

Sygn. akt I ACa 631/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 października 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Górski
Sędziowie:	SA Agnieszka Sołtyka SO del. Zbigniew Ciechanowicz (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa H. G.

przeciwko E. M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 23 grudnia 2015 roku, sygn. akt VIII GC 333/12

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanej E. M. na rzecz powoda H. G. kwotę 10.800 (dziesięciu tysięcy ośmiuset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Z. Ciechanowicz SSA K. Górski SSA A. Sołtyka

Sygn.akt IACa 631/16

Uzasadnienie wyroku z dnia 12 października 2016 r.:

Powód H. G. wniósł o zasądzenie od pozwanej E. M. kwoty 219.280 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 7 października 2010 r., a także o zasądzenie ustawowych odsetek od kwot i za okresy opisane pozwem, tytułem części wynagrodzenia za roboty budowlane realizowane przy wznoszeniu dwóch budynków mieszkalno-usługowych, położonych w D. na działkach o numerach (...), opisanego fakturą VAT o numerze (...)

Pozwana E. M. zażądała oddalenia powództwa oraz zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania. Pozwana przyznała, że strony zawarły siedem pisemnych umów dotyczących prac budowlano-montażowych przy wznoszeniu

dwóch budynków mieszkalno-usługowych, położonych na działkach o numerach (...). Podniosła jednak, że pozostała do zapłaty wierzytelność powoda z faktury VAT nr (...), obejmująca kwotę 219.280 zł, do kwoty 146.848,70 zł uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego przez pozwaną, w pozostałym zakresie - do kwoty 72.431,30 zł - roszczenie powoda jest nieuzasadnione, ponieważ sporządzając kosztorysy robót montażowo-budowlanych wykonanych w 2009 roku powód zawyżył wynagrodzenie o właśnie taką wartość, co stwierdził powołany przez pozwaną rzeczoznawca R. G..

Wyrokiem z dnia 23 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanej E. M. na rzecz powoda H. G. kwotę 219 280 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 7 października 2010 r. do dnia zapłaty (pkt I), następnie zasądził od pozwanej na rzecz powoda ustawowe odsetki liczone w stosunku rocznym w następujący sposób: od kwoty 639.280 zł od dnia 21 stycznia 2010 r. do dnia 27 stycznia 2010 r., od kwoty 539.280 zł od dnia 28 stycznia 2010 r. do dnia 9 lutego 2010 r., od kwoty 309.280 zł od dnia 2 marca 2010 r. do dnia 31 marca 2010 r., od kwoty 279.280 zł od dnia 1 kwietnia 2010 r. do dnia 26 maja 2010 r., od kwoty 259.280 zł od dnia 27 maja 2010 r. do dnia 26 lipca 2010 r. oraz od kwoty 239.280 zł (dwieście trzydzieści dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 27 lipca 2010 r. do dnia 6 października 2010 r. (pkt II), zaś w pkt III zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 18.331 zł tytułem kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia faktyczne:

H. G. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne w D.. E. M. i jej małżonek M. M. są współwłaścicielami dwóch działek położonych w D. przy ul. (...), o numerach ewidencyjnych (...). E. i M. M. zdecydowali się wybudować na każdej z tych działek budynek mieszkalno-usługowy. E. M. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą PHU (...) w S.. Małżonkowie postanowili, że budowa będzie realizowana przez E. M. w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej.

Pozwolenie na budowę obu budynków wydane zostało w dniu 16 lutego 2007 roku. Wydane zostały dwa dzienniki budowy: dla budowy na działce numer (...) dziennik budowy nr (...) oraz dla budowy na działce numer (...) dziennik budowy nr (...). W obu dziennikach budowy jako „inwestor” wpisani zostali E. M. i M. M.. M. M. nie posiadał pisemnego pełnomocnictwa do reprezentowania swojej żony w czynnościach związanych z realizowaniem budowy, jednak E. M. o wszystkich jego czynnościach wiedziała i akceptowała je. Ponadto E. M. udzieliła swojemu mężowi M. M. ustnego pełnomocnictwa do podpisywania faktur w jej imieniu.

E. M., M. M. i H. G. ustnie umówili się, że H. G. jako wykonawca będzie realizował roboty budowlane związane z budową dwóch budynków mieszkalno-usługowych w D. przy ul. (...). Strony nie zawarły jednak umowy o roboty budowlane obejmującej całość robót, związanych ze wzniesieniem budynków do stanu surowego zamkniętego czy też w jeszcze większym zakresie. Współpraca stron wyglądała w ten sposób, że E. M. powierzała H. G. roboty budowlane do pewnego etapu procesu budowlanego, H. G. wyceniał wartość robót wykonując w tym celu kosztorys (który przygotowywał jego brat J. G.), następnie przygotowywał pisemną umowę obejmującą dany etap robót. W umowach tych, kolejno zawieranych w miarę postępu robót, wynagrodzenie H. G. określone było ryczałtowo. Umowy miały analogiczną treść dotyczącą warunków płatności, kar umownych, gwarancji, określenia obowiązków wykonawcy i zleceniodawcy, różniły się przedmiotem umowy, terminami realizacji, wysokością wynagrodzenia.

Na stanowisku kierownika budowy H. G. zatrudnił swojego brata J. G..

H. G. jako przedsiębiorca prowadzący działalność w branży budowlanej współpracował z H. W., który miał zarejestrowaną w ewidencji działalności gospodarczej samodzielną działalność gospodarczą w dziedzinie budownictwa.

Na budowie realizowanej na działkach o numerach (...) prace wykonywali pracownicy zatrudnieni przez H. G. oraz ekipa składająca się z pracowników H. W.. H. W. nie brał udziału w negocjacjach umów między H. G. oraz E. i M. M., nie miał też wiedzy na temat rozliczeń finansowych między tymi osobami. Rozliczenia finansowe między H. G. i H. W. opierały się na ustnych umowach, które nie wymagały wykonywania kosztorysów.

Funkcję inspektora nadzoru w trakcie realizacji inwestycji pełnił inżynier A. K., na zlecenie E. M.. Nie brał on udziału w zawieraniu umów między stronami procesu budowlanego ani nie widział dokumentów umów, nie zajmował się w ogóle sprawami finansowymi. Do jego obowiązków należały czynności przewidziane przez art. 25 ustawy Prawo budowlane, w szczególności odbierał roboty zakryte, sprawdzał czy są one prawidłowo wykonane, czy przedłożone zostały wymagane certyfikaty.

Pierwsza umowa pisemna zawarta między E. M., zwaną zleceniodawcą, oraz H. G., zwanym wykonawcą, jest datowana na dzień 6 lutego 2008 r.

W art. 1 umowy E. M. zleciła wykonawcy, a ten przyjął do wykonania roboty budowlane budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – stan zero bez warstwy izolacyjnej posadzki i posadzki. Termin zakończenia prac określono na dzień 9 czerwca 2008 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 202.700 zł netto (art. 3 ust. 1) powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1) wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2).

Ustanowiono również kary umowne: wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2).

Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

Dnia 12 lutego 2008 r. E. M. i H. G. zawarli kolejną umowę, na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – stan zero bez warstwy izolacyjnej posadzki i posadzki, mury i strop parteru, mury i strop I piętra, ściany poddasza zakończone wieńcami z wyłączeniem stropodachów w części dobudowanych (art. 1). Termin zakończenia prac określono na dzień 30 grudnia 2008 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 506.800 zł netto (art. 3 ust. 1) powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1), wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2).

Ustanowiono również kary umowne : wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

Dnia 2 czerwca 2008 r. E. M. zawarła umowę o roboty budowlane z H. G., na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – od stanu zero zakończonych wieńcami poddasza i nadbudowy pierwszego piętra (art. 1). Termin zakończenia prac określono na dzień 30 grudnia 2008 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 201.300 zł netto (art. 3 ust. 1), powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w

terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1), wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2).

Ustanowiono również kary umowne : wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

J. G. sporządził datowane na dzień 5 czerwca 2008 r. kosztorysy: kosztorys dotyczący branży budowlanej na działce nr (...) na kwotę brutto 243.501,30 zł, kosztorys kanalizacji podposadzkowej na działce nr (...) na kwotę brutto 3.910.22 zł. Sporządził również kosztorys budowlany budynku mieszkalno-usługowego w D. na działce (...) – I Budynek, na łączną kwotę brutto 2.199.705,58 zł.

Dnia 5 grudnia 2008 r. sporządzono harmonogram rzeczowo-finansowy budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) na okres do 30 czerwca 2009 r., uwzględniający elementy o łącznej wartości netto 1.046.758,03 zł. Harmonogram został on podpisany przez kierownika budowy J. G..

Dnia 16 stycznia 2009 r. został sporządzony kosztorys scalony budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) na łączną kwotę brutto 1.921.020,94 zł, podpisany przez kierownika budowy J. G. oraz E. M. jako inwestora. Tego samego dnia sporządzono kosztorys scalony budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce (...) na łączną kwotę brutto 1.710.984,62 zł, podpisany przez kierownika budowy J. G. oraz E. M. jako inwestora.

Dnia 16 stycznia 2009 r. został również sporządzony dokument zatytułowany "Stan zaawansowania robót" dotyczący budowy budynku na działce (...) na dzień 16 stycznia 2009 r., na łączną kwotę elementów netto 1.402.446,41 zł, wskazujący procentowy stan zaawansowania robót na 41,53 %. Dokument ten został podpisany przez J. G., natomiast H. G. podpisał zawarte w tym dokumencie oświadczenie, zgodnie z którym wykonawca oświadcza, że stan zaawansowania robót na dzień 16 stycznia 2009 r. jest uregulowany finansowo.

Sporządzono również analogiczny dokument "Stan zaawansowania robót" dotyczący robót na działce nr (...) na dzień 16 stycznia 2009 r. i wskazano w nim, że wartość elementów netto wynosi 1.574.607,33 zł, a procentowy stan zaawansowania robót wynosi 36,61 %. Dokument został on podpisany przez kierownika budowy J. G., E. M. i H. G..

Dnia 20 lutego 2009 r. E. M. zawarła umowę o roboty budowlane z H. G., na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – roboty murowe ponad stropem poddasza, kominy od poziomu poddasza, zabudowanie ścian facjat, stropodach drewniany wraz z pokryciem i ogniomurami od strony zachodniej (art. 1). Termin zakończenia prac określono na dzień 31 sierpnia 2009 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 176.000 zł netto (art. 3 ust. 1), powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1) wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2).

Ustanowiono również kary umowne: wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca również gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

Tego samego dnia - 20 lutego 2009 r. - E. M. zawarła umowę o roboty budowlane z H. G., na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – roboty murowe poddasza, kominy od poziomu poddasza, zabudowanie ścian facjat, stropodach drewniany wraz z pokryciem i ogniomurami od strony zachodniej (art. 1). Termin zakończenia prac określono na dzień 31 sierpnia 2009 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 199.000 zł netto (art. 3 ust. 1) powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1) wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2).

