

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2016 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Skoczyńska

Protokolant: Natalia Rutkowska

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2016 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy z powództwa głównego

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą w S.

przeciwko D. N.

o zapłatę kwoty 264 187 zł

oraz z powództwa wzajemnego D. N.

przeciwko (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce Komandytowej z siedzibą w S.

Powództwo główne

I. zasądza od pozwanego D. N. na rzecz powoda (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą w S. kwotę 133.935,93 zł (sto trzydzieści trzy tysiące dziewięćset trzydzieści pięć 93/100 złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 1 marca 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r., a od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie oraz kwotę 6.892 zł (sześć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddała powództwo w pozostałej części.

Powództwo wzajemne

I. umarza postępowanie z powództwa wzajemnego ponad kwotę 271.710 zł (dwieście siedemdziesiąt jeden tysięcy siedemset dziesięć złotych);

II. oddała powództwo wzajemne w pozostałej części;

III. zasądza od powoda wzajemnego D. N. na rzecz pozwanego wzajemnego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą w S. kwotę 7217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

W pozwie z dnia 5 lipca 2013r. powód - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w S. wnosił o zasądzenie od pozwanego D. N. kwoty 264.186,74 zł wraz z odsetkami od dnia 1 marca 2013r. i kosztami procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, że na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 27 września 2012r. powód wykonywał na rzecz pozwanego instalacje sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne. W ramach tych prac wykonał w miesiącach listopad i grudzień 2012r. odwodnienie dachu w systemie P. oraz odwodnienie wchodzące w zakres instalacji zewnętrznych. (...) sanitarne objęte sporem stanowiły samodzielną całość i nie były powiązana z innymi instalacjami. Pozwany w dniu 20 grudnia 2012r. złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Mimo wezwania skierowanego przez powoda do dokonania odbioru robót według stanu na dzień odstąpienia od umowy i zaproponowania dwóch terminów pozwany nie przystąpił do odbioru. W tym stanie rzeczy powód w dniu 6 lutego 2013r. dokonał jednostronnego odbioru wykonanych prac wysyłając pozwanemu dokumentację powykonawczą wraz z protokołem, obmiarami i kosztorysem powykonawczym. W dniu 12 lutego 2013r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT za wykonane prace według stanu na dzień 20 grudnia 2012r. Prowadzone przez strony rozmowy i wymiana korespondencji w celu ugodowego załatwienia sporu nie przyniosły rezultatu. W ocenie powoda odstąpienie od umowy przez pozwanego zostało dokonane ze skutkiem ex nunc i dotyczyło niewykonanej części robót. Wykonanie objętej sporem instalacji, które stanowi samodzielną i zamkniętą całość robót w ocenie powoda jest częściowym spełnieniem świadczenia w rozumieniu art. 379 §2 k.c. Na wykonanie instalacji wewnętrznej i zewnętrznej odwodnienia dachu powód sporządził w oparciu o KNR i średnie ceny (...) za IV kw. 2012r. kosztorys powykonawczy na podstawie którego wycenił wartość prac na kwotę 414.186,74 zł brutto. W kwocie dochodzonego wynagrodzenia powód uwzględnia zapłaconą przez pozwanego zaliczkę w kwocie 150.000 zł brutto żądając zasądzenia różnicy w dochodzonej wysokości 264.186,74 zł.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu. W uzasadnieniu swego stanowiska pozwany zakwestionował w całości załączony do pozwu kosztorys powykonawczy, na którym powód opierał wyliczenie dochodzonego roszczenia, podnosząc że jego zastosowanie jest całkowicie sprzeczne z zawartą umową i rozliczenie otrzymane wraz z fakturą nigdy nie zostało przez niego zaakceptowane. Zaznaczył, że kosztorys z dnia 27 listopada 2012r., który powód dołączył do faktury VAT nr (...) na kwotę 130.000 zł netto był zgodny z kalkulacją umowną wynagrodzenia ryczałtowego. Wykazane w tym kosztorysie elementy robót, za które powód dochodzi wynagrodzenia niniejszym pozwem wycenione były na kwotę 142 000 zł netto podczas gdy w kosztorysie powykonawczym powoda wartość tych elementów wyceniono na kwotę 336.737,19 zł netto. Pozwany zarzucił, że powód dochodząc należności za część tych prac, których jakość wzbudzała najmniej zastrzeżeń ze strony inwestora chce uzyskać jak najwyższe wynagrodzenie za te prace stosując w kosztorysie powykonawczym stawki, normy i metody obliczeń co jest sprzeczne z zapisami umownymi. Nadto pozwany podniósł szereg zarzutów dotyczących nienależytego wykonania robót objętych umową stron, a nadto zarzucił brak wzajemnego współdziałania przy wykonywaniu umowy czego przejawem było ignorowanie wezwań do usunięcia wad wykonawczych oraz upomnień i ponagleń co do sposobu wykonywania robót kierowanych przez pozwanego, jego pełnomocnika ds. inwestycji R. G. (1), przedstawiciela pozwanego dyrektora M. T. (1). Pozwany zarzucił w szczególności brak projektu wykonawczych i warsztatowych wykonywanych robót, brak dokumentacji geodezyjnej, wprowadzanie zmian do projektu budowlanego w toku wykonywanych robót bez akceptacji projektanta i zamawiającego, brak uzgodnień w toku robót ze spółką (...) wykonującą roboty ogólnobudowlane na przedmiotowej inwestycji. Podniósł, że powód nie zastosował się do wezwań zamawiającego o przedstawienie projektu odwodnienia dachu, projektu wykonawczego nasypu ziemnego, projektów wykonawczych w tym częściowych, kompletu wymaganej dokumentacji oraz naprawy wadliwie wykonanego zasypu pod instalację wodociągową. Na zlecenie pozwanego jego pełnomocnik ds. inwestycji R. G. (1) opracował listę wad i usterek, wykazał nieprawidłowości błędy i braki w wykonaniu robót, o czym poinformował powoda w korespondencji elektronicznej i pocztą. Odwołując się do tej oceny pozwany pismem z dnia 3 grudnia odmówił przyjęcia faktury VAT wraz z dokumentami rozliczeniowymi, którą powód wystawił za okres od 3 października do 7 listopada 2012r. Następnie powołując się na wady i usterki oraz przejawy nienależytego wykonania umowy pozwany w piśmie z dnia 20 grudnia 2012r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Pismami z dnia 21 grudnia 2012r., 4 lutego 2013r. pozwany ponownie wezwał powoda do przedstawienia dokumentacji wykonawczej, której brak uniemożliwił

