-623)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 1 października 2011 roku strony sporu zawarły umowę na mocy, której pozwany jako zamawiający zlecił powodowi jako wykonawcy wybudowanie budynku salonu samochodowego z serwisem samochodowym w Ł., przy ul. (...) na działce nr (...). Przedmiot umowy miał zostać wykonany na podstawie dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji. W trakcie prac miały być sukcesywnie, w sposób nie zakłócający cyklu prac dostarczone projekty wykonawcze (§ 1 umowy). Strony ustaliły, że rozpoczęcie prac nastąpi w dniu 1 października 2011 roku, zaś zakończenie w dniu 31 lipca 2012 roku. Zamawiający zobowiązał się przystąpić do odbioru zgodnie z uzgodnionym harmonogramem stanowiącym załącznik nr 1 do umowy w nieprzekraczalnym terminie siedmiu dni od dnia zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do obioru. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony przyjęły sporządzenie i podpisanie protokołu końcowego odbioru robót w którym zostanie stwierdzone należyte wykonanie umowy. Stwierdzenie wad podczas rozpoczętego odbioru końcowego przesunęło termin końcowego odbioru robót o czas niezbędny na usunięcie usterek (§ 2 umowy). Szacunkową wartość prac strony określiły na kwotę 5.000.000,00 złotych. Wynagrodzenie wykonawcy miało zostać ustalone na podstawie kosztorysów powykonawczych sporządzonych w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych. Ustalono następujące dane wyjściowe do kosztorysowania:

- stawka robocizny- 13,50 zł/rbg,
- koszty pośrednie liczone od robocizny i prac sprzętu – 65%
- zysk liczony od robocizny, pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich – 11,6%,
- cena najmu sprzętu liczona według średnich cen katalogu S.
- koszty zakupu i transportu materiałów liczone od wartości wbudowanych materiałów 6,5%.

Po zakończeniu każdego z etapów prac, jednak nie rzadziej niż raz w miesiącu, wykonawca był zobowiązany zgłosić wykonany etap prac do odbioru inspektorowi nadzoru inwestorskiego. Odebranie danego etapu, dla swojej ważności musiało zostać stwierdzone protokołem odbioru podpisanym przez inspektora nadzoru inwestorskiego i uprawnionego przedstawiciela wykonawcy. Po zaakceptowaniu przez inspektora nadzoru inwestorskiego jakości i

rodzaju wykonanych prac wykonawca zobowiązany był przedłożyć inspektorowi nadzoru inwestorskiego kosztorys powykonawczy danego etapu prac, który dopiero po jego zaakceptowaniu stanowić miał podstawę do wystawienia przez wykonawcę faktury vat obejmującej wynagrodzenie wykonawcy za zrealizowanie danego etapu prac. Zapłata za wystawioną fakturę następować miała w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia zamawiającemu. Przed dokonaniem zakupu materiałów wykonawca zobowiązał się do przedstawienia ofert na zakup tych materiałów. Czynności te wymagały pisemnej akceptacji inspektora nadzoru, pod rygorem braku zapłaty za poniesione wydatki (§ 3 umowy). Zgodnie z zapisem § 7 umowy wykonawca udzielił trzyletniej gwarancji jakości na przedmiot umowy wręczając dokument gwarancyjny w zakresie uprawnień gwarancyjnych. Strony uzgodniły, że jeżeli wykonawca nie będzie usuwać wad w terminach wyznaczonych przez zamawiającego lub wynikających z udzielonej gwarancji, to zamawiający upoważniony był do usunięcia wad na koszt wykonawcy. Przystąpienie do usunięcia wad na koszt wykonawcy miało zostać poprzedzone pismem w tej sprawie. Należność z tytułu zastępczego usunięcia wad uprawniała zamawiającego do dokonania potrącenia należności z tego tytułu z wynagrodzenia objętego najbliższą fakturą lub z kaucji gwarancyjnej. W § 12 umowy wykonawca zobowiązał się do zawarcia polisy ubezpieczeniowej na okres trwania gwarancji w kwocie 150.000,00 złotych w celu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń w okresie trwania gwarancji. W przypadku pokrycia kar umownych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający w celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z umowy, był uprawniony do zatrzymania należytej kwoty zabezpieczenia poprzez potrącenie jej najbliższych faktur, aż do osiągnięcia pełnej kwoty zabezpieczenia.

(umowa k. 35-45)

W trakcie wykonywania prac powód przedstawiał pozwanemu kosztorys powykonawczy, który był weryfikowany przez inspektora nadzoru. Po dokonaniu pozytywnej weryfikacji dokonywano odbioru częściowego robót, a następnie powód wystawiał fakturę za wykonane prace.

(zeznania świadka G. W. e-protokół rozprawy z dnia 7.05.2012r. czas nagrania 01:00:45, zeznania świadka M. S. e-protokół rozprawy z dnia 7.05.2012r. czas nagrania 01:00:45, zeznania świadka E. J. e-protokół rozprawy z dnia 6.02.2015r. czas nagrania 00:34:01, zeznania świadka B. G. e-protokół rozprawy z dnia 6.02.2015r. czas nagrania 01:31:24, zeznania pozwanego e-protokół z dnia 23 marca 2017 r. czas nagrania 00.19.45- (...).24.)

W piśmie z dnia 10 sierpnia 2012 roku zawierającym stanowisko Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Ł. w zakresie ochrony przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym, wskazano, że zastosowane naświetlenia dachowe w wykonanym przez powoda obiekcie nie posiadają udokumentowanej cechy nierozprzestrzeniania ognia (...), a jedynie cechę (...) (słabe rozprzestrzenianie ognia). Nadmieniono przy tym, że niezgodności te wynikały z niespełnienia przez rozwiązania techniczne zawarte w projekcie budowlanym wymagań ochrony przeciwpożarowej i miały negatywny wpływ na poziom bezpieczeństwa pożarowego budynku. Powyższe ustalenia stanowiły podstawę do wniesienia uwagi w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie rozpatrywanego obiektu, pomimo stwierdzenia zgodności jego wykonania z projektem budowlanym. Charakter stwierdzonych nieprawidłowości pozwalał jednak na rozpoczęcie użytkowania obiektu.

(pismo Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Ł. k. 79).

Z części przeciwpożarowej projektu wynika, że poszczególne elementy budynku, w tym konstrukcja i pokrycie dachu muszą być nierozprzestrzeniające ognia.