Ustanowiono również kary umowne : wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

J. G. sporządził kosztorysy robót budowlanych na działce nr (...) oraz na działce nr (...) w D. przy ul. (...) - łącznie 11 kosztorysów w 7 branżach, przy czym kosztorysy w branży elektrycznej, wodnokanalizacyjnej, budowlanej oraz dotyczące elewacji sporządził osobno dla każdego budynku, natomiast kosztorysy z branży elektrycznej, zasilającej, dotyczące instalacji deszczówki oraz renowacji nawierzchni chodnika zostały sporządzone wspólnie dla obu budynków.

W przygotowywaniu kosztorysów uczestniczył M. W. - syn H. W., który podjął pracę na budowie od momentu, kiedy roboty przy wykonywaniu budynków osiągnęły etap pierwszego piętra. Brał on udział w wykonywaniu obmiarów, które w biurze były wpisywane do programu kosztorysowego N. (wersja 4.28 licencja: (...) dla W. oraz wersja 4.01 Marzec 2003r. licencja: (...)), a następnie J. G. za pomocą tego programu wykonywał kosztorysy. M. W. nie miał wiedzy na temat rozliczeń finansowych między inwestorami i H. G..

W kosztorysie dotyczącym branży budowlanej na działce nr (...) J. G. wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 171.340,32 zł (209.035,19 zł brutto), zaś na działce nr (...) – 89.378,84 zł (109.042,18 zł brutto); w kosztorysie dotyczącym robót elewacyjnych na działce nr (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 133.330,15 zł (162.662,78 zł brutto), zaś na działce nr (...) – 148.686,23 zł (181.397,20 zł brutto); w kosztorysie dotyczącym instalacji wodno-kanalizacyjnej na działce nr (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 31.940,28 zł (38.967,14 zł brutto), zaś na działce nr (...) – 24.639,83 zł (30.060,59 zł brutto); w kosztorysie dotyczącym deszczówki na działkach nr (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 21.458,92 zł (26.179,88 zł brutto); w kosztorysie dotyczącym instalacji elektrycznej – zasilania budynków na działkach (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 8.467,99 zł (10.330,95 zł brutto); w kosztorysie dotyczącym instalacji elektrycznej na działce nr (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 74.160,57 zł (90.475,90 zł brutto), zaś na działce nr (...) – 55.418,89 zł (67.611,05 zł brutto), w kosztorysie dotyczącym renowacji nawierzchni chodnika na działkach (...) wskazał, że ogółem wartość kosztorysowa ujętych w nim robót wyniosła 5.990,50 zł (7308,41 zł brutto).

Kosztorysy wykonane przez J. G. oparte są na cenach i wskaźnikach narzutów zbliżonych do średnich stawek stosowanych zgodnie z archiwalnymi danymi statystycznymi opublikowanymi przez Sekocenbud w okresie ich

sporządzania. Bazowa stawka robocizny w kosztorysach jest niższa niż średnia z okresu realizacji robót, zaś wskaźniki narzutów kalkulacyjnych są wyższe od średnich, co jednak nie świadczy o braku poprawności sporządzenia kosztorysów.

Kosztorysy zostały wykonane przez J. G. poprawnie w tym znaczeniu, że zachowana ich zgodność z ogólną wiedzą techniczną i budowlaną, a także zachowano porządek organizacyjny i technologiczny. Niesprecyzowane pozostają jedynie pozycje 54 i 55 kosztorysu branży instalacyjnej wod-kan dla działki (...) oraz pozycje 46 i 47 kosztorysu branży instalacyjnej wod-kan dla działki (...).

W pozycji 54 i 55 kosztorysu branży instalacyjnej wod-kan dla działki (...) oraz w pozycji 46 i 47 kosztorysu branży instalacyjnej wod-kan dla działki (...) J. G. w rubryce "podstawa" nie wpisał danych z obmiaru ani nie przedstawił opisu czynności, zamieścił natomiast zapis o treści "kalkulacja własna".

Wszystkie te pozycje dotyczą obudowy pionów instalacji wod-kan i co. Z uwagi na to że kosztorysy przygotowywane były przed przystąpieniem do wykonywania prac, J. G. nie wiedział z jakich materiałów obudowy będą robione: na przykład z regipsu czy z suporexu, dlatego oparł się na własnej kalkulacji przyjmując szacunkową cenę, wyrażoną w oparciu o doświadczenie, jakie nabył na innych budowach.

Kolejne umowy podpisano dnia 2 lipca 2009 r. - w tej dacie E. M. zawarła umowę o roboty budowlane z H. G., na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – parter i klatka schodowa budynku roboty wykończeniowe docelowo; pomieszczenia piętrowe: podtynkowa instalacja elektryczna bez osprzętu, instalacja wodnokanalizacyjna bez białego montażu, instalacja wentylacji, docieplenie stropodachu warstwy izolacyjne posadzek, posadzki cementowe, osadzenie parapetów, tynki ścian i sufitów; elewacja frontowa wykonanie docelowo, tylna zakończona cerplaszem; instalacja kanalizacji deszczowej docelowo; odnowienie nawierzchni chodnika docelowo (art. 1).

Termin zakończenia prac określono na dzień 30 grudnia 2009 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 428.000 zł netto (art. 3 ust. 1) powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1), wystawionej na podstawie protokołu odbioru robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2). Ustanowiono kary umowne : wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b).

Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). W art. 7 uregulowano kwestie związane z wystąpieniem robót dodatkowych lub nieprzewidzianych - postanowiono, że wartość tych robót zostanie wyceniona na podstawie składników kalkulacyjnych zawartych w kosztorysie ofertowym. Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

Tego samego dnia - 2 lipca 2009 r. - E. M. zawarła umowę o roboty budowlane z H. G., na mocy której H. G. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) według projektu technicznego – parter i klatka schodowa budynku roboty wykończeniowe docelowo; pomieszczenia piętrowe: podtynkowa instalacja elektryczna bez osprzętu, instalacja wodnokanalizacyjna bez białego montażu, instalacja wentylacji, docieplenie stropodachów, warstwy izolacyjne posadzek, posadzki cementowe, osadzenie parapetów, tynki ścian i sufitów; elewacja frontowa wykonanie docelowo, tylna i boczna zakończona cerplaszem; instalacja kanalizacji deszczowej docelowo; odnowienie nawierzchni chodnika docelowo (art. 1). Termin zakończenia prac określono na dzień 30 grudnia 2009 r. (art. 2 ust. 1 lit. b), zaś wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 336.000 zł netto (art. 3 ust. 1) powiększoną o należny VAT (art. 3 ust. 2), płatną w terminie 14 dni od otrzymania przez zleceniodawcę faktury (art. 4 ust. 1), wystawionej na podstawie protokołu odbioru

robót podpisanego przez inspektora nadzoru (art. 4 ust. 2). Ustanowiono kary umowne : wykonawca zobowiązany był do zapłacenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn odeń zależnych w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu zakończenia prac (art. 5 ust. 2 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie gwarancji w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki licząc od upływu terminu wyznaczonego przez strony na usunięcie wad (art. 5 ust. 2 lit. b). Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 36 miesięcy (art. 6 ust. 1) od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę (art. 6 ust. 2). W art. 7 uregulowano kwestie związane z wystąpieniem robót dodatkowych lub nieprzewidzianych - postanowiono, że wartość tych robót zostanie wyceniona na podstawie składników kalkulacyjnych zawartych w kosztorysie ofertowym. Strony postanowiły również, że zmiany umowy mogą nastąpić w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 10).

Dnia 6 sierpnia 2009 r. H. G. wystawił E. M. fakturę VAT nr (...) z 7-dniowym terminem płatności na łączną kwotę brutto 750.300 zł (netto 615.000 zł), w tym za roboty budowlane wg umowy na działce nr (...) – 242.780 zł brutto (199.000 zł netto), za roboty budowlane wg umowy na działce nr (...) – 214.720 zł brutto (176.000 zł netto) oraz zaliczkowo za wykonanie elewacji – 292.800 zł brutto (240.000 zł netto). Faktura została podpisana przez E. M..

J. G. sporządził w formie tabeli dla wykonanych wcześniej 11 kosztorysów "zestawienie kosztorysów" w 7 branżach, przy czym w przypadku kosztorysów wykonanych łącznie dla obu działek w tabeli spisał dla każdej działki połowę wartości kosztorysu. Tabela podaje dla każdej branży i dla każdej działki kwoty kosztorysu netto i brutto. W podsumowaniu tabeli J. G. wskazał, że wartość robót w kosztorysach dotyczących działki nr (...) zamknęła się kwotą 428.730,03 zł netto (523.050,64 zł brutto), a dotyczących działki nr (...) zamknęła się kwotą 336.082,49 zł netto (410.020,63 zł brutto). W zestawieniu zaznaczył również, że została dokonana zapłata zaliczkowa w kwocie 240.000 zł, w związku z czym od kosztu robót netto na działce (...) odjął kwotę 120.000 zł oraz od kosztu robót netto na działce (...) odjął kwotę 120.000 zł. Dalej wyliczył, że za roboty na działce (...) pozostała kwota netto 308.730,03 zł, a za roboty na działce (...) pozostała kwota netto 216.082,49 zł.

W dniu 17 września 2009 r. podpisany został aneks nr (...) do umowy z dnia 6 lutego 2008 r. W aneksie wskazano, że został zawarty między: PHU E. M. i H. G., działającym pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne (...). Podpis pod aneksem złożył M. M., posługując się pieczętą z danymi przedsiębiorstwa swojej żony. Aneks został podpisany w tym celu, aby H. G. mógł przedstawić ten dokument w banku, w którym ubiegał się o kredyt. Obie strony zdawały sobie sprawę, że postanowienia umowne objęte aneksem ich nie wiążą i w tym znaczeniu aneks jest aneksem "fikcyjnym". W treści aneksu zapisano, że na jego mocy dodaje się w art. 1 umowy z dnia 6 lutego 2008 r. punkt 2, na mocy którego zleceniodawca zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania roboty wykończeniowe budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działce nr (...) wg projektu budowlanego parteru w pełnym zakresie, klatki schodowej w pełnym zakresie, pierwszego piętra: posadzki betonowe wraz z izolacjami, tynki wewnętrzne oraz elewacja frontowa w pełnym zakresie. Ponadto w art. 2 dodano pkt 3 ustalający termin realizacji umowy – rozpoczęcie prac 21.09.2009 r., zakończenie prac 14.05.2010 r. oraz dodano punkt 1a, zgodnie z którym strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 236.000 zł netto.

Dnia 29 grudnia 2009 r. sporządzono protokół odbioru wykonanych robót na działce nr (...) przy ul. (...) w D., podpisany przez inspektora nadzoru A. K. i kierownika budowy generalnego wykonawcy J. G..

Wskazano w nim, że zakres wykonanych robót objętych protokołem jest zgodny z harmonogramem finansowo-rzeczowym, wykonano następujące roboty z podaniem ich o wartości: instalację elektryczną (55.418,89 zł), instalację wodno-kanalizacyjną (24.639,83 zł), roboty budowlane (89.378,84 zł), elewację (148.686,23 zł), instalację elektryczną zasilającą (4.233,99 zł), kanalizację deszczową (10.729,46 zł) i renowację chodnika (2.995,25 zł). Razem wartość robót wyniosła 336.082,49 zł. Zapisano, że roboty te zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i kosztorysem.