inwentaryzację robót. Doręczoną przez powoda dokumentację pozwany ocenił jako niekompletną i podtrzymał dotychczas zgłaszane wady, braki i inne przejawy nienależytego wykonania umowy. Powód nie podpisał porozumienia, którego projekt opracował pozwany. W tym stanie rzeczy pozwany nie wyraził zgody na realizację przez powoda projektu naprawczego i odmówił przyjęcia wystawionej przez niego objętej sporem faktury VAT Nr (...). W celu ustalenia wartości robót wykonanych przez powoda i kosztów usunięcia ich wadliwości pozwany zamówił operat geotechniczny i kosztorys inwestorski napraw robót wykonanych przez powoda. Zgodnie z wyczeniem pozwanego wartość robót wykonanych przez powoda z uwzględnieniem instalacji wewnętrznych i zewnętrznych została ustalona na kwotę 235.191 zł netto. Wartość niezbędnych napraw robót wykonanych nieprawidłowo przez powoda w zakresie instalacji zewnętrznych i wewnętrznych (kanalizacja sanitarna) została wyceniona na kwotę 392.765,69 zł netto. Ponadto pozwany poniósł koszty badań geotechnicznych w kwocie 9.480 zł i zapłacił na rzecz powoda zaliczkę w kwocie 126.300 zł netto. Powyższe rozliczenie pozwany przedstawił w nocy księgowej z dnia 28 maja 2013r. którą przesłał powodowi wraz z pismem z tej samej daty. Powołując się na powyższe rozliczenie pozwany wywodzi, że to jemu w stosunku do powoda przysługuje roszczenie na sumę 293.354,69 zł, a zatem roszczenie powoda nie ma żadnych podstaw. W podsumowaniu swego stanowiska podniósł, że od umowy odstąpił skutecznie i nie zawierał odrębnej umowy na prace objętej sporem, zaś umowa stron przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe i rozliczenie stron odnośnie instalacji odwodnienia dachu winno być dokonane w ramach rozliczenia całości łączącej strony umowy i przewidzianego ta umową wynagrodzenia ryczałtowego.

Na terminie pierwszej rozprawy pozwany złożył **pozew wzajemny**, którym dochodził zapłaty od powoda jako pozwanego wzajemnego kwoty 293.154,69 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 11 czerwca 2013r. i kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu wzajemnego wskazano, że dochodzone roszczenie powód wzajemny jako inwestor wywodzi z umowy o wykonanie instalacji wewnętrznych i zewnętrznych dla inwestycji zlokalizowanej w miejscowości S., gmina L.. zawartej w dniu 27.09.2012 r. z pozwanym wzajemnym jako wykonawcą, która to umowa stanowi również podstawę powództwa głównego. Powód wzajemny podniósł tożsame zarzuty nienależytego wykonania umowy przez pozwanego wzajemnego, które powołał w argumentacji zawartej w odpowiedzi na pozew główny. Wskazał, że pozwany wzajemny wykonując nienależycie umowę nie spełniał zgłaszanych przez inwestora żądań wykonania prac zgodnego z umową oraz wezwań do usunięcia wadliwości robót, które były wykonywane bez opracowania wymaganych umową projektów wykonawczych i warsztatowych oraz uzgodnień, a także bez wymaganych wpisów do dziennika budowy. Zarzucił, że w toku wykonywania robót dokonano zmian w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego bez akceptacji projektanta oraz inwestora, zaś skutkiem braków w projektach wykonawczych, wadliwie wykonanych robót i brakiem dokumentacji nadzór inwestorski pozbawiony był możliwości prawidłowego dokonywania odbiorów robót. W tych okolicznościach zdaniem powoda wzajemnego wymagane wpisy w dzienniku budowy, dokonywane przez inspektora nadzoru inwestorskiego inż. K. K. (1) miały charakter jedynie informacyjny. Z ustalonego w umowie stron z dnia 27.09.2012 r. wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 1.263.000,- zł netto powód wzajemny w dniu 02.10.2012 r. zapłacił na rzecz wykonawcy (pozwany wzajemny) na podstawie wystawionej faktury VAT kwotę 126.300 zł netto obejmującą zaliczkę w wysokości 10 % wartości umowy. Wykonawca poza zaliczką nie otrzymał zapłaty dalszej części wynagrodzenia, gdyż żadne z wykonanych robót nie zostały przez inwestora przyjęte wobec braku zaakceptowania przez inwestora protokołu częściowego, co zgodnie z wymogiem § 3 ust.2 umowy stanowiło warunek rozliczenia miesięcznego. Powód wzajemny podnosi, że jako inwestor domagał się dostarczenia niezbędnej dokumentacji odbiorowej oraz wykonania w sposób prawidłowy i bezusterkowy robót, które podlegały rozliczeniu i co do których wielokrotnie podnosił wobec wykonawcy zastrzeżenia wzywając go do usunięcia zgłoszonych wad i usterek. Wskazał na opracowaną przez pełnomocnika inż. R. G. (1) pisemną analizę i ocenę dokumentacji rozliczeniowej z dnia 29.11.2012 r., wytykającą wykonawcy nieprawidłowości i błędy. Powołując się na stwierdzone wadliwości wykonanych prac D. N. odmówił ich przyjęcia jednocześnie żądając usunięcia zgłoszonych wad i usterek w określonym terminie. Również pismem z dnia 3.12. (...) inwestor odmówił przyjęcia faktury VAT wraz z dokumentami rozliczeniowymi wykonawcy za okres 3.10.2012 r. - 7.11.2012 r. Powód wzajemny wskazał, że wykonawca nie usunął wadliwości wykonanych robót i nie przedstawił stanowiska odnośnie dalszej realizacji umowy. W zaistniałej sytuacji inwestor odstąpił od umowy z wykonawcą w dniu 20 grudnia 2012 r., powołując się na szczegółowo wymienione wady i usterki oraz przejawy nienależytego wykonania lub niewykonania przez powoda łączącej strony umowy. Pismem z 21.12.2012 r. inwestor wezwał wykonawcę do przedstawienia inwentaryzacji oraz