(projekt budowlany – wyciąg -k-158, wyjaśnienia projektanta k-159, zeznania św. F. A. e-protokół z dnia 4 sierpnia 2015 r. adnotacje 00.20.56, zeznania św. J. K. e-protokół z dnia 7 maja 2014 r. adnotacje 00.41.40, zeznania św. B. G. e-protokół z dnia 6 lutego 2015 r. adnotacje 02.06.35)

W dniu 13 sierpnia 2012 roku strony podpisały protokół odbioru końcowego robót, w którym stwierdzono występowanie wad w wykonanych przez powoda pracach, wyszczególnionych w załączniku nr 19 do protokołu. Jako termin usunięcia usterek strony wskazały 30 listopada 2012 roku. Ponadto ustalono, iż okres gwarancji biegnie od dnia 13 sierpnia 2012 roku i kończy się w odniesieniu do poszczególnych elementów budynku po upływie czasu

określonego w karcie gwarancyjnej zgodnie z umową zawartą pomiędzy inwestorem a wykonawcą, z wyłączeniem zgłoszonych robót posiadających wady i usterki, co do których okres gwarancji liczony miał być od dnia potwierdzenia ich usunięcia. W treści protokołu wpisano również, że strony umowy ustaliły, że pozwany wstrzyma się z dokonaniem na rzecz powoda płatności kwoty 150.000,00 złotych netto do czasu zakończenia prac poprawkowych wymienionych w załączniku nr 19 do protokołu odbioru oraz dostarczenia gwarancji ubezpieczeniowych opisanych w § 12 umowy.

(protokół odbioru końcowego wraz z załącznikiem k. 130, zeznania świadka J. K. e –protokół rozprawy z dnia 7.05.2014 r. czas nagrania 00:28:19, zeznania świadka T. G. e-protokół rozprawy z dnia 7.05.2012r. czas nagrania 01:43:48, zeznania świadka E. S.-D. e-protokół rozprawy z dnia 6.02.2015r. czas nagrania 00:42:00, zeznania świadka J. G. e-protokół rozprawy z dnia 6.02.2015r. czas nagrania 01:21:52, zeznania powoda e-protokół z dnia 23 marca 2017 r. czas nagrania 00.00.23)

Decyzją z dnia 30 sierpnia 2012 roku, nr 651/12 Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił pozwanej spółce pozwolenia na użytkowanie budynku salonu samochodowego wraz z serwisem samochodowym, wewnętrznym układem drogowym z miejscami postojowymi i droga manewrową oraz infrastrukturą techniczną.

(decyzja o pozwoleniu na użytkowanie).

Za wykonane na rzecz pozwanego prace objęte umową z dnia 1 października 2011 roku powód wystawił wobec pozwanego następujące faktury Vat: nr (...) z dnia 3 września 2012 roku na kwotę 14.144,62 złotych z terminem płatności na dzień 17 września 2012 roku, nr (...) z dnia 3 września 2012 roku na kwotę 29.132,80 złotych z terminem płatności na dzień 17 września 2012 roku, nr (...) na kwotę 35.541,44 złotych z terminem płatności na dzień 17 września 2012 roku, nr (...) z dnia 12 września 2012 roku na kwotę 154.310,01 złotych z terminem płatności na dzień 30 września 2012 roku.

Ponadto powód wystawił fakturę nr (...) z dnia 28 września 2012 roku na kwotę 27.013,54 złotych z terminem płatności na dzień 15 października 2012 roku za „prace w pasie nieobjętym pozwoleniem na budowę” oraz fakturę nr (...) na kwotę 5.701,05 złotych z terminem płatności na dzień 25 września 2012 roku za przerobienie pasm świetlnych i świetlików na (...).

(faktury Vat k. 21-24, 26, 29)

Prace dodatkowe były częściowo kosztorysowane a częściowo rozliczane jako procent marży za koordynację. Duża część prac ziemnych została uwzględniona przez inspektora nadzoru i zapłacona

(zeznania ś. E. S. – D. e-protokół z dnia 6 lutego 2015 r, adnotacje 00.42.00, 00.52.35, 01.02.21 – 01.10.31; zeznania św. B. G. e-protokół z dnia 6 lutego 2015 r. adnotacje 01.48.00 – 01.59.55)

Do pozwanego zwracali się podwykonawcy powoda o dokonanie płatności za wykonane prace.

(pismo i faktury k-150-155, oświadczenie powoda k-156)

W adresowanym do powoda piśmie z dnia 10 października 2012 roku pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu należności wynikającej z powyższej faktury vat nr (...) z wierzytelnością pozwanego względem powoda w kwocie 13.648,84 złotych, zaznaczając, że do zapłaty z faktury Vat nr (...) pozostała kwota 140.661,17 złotych.

(oświadczenie o kompensacie k. 28, okoliczność niesporna)

Pismem nadanym w dniu 22 października 2012 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 252.194,67 złotych wraz z odsetkami ustawowymi tytułem faktur Vat nr (...), w terminie 7 dni od otrzymania wezwania pod rygorem wystąpienia na drogę sądową celem odzyskania wierzytelności.

(wezwanie do zapłaty k. 46)

W odpowiedzi pozwany odmówił zapłaty za powyższe faktury, wskazując, że zgodnie z treścią protokołu odbioru końcowego z dnia 13 sierpnia 2012 roku pozwany był uprawniony do zatrzymania kwoty 150.000 złotych netto do czasu przedstawienia przez powoda gwarancji ubezpieczeniowej, której jednakże powód nie uzyskał, stąd odmowa uiszczenia żądanej należności.

(pismo pozwanego k. 56, zeznania powoda i pozwanego e-protokół z dnia 23 marca 2017 r.)

Po odbiorze końcowym pozwany wielokrotnie wzywał powoda do usuwania zarówno usterek ujętych w załączniku do protokołu odbioru jak i ujawniających się w okresie późniejszym.

(zeznania świadka G. W. e-protokół rozprawy z dnia 7.05.2014 r. czas nagrania 01.09.21 – 01.15.33, zeznania św. B. G. e-protokół z dnia 6 lutego 2015 r. adnotacje 01.37.45, korespondencja e-mail k-203-218)

W piśmie z dnia 27 marca 2015 roku pozwany wezwał powoda do usunięcia wskazanych w treści pisma wad w wykonywanym przez powoda budynku salonu samochodowego przy ul. (...) w Ł., w terminie do dnia 15 kwietnia 2015 roku. Ponadto poinformował powoda, iż w razie nieusunięcia wskazanych wad w zakreślonym terminie, pozwany będzie uprawniony do skorzystania z prawa usunięcia przedmiotowych wad na koszt wykonawcy zgodnie z zapisem § 7 ust. 2 łączącej strony umowy z dnia 1 października 2011 roku.

(pismo k. 336)

W dniu 4 maja 2015 roku pozwana spółka zawarła z T. Z. (1) umowę o roboty budowlane, na mocy, której zleciła wykonawcy prace budowlane związane z nawierzchnią z kostki brukowej, uprzednio wykonanej przez powodową spółkę na mocy umowy z dnia 1 października 2011 roku. Za zrealizowane prace wykonawca wystawił pozwanej w dniu 24 czerwca 2015 roku fakturę Vat nr (...) na kwotę 51.500,00 złotych.