Tego samego dnia - 29 grudnia 2009 r. - sporządzono protokół odbioru wykonanych robót na działce nr (...) przy ul. (...) w D., również podpisany przez A. K. i J. G..

Wskazano w nim, że zakres wykonanych robót objętych protokołem jest zgodny z harmonogramem finansowo-rzeczowym, wykonano roboty o wartości: instalację elektryczną (74.160,57 zł), instalację wodno-kanalizacyjną (31.940,28 zł), roboty budowlane (171.340,32 zł), elewację (133.330,15 zł), instalację elektryczną zasilającą (4.234,00 zł), kanalizację deszczową (10.729,46 zł), renowację chodnika (2.995,25 zł). Razem wartość robót wyniosła 428.730,03 zł. Zapisano, że roboty te zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i kosztorysem.

Inspektor nadzoru A. K. podpisując te protokoły sprawdzał jedynie, czy zostały wykonane roboty w zakresie określonym w protokołach. A. K. nie weryfikował natomiast wartości poszczególnych elementów, ponieważ treść umów oraz rozliczenia finansowe między stronami nie były mu znane.

Dnia 30 grudnia 2009 r. H. G. wystawił E. M. fakturę VAT nr (...), na kwotę 524.000 zł netto (639.280 zł z podatkiem VAT) płatną przelewem w terminie 21 dni. W fakturze zapisano, że wystawiono ją za: roboty budowlane wg umowy na działce nr (...) na kwotę 308.000 zł (375.760 zł z podatkiem VAT), roboty budowlane wg umowy na działce nr (...) na kwotę 216.000 zł (263.520 zł z podatkiem VAT).

Fakturę podpisał własnoręcznie M. M., posiadający ustne pełnomocnictwo od E. M. do podpisywania faktur.

W dniu 26 stycznia 2010 r. kierownik budowy J. G. zamieścił w dzienniku budowy nr (...) wpis, zgodnie z którym wykonano przyłącze elektroenergetyczne, zakończono roboty wykończeniowe pomieszczeń usługowych na poziomie parteru, dalej zapisał: "Pomieszczenia na poziomie parteru nadają się do użytkowania - zgłaszam do odbioru. Teren od strony ulicy uporządkowany".

W dniu 26 stycznia 2010 r. J. G. zamieścił w dzienniku budowy nr (...) wpis o takiej samej treści.

W obu dziennikach budowy pod datą 26 stycznia 2010 r. znajdują się wpisy powiatowego inspektora nadzoru budowlanego w M. T. S., który odnotował fakt przeprowadzenia kontroli obowiązkowej oraz zapisał, że ustalenia znajdują się w protokole z kontroli.

Po tej dacie w obu dziennikach budowy brak jest jakichkolwiek wpisów wskazujących na fakt prowadzenia robót.

Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w M. decyzją z dnia 27 stycznia 2010 r. udzielił E. M. i M. M. pozwolenia na użytkowanie części usługowej znajdującej się na parterze budynku mieszkalno-usługowego w D. na działkach (...), obręb (...), przed zakończeniem wszystkich robót budowlanych, a także wydał decyzję, którą udzielił pozwolenia na użytkowanie części usługowej znajdującej się na parterze budynku mieszkalno-usługowego na działce nr (...) obręb (...)

Po tym jak J. G. zamieścił w dziennikach budowy wpisy o zgłoszeniu robót do odbioru (po dniu 26 stycznia 2010 r.) strony nie zawarły kolejnych umów o roboty budowlane. E. M. i M. M. zwrócili się do H. G. z propozycją spłaty należności z faktury nr (...) w ratach, jednocześnie zapewniali, że po spłacie należności będą w stanie zapewnić finansowanie dalszej budowy, natomiast H. G. zostanie wykonawcą dalszych robót budowlano-wykończeniowych.

E. M. dokonała częściowych wpłat na poczet faktury nr (...), łącznie zapłaciła kwotę 420.000 zł. Wpłaty zostały dokonane w dniach: 27 stycznia 2010 r. - 100.000 zł, 9 lutego 2010 r. - 200.000 zł, 1 marca 2010 r. - 30.000 zł, 31 marca 2010 r. - 30.000 zł, 26 maja 2010 r. - 20.000 zł, 26 lipca 2010 r. - 20.000 zł, 6 października 2010 r. - 20.000 zł.

W pierwszym kwartale 2010 roku M. M. zgłosił się do (...) budownictwa (...). R. G. posiada nieograniczone uprawnienia konstrukcyjno-budowlane, nie posiada uprawnień elektrycznych, posiada uprawnienia do sprawdzania instalacji sanitarnych. M. M. przedstawił R. G. sytuację na obu budowach realizowanych na działkach o numerach nr 294/32 i nr 294/33 oraz poprosił go o weryfikację kosztorysów, dostarczonych wcześniej przez J. G..

R. G. spotkał się z obiema stronami umowy oraz poprosił o dostarczenie dokumentów źródłowych dotyczących budowy: umów i kosztorysów. W oparciu o analizę tych dokumentów od razu zwrócił uwagę na to, że nie ma potrzeby sporządzania kosztorysów podwykonawczych. Umowa była bowiem skonstruowana w "dziwny" zdaniem R. G. sposób,

nie było bowiem jednej umowy, tylko kilka umów obejmujących zryczałtowane wynagrodzenie za dany etap robót. Mimo tego strony obstawały za tym, aby wykonać weryfikację kosztorysów. R. G. podjął się tego zadania.

Przy weryfikacji kosztorysów R. G. nie sprawdzał obmiarów, które przyjął za wykonane prawidłowo. Zauważył natomiast, że każdy kosztorys był robiony w innych składnikach cenotwórczych, każdy wskazywał inne stawki. W ramach weryfikacji R. G. ujedynolicił te stawki, przyjmując przykładowo, że jeżeli roboty były wykonywane w czwartym kwartale 2008 roku, to należy w kosztorysie przyjąć średnie stawki krajowe z czwartego kwartału 2008 roku Sekocenbudu. W kilku kosztorysach zauważył, że ujęte w nich zostały pozycje, które nie znajdowały pokrycia w dokumentacji i w stanie robót.

Czynności związane z weryfikacją R. G. wykonywał w ten sposób, że na wydrukowanych egzemplarzach kosztorysów, wykonanych wcześniej przez J. G., czerwonym długopisem nanosił swoje poprawki.

Po wykonaniu tej pracy R. G. sporządził w formie tabeli dokument datowany na dzień 14 maja 2010 r. oraz zatytułowany "Budynek usługowo mieszkalny D. ul.(...) inwestor PHU E. M. Zestawienie kosztów budowy - robót budowlano-montażowych wykonanych w 2009 r."

Tabela odpowiada układem graficznym tabeli wykonanej wcześniej przez J. G.. W swojej tabeli R. G. wymienił kosztorysy wykonane w 7 branżach dla budynków na obu działkach, wpisując w każdej rubryce takie same kwoty brutto, jakie wymienił J. G. w swojej tabeli (oznaczając je : "przed sprawdzeniem"), ponadto R. G. w każdej rubryce podał wartość zweryfikowanych przez siebie kosztorysów (oznaczając je : "po sprawdzeniu").

Ostateczne wyliczenie R. G. wskazuje na to, że wartość kosztów budowy ogółem na obu działkach, wynosząca według kosztorysów 933.071,27 zł, jest o 72.431,39 zł zawyżona - powinna wynosić 860.639,88 zł. Kosztorysy z poprawkami naniesionymi czerwonym długopisem R. G. wręczył M. M.. W późniejszym czasie R. G. telefonicznie rozmawiał z J. G. na temat zweryfikowanych przez niego kosztorysów, z wypowiedzi J. G. R. G. zrozumiał, że J. G. był wówczas w posiadaniu egzemplarza zweryfikowanych kosztorysów.

R. G. zwrócił uwagę E. i M. M., że budowa prowadzona była w taki sposób, że strony nie doprowadziły do końcowego odbioru robót, a to oznacza, iż nie rozpoczął biec termin gwarancji. R. G. zaproponował inwestorom pomoc w spisaniu protokołu odbioru końcowego, co miało doprowadzić do rozpoczęcia biegu gwarancji. W tym celu pomógł przygotować pismo do wykonawcy.

Pismem datowanym na dzień 7 marca 2011 r. i tego dnia wysłanym pocztą E. M. wezwała H. G. (powołując się na art. 22 ust. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz na art. 6 ust. 2 podpisanych umów o roboty budowlane dotyczących budowy budynku mieszkalno-usługowego w D. przy ul. (...) na działkach (...)) do zgłoszenia wykonanych robót do odbioru końcowego, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania. W piśmie tym wskazała, że niezgłoszenie robót do odbioru końcowego uniemożliwia inwestorowi ustalenie terminu rozpoczęcia okresu gwarancyjnego, jak również dokonania rozliczenia robót. Wskazała również, że w przypadku uchylenia się od zgłoszenia robót do odbioru końcowego, inwestor dnia 21 marca 2011 r. o godzinie 1000 przystąpi do dokonania jednostronnego odbioru robót.

Dnia 21 marca 2011 r. kierownik budowy J. G. w dzienniku budowy nr (...) dla budowy na działce (...) zamieścił wpis: zgłaszam do odbioru wybudowanych części budynku ponad parterem do odbioru końcowego.

Dnia 21 marca 2011 r. w dzienniku budowy nr (...) dla budowy na działce (...) również zamieścił wpis o treści: zgłaszam do odbioru wybudowanych części budynku ponad parterem do odbioru końcowego.

J. G., E. M., M. M. oraz R. G. spotkali się w celu spisania protokołu odbioru końcowego w dniu 23 marca 2011 r. R. G. uczestniczył w tej czynności, ale nie złożył podpisów pod protokołem i załącznikiem do niego.

W treści protokołu, datowanego na dzień 23 marca 2011 r. oraz zatytułowanego "Końcowy protokół odbioru robót", odnotowano skład komisji odbiorowej: przedstawiciel wykonawcy - J. G., przedstawiciele zamawiającego : E. M. - właściciel PHU (...), M. M. - przedstawiciel PHU (...).

W protokole wskazano, że roboty były wykonywane w ramach prac budowlanych budynku mieszkalno-usługowego na działkach nr (...) według umów : z 12 lutego 2008 r., 6 lutego 2008 r., 2 czerwca 2008 r., 20 lutego 2009 r., 2 lipca 2009 r. oraz aneksu nr (...) z dnia 17 września 2009 r. Zapisano, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową oraz projektem zamiennym z odstępstwami nieistotnymi omówionymi w dokumentacji powykonawczej, roboty zostały zakończone dnia 23 marca 2011 r. Wskazano również, że wykonawca zobowiązał się do usunięcia zgłoszonych wad na własny koszt w terminie do dnia 30 kwietnia 2011 r.

Treść protokołu sporządził R. G., strony podpisały protokół w jego obecności. Protokół został podpisany przez J. G., E. M. oraz M. M.. Data zakończenia robót oznaczona na dzień 23 marca 2011 r. została wpisana do protokołu przez R. G. i przez nikogo nie była kwestionowana.