do zwrotu dokumentacji projektowej. Wykonawca zwrócił się do inwestora pismem z 07.01.2013 r. o wycofanie odstąpienia od umowy i zastąpienia go aneksem do umowy. W realizacji żądania z dnia 21.12.2012r. wykonawca złożył w dniu 6 lutego 2013r. m.in. kopie pierwszych stron projektów, własny kosztorys powykonawczy protokół odbioru wykonanych robót, a także własne obmiary robót i własny kosztorys powykonawczy, celem rozliczenia. Powód wzajemny dokonał weryfikacji przedstawionego rozliczenia w dokumencie inż. R. G. (1) z dnia 15-18.02.2013 r. p.t.: Opinia dla dokumentacji powykonawczej, technicznej i rozliczeniowej z wykonanych robót przez (...) sp. z o.o. s.k. w okresie 03.12.2012 -19.12.2012 r., uzupełnionej i przekazanej inwestorowi w dniu 08.02.2013 r. oraz w dokumencie z dnia 19.02.2013 r. p.t.: Zakres rzeczowy -Program naprawczy dla wykonanych przez (...) sp. z o.o. s.k. instalacji i sieci sanitarnych zewnętrznych dla przedmiotowej inwestycji, przedstawiając wykonawcy w dniu 20.02.2013 r. pisemne stanowisko w sprawie realizacji umowy. W piśmie opisane zostały braki, wady i błędy wykonania oraz ich skutki dla możliwości funkcjonowania instalacji objętych zakresem umowy z dnia 27.09.2012 r., a także rozliczenia z wykonania robót oraz zakresu rzeczowego programu naprawczego. W dniu 01.03.2013 r. inspektor nadzoru K. K. (1) sporządził wykaz robót, które są bezwzględnie konieczne do wykonania i przestawiono go wykonawcy wraz z projektem pisemnego porozumienia. Powód wzajemny w oparciu o sporządzony na jego zamówienie operat geotechniczny oraz inwestorski kosztorys napraw robót instalacyjnych z umownego zakresu wykonawcy przedstawił w dniu 28.05.2013 r. wykonawcy rozliczenie wykonanych robót. Jednocześnie jak zaznaczył w pozwie wzajemnym sukcesywnie dokonywał wymian instalacji wykonanych niezgodnie z projektem budowlanym i szczegółowo wskazanych w przedstawionym kosztorysie, koniecznych dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Powód wzajemny przedstawił w piśmie z dnia 28.05.2013 r. swoje stanowisko w zakresie rozliczenia z wykonawcą wraz z propozycją ugodowej spłaty zobowiązania wskazując wielkość zobowiązania wykonawcy wobec inwestora na kwotę 528 545,69 zł netto na którą składa się: kwota 392.765,69 zł stanowiąca koszt napraw robót wykonanych przez pozwanego wzajemnie przyjęta z kosztorysu sporządzonego przez inż. M. W. (1), kwota 126.300 zł zapłacona wykonawcy tytułem zaliczki, kwota 9480zł z tytułu kosztów badań geotechnicznych poniesionych przez inwestora. Według wyliczenia zawartego w pozwie wzajemnym po zaliczeniu wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy tj. wierzytelności Spółki (...) sp. z o.o. s.k. od inwestora w kwocie 235.191,00 zł netto i po dokonaniu potrącenia objętego oświadczeniem z dnia 28 maja 2013 r., zdaniem powoda wzajemnego wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na jego rzecz kwoty 293 354,69 zł netto. Notę księgową uwzględniającą powyższe rozliczenie powód wzajemny doręczył pozwanemu wzajemnemu w dniu 29.05.2013 r. wzywając go do zapłaty kwoty 293.354,69 zł netto w terminie 14 dni. Wobec braku reakcji wystąpił z niniejszym roszczeniem w pozwie wzajemnym. Powód wzajemny do pozwu załączył prywatne dokumenty w postaci opinii inż. R. G. (1) z dnia 15-18.02.2013 r. p.t.: Opinia dla dokumentacji powykonawczej, technicznej i rozliczeniowej z wykonanych robót przez (...) sp. z o.o. s.k. w okresie 03.12.2012 -19.12.2012 r. programu naprawczego z dnia 19.02.2013 r. p.t.: Zakres rzeczowy -Program naprawczy dla wykonanych przez (...) sp. z o.o. s.k. instalacji i sieci sanitarnych zewnętrznych dla przedmiotowej inwestycji, ekspertyzy geotechnicznej zasypek instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez inż. M. W. (1) w zakresie kosztów usunięcia wad i napraw wadliwie wykonanych robót.

W piśmie procesowym z dnia 20 lutego 2014r. powód wzajemny wskutek korekty wyliczenia kosztów napraw tj. ich obniżenia dokonał zmiany powództwa żądając zapłaty kwoty 271.710 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11 czerwca 2013r., a w pozostałej części cofnął pozew zrzekając się w tym zakresie roszczenia (k.717, k.781).

W odpowiedzi na pozew wzajemny pozwany wzajemny (powód) wniósł o jego oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu. Zarzucił powodowi wzajemnemu brak wskazania na jakiej podstawie wyliczył wartość robót wykonanych przez pozwanego wzajemnego, którą to wierzytelność umorzył przez potrącenie z własną wierzytelnością, co do której również nie wykazał z jakiej podstawy prawnej ją wywodzi. Zaznaczył, że w przypadku oparcia roszczenia powoda wzajemnego na podstawie odszkodowawczej obowiązkiem powoda było udowodnienie przesłanek takiej odpowiedzialności w tym dowodów wskazujących na fakt poniesienia szkody i jej wysokości. (odpowiedź na pozew k. 709 – 710).

Sąd Okręgowy w Lublinie orzekając w sprawie zważył, co następuje:

W dniu 27.09.2012 r. strony zawarły Umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie przez powoda (pozwany wzajemny) instalacji wewnętrznych i zewnętrznych na inwestycji pozwanego (powód wzajemny) zlokalizowanej w miejscowości S., gmina L. dla obiektów: budynek hali, budynku socjalno-biurowego, przybudówek technicznych, portierni, kotłowni, sprężarkowni, zbiornika ppoż., terenów utwardzonych (§1 umowy). W §3 umowy strony ustaliły, że zamawiający za wykonanie przedmiotu umowy zapłaci na rzecz wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 1.263000 zł + należny VAT na zasadzie zapłaty zaliczki w wysokości 10% wartości umowy płatnej do 3 dni po podpisaniu umowy, która podlega rozliczeniu po wykonaniu prac zawartych w umowie, a nadto w formie rozliczenia miesięcznego na podstawie procentowego zaawansowania prac i końcowe 5% wartości umowy po dokonaniu urzędowego odbioru obiektu do użytkowania. Wskazano, że podstawę do dokonania płatności będą faktury VAT wystawiane przez wykonawcę i przekazane zamawiającemu wraz z protokołami częściowymi potwierdzonymi przez zamawiającego. Szczegółowy zakres prac został opisany w załącznikach do umowy (d. umowa z załącznikami k. 260-266). Strony postanowiły, że po zakończeniu wszelkich prac budowlanych, instalacyjnych oraz po przeprowadzeniu próby szczelności nastąpi przekazanie dokumentacji powykonawczej wraz z niezbędnymi dokumentami oraz atestami (pkt III załącznik nr 3, k.266 v.). Mocą zapisu §6 umowy wykonawca zobowiązał się do przekazania na dzień odbioru dokumentacji powykonawczej oraz innych niezbędnych dokumentów wymaganych do odbioru przez Prawo i przepisy budowlane (k.261v.). Termin rozpoczęcia robót został ustalony na dzień 1 października 2012r., a zakończenia na dzień 31 maja 2013r. Przedstawicielem zamawiającego ustanowionym w umowie był M. T. (1), a ze strony wykonawcy P. T. (1). Powód przystąpił do wykonywania robót i zgodnie z umową na poczet wykonywanych prac na podstawie faktury VAT z dnia 2 października 2012r. została mu wypłacona zaliczka w kwocie 126.300 netto (150000 zł brutto, bezsporne). Przedmiot umowy był realizowany w oparciu o projekt budowlany i na podstawie bieżących uzgodnień dokonywanych przez kierownika budowy, a w zakresie odwodnienia instalacji w systemie P. na podstawie projektu wykonawczego producenta, który był dostępny do wglądu na terenie budowy (d. zeznania świadka H. Z. k. 784). Od początku trwania prac zamawiający przy udziale współpracowników monitorował ich wykonywane zgłaszając do wykonawcy zastrzeżenia, które dotyczyły nieprawidłowości wykonania zasypania instalacji bez dogęszczenia wykopów, zastosowania niezgodnych z umową materiałów. W dniu 29 października 2012r. wezwał powoda do złożenia projektu wykonawczego i naprawy wadliwie wykonanego zasypania instalacji (d. korespondencja mailowa k. 294 - 309). Na tym etapie prac uwagi zamawiającego w imieniu inwestora przekazywał wskazany w umowie jako jego przedstawiciel dyrektor strategiczny M. T. (1). Współpraca między stronami nie układała się dobrze i z upływem czasu stan ten pogłębiał się. Wymagania inwestora co do sporządzania projektów wykonawczych i warsztatowych nie znajdowały uzasadnienia w treści umowy, ani też nie wymagał tego nieskomplikowany charakter prac. Projekt wykonawczy na system odwodnienia P. był dostarczony przez producenta tj. spółkę (...). Wymóg inwestora sporządzania kosztorysu za okresy miesięczne przy rozliczeniach częściowych był również sprzeczny z umową, która przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe (d: zeznania świadka A. T. k. 855-857). Na budowie nie było narad koordynacyjnych prace powoda nie były nadzorowane przez inspektora nadzoru lecz pracowników inwestora, którzy kierowali do prezesa spółki (...) P. T. (1) liczną korespondencją mailową. Reprezentujący inwestora od początku wykonywania robót przez powoda dyrektor strategiczny M. T. (1) nie posiadał wykształcenia o kierunku budowlanym i jak sam zeznał jego rola polegała na „ponagłaniu” wykonawcy (d: zeznania świadków: M. T. k. 762-768, R. G. k.848-854). Wobec zbliżającego się sezonu zimowego w/w przedstawiciel inwestora wezwał mailem z dnia 13 listopada 2012r. wykonawcę do rozpoczęcia wykonania odwodnienia dachu w systemie P. (d: mail k.308). Pozwany poza wypłaconą zaliczką nie dokonywał żadnej zapłaty, zaś reprezentujący inwestora od połowy listopada 2012r. pełnomocnik R. G. (1) opracował dla wykonawcy szczegółowe zalecenia z terminami ich wykonania, które przesłano w dniu 28 listopada 2012. W ramach tych zaleceń żądano w szczególności złożenia dokumentacji wykonawczej poszczególnych branż i dokumentacji odbiorowej. Przedstawiono wykonawcy listę usterek i nieprawidłowości w wykonaniu przedmiotu umowy wskazując sposób usunięcia tych nieprawidłowości. Inwestor zgłaszając pretensje do wykonawcy twierdził, że opóźniając wykonania odwodnienia dachu w systemie (...) doprowadziło do zalania hali wodami opadowymi (d: korespondencja mailowa k.319,320,343 oraz k. 352-364). Wykonawca udzielił informacji o postępie prac ustosunkowując się do zgłaszanych zastrzeżeń i żądań zamawiającego w piśmie z dnia 21,22, 30 listopada oraz 12 grudnia 2012r. (d: pisma k. 680 – 688). Za roboty wykonane w pierwszym miesiącu budowy powód/pozwany wzajemny na podstawie protokołu zaawansowania robót wystawił fakturę VAT nr (...) z dnia 23