(umowa k. 356-359, protokół odbioru robót k. 360, faktura Vat k. 338)

W adresowanym do powoda piśmie z dnia 3 sierpnia 2015 roku, pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu kwoty 51.500,00 złotych z tytułu poniesionych przez niego kosztów powierzonej podmiotowi trzeciemu naprawy nawierzchni brukowej, wykonanej uprzednio przez powoda w oparciu o łączącą strony umowę z dnia 1 października 2011 roku, z niewymagalną na dzień sporządzenia pisma, wierzytelnością powoda w kwocie 184.500,00 złotych wynikającą z faktur Vat nr (...). Pozwany wskazał przy tym, że w wyniku dokonanej kompensaty do zapłaty pozostaje jedynie kwota 7.735,98 złotych wynikającej z faktury Vat nr (...).

(oświadczenie i potrąceniu k. 334)

W wykonanym przez powoda w oparciu o łączącą strony umowę z dnia 1 października 2011 roku obiekcie salonu i serwisu samochodowego oraz na terenie nieruchomości przy ul. (...) w Ł. występują nadal następujące wady:

1. korozja elementów stalowych konstrukcji osłon przeciw słonecznych,
2. nieszczelności zadaszzenia nad wejściem głównym do budynku; brak spadku koryta zlewowego (rynny) daszku,
3. zastoiny wodne na kilku miejscach pokrycia dachowego papy,
4. nieszczelności, brak regulacji ślusarki metalowej – drzwi ewakuacyjne,
5. brak staranności w przycięciu i ułożeniu fragmentu posadzki z płytek ceramicznych w rejonie przyściennym salonu,
6. brak staranności malowania sufitu w salonie sprzedaży, antresoli, korytarza piętra,
7. pęknięcia posadzki cementowej w pomieszczeniu serwisu,

8. nierówności w strukturze wierzchniej posadzki w pomieszczeniu serwisu przy kratkach odwodnienia liniowego,
9. korozja stalowych klap do wyciągania spalin w pomieszczeniu serwisu,
10. nierówności płaszczyzn fragmentów nawierzchni zewnętrznych z kostki brukowej w obrębie ściany szczytowej (narożnika) zachodnio-północnego budynku od strony północnej (ul. (...)) oraz na fragmencie nawierzchni od strony południowej przy budynku,
11. pęknięcia cokołu (mur oporowy) ogrodzenia;
12. zniszczenie powłoki malarskiej.

Część z tych wad jest wadami istotnymi. Uzasadniony szacunkowy koszt usunięcia powyższych wad wynosi 73. 500,00 złotych netto (90.405,00 złotych brutto), przy czym uzasadniony koszt naprawy powierzchni z kostki brukowej to 36.000,00 złotych. Na nawierzchni z kostki nadal występują nierówności i zastoiny wodne. Jednocześnie na części nawierzchni nadal występuje mech, który może wskazywać na brak wykonania przełożenia kostki. Ewentualny koszt wymiany siedmiu klap wyciągów spalin wyniosłoby 5.600,00 złotych netto, zaś koszt ewentualnego zwiększonego (z 5% do 10%) zużycia kostki wyniosłoby 354,00 złotych netto.

(opinia biegłego k. 412-421, opinia uzupełniająca pisemna k. 547-551, ustna opinia uzupełniająca e-protokół z dnia 25 listopada 2016 r. k-582-583)

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny w oparciu o zgromadzone w aktach sprawy dokumenty, których wiarygodności w przeważającym zakresie żadna ze stron nie kwestionowała (kwestia dotycząca kosztorysów dotyczących roszczenia za roboty dodatkowe zostaną omówione w dalszej części) oraz uzupełniająco w oparciu o zeznania świadków, które w sposób spójny i logiczny uzupełniły materiał dowodowy korelując z dowodami z dokumentów. Dodatkową istotną podstawę poczynionych ustaleń stanowiła opinia biegłego specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Przedmiotowa opinia ocenie Sądu została sporządzona w sposób profesjonalny i fachowy oraz merytorycznie poprawny. Biegły udzielił wyczerpującej odpowiedzi na wszystkie pytania zawarte w tezie dowodowej, jak również ustosunkował się do poczynionych przez strony zastrzeżeń. W pisemnej oraz ustnej opinii uzupełniającej biegły podtrzymał poczynione przez siebie uprzednio ustalenia dotyczące ujawnienia wad w pracach budowlanych wykonanych przez powoda, ich zakresie oraz kosztach ich usunięcia. Wskazać przy tym należy, iż po wydaniu ustnej opinii uzupełniającej żadna ze stron nie podnosiła już zastrzeżeń co do wniosków z opinii, zaś strona powodowa nie podtrzymywała zgłoszonego wcześniej wniosku o powołanie innego biegłego.

Sąd pominął przy tym złożoną do akt sprawy prywatną opinię Z. H. sporządzoną na zlecenie pozwanego. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, iż w wypadkach, w których dla wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy potrzebne są wiadomości specjalne, sąd zobowiązany jest do zasięgnięcia opinii biegłego z odpowiedniej dziedziny. (...) ekspertyzy opracowane na zlecenie strony, co miało miejsce w przypadku przedmiotowej sprawy, mogą być traktowane jedynie jako wyjaśnienie stanowiska stron, zaś oparcie rozstrzygnięcia na prywatnej ekspertyzie stanowi naruszenie przepisów Kodeksu Postępowania Cywilnego, regulujących zasady przeprowadzania dowodu z opinii biegłego niezależnie od wiedzy i kompetencji osoby sporządzającej taką opinię (por. H. Pietrkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, wydanie 4, str. 371). Powyższe stanowisko znajduje również swoje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym jeżeli dla właściwej oceny sprawy wymagane są wiadomości specjalne, sąd musi powołać biegłych (por. wyrok SN z dnia 26 października 2006 roku, sygn. akt I CSK 166/2006, *Gazeta Prawna* (...) str. 18, wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2000 roku, sygn. akt I CKN 92/2000, *LexPolonica* nr 383195).

Sąd nie dał wiary zeznaniom powoda dotyczącym wystawienia faktury za roboty dodatkowe i przesłania jej pozwanemu, bowiem pomijając już okoliczność, iż pozwany stanowczo zaprzeczył otrzymaniu takiej faktury (k-608), to powód faktury takiej nie załączył również do pozwu.

Sąd pominął zeznania świadków: M. M., M. S. (2), E. J. (2) i Ł. G. jako nie mające znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się zasadne w części.

Strony sporu łączyła umowa o roboty budowlane. Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zadaniami 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 od odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W realiach niniejszej sprawy na mocy umowy z dnia 1 października 2011 roku powód zobowiązał się do wykonania na rzecz pozwanego wszystkich prac budowlanych polegających na wybudowaniu salonu samochodowego z serwisem samochodowym w Ł. przy ul. (...). Za wykonane prace powód wystawił wobec pozwanego faktury Vat o numerach (...). Za wyjątkiem faktury nr (...) z dnia 18 września 2012 roku na kwotę 5.701,05 złotych z tytułu przerobienia pasm świetlnych i świetlików na (...), sam fakt wystawienia pozostałych faktur Vat oraz ich wysokość nie była przez stronę pozwaną kwestionowana. Powyższe potwierdza złożenie przez pozwaną spółkę w dniu 3 sierpnia 2015 roku oświadczenie o potrąceniu należności wynikających ze wskazanych faktur z kwotą 51.500,00 złotych stanowiącą w ocenie pozwanej koszt naprawy nawierzchni kostki brukowej powierzonej przez nią podmiotowi trzeciemu.