R. G. pismem ręcznym sporządził załącznik nr 2 do protokołu, zatytułowany "Wykaz wad i usterek stwierdzonych na budynku mieszkalno-usługowym w D. przy ulicy (...)". W załączniku R. G. osobno wymienił wady w budynku na działce numer (...) i na działce numer (...).

Załącznik nr 2 został podpisany przez J. G., E. M. oraz M. M..

E. M. zwróciła się pismem z dnia 15 sierpnia 2011 r. do H. G. w ramach gwarancji udzielonej w art. 6 umowy oraz zgodnie z punktem 3 odbioru końcowego robót. Zgłosiła wystąpienie wad takich jak: źle wykonane opierzenia murów ogniowych na budynku, które powodują przedostawanie się wód opadowych do pomieszczeń i zalewają pomieszczenia oraz powodują dewastację budynku; źle wykonane obróbki blacharskie lukarn; zawilgocenia ścian wewnętrznych, zewnętrznych i stropów pomiędzy kondygnacjami; pęknięcia i zarysowania na wykonanym dociepleniu budynku oraz brak wzmocnień z siatki w narożach otworów okiennych i drzwiowych; zawilgocenie ścian przyziemia klatki schodowej i pomieszczenia technicznego; skorodowane połączenia instalacji odgromowej. Jednocześnie wezwała go do usunięcia wad w terminie do 15 września 2011 r. pod rygorem naliczenia kar umownych.

Kolejnym pismem z tego samego dnia E. M. zwróciła się do H. G. informując, że dnia 12 sierpnia 2011 r. przeprowadziła kontrolę usunięcia wad i usterek zgłoszonych do końcowego protokołu odbioru budynku w dniu 23 marca 2011 r. oraz stwierdziła, iż żadna z wad nie została usunięta, w związku z czym wzywa H. G. od usunięcia wad w terminie do dnia 15 września 2011 r. Poinformowała, że naliczyła karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, zgodnie z art. 5 punkt 2 b umowy.

Oba pisma zostały wysłane pocztą i odebrane przez G. G. (syna H. G.) w dniu 19 sierpnia 2011 r.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2011 r. H. G. odniósł się do doręczonych mu pism E. M. dotyczących budynków na działkach (...). Wskazał, że wystosowane do niego pisma, w jego ocenie są bezzasadne i bezpodstawne, a także podniósł, że E. M. nie powołała przeglądowej komisji po jego pisemnym zgłoszeniu usunięcia usterek. Wskazał również, że usterki od strony elewacji zachodniej spowodowane są zaniedbaniem ze strony inwestora oraz że nie uchyla się od usuwania usterek wynikłych z jego winy w okresie gwarancyjnym, lecz informuje, że podstawą gwarancji jest dokonanie pełnej zapłaty za wystawione faktury. Pismo zostało wysłane pocztą i doręczone dnia 2 września 2011 r.

Dnia 1 września 2011 r. zostało sporządzone wezwanie do zapłaty kwoty 272.219 zł z tytułu faktury nr (...) z dnia 30.12.2009 r., skierowane do E. M., nadane przez H. G. (niepodpisane). W wezwaniu wskazano, że na kwotę 272.219 zł składa się: kwota 219.280 zł oraz odsetki od kwoty 639.280 od 20.01.2010 r. do 27.01.2010 r. w kwocie 1.594 zł, od kwoty 539.280 zł od 28.01.2011 r. do 9.02.2011 r. w kwocie 2.497 zł, od kwoty 339.280 zł od 10.02.2011 do 1.03.2010 r. w kwocie 2.417 zł, od kwoty 309.280 zł od 2.03.2010 r. do 31.03.2010 r. w kwocie 3.305 zł, od kwoty 279.280 zł od 1.04.2010 r. do 26.05.2010 r. w kwocie 5.570 zł, od kwoty 259.280 zł od 27.05.2010 r. do 26.07.2010 r. w kwocie

7.725 zł, od kwoty 239.280 od 27.07.2010 r. do 06.10.2010 r. w kwocie 6.136 zł i od kwoty 219.280 zł od 7.10.2010 do 31.08.2011 r. w kwocie 25.695 zł.

Wezwanie zostało wysłane pocztą i doręczone dnia 5 września 2011 r. E. M..

Pełnomocnik E. M. skierował do H. G. dnia 9 września 2011 r. pismo, w którym ustosunkował się do wezwania do zapłaty kwoty 272.219 zł tytułem pozostałej należności z faktury (...) z dnia 30 grudnia 2009 r. wskazując, że została ona wystawiona za wcześniej, bez wymaganego umową protokołu robót, lecz E. M. przyjęła ją i dokonała częściowych spłat zaznaczając, że pozostała kwota 219.280 zł zostanie rozliczona po zakończeniu robót i ich bezusterkowym odbiorze. Wskazał również, że zgodnie z aneksem nr (...) H. G. miał wykonać roboty w terminie do dnia 14 maja 2010 r., zaś zgodnie z dziennikiem budowy na działce (...) zgłoszenie odbioru końcowego nastąpiło dnia 21 marca 2011 r. a zatem 310 dni po terminie, ponadto odbioru dokonano z usterkami, których H. G. nie usunął. Dalej pełnomocnik wskazał, że wobec braku woli ze strony H. G. do polubownego zakończenia sporu E. M., obciąża go karami umownymi za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 146.320 zł. Podniósł także, że H. G. zawyżył koszty budowy o 72.431,30 zł.

Pismo zostało wysłane pocztą i doręczone H. G. dnia 15 września 2011 r.

Dnia 27 września 2011 r. sporządzono protokół przeglądu gwarancyjnego budynku na działce nr (...) w D..

W protokole wskazano szereg stwierdzonych wad, w tym w budynku na działce (...) zawilgocenia ścian, zarysowania na dociepleniu, źle wykonane obróbki lukarn, zaś na działce (...) odpryski nad oknami w klatce schodowej, zawilgocenie ścian, pęknięcia i zarysowania na dociepleniu, oraz źle wykonane obróbki lukarn. Termin usunięcia wad zakreslono w części do końca października 2011 r., a części do dnia 30 listopada 2011 r. Protokół został podpisany przez E. M., M. M., R. G., H. G. i J. G..

Sporządzono następnie protokół usunięcia usterek i wad zgłoszonych przez inwestora zgodnie z protokołem przeglądu z dnia 27 września 2011 r. Protokół ten nie jest datowany. W protokole wskazano, że usunięto wszystkie usterki poza nadal występującymi przeciekami przy oknach na poddaszu.

W czynności tej brał również udział - poza stronami procesu budowlanego - R. G.. Protokół podpisali E. M. (podpis czytelny), M. M. (podpis czytelny), R. G. (podpis nieczytelny) oraz J. G. (podpis nieczytelny).

Pełnomocnik E. M. skierował dnia 29 listopada 2011 r. pismo do H. G., w którym wskazał, że E. M. oczekuje wyznaczenia przez H. G. terminu odbioru końcowego robót mających za przedmiot usunięcie usterek, a także, że wzywa go do przedłożenia całości dokumentacji kosztorysowej powykonawczej robót na działkach (...) w celu dokonania jej sprawdzenia, gdyż w jej ocenie dokonana weryfikacja wynagrodzenia za roboty objęte fakturą (...) wykazała zawyżenie należności o kwotę 72.431,30 zł. Pełnomocnik zastrzegł przy tym, że jeśli H. G. nie zadośćuczyni żądaniom E. M., to będzie dochodzić od niego zapłaty kwoty 72.431,30 zł oraz kar umownych w kwocie 826.280 zł, w tym :

- 146.320 zł za zwłokę 300 dni w wykonaniu robót z umowy z 6 lutego 2008 r. zmienionej aneksem nr (...), o czym informowano w poprzednim piśmie,
- 299.040 zł za zwłokę 445 dni w wykonaniu robót budowlanych budynku na działce (...) objętych umową z dnia 2 lipca 2009 r. (za okres 30 grudnia 2009 r. - 21 marca 2011 r.),
- 380.920 zł za zwłokę wynoszącą 445 dni za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych budynku na działce (...) objętych umową z dnia 2 lipca 2009 r. (za okres 30 grudnia 2009 r. - 21 marca 2011 r.).

Dnia 9 lutego 2012 r. pełnomocnik E. M. skierował do H. G. wezwanie do zapłaty kwoty 826.280 zł z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych objętych umowami: z dnia 6 lutego 2008 r. zmienionej

aneksem nr (...), z dnia 2 lipca 2009 r. (dot. działki nr (...)) oraz z dnia 2 lipca 2009 r. (dot. działki nr (...)), w terminie do dnia 16 lutego 2012 r.

Wezwanie zostało wysłane pocztą i doręczone H. G. dnia 13 lutego 2012 r.

Pismem z dnia 27 lutego 2012 r. pełnomocnik E. M. r.pr. M. Ł. zwróciła się do H. G. wskazując, że E. M. nie uznaje należności głównej z faktury nr (...) w kwocie 219.280 zł w części 72.431,30 zł jak i odsetek od całej kwoty, gdyż faktura została wystawiona przedwcześnie.

Ponadto pełnomocnik powołał się na przysługującą E. M. kwotę w wysokości 826.280 zł z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych objętych umowami: z 6 lutego 2008 r., zmienioną aneksem w wysokości 146.320 zł, z 2 lipca 2009 r. (umowa dot. działki (...)) w wysokości 299.040 zł, z 2 lipca 2009 r. (umowa dot. działki (...)) w wysokości 380.920 zł oraz oświadczył, że E. M. na podstawie art. 498 § 1 k.c. dokonuje potrącenia tej wierzytelności z wierzytelnością w kwocie 146.848,70 zł przysługującą H. G. wobec E. M..

Pełnomocnik wskazał również, że pozostałej kwoty z tytułu kar umownych E. M. będzie dochodziła od H. G. na drodze sądowej.

Pismo zostało wysłane pocztą, odebrała je dnia 1 marca 2012 r. U. G. (córka H. G.).

Pełnomocnik E. M. r.pr. M. Ł. pismem z dnia 16 marca 2012 r. zwróciła się do pełnomocnika H. G. adw. J. K. wskazując, że odpowiada na jego pismo z dnia 9 marca 2012 r. i informuje, że należność H. G. z faktury nr (...) uległa umorzeniu wskutek potrącenia, w związku z czym jest brak podstaw do jej zapłaty. Wskazała również, że dnia 29 grudnia 2009 r. E. M. nie podpisała żadnego protokołu odbioru robót, na podstawie którego H. G. miałby prawo wystawić fakturę końcową, a ponadto wykonał on prace po terminie, o czym świadczy końcowy protokół odbioru z dnia 23 marca 2011 r. Pismo wysłane pocztą doręczono dnia 22 marca 2012 r.

Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w M. dnia 21 listopada 2011 r. wydał decyzję, na mocy której udzielił E. M. i M. M. pozwolenia na użytkowanie części usługowej znajdującej się na pierwszym piętrze budynku usługowo-hotelowego w miejscowości D. przy ul. (...) na działce nr (...), obręb 5 D., jednocześnie zobowiązując inwestora do dokończenia montażu wentylacji mechanicznej przed przystąpieniem do użytkowania obiektu.