listopada 2012r. na kwotę 159.900 zł brutto, którą wraz z protokołem przesłał D. N. za pismem z dnia 27 listopada 2012r. Protokół zawiera zestawienie pozycji kosztorysowych robót objętych przedmiotem umowy (pismo, protokół, faktura k. 347 -349). Pozwany odmówił jej przyjęcia powołując się na opinię R. G. (1), który stwierdzając wady wykonawcze nie zaakceptował faktury (d: zeznania świadka R. G. k. 848-854). W dniu 3 grudnia 2012r, kierownik robót H. Z. (2) wpisał do dziennika budowy zakończenie robót przy wykonywaniu przepływu rury kanalizacyjnej fi 500 i zgłosił te roboty do odbioru. Wpisem z dnia 7 grudnia 2012r. ponowił żądanie odbioru (dziennik budowy k. 276-277, k. 279). We wniosku z dnia 12 grudnia 2012r. doręczonym pozwanemu w dniu 17 grudnia 2012r. powód zgłosił żądanie wystawienia mu gwarancji zapłaty (wniosek k.691 i k.692). Wpisami do dziennika budowy dokonanymi w dniu 12 grudnia 2012r. przez kierownika robót H. Z. (2) wykonawca zgłosił zakończenie prac przy wykonywaniu systemu odwodnienia dachu P., które wchodziły w zakres robót sanitarnych wewnętrznych oraz zgłosił te prace do odbioru oraz ponownie instalację odwodnienia zewnętrznego (d: dziennik budowy k. 279, zeznania świadka H. Z. (2) k. 781 - 785). Ze strony inwestora nie przystąpiono do odbioru tych prac, mimo braku kwestionowania faktu ich wykonania oraz braku zastrzeżeń co do prawidłowości wykonania odwodnienia dachu w systemie P. (d: zeznania D. N. w trybie art. 299 k.p.c. k.877 i k.786, zeznania świadka M. T. k. 767). Pełniący funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej K. K. (1) nie dokonał w dzienniku budowy żadnego wpisu w związku z dokonanym zgłoszeniem jak również w związku z kwestionowanym przez zamawiającego sposobem wykonywanych prac (zeznania świadka H. Z. k. j.w.). W zeznaniach złożonych w charakterze świadka K. K. (1) potwierdził brak kompetencji w zakresie instalatorstwa wewnętrznego, a do takich prac należało odwodnienie dachu w systemie P.. Brak wpisów dotyczących prac z zakresu instalacji zewnętrznej fi 500 tłumaczył ustnym zgłaszaniem usterek kierownikowi budowy H. Z. (2) i R. G. (1). Zastrzeżenia inspektora nadzoru dotyczyły zamiany rur wykonanych z PE na rury stalowe, zastosowanie złego przekroju rury fi 63 zamiast fi 100, braku zagęszczenia materiału użytego do zasypiania rurociągu. Wpisem do dziennika budowy dokonanym w dniu 21 grudnia 2012r. inspektor nadzoru K. K. (1) potwierdził wykonanie robót sanitarnych kanału zewnętrznego fi 500 zgłaszając zastrzeżenia do jego wykonania, stwierdził brak protokołu wykonawczego oraz dokumentacji powykonawczej (d: zeznania świadka K. K. k. 816 -817, dziennik budowy k. 283-284). Wpis miał miejsce po złożeniu przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 grudnia 2012r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy z powodem oraz wezwania pismem z dnia 21 grudnia 2012r. do przedstawienia inwentaryzacji oraz do zwrotu dokumentacji projektowej. Jako podstawę prawną odstąpienia wskazano art. 636§1 k.c. w zw. z art. 656 k.c. uzasadniając niedochowaniem terminów usunięcia wad opisanych w treści złożonego oświadczenia. Zamawiający odstępując od umowy ze skutkiem natychmiastowym wezwał wykonawcę do opuszczenia placu budowy w terminie do dnia 22 grudnia i zabrania wszelkich będących jego własnością składników umowy (d: pismo o odstąpieniu k.370 – 372). R. G. (1) nie pełnił w procesie inwestycyjnym funkcji, która uprawniałaby go do dokonywania wpisów do dziennika budowy, a mimo tego pod datą 21 grudnia 2012r, dokonał wpisu o odstąpieniu zamawiającego od umowy z powodem. Zarówno ten wpis jak i pozostałe uskutecznione przez osobę nieuprawnioną nie odniosły skutku w procesie inwestycyjnym (d: dziennik budowy k.287). Pisma o odstąpieniu od umowy zostały doręczone adresatowi w dniu 27 grudnia 2012r. (d: k. 373). W pisemnej odpowiedzi z dnia 28 grudnia 2012r. powód nie zgodził się z zarzutami inwestora powołanymi jako podstawa złożonego oświadczenia i podkreślał, że roboty nie mają wad i usterek, a jedynie nie zostały przez niego dokończone (d: pisma k.687 – 690). Po spotkaniu w dniu 7 stycznia 2013r. zorganizowanym w siedzibie przedsiębiorstwa pozwanego z udziałem przedstawicieli stron w piśmie z dnia 9 stycznia 2013r. skierowanym do powoda reprezentujący inwestora informowali o konieczności sporządzenia we własnym zakresie na jego koszt dokumentacji powykonawczej w zakresie odwodnienia dachu w systemie P. i przeprowadzenia prób działania i szczelności. W zakresie odwodnienia dachu obejmującego prace w części zewnętrznej instalacji inwestor informował o konieczności opracowania dokumentacji powykonawczej, naprawy nasypu ziemnego na całej jego długości, przeprowadzenie prób działania systemu odwodnienia fi 500, przeprowadzenie badań geotechnicznych z ewentualnością rozbiórki i wykonania na nowo nasypu wraz z próbami zagęszczenia (d: pismo z dnia 9 stycznia 2013r. k.378 -380). Powód deklarował podjęcie robót w celu wykonania umowy (d: pismo z dnia 7 stycznia 2013r. k. 75-76). Powód nie uznając skuteczności odstąpienia od umowy wobec braku uzasadnionych podstaw pismem z dnia 17 stycznia 2013r. wezwał pozwanego D. N. do powołania komisji, która dokona odbioru robót według stanu na dzień 20 grudnia 2012r. i zaproponował termin tego odbioru w dniu 28 stycznia 2013r. (d: pismo k. 77-79). Wobec braku przystąpienia przez zamawiającego do czynności odbiorowych powód dokonał jednostronnego odbioru w dniu 5 lutego 2013r. o czym powiadomił inwestora przesyłając dokumentację powykonawczą, protokół odbioru, obmiary