Oś sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do trzech zagadnień, a mianowicie:

- wykonania przez powoda prac dodatkowych nierozliczonych wcześniej, a wynikających zgodnie z twierdzeniem powoda z kosztorysów z sierpnia 2012 roku na kwotę 1.443,22 złotych, z lipca 2012 roku na kwotę 4.280,40 złotych, z czerwca 2012 roku na kwotę 16.678,80 złotych oraz z maja 2012 roku na kwotę 3.247,20 złotych,
- zasadności obciążenia pozwanego kosztami doprowadzenia świetlików do wymogów przeciwpożarowych,
- istnienia wad nieusuniętych i związanego z nimi żądania pozwanego obniżenia wynagrodzenia o koszt ich usunięcia.

Odnośnie pierwszej z tych okoliczności stwierdzić należy, iż strona powodowa nie wykazała ani wykonania prac objętych zgłoszonym roszczeniem ani tym bardziej kosztów wykonania tych prac. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego (zeznań świadków) wynika, iż powód wykonywał roboty dodatkowe, które były zaakceptowane przez inspektora nadzoru i rozliczone. W przypadku natomiast robót objętych zgłoszonym żądaniem pozwu w ocenie Sądu nie można w oparciu o zeznania świadków (w tym zakresie wysoce nieprecyzyjne) i powoda ustalić, że zostały wykonane prace ujęte w załączonych kosztorysach (w kontekście ich zakwestionowania już na etapie sporządzania tych kosztorysów przez inspektora nadzoru), jaki był ich rzeczywisty zakres i wartość, a przede wszystkim czy były objęte umową. Świadkowie (za wyjątkiem B. G.) jedynie w sposób ogólny potrafili odnieść się do szeroko rozumianych prac dodatkowych, przyznając także ich rozliczenie w znacznej części. Ponadto inspektor nadzoru nie dokonał odbioru tych prac, które w znacznej części były pracami ulegającymi zakryciu. Pewne znaczenie dla oceny wiarygodności roszczenia w tej części ma także okoliczność, iż inspektor nadzoru nie tylko w zakresie tych prac, ale całości prac powoda dokonywał korekty kosztorysów weryfikując je pod kątem ich rzeczywistego wykonania jak i ilości. Zgodnie z zapisem § 3 ust. 4 i 5 łączącej strony umowy zapłata za wykonane przez powoda prace następowała w oparciu o wystawione przez niego faktury Vat. Podstawą wystawienia przez powoda wobec pozwanego faktury Vat był natomiast każdorazowo zaakceptowany przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego kosztorys powykonawczy danego etapu prac. W realiach niniejszej sprawy powód nie przedłożył oddzielnych faktur za rzekomo wykonane przez siebie prace dodatkowe. Jednocześnie nie wykazał też, że złożone do akt sprawy kosztorysy obejmujące jego zdaniem prace dodatkowe, co do których domaga się zapłaty nie dotyczyły robót, za wykonanie których zostały już uprzednio wystawione wyszczególnione w petitum pozwu faktury Vat. Ponadto z uwagi na nieczytelną formę załączonych do pozwu kosztorysów nie sposób powiązać ich treści z kwotami, wskazanymi przez powoda w pozwie, o których zapłatę

wnosi. Tymczasem wobec faktu, iż pozwany kwestionował w toku sporu zasadność przedmiotowego żądania, to na powódzie spoczywał obowiązek udowodnienia swoich racji. W procesie, zgodnie z art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie zasada ta miała tym bardziej znaczenie, że to powód wywodził skutek prawny w postaci roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, a więc to powód winien udowodnić ich wykonanie i wartość (por. art. 6 k.c. i art. 232 zd. I k.p.c.). Ciężar dowodu spoczywa na tym kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza (co wyraża łacińska paremia *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*), co oznacza to, że w sytuacji, w której strona, niezależnie od tego, czy powodowa czy pozwana, zaprzecza wystąpieniu określonej okoliczności, to strona przeciwna, która na tę okoliczność się powołuje, winna ją udowodnić. Powód zaniechał jednakże w tym względzie skutecznej inicjatywie dowodowej, chociażby poszerzając zakres tezy dowodowej dla opinii biegłego o kwestię istnienia faktycznej potrzeby wykonania przez powoda prac stanowiących w jego ocenie roboty dodatkowe za które żąda wynagrodzenia oraz ich zakresu i wartości. Z tych względów Sąd stwierdził, iż brak jest podstaw do uwzględnienia żądania przez powoda zapłaty za rzekome prace dodatkowe, które w ocenie powoda zostały ujęte w załączonych do pozwu kosztorysach, bez wystawienia na nie faktury.

W zakresie kolejnego roszczenia powoda o zwrot kosztów doprowadzenia świetlików dachowych do wymogów przeciwpożarowych, to jest żądania zapłaty kwoty 5.701,05 złotych wynikającej z faktury Vat nr (...) w ocenie Sądu uznać należy je również za niezasadne. Zamontowanie przez powoda świetlików nieposiadających cechy nierozprzestrzeniania ognia nie wynikało w ocenie Sądu z nieprawidłowych rozwiązań projektowych. Z załączonego fragmentu projektu, pisma projektanta oraz jego zeznań (F. A.) wynika bowiem, iż cecha ta została ujęta w części projektu dotyczącej ochrony przeciwpożarowej. Z projektu wynika, że wszystkie elementy konstrukcji dachu powinny posiadać cechę nierozprzestrzeniania ognia, za zatem również świetliki dachowe muszą odpowiadać temu wymogowi. Okoliczność, iż zamontowano świetliki innego producenta niż wynikało to z propozycji projektowej nie zwalnia powoda jako podmiotu profesjonalnego w zakresie wykonawstwa robót budowlanych od zapoznania się z całością projektu i odpowiedniego stosowania zawartych tam rozwiązań. Oznacza to, iż nawet jeśli przy wykazie stolarki okiennej nie była wskazana ta cecha, to powód jako profesjonalny przedsiębiorca winien sprawdzić czy z danych projektowych ogólnych nie wynikają dodatkowe wymogi (projekt budowlany stanowi określoną całość). Strona powodowa nie wykazała przy tym aby zmiana rodzaju świetlików na słabo rozprzestrzeniające ogień miała miejsce przy akceptacji inwestora (czy też inspektora nadzoru). Na marginesie można także dodać, iż nawet gdyby inwestor życzył sobie takiej zmiany, to powód jako profesjonalny przedsiębiorca winien co najmniej zwrócić mu uwagę na ewentualne konsekwencje takiej zmiany jako niezgodnej z przepisami (choćby w postaci problemów z odbiorem przez Państwową Straż Pożarną). Jednocześnie Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej nie jest osobą uprawnioną do stwierdzenia czy brak zamontowania świetlików z cechą (...) wynika z błędnych rozwiązań projektowych. Skoro zatem wykonawca kupił i zamontował świetliki niezgodne z projektem oraz z pominięciem przewidzianej łączącą strony umową procedury akceptacji przez inspektora nadzoru, to brak jest podstaw do obciążania pozwanego kosztami doprowadzenia świetlików do wymagań projektu i przepisów bezpieczeństwa przeciwpożarowego. Jednocześnie okoliczność, iż protokół odbioru końcowego z dnia 13 sierpnia 2012 roku, w części dotyczącej usterek i wadliwego wykonania prac nie wymieniał wad dotyczących świetlików nie oznacza braku odpowiedzialności powoda za wykonanie prac zgodnie z projektem i przepisami szeroko rozumianego prawa budowlanego. W razie wątpliwości kierownik budowy zobligowany był do zwrócenia się do projektanta o udzielenie wyjaśnień. Strona powodowa nie wykazała przy tym aby poczyniła zgodne ustalenia z inwestorem co do pokrycia przez niego kosztów doprowadzenia świetlików do stanu zgodnego z projektem i przepisami.