Tego samego dnia wydał analogiczną decyzję dotyczącą budynku na działce (...) jednocześnie zobowiązując inwestora do dokończenia montażu wentylacji mechanicznej oraz wykonania zabezpieczenia okien na klatce schodowej i w pomieszczeniu sali.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Sąd I instancji powództwo wywiedzione z treści art. 647 k.c. oraz z dwóch umów o roboty budowlane z dnia 2 lipca 2009 r. uznał za słuszne.

Sąd uznał za wykazane dwie okoliczności: że strony zawierały pisemne umowy dotyczące pewnego etapu robót, przy czym podpisanie umowy poprzedzone było kosztorysem przygotowywanym przez brata powoda J. G. - kierownika budowy. Z kolei wynagrodzenie w umowach, kolejno zawieranych w miarę postępu robót, określone było ryczałtowo. Dostrzeżono, że brat powoda J. G. sporządził w związku z pracami wykonywanymi przez powoda w 2009 roku 11 kosztorysów (które następnie były weryfikowane przez R. G.), nie oznacza to jednak, że wolą stron było, aby wynagrodzenie za roboty budowlane miało charakter kosztorysowy w znaczeniu opisywanym przez pozwaną, gdyż kosztorysy te nie miały charakteru wykonawczego, lecz ofertowy. W szczególności wskazują na to te pozycje w kosztorysach, na które zwrócił uwagę biegły sądowy (kosztorysy branży instalacyjnej wod-kan, pozycja 54 i 55 dla działki (...) dla działki (...)), gdzie J. G. w rubryce "podstawa" zamieścił zapis o treści "kalkulacja własna". Z zeznań świadka J. G., który został po raz drugi przesłuchany na rozprawie w dnia 4 grudnia 2015 r. (karta 790 verte) wynika, iż zapis taki związany był z tym, że przed przystąpieniem do wykonywania prac J. G. nie wiedział z jakich materiałów obudowy pionów będą robione: na przykład z regipsu czy z suporexu. Powyższe potwierdza jednoznacznie, że kosztorysy były przygotowywane przed wykonywaniem robót i tym samym nie mogą być elementem

rozliczeniowym, a więc pełnić roli kosztorysów wykonawczych. Co więcej zwrócić należy na zapisy umów zamieszczone w art. 7, gdzie strony odwołują się do "kosztorysów ofertowych".

Jak wynika z całości materiału dowodowego po wystawieniu przez powoda spornej faktury numer (...) po stronie pozwanej i jej męża pojawiły się wątpliwości co do prawidłowości wykonywanych przez J. G. kosztorysów, będących podstawą zawieranych kolejno umów. Jednocześnie wystąpiły problemy finansowe po stronie inwestorów, o czym świadczy fakt zaniechania dalszych robót wykończeniowych - co wynika z dzienników budowy, a także fakt dokonywania spłaty należności z faktury numer (...) w ratach. O ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, ustalonego przez strony niniejszego procesu, świadczą również zapisy umowne dotyczące kar umownych oraz sposób rozumienia tych zapisów prezentowany przez stronę pozwaną, która ostatecznie dokonała naliczenia kar umownych, a wierzytelność z tego tytułu potrąciła. Kary umowne zostały w umowach zastrzeżone w wysokości 0,2% "wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki". Pozwana naliczając kary umowne jako podstawę przyjęła określone przez strony w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, a to przemawia za tym, że sama pozwana przez "wynagrodzenie umowne" rozumiała wynagrodzenie ryczałtowe.

Sąd I instancji wskazał, że ostatnimi umowami zawartymi w opisanym wyżej trybie były dwie umowy datowane na dzień 2 lipca 2009 r., z których powód wywodzi swoje roszczenia w niniejszej sprawie - umowa dotycząca działki nr (...) przewidywała wynagrodzenie wynoszące 428.000 zł netto, zaś umowa dotycząca działki nr (...) przewidywała wynagrodzenie wynoszące 336.000 zł netto. Kwoty te odpowiadają sumie kwot z 11 kosztorysów wykonanych przed przystąpieniem do robót (wymienionych w tabeli "zestawienie kosztorysów" sporządzonej przez J. G. oraz poddanych weryfikacji przez R. G.), po zaokrągleniu do pełnego tysiąca złotych w dół, suma wartości kosztorysów dla działki nr (...) wyniosła bowiem dokładnie 428.730,03 zł netto, suma wartości kosztorysów dla działki nr (...) wyniosła z kolei 336.082,49 zł.

Po wykonaniu robót objętych umowami z 2 lipca 2009 r. wystawiony został w dniu 29 grudnia 2009 r. protokół odbioru podpisany przez inspektora nadzoru. Wartość robót wpisana do protokołu odpowiada kwotom z kosztorysów - tym samym wartość robót w protokole odbioru jest wyższa niż wartość ryczałtowa wskazana w umowach o wspomnianą wyżej kwotę zaokrąglenia do pełnego tysiąca w dół. Inspektor nadzoru A. K., jak wynika z jego zeznań, w ramach czynności odbiorowych potwierdził jednak tylko zakres wykonanych robót, ponieważ sposób rozliczenia stron i tym samym wartość umowna poszczególnych robót nie była mu znana.

Wystawiając fakturę VAT nr (...) w oparciu o protokoły odbioru z 29 grudnia 2009 r. powód wymienił w nich jako należne mu wynagrodzenie taką kwotę, która odpowiada kwocie ryczałtowej wskazanej w umowach. Dla porządku wyjaśnić trzeba, że część wynagrodzenia za wykonanie elewacji została objęta wcześniej wystawioną fakturą VAT nr (...) (gdzie wskazano m.in., że faktura ta została wystawiona zaliczkowo za wykonanie elewacji na kwotę 240.000 zł netto - 292.800 zł brutto). Faktura nr (...) została wystawiona z kolei na kwotę 308.000 zł netto dla działki nr (...) oraz na kwotę 216.000 zł netto dla działki nr (...), co przy uwzględnieniu kwoty 240.000 zł netto z faktury VAT nr (...) daje kwotę wynagrodzenia ryczałtowego wynikającą z obu umów z 2 lipca 2009 r.

Materiał dowodowy wskazuje więc na to, że za wiążące należy uznać pisemne umowy, które określają kwotę wynagrodzenia ryczałtowego - natomiast kosztorysy wykonywane były na etapie przed podpisaniem umowy, jako kosztorysy ofertowe, po to aby strony mogły ustalić wartość ryczałtu.

Sąd dostrzegł, i to, że M. M., jako pełnomocnik E. M., podpisał również fakturę nr (...) wystawioną na kwotę zgodną z "ryczałtowymi umowami", po czym E. i M. M. przystąpili do spłacania należności z tej faktury w ratach. Świadczy to o tym, że na tym etapie realizacji inwestycji nie kwestionowali oni ani ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, ani wystawionej w oparciu o "ryczałtowe umowy" faktury VAT oznaczonej numerem (...).

Zarzut pozwanej, dotyczący zawyżenia dochodzonego pozwem wynagrodzenia o ustaloną przez świadka R. G. kwotę 72.431,30 zł, Sąd I instancji analizowała również jako zarzut zawyżenia wynagrodzenia ryczałtowego. Wskazując jednak na to, że obowiązujące przepisy przewidują wyjątek od zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, jest to tzw. mała klauzula rebus sic stantibus, wynikająca z art. 632 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli jednak skutek

zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. W orzecznictwie przyjmuje się, że art. 632 § 2 k.c. znajduje zastosowanie również do umowy o roboty budowlane. Przesłankami jego zastosowania są: wystąpienie istotnej zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy; zagrożenie rażąca stratą z powodu wykonania robót w razie utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego na uzgodnionym poziomie oraz wystąpienie związku przyczynowego między zmianą stosunków a zagrożeniem powstania rażącej straty. Sąd wskazał, że na gruncie niniejszej sprawy zastosowanie omawianej klauzuli jest wyłączone, dotyczy ona bowiem sytuacji, gdy niezmiennosc ryczałtu grozi rażąca stratą przyjmującemu zamówienie (wykonawcy robót budowlanych), a nie zamawiającemu (inwestorowi). Dodatkowo zauważono, że pozwana nie udowodniła twierdzenia, na którym opierała swój zarzut, że kwota kosztorysów została zawyżona o wartość 72.431,39 zł. Kwotę tą wyliczył świadek R. G., jednakże sposób jej wyliczenia, a także zakwestionowane przez świadka pozycje kosztorysów, nie zostały w toku postępowania ustalone. W aktach sprawy znajduje się jedynie tabela "zestawienie kosztorysów" sporządzona przez świadka R. G., natomiast sama weryfikacja była dokonywana przez świadka (jak wynika z jego zeznań) czerwonym długopisem na dokumentach kosztorysów wykonanych przez J. G.. Kosztorysy z poprawkami świadka R. G. do akt sprawy nie zostały złożone (por. pisma: karta 694, 697-698, 701). Również opinia wykonana przez przez biegłego sądowego M. S., stwierdzała, że kosztorysy zostały wykonane przez J. G. są poprawnie w tym znaczeniu, że zachowana ich zgodność z ogólną wiedzą techniczną i budowlaną, a także zachowano porządek organizacyjny i technologiczny. Biegły sądowy stwierdził również, że kosztorysy wykonane przez J. G. oparte są na cenach i wskaźnikach narzutów zbliżonych do średnich stawek stosowanych zgodnie z archiwalnymi danymi statystycznymi opublikowanymi przez Sekocenbud w okresie ich sporządzania, z kolei bazowa stawka robocizny w kosztorysach jest niższa niż średnia z okresu realizacji robót, zaś wskaźniki narzutów kalkulacyjnych są wyższe od średnich, co jednak nie świadczy o braku poprawności sporządzenia kosztorysów. Biegły sądowy podkreślał, że sposób określenia cen robót budowlanych nie był i nie jest objęty przepisami prawnymi. Ceny robót budowlanych są cenami umownymi, których wysokość ustalana jest każdorazowo indywidualnie pomiędzy stronami procesu budowlanego: inwestorem i wykonawcą. Tym samym biegły podkreślił, że weryfikacja kosztorysów w ramach opinii wykonywanej przez biegłego sądowego jest praktycznie niemożliwa na podstawie analizy samych tylko kosztorysów. Weryfikacja taka wymagałaby bowiem analizy zakresu rzeczowego robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową, która jednak nie stanowi części akt niniejszej sprawy. Dlatego też biegły dokonał weryfikacji kosztorysów jedynie pod kątem ich zgodności z ogólną wiedzą techniczną i budowlaną, a także pod kątem zachowania porządku organizacyjnego i technologicznego. Wynikiem tej analizy były opisane wyżej wnioski biegłego.