i kosztorys powykonawczy (d: pismo z dnia 6 lutego 2013r. k. 64, protokół k.65). Podstawę opracowania kosztorysu powykonawczego powoda stanowił obmiar robót bez uwzględnienia robót związanych z zasypaniem zewnętrznej instalacji wobec przyznania braku zagęszczenia gruntu oraz ceny publikowane w katalogu S. z IV kwartału 2012r. Łączna wartość kosztorysowa robót objętych sporem wynosiła kwotę 336.737,19 zł netto (d: kosztorys powykonawczy k.38-63, zeznania P. T. w trybie art. 299 k.p.c. k.873-877). Na podstawie tego kosztorysu powód wystawił w dniu 12 lutego 2013r. fakturę VAT Nr (...) na kwotę 418.200 zł brutto (d: faktura k.36). Do wyliczenia dochodzącej należności w kwocie 284.186,74 zł powód przyjmuje kosztorysowe wynagrodzenie w kwocie 414.186,74 zł brutto odejmując od tej wartości dokonaną wpłatę zaliczki w kwocie 150.000 zł brutto. Pozwany/powód wzajemny nie akceptował doręczonej mu faktury. W kolejnych opracowaniach w postaci opinii sporządzonej przez R. G. (1) oraz Zakresu rzeczowego dla programu naprawczego z dnia 19 lutego 2013r. informował wykonawcę o stwierdzonych wadach wykonawczych oraz przedstawił jakich czynności wykonawca ma dokonać w celu naprawy instalacji zewnętrznej (d: opinia k. 173-179, Program k. 180 - 182). W dniu 1 marca 2013r. D. N. przedstawił powodowi projekt porozumienia, w którym przedstawił warunki, po spełnieniu których zobowiązał się do zapłaty na rzecz powoda za instalację zewnętrzną kwoty 167.000 zł netto, za instalację zewnętrzną kwotę 10.000 zł netto i za instalację wewnętrzną kwotę 55.000 zł netto z zaznaczeniem pomniejszenia wpłacanych kwot o wpłaconą zaliczkę (d: porozumienie projekt k.194-196). Powód nie podpisał porozumienia. Pozwany za pismem z dnia 6 marca 2013r. odesłał powodowi fakturę VAT nr (...) (k.197). Podejmowane przez powoda próby polubownego zakończenia współpracy nie odniosły rezultatu (d: pismo k. 441). Na zlecenie inwestora M. W. (1) w kwietniu 2013r. opracował kosztorys inwestorski, w którym ustalił koszty niezbędnych napraw robót wykonanych przez powoda w zakresie sieci wodociągowej, odwodnienia dachu, instalacji kanalizacji i rurociągu tłocznego na kwotę 392.765,69 zł netto (d: kosztorys k. 524- 592). Inwestor zlecił również opracowanie ekspertyzy geotechnicznej celem zbadania wskaźników zagęszczenia istniejących zasypiek instalacji wod.-kan. pod kątem przydatności pod projektowane drogi. Ekspertyza prywatna potwierdziła konieczność dogęszczenia zasypiek tras instalacji podziemnych przebiegających pod nawierzchnią projektowanych dróg, gdyż nie spełniały one wskaźnika zagęszczenia wg wymagań PN (d: ekspertyza k. 595-599). W opracowanym rozliczeniu pozwany inwestor oszacował wartość robót wykonanych przez powoda na łączną kwotę 235 191 zł netto przy rozbięciu na wartość instalacji zewnętrznych w kwocie 171.191 zł oraz wartość instalacji wewnętrznych w kwocie 65.000 zł. Do ustalenia wynagrodzenia przyjął wartości robót wykazywane przez powoda w protokole zaawansowania robót z dnia 9 listopada 2012r., (zeznania D. N. w charakterze strony k.877, rozliczenie k. 457). W oparciu o powyższe wyliczenie D. N. wystawił notę księgową nr (...) z dnia 28 czerwca 2013r., w której od uznanej na kwotę 235.191 zł netto wartości robót wykonanych przez powoda dokonał potrącenia wartości napraw robót nieprawidłowo wykonanych, których wartość oszacował na podstawie kosztorysu M. W. (1) na kwotę 392.765,69zł netto, poniesionego wydatku na ekspertyzę i badania geologiczne w kwocie 9.480 zł oraz zaliczki wypłaconej w kwocie 126.300 zł netto. Inwestor nie wzywał powoda do zapłaty kwoty wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Pozwany uwzględniając powyższe potrącenia z należnego zdaniem inwestora wynagrodzenia powoda wezwał go do zapłaty kwoty 293.354,69 zł jako pozostałej części wierzytelności, która wskutek potrącenia nie uległa umorzeniu (nota księgowa k.460), a następnie wystąpił z żądaniem jej zasądzenia **w pozwie wzajemnym rozpatrywanym** w niniejszym sporze.

Na zlecenie D. N. począwszy od lipca 2013r. R. M. wykonywał na spornym obiekcie prace instalacyjne, kanalizacji deszczowej, sanitarnej i dokonywał napraw w zakresie prac wykonywanych przez spółkę (...). Prace naprawcze polegały na poszerzeniu częściowo wykopanego nasypu, jego dogęszczeniu oraz dosypaniu piasku w celu osiągnięcia wymiarów zgodnie z rysunkiem poprzedniego wykonawcy firmy (...). Nasyp nad kanalizacją nie zabezpieczała geowłóknina, a wodociąg nie posiadał taśmy magnetycznej. Za wykonane roboty R. M. wystawiał faktury, które zasadniczo obejmowały prace podstawowe i tylko niektóre pozycje kosztorysowe dotyczyły prac naprawczych. Zeznając jako świadek nie był w stanie określić szacunkowej wartości tych robót (d: zeznania świadka k. 831-834). Prace związane w wykonaniem nasypu zleczone jako naprawcze powód traktował w rozliczeniu jako roboty niedokończone (d: zeznania świadka A. T. k. 835i n., zeznania P. T. w trybie art. 299 k.p.c. k. 874-875). Na chwilę zamknięcia rozprawy obiekt objęty sporem został oddany do użytkowania i właściciel D. N. korzysta z niego zgodnie z przeznaczeniem prowadząc produkcję meblarską. Równoległe z niniejszym sporem pozostaje w sporze sądowym ze spółką (...), która jako wykonawca robót ogólnobudowlanych obejmujących konstrukcję hali dochodzi zapłaty kwoty