Z poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń wynika, że prace budowlane objęte łączącą strony umową z dnia 1 października 2011 roku zostały przez powoda wykonane w całości. Okoliczność ta została potwierdzona także w treści sporządzonej na zlecenie Sądu opinii biegłego, z której jednakowoż wynika również, że zrealizowane przez powoda prace były dotknięte wadami szczegółowo opisanymi we wnioskach opinii.

Zgodnie z § 7 zawartej umowy o roboty budowlane wykonawca udzielił zamawiającemu trzyletniej gwarancji jakości, natomiast w myśl § 12 zabezpieczenie ewentualnych roszczeń gwarancyjnych miała stanowić gwarancja ubezpieczeniowa. Gwarancja jakości stanowi odrębną, uboczną w stosunku do umowy głównej, umowę o charakterze

akcesoryjnym. Jeżeli strony umowy o roboty budowlane postanowiły, że wykonawca udziela gwarancji na wykonane roboty i tworzona jest tzw. kaucja gwarancyjna będąca zabezpieczeniem kosztów usunięcia wad z tytułu rękojmi czy gwarancji, to takie postanowienia, jako nie należące do przedmiotowo istotnych postanowień umowy o roboty budowlane, powinny być traktowane jako osobna umowa stron regulująca ich stosunki wynikające z ustawowej rękojmi lub gwarancji wykonawcy robót budowlanych. Ta odrębna umowa stanowi podstawę prawną stosunków stron już po wykonaniu umowy o roboty budowlane. Jeżeli w jej wyniku utworzona została tzw. kaucja gwarancyjna, stanowiąca zazwyczaj część należnego bezspornie wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty budowlane, a po upływie okresu rękojmi czy gwarancji nie stwierdzono wad lub zostały one usunięte, inwestor ma obowiązek zwrotu zatrzymanej kaucji gwarancyjnej, zgodnie z umowa o jej utworzeniu. Nawet jeśli została ona udzielona w ramach umowy o roboty budowlane, jest odrębnym od niej węzłem prawnym (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 17 lipca 2009 r. IV CSK 83/09, Lex).

Strona powodowa w myśl § 12 umowy zobowiązała się do przedstawienia tzw. gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej (t.jedn. Dz.U. z 2015 roku, poz. 1206 ze zm.) obowiązującej do dnia 11 listopada 2015 r., przez działalność ubezpieczeniową rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych. Czynnościami ubezpieczeniowymi, o których mowa w ust. 1, jest m.in. zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecenie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. Nr 124, poz. 1154 ze zm.), a także wykonywanie tych umów – art. 3 ust. 3 pkt 1 w/w ustawy. Dodać przy tym należy, iż aktualnie obowiązująca ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2015 r., poz. 1844) zawiera w tym zakresie tożsame regulacje w art. 4 ust. 7. Przyjmuje się, że gwarancja ubezpieczeniowa jest zbliżona w konstrukcji do umowy ubezpieczenia uregulowanej w art. 805 § 1 k.c. Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu, przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Niezależnie od powyższego, gwarancja ubezpieczeniowa, ze względu na brak swoistej definicji ustawowej, jest rezultatem wypracowania przez praktykę, z uwzględnieniem potrzeb gospodarczych, umowy nienazwanej, według ogólnej zasady swobody umów. Zakłady ubezpieczeń oferujące możliwość zawarcia umowy gwarancyjnej, wskazują na takie jej korzyści, jak: zwiększenie wiarygodności podmiotu jako partnera w stosunkach gospodarczych, rozszerzenie możliwości konkurencyjnych, a także spełnienie wymogów w postaci wniesienia wadium w postępowaniach przetargowych bez konieczności blokowania własnych środków finansowych. Najogólniej rzecz ujmując gwarancja ubezpieczeniowa polega na zobowiązaniu zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz beneficjenta gwarancji określonej sumy pieniężnej na wypadek ziszczenia się określonego w umowie gwarancji warunku, którym zazwyczaj jest zajście określonego zdarzenia losowego. W przypadku, gdy gwarancja ubezpieczeniowa jest formą wadium w postępowaniu przetargowym, beneficjentem umowy gwarancyjnej jest zamawiający. W orzecznictwie wskazuje się, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi jednostronną czynność zobowiązującą gwaranta (zakładu ubezpieczeń) wobec beneficjenta (zamawiającego) (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2010 r., (...)/KU 63/10). Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem bezwarunkowym i nieodwołalnym, a z uwagi na swój szczególny charakter powinna być interpretowana wąsko, zgodnie z brzmieniem dokumentu gwarancyjnego. B. gwarancji polega na tym, że zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania swojego żądania, a ubezpieczyciel nie może badać podstaw, zasadności, zgodności ze stanem faktycznym żądania zapłaty. Ubezpieczyciel opiera się wyłącznie na oświadczeniu beneficjenta (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2009 r., KIO/UZP 1867/09). Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową o charakterze abstrakcyjnym, nie akcesoryjnym wobec tzw. stosunku podstawowego. Wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązanie jest samodzielne, a gwarant płaci nie cudzy, ale własny dług, w związku, z czym zasadniczo nie służą mu zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego (tak w uzasad. wyr. SN z dnia 13 stycznia 2005 roku, III CK 155/04, L., por. wyrok z dnia 29 września 2004 r., II CK 17/04, niepubl.).