Sąd uznał, że strony niniejszego procesu nie ustaliły między sobą żadnych wskaźników cenotwórczych będących podstawą do wykonania kosztorysów, natomiast umowa stron zakładała wynagrodzenie ryczałtowe, nie było więc podstaw do zlecenia biegłemu dalszej opinii uzupełniającej, o co wnosił pełnomocnik pozwanej w piśmie procesowym z dnia 10 czerwca 2015 r., dowód ten został więc pominięty zgodnie z art. 217 § 2 k.p.c. Nadto, dowód ten w zakresie opisanym w omawianym piśmie procesowym uznano za spóźniony w świetle art. 207 § 6 k.p.c. Zlecenie tej opinii nie przyczyniłoby się do rozstrzygnięcia sprawy, a jedynie spowodowałoby przedłużenie czasu jej rozpoznania oraz wymagałoby poniesienia przez stronę dodatkowych kosztów. Co więcej sam pełnomocnik pozwanej na rozprawie w dniu 5 listopada 2015 r. nie podtrzymał kategorycznie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej, stwierdził bowiem, że wniosek ten pozostawia do uznania Sądu z tej racji, że strona pozwana jest świadoma tego, iż w toku procesu nie wnosiła o przeprowadzenie dowodu z opinii w takim kierunku, na jaki wskazał biegły (karta 786 verte).

Nieuzasadniony okazał się również zarzut pozwanej odwołujący się do wystawienia faktury bez wymaganego umową protokołu odbioru robót. Zasadnie pozwana podnosi, a że zgodnie z art. 4 ust. 2 podstawą do wystawienia faktury miał być protokół odbioru robót podpisany przez inspektora nadzoru. Takie protokoły zostały przez inspektora nadzoru podpisane w dniu 29 grudnia 2009 r. osobno dla robót wykonywanych na każdej z działek. Inspektor nadzoru A. K. przesłuchany w charakterze świadka potwierdził fakt odbioru robót w zakresie opisanym w protokołach. Podpisany przez inspektora nadzoru protokół odbioru robót spełnia wymogi konieczne do zafakturowania. W treści protokołu nie wskazano wprawdzie, że jest to protokół końcowy, tak jak to zapisano w przypadku protokołu datowanego na

dzień 23 marca 2011 r., brak takiego określenia nie oznacza jednak, że protokół nie spełnia wymogów z art. 4 ust. 2 umowy. Okoliczności sprawy wskazują na to, że "końcowy protokół odbioru robót", podpisany w dniu 23 marca 2011 r., został sporządzony wyłącznie w tym celu, aby rozpoczął bieg termin gwarancji, który zgodnie z umową miał biec od dnia odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę. R. G. oceniając przedłożoną mu dokumentację dotyczącą całego zadania zwrócił stronom uwagę, że jest potrzeba doprowadzenia budowy do stanu pozwalającego na realizację zapisów umownych, dlatego z jego inicjatywy inwestorzy wystąpili do J. G. o dokonanie w dzienniku budowy wpisów o zgłoszeniu robót (które zostały dokonane 1 rok i 3 miesiące po zakończeniu robót) oraz do spisania dokumentu zatytułowanego "końcowy protokół odbioru robót". Protokół ten jest dokumentem "zbiorczym" w tym sensie, że dotyczy wszystkich pisemnych umów łączących strony, które zostały wymienione na wstępie omawianego protokołu. Tym samym fakt sporządzenia tego protokołu pozostaje bez wpływu na zasadność wystawienia faktury VAT nr (...).

Odnosząc się do kolejnego podniesionego przez pozwaną zarzutu wobec roszczenia powoda w wysokości 219.280 zł z tytułu faktury VAT nr (...), tj. zarzutu umorzenia pozostałej wierzytelności powoda z faktury VAT nr (...), a więc kwoty 146.848,70 zł, w następstwie potrącenia dokonanego przez pozwaną w piśmie z dnia 27 lutego 2012 r. Sąd I instancji uznał go za nieuzasadniony. Oświadczenie o potrąceniu dotyczyło więc wierzytelności powoda w wysokości 146.848,70 zł z faktury nr (...) oraz wierzytelności pozwanej z tytułu kar umownych w wysokości 826.280 zł (na którą to kwotę składa się suma kar umownych z trzech umów: 146.320 + 299.040 + 380.920). Tak złożone oświadczenie nie mogło wywołać skutku określonego w art. 498 § 2 k.c. w postaci umorzenia dwóch przeciwstawnych wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (a więc do kwoty wierzytelności powoda wynoszącej 146.848,70 zł), gdyż wierzytelność pozwanej zgłoszona do potrącenia stanowi w istocie sumę trzech wierzytelności z trzech różnych umów. Pozwana dokonując potrącenia nie wskazała które z tych trzech wierzytelności przedstawia do potrącenia, więc jej oświadczenie nie wywołało zamierzonego skutku.

Dodatkowo wskazano, że bezpodstawne było twierdzenie, że powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem robót budowlanych objętych umowami z 2 lipca 2009 r. w okresie 30 grudnia 2009 - 21 marca 2011 r. Z tego powodu wierzytelność obejmująca kary umowne z tych dwóch umów po stronie pozwanej nie powstała.

Kary umowne z dwóch umów z dnia 2 lipca 2009 r. zostały naliczone na podstawie art. 5 ust. 2 lit. a) umów, przy czym jako podstawę przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe określone w tych umowach (odpowiednio 0,2% z kwoty 336.000 zł za każdy dzień zwłoki dla umowy dotyczącej działki numer (...) oraz 0,2% z kwoty 428.000 zł za każdy dzień zwłoki dla umowy dotyczącej działki numer (...)). Kwoty kar zostały więc wyliczone w następujący sposób :

- kara w wysokości 299.040 zł za zwłokę 445 dni w wykonaniu robót budowlanych budynku na działce (...) objętych umową z dnia 2 lipca 2009 r. (za okres 30 grudnia 2009 r. - 21 marca 2011 r.),

- kara w wysokości 380.920 zł za zwłokę wynoszącą 445 dni za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych budynku na działce (...) objętych umową z dnia 2 lipca 2009 r. (za okres 30 grudnia 2009 r. - 21 marca 2011 r.).

Nieuzasadnione jest stanowisko pozwanej, która za datę zakończenia robót ze wszystkich trzech umów (z których naliczone zostały kary umowne) przyjęła dzień 21 marca 2011 r. (data wpisu w dzienniku budowy zgłoszenia odbioru końcowego). Z zeznań świadków oraz stron wynika jednomyślnie, że wpis dokonany przez J. G. w dziennikach budowy w dniu 21 marca 2011 r. został dokonany z inicjatywy R. G. po to, aby zgodnie ze art. 6 pkt 2 umów rozpoczął biec okres gwarancji, której początek strony określiły na dzień odbioru przez inwestora całego zadania inwestycyjnego realizowanego przez zleceniodawcę. Wpis ten jednak nie miał nic wspólnego ze zgłoszeniem robót do odbioru czy też z datą faktycznego zakończenia robót. Wyłącznie dla celu rozpoczęcia biegu okresu gwarancji podpisano z udziałem R. G. końcowy protokół odbioru, mający charakter "zbiorczy" w tym znaczeniu, że odnosił się do wszystkich umów zawartych przez strony. Podkreślenia wymaga, że taki cel podpisania tego protokołu wynika z zeznań świadków powołanych przez obie strony (M. M., J. G.) oraz z zeznań samych stron, potwierdzają to również zeznania świadka R. G.. Materiał dowodowy nie pozostawia przy tym wątpliwości co do tego, że prace powoda (z wyjątkiem usuwania wad) faktycznie zakończyły się po dokonaniu odbioru robót potwierdzonych protokołami z udziałem inspektora nadzoru z

dnia 29 grudnia 2009 r. (następnie kierownik budowy J. G. dokonał wpisu do dziennika budowy z dnia 26 stycznia 2010 r. zgłaszającego odbiór, kolejnego dnia wydane zostały decyzje Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w M.). Po dniu 29 grudnia 2009 r. prace zostały wstrzymane, pozwana dokonywała ratałnych wpłat faktury nr (...), powód oczekiwał na powierzenie mu dalszych robót, zgodnie z obietnicą pozwanej. W międzyczasie ujawniły się wady budynków, co spowodowało nasilenie narastającego konfliktu między stronami.

Z powyższych rozważań wynika, że data 21 marca 2011 r. niezasadnie przyjmowana jest przez pozwaną jako data, do której naliczane są kary umowne w oparciu o art. 5 ust. 2 lit. a) umów.

Z kolei jako początek naliczenia kar z umów zawartych w dniu 2 lipca 2009 r. pozwana przyjmuje dzień 30 grudnia 2009 r. Jak już wcześniej wspomniano w dniu 29 grudnia 2009 r. miał miejsce odbiór robót objętych umowami z dnia 2 lipca 2009 r. z udziałem inspektora nadzoru, fakt ten nie pozwala więc przyjąć, że pozwana pozostawała od dnia 30 grudnia 2009 r. w zwłóce z wykonaniem robót. Faktura numer (...) wystawiona w następstwie odbioru dokonanego w dniu 29 grudnia 2009 r. została zaakceptowana podpisem pełnomocnika pozwanej M. M. oraz w znacznej części spłacona przez pozwaną i jej męża w okresie od stycznia do października 2010 r. Fakt przyjęcia faktury oraz jej częściowej zapłaty świadczy o tym, że E. i M. M. nie mieli wątpliwości co do tego, że faktura została wystawiona za prace faktycznie wykonane i odebrane.

Kara umowna z umowy z 6 lutego 2008 r., zmienionej aneksem nr (...), naliczona została w wysokości 146.320 zł, na podstawie art. 5 ust. 2 lit. a) umowy. Przedmiotem tej umowy zgodnie z aneksem były roboty wykończeniowe na działce numer (...): parteru w pełnym zakresie, klatki schodowej w pełnym zakresie, pierwszego piętra: posadzki betonowe wraz z izolacjami, tynki wewnętrzne, elewacji frontowej w pełnym zakresie. Kara została wyliczona w następujący sposób: 0,2 % wynagrodzenia umownego (236.000 zł netto - kwota z aneksu) x 310 dni zwłóki = 146.320 zł. Kara została naliczona za okres od 14 maja 2010 r. (data zakończenia jak wskazana w aneksie) do 21 marca 2011 r. (data wpisu do w dzienniku budowy zgłoszenia odbioru końcowego).

Z materiału dowodowego wynika, że aneks nr (...) faktycznie został podpisany, należy jednak uznać, że oświadczenia woli stron objęte tym aneksem zostały złożone dla pozorów i tym samym są nieważne zgodnie z art. 83 § 1 k.c. Przemawiają za tym zeznania świadków: M. M. i J. G., z których wynika, że aneks został zawarty jedynie w tym celu, aby powód mógł uzyskać kredyt z banku. Świadek J. G. nazywał go "fikcyjnym" aneksem, choć nie potrafił przypomnieć sobie która ze stron potrzebowała ten aneks w celu uzyskania kredytu, pozwana oświadczyła w tym miejscu na rozprawie, że faktycznie taka sytuacja wystąpiła, a aneks niezbędny był w celu uzyskania kredytu przez powoda. Powód powyższemu stwierdzeniu pozwanej nie zaprzeczył. Z zeznań świadków, potwierdzonych oświadczeniem pozwanej wynika więc, że aneks faktycznie został zawarty dla pozorów - jako dokument umożliwiający powodowi uzyskanie kredytu. Analiza zakresów objętych umowami z dnia 2 lipca 2009 r. oraz omawianego aneksu wskazuje na to, że zakresy te się pokrywają. Strony nie mogły dwa razy zawrzeć umowy dotyczącej tych samych robót. Potwierdza to prawdziwość zeznań przesłuchiwanych osób co do tego, że aneks był zawarty jedynie dla pozorów i tym samym oświadczenia woli stron objęte aneksem należy uznać za nieważne. Tym samym po stronie pozwanej nie powstała wiarygodność z tytułu kary umownej, wynikająca z aneksu nr (...), pozwana nie mogła więc skutecznie potrącić nieistniejącej wiarygodności.