2.650.000 zł (zeznania D. N. w trybie art. 299 k.p.c. k. 880, okoliczność znana sądowi z urzędu w sprawie sygn. akt IX GC 219/13)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o omawiane dowody z dokumentów zeznania świadków, które wziął pod uwagę w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zeznania świadków M. T. (1) i R. G. (1) pokrywały się ze stanowiskiem pozwanego/powoda wzajemnego i odzwierciedlały fakty opisane w korespondencji mailowej, które w większości odnosiły się do wadliwości wykonywanych robót oraz innych żądań zgłaszanych do wykonawcy przez w/w świadków w imieniu inwestora co dla rozstrzygnięcia sprawy nie miało istotnego znaczenia w świetle poniższej oceny prawnej dochodzonych roszczeń. Zważyć też należy, że dowód z zeznań świadków nie jest adekwatnym środkiem dowodowym dla ustaleń Sądu czy prace były wykonane przez powoda wadliwie oraz jakie to miało znaczenie dla oceny zasadności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia i roszczenia odszkodowawczego zgłoszonego w pozwie wzajemnym, gdyż wymagało wiedzy specjalistycznej. Również nie miały dla sprawy istotnego znaczenia zeznania świadka J. S., który potwierdził fakt wykonania prac geodezyjnych przed tyczeniem przebiegu kanalizacji i po jej wykonaniu. Sąd uznał za w pełni wiarygodne zeznania świadka K. K. (1) i A. T. (2), którzy w sposób obiektywny przedstawili przebieg procesu inwestycyjnego i relacje wzajemne stron. Sąd obdarzył wiarą zeznania stron w zakresie ustalonych faktów pomijając ich oceny, które były ekspozycją stanowisk prezentowanych w toku procesu. Sąd oddalił wniosek dowodowy pełnomocnika D. N. o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M. W. (1) wobec zajęcia stanowiska przez wnioskowanego świadka w kosztorysie sporządzonym na zlecenie inwestora objętym materiałem dowodowym jako dokument prywatny uznając zgłoszony dowód za zbędny w świetle art. 227 k.p.c. Sąd również oddalił zgłoszony w piśmie przygotowawczym (k.717) wniosek pełnomocnika powoda wzajemnego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, której celem byłoby sprawdzenie prawidłowości ustaleń biegłego M. W. (2) przy uwzględnieniu inwentaryzacji geodezyjnej geodety J. S.. Sąd zważył, że zadaniem biegłego sądowego nie jest weryfikowanie opinii prywatnych, a wydanie opinii, której celem jest naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu przez Sąd materiału sprawy.

Sąd pominął wnioski dowodowe pełnomocników stron o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zgłoszone na rozprawie, na której Sąd zamknął rozprawę, uznając je za spóźnione w świetle art. 207 §6 k.p.c. Pozwany w odpowiedzi na pozew kwestionował załączony do pozwu kosztorys powykonawczy i nie sposób zatem uznać, że inicjatywa dowodowa zgłoszona na ostatnim terminie rozprawy nie była spóźniona. Natomiast powód wzajemny już w pozwie powinien zgłosić wnioski dowodowe z opinii biegłych w celu wykazania przesłanek powstania odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego wzajemnego.

W świetle tych ustaleń Sąd zważył, co następuje:

Roszczenia dochodzone pozwem głównym i powództwem wzajemnym wynikają z łączącej strony umowy z dnia 27 września 2012r., która podlega ocenie w świetle przepisów Kodeksu Cywilnego Tytułu XVI art. 647 k.c. i n. regulujących umowę o roboty budowlane.

Roszczenie dochodzone powództwem głównym obejmuje żądanie zapłaty wynagrodzenia częściowego za wykonane w ramach umowy stron prace instalacyjne w postaci odwodnienia dachu w systemie P. (instalacja wewnętrzna) oraz prace związane z wykonaniem odwodnienia zewnętrznego. Prace objęte sporem zostały wykonane przez powoda w całości przed datą złożenia przez inwestora oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Mimo zgłoszenia do odbioru tych prac inwestor nie przystąpił do czynności odbiorowych.

W świetle art. 647 k.c. istota robót budowlanych polega na tym, że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, a inwestor zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty wynagrodzenia. Jak wskazuje się w judykaturze, już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. akt I CK 24/03, LEX nr 137769). W ugruntowanym orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że „(...) samo stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze nie w każdym przypadku rodzić będzie skutki niewykonania zobowiązania. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne albo z niewykonaniem w ogólności, albo z nienależytym wykonaniem

zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania. Jedynie zatem wady istotne uzasadniały odmowę odbioru robót. Wady nieistotne oznaczają zaś wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia” (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06, LEX nr 25597). Powyższe uregulowania odnoszą się do spornego odbioru częściowego skoro obowiązek jego dokonania przez inwestora wynika z art. 654 k.c., a strony wprost w § 2 umowy przewidziały możliwość rozliczeń miesięcznych w oparciu o stopień zaawansowania robót. Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy stwierdzić że zgłoszenie przez kierownika budowy wpisem dokonany do dziennika budowy w dniach 3,7,12 grudnia 2012r. zakończenia prac objętych sporem obligowało inwestora do przystąpienia do czynności odbiorowych. Ewentualne zakwestionowanie jakości odbieranych prac skutkujące odmową odbioru przerzuca na inwestora obowiązek wykazania istotności wad ich wykonania w rozumieniu cytowanego wyżej orzeczenia. Podkreślić należy, że w rozpatrywanej sprawie inwestor nie kwestionował faktu wykonania robót, a w przypadku instalacji wewnętrznej P. również jakości wykonanych robót. Spór sprowadzał się zatem do ustalenia czy po odstąpieniu od umowy przez inwestora wykonawca może realizować roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty częściowo wykonane oraz wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia miał fakt ustalenia przez strony wynagrodzenia ryczałtowego w rozumieniu art. 632 k.c. w zw. z art. 656 k.c. Istota wynagrodzenia ryczałtowego, wskazująca na zasadę jego niezmienności w toku realizacji umowy, jednolicie była określana w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki: z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06; z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07; z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10, niepublikowane). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005/3/56, świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.), przy czym z uwagi na naturę świadczenia, nie jest możliwy jego zwrot. Ustanie stosunku umownego przed wykonaniem obiektu robót nie powoduje zatem obowiązku rozliczenia stron na zasadach ogólnych przyjętych dla stosunków z umów wzajemnych (art. 494 § 1 k.c.). Odstąpienie przez zamawiającego od umowy skutkuje obowiązkiem zapłaty należnej wykonawcy części umówionego wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 k.c.), przy czym powinno ono być ustalone w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całości wynagrodzenia ryczałtowego. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajął podobne stanowisko przyjmując, że niezmienny charakter wynagrodzenia ryczałtowego oznacza również, że ustanie stosunku umownego przed wykonaniem całości uzgodnionego zakresu robót uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia ustalonego w proporcji do wynagrodzenia umownego, nie zaś ustalonego na podstawie kosztorysu ofertowego, ani na podstawie kosztorysu powykonawczego (zob. SN w wyroku z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84).