Stosunek prawny gwarancji ubezpieczeniowej nie został przez ustawodawcę uregulowany wprost w sposób oddający jego źródło, elementy istotne, treść i formę. Gwarancja ubezpieczeniowa jako jeden z dopuszczalnych

przejawów aktywności ubezpieczycieli została jedynie przewidziana w katalogu czynności ubezpieczeniowych oraz w dziale II ust. 15 załącznika do ustawy dotyczącego typizowania ryzyk ubezpieczeniowych. W relacji pomiędzy gwarantem a zleceniodawcą gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji może nastąpić w ramach ogólnej swobody kontraktowania w rozumieniu art. 353¹ k.c. Z kolei w relacji pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji następuje poprzez złożenie przez ubezpieczyciela jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu uprawnionemu takiej gwarancji (por. M. Olechowski, Charakter prawny gwarancji bankowej, Państwo i Prawo 1997, z. 6, s. 72-77). Udzielenie gwarancji nieodwołalnej, bezwarunkowej i na pierwsze żądanie prowadzi do powstania silnej i stabilnej więzi prawnej, w ramach której odpowiedzialność gwaranta nie jest uzależniona od żadnego zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunku w rozumieniu art. 89 k.c.), a gwarant zapewnia uprawnionemu wypłatę umówionej sumy od razu po zgłoszeniu przez niego stosownego żądania. W praktyce gwarancja ubezpieczeniowa udzielana jest zazwyczaj na zlecenie dłużnika (kontrahenta) w celu wzmocnienia węzła obligacyjnego. Udzielenie takiej gwarancji służy z reguły ustanowieniu na rzecz uprawnionego zabezpieczenia jego wiarygodności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Instytucja ta ukształtowana w praktyce życia gospodarczego występuje wielokrotnie w relacjach z zakresu umów budowlanych (por. wyrok SA w Poznaniu z dnia 11.01.2006 r., I ACa 761/05, OSA 2007/5/16). Beneficjent może domagać się spełnienia stosownego świadczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela po złożeniu mu oświadczenia o odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (tzw. pierwsze żądanie). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 marca 2005 roku, IV CSK 112/05, złożenie żądania zapłaty o odpowiedniej treści i z odpowiednimi dokumentami w przewidzianym w umowie gwarancji czasie od powstania wypadku gwarancyjnego oraz w okresie ważności gwarancji może być jedną z przesłanek powstania odpowiedzialności gwaranta.

W przedmiotowej sprawie strony ustaliły w umowie, iż dla zabezpieczenia roszczeń gwarancyjnych pozwanego powód przedstawi gwarancję ubezpieczeniową. Okolicznością niesporną pomiędzy stronami jest brak przedstawienia takiej gwarancji przez powoda. Strona powodowa powołuje się przy tym na brak możliwości uzyskania takiej gwarancji z powodu braku podpisania protokołu odbioru bezusterkowego. W ocenie powoda stanowiło to świadome i celowe działanie pozwanego zmierzające do przeszkody w ziszczeniu się warunku w świetle art. 93 k.c. W ocenie Sądu z twierdzeniem tym nie można się zgodzić. Wskazać bowiem należy, że przyczyną braku podpisania protokołu bezusterkowego było rzeczywiste występowanie wad w nim wskazanych, co zresztą strona powodowa potwierdziła podpisując tenże protokół. Skoro tak to nie można pozwanemu stawiać zarzutu nadużycia prawa z uwagi na zabezpieczenie swoich interesów poprzez dokonanie odbioru „usterkowego”. Podkreślić także należy, iż nie doszło do podpisania odbioru bezusterkowego w okresie późniejszym (a właściwie protokołu usunięcia wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym) gdyż nie zostały usunięte wskazane w tym protokole usterki. Owszem strona powodowa podejmowała działania które częściowo doprowadziły do usunięcia wad, jednakże jak wynika chociażby z opinii biegłego część wad stwierdzonych w protokole końcowym nie została usunięta. W tej sytuacji trudno oczekiwać od inwestora aby poświadczał nieprawdziwe okoliczności (na swoją niekorzyść) w postaci stwierdzenia braku wad. Powyższe okoliczności wskazują, że do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej doszło w wyniku braku usunięcia wad przez powoda, a zatem z przyczyn leżących po jego stronie. Jednocześnie brak skorzystania przez pozwanego z zaoferowanego mu innego sposobu zabezpieczenia (w postaci weksla) nie stanowi przesłanki obciążającej pozwanego za brak wypełnienia przez powoda warunku umownego. Nie może przy tym ująć uwadze okoliczność, iż po dokonaniu odbioru do pozwanego zwracali się podwykonawcy o dokonanie zapłaty, co wskazywałoby na niezbyt dobrą sytuację finansową powoda.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Granice swobody umów odnoszą się nie tylko do treści umowy, ale również do celu stosunku prawnego ukształtowanego przez strony. Zasada swobody umów musi być więc w każdym przypadku poszanowana, a jej obowiązywanie może zostać wyłączone jedynie w sytuacjach niewątpliwego stwierdzenia okoliczności takich, jak naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, naruszenie właściwości stosunku prawnego, naruszenie zasad współżycia społecznego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 kwietnia 2015 roku, sygn. akt III AUa 627/14 Lex). Przez działanie wbrew dobrym obyczajom - przy kształtowaniu treści stosunku zobowiązaniowego

- należy rozumieć wprowadzanie do wzorca klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron tego stosunku (wyrok SN z dnia 27 listopada 2015 r., I CSK 945/14, Lex).

W świetle powyższego wskazać należy, że w ramach swobody umów potwierdzonej treścią art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania. W protokole odbioru końcowego strony dokonały zgodnie zmiany postanowień umownych wprowadzając prawo zatrzymania pozostałej części wynagrodzenia (w kwocie 150.000,00 złotych netto) do czasu usunięcia stwierdzonych wad i przedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej (k-132). Takie zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych inwestora nie stanowi naruszenia ani nadużycia prawa ani też zasad współzycia społecznego, bowiem udzielenie zabezpieczenia należytego wykonania robót może nastąpić także poprzez przyzwolenie zamawiającemu na niewypłacenie części wynagrodzenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., V CSK 124/15, Lex). Treść poszczególnych fragmentów umowy jest dla stron zrozumiała i strona powodowa nie kwestionowała innego rozumienia postanowień umowy, niż wynika to z jej literalnego brzmienia. Jak słusznie wskazał przy tym Sąd Najwyższy „Zawarte w art. 65 k.c. reguły interpretacyjne wyrażają dwie respektowane w orzecznictwie oraz doktrynie doniosłe w prawie cywilnym wartości a mianowicie z jednej strony wolę (intencję) osoby dokonującej czynności prawnej, z drugiej natomiast zaufanie, jakie budzi złożone oświadczenie woli u innych osób. W wypadku, gdy oświadczenie woli zostało ujęte w formie pisemnej, czyli wyrażone w dokumencie, to sens tych oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. Przy jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym.” (wyrok SN z dnia 4 października 2006 r., II CSK 117/06, LEX nr 332959). Podkreślić bowiem należy, iż strony związane są zawartą umową i jej postanowieniami ukształtowanymi zgodnie z zasadą swobody umów. Zgodnie bowiem z treścią art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Z kolei badanie zgodnego zamiaru stron w myśl art. 65 § 2 k.c. ma miejsce jedynie wtedy, gdy jakieś postanowienia umowy są niejasne i budzą wątpliwości interpretacyjne co do zamiaru stron zawierających umowę. W przedmiotowej sprawie natomiast treść umowy co do prawa zatrzymania części wynagrodzenia sformułowana jest w sposób jasny, a zatem pomiędzy stronami nie było rozbieżności co do rozumienia tej treści. Tym samym strony w ramach swobody umów miały prawo ustalenia, że pozwany wstrzyma się z dokonaniem na rzecz powoda płatności w kwocie 150.000,00 złotych netto (184.500,00 złotych brutto) z wystawionych faktur końcowych do czasu usunięcia wad stwierdzonych w realizowanych przez powoda pracach oraz przedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej, który to zapis strony zawarły w protokole odbioru końcowego robót z dnia 13 sierpnia 2012 roku. Jednocześnie w protokole odbioru końcowego robót z dnia 13 sierpnia 2012 roku strony ponadto ustaliły, że okres trzyletni gwarancji udzielonej przez powoda na wykonane prace rozpocznie swój bieg w dniu 13 sierpnia 2012 roku, a więc zakończy się w dniu 13 sierpnia 2015 r.