Niezależnie od tego dodać trzeba, że podobnie jak w przypadku poprzednio omawianych umów pozwana niezasadnie nalicza karę do dnia 21 marca 2011 r. Zgodnie z "fikcyjnym" aneksem prace miały być wykonane do dnia 14 maja 2010 r. Jak już wspomniano zakres prac z aneksu pokrywa się zakresem prac z umowy z dnia 2 lipca 2009 r., a te prace z tej umowy zostały wykonane do dnia 29 grudnia 2009 r. i potwierdzone protokołem odbioru podpisanym przez inspektora nadzoru. Tym samym abstrahując od tego, że podpisanie aneksu było czynnością dokonaną dla pozorów, przyjąć trzeba, że naliczanie przez pozwaną kar umownych w oparciu o aneks nr (...) do umowy z dnia 6 lutego 2008 r. za okres od 14 maja 2010 r. do 21 marca 2011 r. było nieuzasadnione, w tym okresie powód nie pozostawał bowiem w zwłóce z wykonaniem robót objętych przedmiotem umowy opisanym w aneksie.

Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie zaskarżyła w całości pozwana żądając zmiany wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także przyznanie pozwanej od powoda zwrotu kosztów procesu w postępowaniu I i II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych oraz orzeczenie o zwrocie na rzecz pozwanej niewykorzystanej części zaliczki na opinię biegłego w kwocie 4.360,41 zł

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, poprzez:

1) niezgodne z materiałem dowodowym ustalenie:

a) że umowy z 2.07.2009 r. zostały w całości wykonane w terminie określonym umową tj. przed 30.12.2009 r., a naliczenie przez pozwaną kar za zwłokę w wykonaniu umowy było nieuzasadnione - co jest przejawem braku zastosowania zasady wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i naruszeniem art. 233 kpc.

b) że protokoły odbioru z dnia 29.12.2009 r. miały charakter ostatecznych i wiążących strony protokołów odbioru, zaś ostateczny protokół odbioru z dnia 23.03.2011 r. miał ograniczone znaczenie i nie potwierdzał zakończenia robót po terminie określonym umową, co stanowi obrazę art. 233 kpc.

2) nieuwzględnienie przez Sąd charakteru faktury (...), która zgodnie z umowami z 2.07.2009 r. miała charakter częściowej i nie przesądzała o ostatecznych rozliczeniach powódki, które to rozliczenia wymagały odbioru końcowego, co jest znowu naruszeniem art. 233 kpc.

3) niewłaściwą ocenę zeznań świadka R. G., które Sąd uznał w całości za wiarygodne, a które wskazywały jednoznacznie na kontynuację prac i ich zakończenie dopiero końcowym protokołem odbioru, czym Sąd naruszył art. 233 kpc.

4) nieuwzględnienie przez Sąd dowodów z dokumentów urzędowych - decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, które zawierały zapisy o konieczności dokończenia robót objętych umowami z 2.07.2009 r. jeszcze po 26.01.2010 r. - tym samym Sąd naruszył art. 244 § 1 kpc. oraz 233 kpc.

5) pominięcie przez Sąd mocy dowodowej zeznań świadka M. W., który zeznał, iż podstawą do wykonywania kosztorysów były obmiary faktycznie wykonanych robót, co wpłynęło na nieprawidłową ocenę zeznania świadka J. G. i przesłuchania H. G., którzy kosztorysy przedstawiali jako ofertowe i spowodowało przypisanie tym dowodom w sposób nieuzasadniony waloru wiarygodności bez żadnych zastrzeżeń - naruszenie art. 233 kpc.

6) pominięcie przy ocenie umów z 2.07.2009 r, zeznań świadka M. W., który zeznał, iż podstawą do wykonywania kosztorysów były obmiary faktycznie wykonanych robót, i niedokonanie na tej podstawie przez Sąd istotnego ustalenia, iż roboty wykonywane były na podstawie umowy ustnej, a dopiero po ich wykonaniu wystawiana była faktura i podpisywana umowa, która nie miała charakteru samodzielnej umowy, a jedynie potwierdzenia wykonania części całości ustnej umowy o roboty budowlane - co stanowi naruszenie art. 233 kpc.

7) niewłaściwą ocenę postanowień umów z 2.07.2009 r., które przewidywały faktury częściowe wystawiane na podstawie protokołów podpisywanych przez kierownika budowy i inspektora nadzoru, jednak roszczenia gwarancyjne uzależniały dopiero od końcowego protokołu odbioru, a zatem skoro taki protokół przewidywały, to protokoły z 29.12.2009 r, miały charakter tymczasowych, rozstrzygający zaś był tylko protokół końcowy, który podawał datę zakończenia prac na 23.03.2011 r. - Sąd po raz kolejny naruszył tym art. 233 kpc.

8) dokonanie przez Sąd w sposób sprzeczny z dowodami z dokumentów (pismem z 7 03 2011 r k 82-82V) zeznań świadków (R. G.) błędnego ustalenia, że czynność końcowego odbioru była dokonana jedynie w celu umożliwienia

rozpoczęcia biegu terminu gwarancji, a nie również w celu ostatecznego ustalenia sposobu wykonania robót i rozliczenia stron, co jest naruszeniem art. 233 kpc.

9) niewyjaśnienie przez Sąd sprzeczności polegającej na ustaleniu, że zgłoszenie do odbioru z dnia 26.01.2010 r. przypadło po dokonaniu odbioru z 29.12.2009 r. - co stanowi naruszenie art. 233 kpc.

10) nieustalenie przez Sąd przyczyny, dla której odbiór końcowy odbył się dopiero 23.03.2011 r., a nie 29.12.2009 r. mimo braku zawarcia dalszych umów o roboty budowlane w oparciu o zeznania świadka R. G., M. M. oraz przesłuchania pozwanej, którzy wskazywali na stan robót nie nadających się do takiego odbioru - kolejne istotne uchybienie art. 233 kpc.

11) nieuwzględnienie przez Sąd przy ocenie protokołów odbioru z 29.12.2009 r., zeznań świadka A. K. - inspektora nadzoru podpisanego pod z których wynikało, że na budowie bywał sporadycznie i nie znał zapisów umowy, co czyni wartość dowodową podpisanych przez niego protokołów bardzo wątpliwą, a w każdym razie znacznie mniejszą niż zeznania świadka G., który analizował związane z umowami kosztorysy oraz protokoły przez niego sporządzane - ponownie naruszenie art. 233 kpc.

12) pominięcie zeznań wszystkich świadków i przesłuchania stron w zakresie potwierdzającym zgłaszanie przez pozwaną dużej ilości wad jako wystarczającej przyczyny możliwości odmówienia odbioru końcowego przez pozwaną świadczącej o niezachowaniu terminu wykonania umów z 2.07.2009 r. - czym również Sąd naruszył art. 233 kpc

13) niewezwanie Państwowego Inspektora Nadzoru Budowlanego do złożenia dokumentacji budowlanej dotyczącej inwestycji pozwanej realizowanej w D. na działkach (...) i nieprzeprowadzenia z niej dowodu, mimo takiego wniosku pozwanej znajdującego się w sprzeczności do nakazu zapłaty, czym Sąd naruszył art. 231 kpc, gdyż nie ustalił, czy kurtyny i stolarka schodowa wykonywane w klatce schodowej po 29.12.2009 r., o których zeznawał J. G., były przewidziane w projekcie, a zatem były objęte umową, czy też były pracami dodatkowymi,

14) naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - poprzez nierozstrzygnięcie o zwrocie niewykorzystanej zaliczki na biegłego oraz

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności:

1) błędną wykładnię art. 654 kc., poprzez nadawanie odbiorom częściowym oraz zapłatom częściowym znaczenia ostatecznych odbiorów i rozliczeń oraz

2) niezastosowanie art. 649 kc. i traktowanie umów pisemnych jako odrębnych umów z odrębnymi od siebie zakresami, odbieranych niezależnie od siebie

3) niezastosowanie art. 643 kc w zw. z art. 656 kc poprzez nieuwzględnienie przez Sąd, że pozwana nie miała obowiązku odebrania robót wydawanych niezgodnie z zobowiązaniem, a zatem istnienie wielu wad uniemożliwiających ostateczny odbiór jest równoznaczne z niewykonaniem umowy w terminie niezastosowanie do oceny protokołów odbioru z 27.12.2009 r. art. 57 ust. 1 Prawa budowlanego

4) naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - poprzez nierozstrzygnięcie o zwrocie niewykorzystanej zaliczki na biegłego,

Powód zażądał oddalenia apelacji i obciążania pozwanej kosztami postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie była zasadna.

Sąd odwoławczy po ponownym przeanalizowaniu zebranego materiału dowodowego podzieliła ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i ocenę tego materiału, która została dokonana w granicach zakreślonych przepisem

art. 233 § 1 k.p.c. W pierwszej kolejności ocenie poddana zostanie właśnie ta kwestia, bowiem skarżąca podniosła zarzuty naruszenia przepisów postępowania w odniesieniu do zasady swobodnej oceny dowodów, aż w trzynastu przypadkach, czyniąc z zarzutów tego rodzaju oś swojej apelacji. Wnioski w tym zakresie determinują bowiem kierunek dalszych rozważań, skoro prawidłowość zastosowania norm prawa materialnego może być badana jedynie na gruncie niekwestionowanych ustaleń faktycznych.

Przedmiotem zarzutów apelacyjnych były ustalenia Sądu I instancji i z nimi związane oceny prawne dotyczące kwestii: bezpodstawnego przyjęcia, zdaniem skarżącej, iż strony umówiły się na ryczałtowy sposób rozliczenia prac budowlanych objętych umowami z dnia 2 lipca 2009 r., a protokół z dnia 29.12.2009 r. nie był końcowym protokołem odbioru robót oraz co do terminowości wykonania przez powoda umówionych prac budowlanych, usuwania wad tych prac w umówionych terminach, a w efekcie ustaleń czy doszło do okoliczności umożliwiających pozwanej skuteczne złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności pozwanej związanych z naliczonymi przez nią karami za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze bądź ujawnionych w okresie gwarancji.

Zarzuty te nie były słuszne, zaś złożone przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu, również zawarte w pismach załączonych do apelacji, nie mogły prowadzić do umorzenia należności opisanej orzeczeniem Sądu I instancji. Chociaż powód nie obalił domniemania faktycznego związanego z faktem przesłania mu oświadczeń tej treści za pośrednictwem Poczty Polskiej.