Ustalenie w umowie wynagrodzenia ryczałtowego powoduje, że nie kosztorys powinien być podstawą jego ustalenia. Wykluczona jest zatem możliwość żądania zapłaty w oparciu o sporządzony przez wykonawcę kosztorys powykonawczy, który uwzględnia stawki i ceny nie będące zgodnie z umową podstawą rozliczeń. W świetle tej oceny załączony do pozwu kosztorys powykonawczy nie mógł stanowić podstawy dla ustalenia wysokości dochodzonego wynagrodzenia częściowego. Jednakże Sąd rozstrzygając spór o wynagrodzenie miał na względzie, że pozwany inwestor dokonując rozliczenia stron w nocie księgowej wystawionej w celu potrącenia wzajemnych wierzytelności ustalił wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia w kwocie 235.191 zł netto obejmującej wynagrodzenie za wykonanie instalacji sanitarnej wewnętrznej P. i objętej sporem instalacji zewnętrznej. Wierzytelność powoda w kwocie 235.191 zł netto została uznana przez pozwanego skoro w takiej wysokości przyjął ją do potrącenia. Pozwany powołując się na potrącenie dokonane przed sporem, opiera stanowisko o bezpodstawności powództwa wobec wygaśnięcia roszczenia. W tych okolicznościach wartość wierzytelności powoda przyjęta do potrącenia została przyznana przez pozwanego i jako taka w świetle art. 229 k.c. nie wymaga dowodzenia. Sąd ustalając kwotę zasądzzonego wynagrodzenia odliczył od wartości uznanego wynagrodzenia w kwocie 235.191 zł netto wartość zapłaconej zaliczki w kwocie 126.300 zł netto, która podlegała rozliczeniu zgodnie z umową stron, co również znajduje odzwierciedlenie w przedstawionym w pozwie wyliczeniu wartości dochodzonego roszczenia. Różnice powyższych

wartości w kwocie 108.891 zł netto Sąd powiększył o podatek VAT w wysokości 23% i otrzymaną należność w kwocie brutto 133.935 zł na podstawie art. 647 k.c. zasądził tytułem wynagrodzenia na rzecz powoda wraz z należnymi odsetkami (art. 481 k.c.) od daty wymagalności wskazanej w pozwie – późniejszej niż termin płatności wynikający z §3 ust 3 umowy.

Wydając powyższe rozstrzygnięcie Sąd nie uznał skuteczności potrącenia dokonanego przez powoda oświadczeniem złożonym w nocie księgowej nr(...) z dnia 28 maja 2013r. Pozwany/Powód wzajemny nie udowodnił istnienia ani wysokości wierzytelności zgłoszonej do potrącenia. Okoliczności faktyczne wskazane w odpowiedzi na pozew i pozwie wzajemnym wskazują, iż źródłem tej wierzytelności jest roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania umowy łączącej strony. Podstawę takiego roszczenia statuuje art. 471 k.c., który warunkuje powstanie odpowiedzialności dłużnika od wykazania spełnienia trzech przesłanek 1) niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy, 2) powstania szkody pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym z przesłanką pierwszą 3) wykazania wysokości szkody. Ciężar przeprowadzenia dowodu w powyższym zakresie spoczywał na pozwanym/powodzie wzajemnym (art. 6 k.c.). W okolicznościach rozpatrywanego sporu winien on był udowodnić istnienie wad wykonawczych w pracach objętych sporem, które wymagały usunięcia oraz wykazania kosztów z tym związanych. Adekwatnym dowodem dla dokonania tych ustaleń był dowód z opinii biegłego z dziedziny budownictwa. Dowód ten nie mógł być zastąpiony zeznaniami świadków czy stron ani prywatnymi ekspertyzami.

(...) ekspertyzy opracowane na zlecenie stron, czy to w toku procesu, czy jeszcze przed jego wszczęciem zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie należy traktować, w razie przyjęcia ich przez sąd orzekający, jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska stron. Jeżeli strona składa taką ekspertyzę z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, jak miało to miejsce w rozpatrywanym przypadku, stanowiło to podstawę do przypisania jej znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.). Oznacza to, że pozasądowa opinia rzeczoznawcy stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyr. SN z 19.12.2012 r., II CNP 41/12, L.).

Przepis art. 498 § 1 k.c. stanowi, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

W świetle powyższych ustaleń Sąd uznał, że przedstawione do potrącenia roszczenie odszkodowawcze obejmujące koszty naprawy i ekspertyzy nie spełniało warunków potrącalności, które warunkują w świetle art. 498 §1 k.c. skuteczność potrącenia, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że wierzytelność powoda z tytułu wynagrodzenia uległa umorzeniu. Przy teoretycznym założeniu istnienia roszczenia odszkodowawczego, co w rozpatrywanym przypadku nie zostało udowodnione, zgłoszona do potrącenia z tego tytułu wierzytelność nie miałaby przymiotu wymagalności. Wobec zaniechania wezwania dłużnika do zapłaty odszkodowania w określonym terminie jako zobowiązanie bezterminowe w dacie oświadczenia o potrąceniu nie było jeszcze wymagalne. Powyższą ocenę roszczenia zgłoszonego do potrącenia Sąd odniósł do roszczenia dochodzonego w pozwie wzajemnym, które oparte było na tożsamyh okolicznościach faktycznych, materiale dowodowym i obejmowało wierzytelność odszkodowawczą w części przewyższającą wierzytelność z tytułu wynagrodzenia.

Mając na względzie powyższe ustalenia i ocenę prawną Sąd oddalił powództwo główne w pozostałym zakresie jako nieudowodnione. O kosztach procesu z powództwa głównego Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając. Sąd ustalił, że pozwany przegrał proces główny w 50,7% , zaś suma kosztów tego procesu wyniosła 27 828 zł i składały się na nią: opłata od pozwu w kwocie 13.210 zł, wynagrodzenia pełnomocników w kwotach po 7200 zł x 2 ustalone w oparciu o § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokatów oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.), opłata skarbową od pełnomocnictw w kwocie po 17 zł oraz koszty stawienia świadka w kwocie 184,87 zł. Kwota partycypacji pozwanego w kosztach procesu

wynosi 14.109,23 zł (27.828,87x50,7%). Po odliczeniu poniesionych przez niego kosztów w kwocie 7217zł pozostała różnicę w kwocie 6892 zł Sąd zasądził na rzecz powoda.

Postępowanie z powództwa wzajemnego w zakresie w jakim nie zostało cofnięte Sąd oddalił jako nieudowodnione. Uznając powoda wzajemnego za przegrywającego proces w całości Sąd na podstawie art. 98 k.p.c. zasądził od niego koszty na rzecz pozwanego wzajemnego, które sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego ustalonego według stawek § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie po 17 zł.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w sentencji.