Aktualnie w wykonanym przez powoda obiekcie nadal występują wady (częściowo stwierdzone już w protokole z 13 sierpnia 2012 r. a częściowo takie, które ujawniły się w okresie gwarancji), których koszt usunięcia biegły oszacował na kwotę 73.500,00 złotych netto (co po powiększeniu o podatek Vat w stawce 23% daje kwotę 90.405,00 złotych brutto). W tym zakresie występują dwa podstawowe elementy (wady) co do których w szczególności istnieje spór pomiędzy stronami. Pierwszy z nich dotyczy wad nawierzchni z kostki brukowej, drugi natomiast związany jest z występującym zjawiskiem korozji stalowych kłap serwisu, których pierwotną przyczyną było ich uszkodzenie przez podwykonawcę.

Odnosząc się do kwestii występowania wad nawierzchni z kostki brukowej i kosztów ich usunięcia stwierdzić należy, iż występowały one od początku i były stwierdzone już w protokole z 2012 r. Zgodnie z zapisem § 7 ust. 2 łączącej strony umowy z dnia 1 października 2011 roku pozwanemu przysługiwało prawo powierzenia usunięcia wad w realizowanym przez powoda obiekcie podmiotowi trzeciemu z jednoczesnym obciążeniem powoda powstałymi w ten sposób kosztami. Z przedstawionej przez pozwanego umowy zawartej z T. Z. wynika zlecenie naprawy części przedmiotowej nawierzchni poprzez jej zdjęcie, uzupełnienie podbudowy, oczyszczenie kostki i jej ponowny montaż z uzupełnieniem braków, za wynagrodzeniem w kwocie 51.500,00 złotych brutto (umowa k-356, i faktura vat nr (...) z dnia 24 czerwca 2015 roku k-338), po wcześniejszym wezwaniu powoda do przystąpienia do prac naprawczych. W zakresie wad nawierzchni biegły natomiast stwierdził, iż koszt ich usunięcia wynosi 36.000,00 złotych. Co istotne z opinii biegłego wynika, że okazana podczas oględzin nawierzchnia „przełożona” nie tylko wykazuje wady tożsame ze

zgłaszanymi wcześniej (nierówności, zapadnięcia i zafalowania) ale również występujące na niej skupiska mchu mogą świadczyć o braku jej przełożenia (k-411 i k-582). Zgodnie z umową wykonawca zastępczy miał oczyścić kostkę, a zatem nawet przyjmując jej przełożenie, to najwyraźniej nie zostało wykonane oczyszczenie objęte tą umową. Biorąc zaś pod uwagę okoliczność, iż oględziny miały miejsce nieco ponad pół roku od wykonanej naprawy, nawet bez oceny biegłego z zakresu botaniki można uznać za mało prawdopodobne tak szybkie ponowne „omszenie”. Niezależnie jednak od powyższego podkreślić należy, iż wady dotyczące kostki niewątpliwie występowały od początku, stąd nie można pominąć kosztów ich usunięcia. Biorąc jednak pod uwagę powyższe zastrzeżenia, w ocenie Sądu nie może stanowić podstawy do przyjętych rozliczeń złożona do akt faktura wykonawcy zastępczego na kwotę 51.500,00 złotych, lecz wynikająca z opinii biegłego kwota 36.000,00 złotych. Na marginesie przy tym wskazać można, iż biorąc pod uwagę istniejący pomiędzy stronami spór i toczące się już postępowanie sądowe, nic nie stało na przeszkodzie aby pozwany przed przystąpieniem do wykonania zastępczego wnioskuje o zabezpieczenie dowodu w zakresie co najmniej wad nawierzchni. Charakteru dowodu nie można bowiem przypisać opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie pozwanego. Jednocześnie biegły wskazał, iż brak jest podstaw do przyjęcia większej powierzchni nawierzchni z kostki brukowej, którą należałoby ocenić jako wadliwą, a zatem brak jest również podstaw do przyjęcia zwiększonego do 10% zużycia kostki. Strona pozwana nie wykazała czy prace wynikające z przedmiotowej faktury dotyczyły jedynie poprawek brukarskich czy też nie stanowiły elementu innych prac brukarskich, które miałyby poprawiać funkcjonalność i estetykę nawierzchni z kostki nie związanej z występowaniem wad (wystarczyłoby w tym zakresie dowód z zeznań podmiotu wykonującego te prace, zwłaszcza biorąc pod uwagę ich kwestionowanie przez powoda oraz zabezpieczenie dowodu).

Mając na względzie powyższe, to jest z jednej strony istotne wątpliwości co do zakresu, ilości i prawidłowości wykonania zastępczego, a z drugiej strony okoliczność, iż wady w postaci zafalowań nawierzchni kostki były zgłaszane od początku, Sąd przyjął, iż adekwatną jest kwota wskazana przez biegłego, to jest kwota 36.000,00 złotych.

Podobnie w zakresie wady dotyczącej korozji kłap stalowych serwisu biegły w sposób przekonujący i jednoznaczny wyjaśnił, że biorąc pod uwagę narażenie elementów stalowych na niekorzystne oddziaływania związane również z ich użytkowaniem w środowisku serwisu (narażenie na oddziaływanie agresywnej chemii), bardziej racjonalne byłoby zabezpieczenie podstawy i kłapy wyciągów spalin farbami antykorozyjnymi aniżeli każdorazowo – co kilka lat wykonywanie starych „kłap” oraz kupowanie i obsadzanie nowych. Uznając zasadność argumentów biegłego oraz upływa czasu od zamontowania tych kłap do dnia wyrokowania (5 lat) Sąd przyjął, iż w zakresie kosztów usunięcia tej wady wystarczające było (zgodnie z opinią biegłego) naprawa poprzez naniesienie odpowiedniej powłoki antykorozyjnej a nie wymiana wszystkich kłap na nowo. Koszty wykonania zastępczego, do pokrycia których zobowiązany jest dłużnik, nie mogą być przy tym kosztami nadmiernymi (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 lipca 2015 r., VI ACa 1006/14, Lex).

Zgodnie z art. 638 k.c. (do którego odsyła art. 656 § 1 k.c.) do rękojmi za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Sprzedawca natomiast jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę zmniejszającą jej wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia rzeczy, jeżeli rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu zapewnił kupującego, albo jeżeli rzecz została kupującemu wydana w stanie niepełnym (565 § 1 kc). Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana, jednakże strony mogą przy tym odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć (art. 568 § 1 i art. 558 § 1 k.c.). W przedmiotowej sprawie strony podpisały umowę, w której wprowadziły udzielenie przez powoda gwarancji i przez okres 36 miesięcy oraz prawo zamawiającego do zatrzymania części wynagrodzenia przez okres gwarancji (protokół z dnia 13 sierpnia 2012 r.).

W razie wadliwego wykonania robót budowlanych inwestorowi przysługuje wybór co do sposobu uzyskania rekompensaty od wykonawcy. Może on realizować uprawnienie wynikające z rękojmi za wady fizyczne budynku (art. 636 lub 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c.) lub dochodzić roszczenia odszkodowawczego w oparciu o przepisy regulujące odpowiedzialność kontraktową (art. 471 k.c.). Dokonanie wyboru przez wierzyciela pociąga za sobą określone skutki. Wybierając reżim odpowiedzialności z rękojmi za wady wierzyciel musi wykazać istnienie wad. Natomiast, jeśli

wybrał reżim odpowiedzialności kontraktowej musi udowodnić istnienie przesłanek tej odpowiedzialności, tj. fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, rodzaj i wysokość doznanej szkody oraz istnienie związku przyczynowego pomiędzy nienależytym wykonaniem umowy a szkodą (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 lutego 2015 r., I ACa 749/14 Lex, podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2014 r., III CSK 234/13, Lex). Roszczenia z tytułu rękojmi oraz z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania są od siebie niezależne (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 września 2012 r., I ACa 623/12, Lex).

Zgodnie z art. 637 k.c. (obowiązującym do dnia 25 grudnia 2014 r.) w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia. Obniżenie wynagrodzenia "w odpowiednim stosunku" (art. 637 § 2 zdanie 1 k.c.) ze względu na wady dzieła, jeżeli wady te dadzą się usunąć, w zasadzie oznacza bowiem obniżenie wynagrodzenia o koszt usunięcia wad, jeżeli nie jest on nadmierny (por. uchwała SN z dnia 15 lutego 2002r. III CZP 86/01 OSNC 2002/11/132). W przedmiotowej sprawie zamawiający (pozwany) korzystając z uprawnień z tego tytułu żądał obniżenia wynagrodzenia za wykonane prace budowlane o koszt usunięcia wad. Strona pozwana dokonała wyboru reżimu odpowiedzialności z rękojmi za wady, zaś Sąd uznał jej żądanie w części za uzasadnione.

W konsekwencji Sąd uznał za uzasadnione żądanie pozwanego w zakresie obniżenia wynagrodzenia powoda o kwotę 90.405,00 złotych, pomniejszającą zatrzymaną tytułem kaucji gwarancyjnej kwotę 184.500,00 złotych (150.000,00 złotych netto) i w oparciu o art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. obniżył pozostałe do wypłaty wynagrodzenie do kwoty 94.095,00 złotych. Biorąc pod uwagę powyższe pozwany winien zwrócić powodowi kwotę 94.095,00 złotych stanowiącą różnicę między kwotą zatrzymaną, a sumą wystarczającą na pokrycie kosztów prac związanych z wyeliminowaniem wad w zrealizowanym przez powoda obiekcie (184.500,00 złotych – 90.405,00 złotych = 94.095,00 złotych) na podstawie art. 647 k.c.

W dniu 15 września 2016 roku pozwany dokonał wpłaty na rzecz powoda kwoty 61.500,00 złotych tytułem zapłaty za faktury Vat nr (...), natomiast w dniu 13 stycznia 2017 r. pozwany dokonał dalszej wpłaty w kwocie 22.000,00 złotych Tym samym do zwrotu na rzecz powoda z zatrzymanej przez pozwanego na poczet kaucji gwarancyjnej sumy pozostała kwota 10.595,00 złotych i taką też kwotę Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda z tytułu pozostałej części wynagrodzenia za wykonane prace budowlane wynikające z załączonych do pozwu faktur Vat nr (...).

Z uwagi na cofnięcie przez powoda pozwu co do uiszczonej przez pozwanego w toku sporu łącznej kwoty 83.500,00 złotych Sąd, na podstawie art. 355 k.p.c. w zw. z art. 203 § 1 i 4 k.p.c. umorzył postępowanie we wskazanym zakresie.

Odsetkach Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz art. 7 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 684) przyjmując, że pozwana pozostawała i pozostaje w opóźnieniu w spełnieniu swojego świadczenia od dnia upływu okresu gwarancji, tj. od dnia 14 sierpnia 2015 roku uznając, iż dokonana przez strony modyfikacja umowy w protokole z dnia 13 sierpnia 2012 r. obejmowała zmianę terminu płatności wynagrodzenia (poprzez zatrzymanie) do dnia 13 sierpnia 2015 r. W związku z powyższym Sąd zasądził odsetki ustawowe od kwoty podlegającej zwrotowi (10.595,00 złotych) od dnia 14 sierpnia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. oraz dalsze odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty i odpowiednio od kwot zapłaconych w toku postępowania od dnia 14 sierpnia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. odsetki ustawowe oraz dalsze odsetki za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia dokonanej zapłaty (odpowiednio 15 września 2016 r. i 14 stycznia 2017 r.).

W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu jako nieuzasadnione z uwagi na zasadne żądanie obniżenia wynagrodzenia o koszt usunięcia wad oraz (w zakresie odsetek) jako niezasadne biorąc pod uwagę modyfikację terminu zapłaty wynagrodzenia.

Powód nie udowodnił ponadto swojego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za dodatkowe prace budowlane, których zakres i wartość w ocenie strony powodowej wynikały z załączonych do pozwu kosztorysów oraz zasadności żądania

zwrotu kosztów doprowadzenia świetlików do wymogów ochrony przeciwpożarowej, a zatem w tej części również powództwo podlegało oddaleniu.

O zakresie odpowiedzialności stron co do kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. uznając, iż strona pozwana uległa w zakresie 43% i pozostawiając w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c. szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu.

Z/ odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełn. stron.

1 Przy czym w myśl art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 683) do umów zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.