Sąd I instancji prawidłowo ustalił, że strony ustaliły ryczałtowy charakter wynagrodzenia za umówione prace budowlane. Wbrew zarzutom pozwanej to właśnie specyfika relacji między stronami przemawiała za aprobatą twierdzenia, iż opisane w treści dwóch umów z dnia 2 lipca 2009 r. wynagrodzenie było wynagrodzeniem ryczałtowym, ostatecznym, którego strony nie będą mogły korygować np. w wyniku odmiennych wyników kosztorysowania po zakończeniu robót. Nie sposób nie dostrzec tego, że poszczególne umowy dotyczyły kolejnych etapów prac zmierzających do wzniesienia budynku usługowo-mieszkalnego. Każda z umów zawierała pełny opis wzajemnych relacji stron, czyli elementów istotnych, które czyniły ją aktem samodzielnym, możliwym do wykonania bez zaciągania dodatkowych zobowiązań. Nie sposób dostrzec i tego, iż zaplanowana przez pozwaną inwestycja była znaczna, wymagająca wsparcia finansowego banków i bieżącej kontroli nad powstałymi wydatkami. Analiza zeznań świadków wskazuje na to, iż był to czynnik wpływający w sposób istotny na postępowania stron. Przy takim bowiem uregulowaniu wzajemnych relacji kończąc dany etap prac, który był w całości przedmiotem poszczególnej umowy strony mogły zakończyć swoje wzajemne relacje, czy to z przyczyn finansowych dotyczących braku możliwości kontynuowania prac, czy też związanych z zamiarem zmiany wykonawcy. Istotnym elementem sprawy było i to, iż powódka zapewniała pozwanego o możliwości powierzenia mu wykonywania dalszych prac zmierzających do zakończenia budowy, było to jednak jedynie zapewnienie. W tym też kontekście rozumieć należy wprowadzone do umowy regulacje dotyczące rozpoczęcia i zakończenia prac, czy wynagrodzenia płatnego w terminie 14 dni od dnia sporządzenia protokołu odbioru robót podpisanego przez wyznaczonego inspektora nadzoru. Płatności za wykonane przedmioty umowy, nie były skorelowane z chwilą rozpoczęcia biegu gwarancji. Gdyż strony uznały, że taki bieg rozpocznie się od odbioru całego zadania inwestycyjnego, bez precyzowania kto taką inwestycję zakończy, co należało rozumieć jako jedynie intencję kontynuowania wzajemnej współpracy do czasu faktycznego zakończenia budowy. Sąd odwoławczy w pełni również podziela argumentację prawną Sądu I instancji wskazującą na brak przesłanek pozwalających pozwanej na kwestionowanie ustalonego ryczałtowego wynagrodzenia. Już tylko marginalnie dostrzec wypada na brak dowodu w oparciu, o który pozwana dowodziła twierdzenia o zawyżeniu przez powoda wynagrodzenia, tj. kosztorysu analizowanego przez świadka R. G. oraz na opinię biegłego sądowego wykluczającą twierdzenie o nierzetelności kosztorysów ofertowych powoda.

Dostrzec również należy, że zgodnie z art. 647 k.c. w umowie o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania inwestorowi obiektu powstałego w wyniku wykonania ustalonego zakresu robót, a inwestor do dokonania czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem robót oraz do odebrania zbudowanego obiektu i do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Celem umowy jest wzniesienie (w całości albo w części) określonego w projekcie „obektu budowlanego”, czyli budynku lub innej budowli względnie kompleksu obiektów. Umowa

może także przewidywać wybudowanie tylko części obiektu budowlanego. Na możliwość uczynienia przedmiotem umowy o roboty budowlane także „obiektem”, stanowiącego jedynie część większej całości, wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03). I w takim kontekście należy oceniać wzajemne relacje stron.

Wbrew twierdzeniom pozwanej za przyjęciem kosztorysowego sposobu rozliczania nie przemawiają zeznania świadków, a zwłaszcza M. W.. Z zeznań tej osoby wynikać może jedynie to, że dokonywał on obmiarów prac wykonanych na budowie „od I piętra”, robił obmiary i wpisywał do książki obmiarów, a w biurze do programu komputerowego. Faktem pozostaje, że osoba ta zeznała, iż wykonywane w ten sposób kosztorysy „były potrzebne do rozliczeń”, ale nie widziała tych rozliczeń i nie potrafiła sprecyzować o jakie rozliczenia chodzi. W tym kontekście za zgodnie z zasadami należytej staranności uznać należy motyw sporządzenia przez powoda kosztorysów dla celów kontroli wydatków.

Nie sposób nie dostrzec i tego, że zeznania świadka R. G. nie mogły stanowić źródła materiału dowodowego, który pozwalał by na ocenę wzajemnych relacji stron w zakresie ich stosunków prawnych, skoro świadek ten pojawił się na budowie „w pierwszym kwartale” 2010 r. Dodatkowo, relacje te musiały odbiegać od typowych skoro w jego ocenie umowy były bowiem skonstruowana w „dziwny” sposób, gdyż nie było jednej umowy, tylko kilka umów obejmujących zryczałtowane wynagrodzenie za dany etap robót. Z zeznań tego świadka wprost również wynika, że nie zapoznawał się z treścią umów z dnia 2 lipca 2009 r.

Niesłusznie zatem apelująca usiłuje nadać fakturze nr (...) charakter częściowy, gdyż wykonanie robót nią opisanych sprawiało, że umowy z dnia 2 lipca 2009 r. uznać należało za wykonane. W kontekście treści umów z dnia 2 lipca 2009 r., to protokół z dnia 29 grudnia 2009 r., w którym stwierdzono wykonane umówionych prac stanowił o wymagalności umówionego wynagrodzenia. Słusznie przy tym Sąd I instancji wnioskuje, że protokół odbioru robót z dnia 23 marca 2011 r. nazwany ostatecznym miał umożliwić pozwanej korzystanie z uprawnień gwarancyjnych, a nie świadczyć o rzeczywistym terminie wykonanie przez powoda prac kończących inwestycję, gdyż takie nie zostały zakończone ani w dniu 2 lipca 2009 r., ani też w dniu 23 marca 2011 r. Pozwana zakończyła swoją współpracę z powodem i nie powierzyła mu dalszych prac koniecznych do zakończenia inwestycji. I tylko w tym kontekście rację przyznać należy skarżącej, iż zeznania R. G. świadczyły o tym, że powód nie wykonał wszystkich prac budowlanych.

Za nietrafne również uznać należy zarzuty zmierzające do wykazania tezy o zaistnieniu warunków umożliwiających pozwanej potrącenia jej wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością powoda opisaną pozwem.

Pozwana nie zaprezentowała dowodów, które by wskazywały na to, że powód umówione prace wykonał z przekroczeniem terminu bądź zaistniałych wad nie usunął w umówionym terminie. Artykuł 5 ust. 2 dwóch umów z dnia 2 lipca 2009 r. przewidywał możliwość żądania kary umownej licząc za każdy dzień zwłoki od dnia następującego po upływie terminu zakończenia prac. Strony ustaliły termin zakończenia prac opisanych umowami na dzień 30 grudnia 2009 r. W dniu 29 grudnia 2009 r. z udziałem inspektora nadzoru A. K. zostały podpisane protokoły odbioru wykonanych robót, podpisujący stwierdzili, że opisane protokołami roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem.

Protokół odbioru stanowi potwierdzenie przez inwestora wykonania robót budowlanych i jest następnie dla wykonawcy podstawą do żądania wynagrodzenia. Jednakże sporządzenie i podpisanie protokołu odbioru robót budowlanych uzasadnia jedynie domniemanie, że zostały one wykonane zgodnie z umową, ale jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa została wykonana nienależycie. A zatem, protokół dokonania odbioru robót stanowi także dowód spełnienia świadczenia przez wykonawcę (zob. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97), ale nie jest to, zdaniem Sądu Apelacyjnego, dowód wyłączny.

Oceniając dowody dotyczące tej kwestii wskazać należy, iż A. K. podał, że nie miał zastrzeżeń co do jakości wykonanych prac. O tym, iż mimo rozbudowanych nieformalnych relacji między stronami, protokoły te odzwierciedlały rzeczywistość świadczy wprost treść spisanego przez strony, z inicjatywy świadka R. G. protokołu odbioru końcowego w dniu 23 marca 2011 r., w którym wprost zapisano, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową oraz projektem zamiennym z odstępstwami nieistotnymi omówionymi w dokumentacji powykonawczej. Jednocześnie uzgodniono,

że wykonawca zobowiązał się do usunięcia zgłoszonych wad na własny koszt w terminie do dnia 30 kwietnia 2011 r. Bez jakiegokolwiek doniosłości prawnej, dla wzajemnych relacji stron związanych z niniejszym sporem był zapis, iż roboty zostały zakończone w dniu 23 marca 2011 r., skoro protokół ten miał na celu jedynie umożliwienie pozwanej realizacji jej uprawnień gwarancyjnych wobec powoda, któremu nie powierzyła dalszych prac nad budową domu. W tej części Sąd odwoławczy również podziela ustalenia i oceny Sądu I instancji.

Nie wpływa na zasadność roszczeń pozwanej w tej części fakt, iż PINB udzielając pozwolenia na użytkowanie części usługowych znajdujących się na parterze budynku decyzjami z dnia 27 stycznia 2010 r. stwierdził w jej pkt 1 m.in., że do wykonania pozostały: podłączenie kurtyn powietrznych nad wejściem do sklepów i wejściem do zaplecza, podłączenie wentylacji WC bez okien, wykonanie zagospodarowania terenu od strony zaplecza, wykonanie wyprawy elewacji. Ocena tego, czy opisane tu prace do wykonania objęte były umową między stronami wymyka się ocenie Sądu odwoławczego, zwłaszcza wobec stwierdzenia w pkt 2 decyzji, że obiekt został wybudowany zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, który to dokument nie stanowił materiału dowodowego w sprawie. Wprost natomiast z umowy między stronami nie wynika, aby wykonanie zagospodarowania terenu od strony zaplecza, czy wykonanie wyprawy elewacji było obowiązkiem powoda. Dostrzec wypada, iż fakt braku wyprawy elewacji był w sprawie uznany przez powoda za przyczynę zawilgocenia korytarza klatki schodowej. Co do reszty prac powód wskazywał, że miały one dodatkowy charakter.

Nie sposób przejść do porządku dziennego nad tym, że pozwana nie złożyła konkretnego co do formy i treści wniosku dowodowego związanego z koniecznością odniesienia zakresu prac powierzonych powodowi do zapisów w projektach budowlanych, co niewątpliwie pozwoliło by prześledzić i zweryfikować jaki był szczegółowy zakres prac do wykonania których zobowiązał się powód. Za taki wniosek nie może być uznane żądanie zawarte w pkt 6 sprzeciwu od nakazu zapłaty, który wniosła pozwana w dniu 26 lipca 2012 r. (k. 39). Dostrzec należy, iż dopiero w treści apelacji opisano okoliczność, dla których bliżej nieokreślona dokumentacja „budowlana” ma być złożona - „że kurtyny i stolarka schodowa wykonywane w klatce schodowej po 29.12.2009 r., o których zeznawał J. G., a także podłączenie w tym czasie wentylacji WC bez okien, o których wspomina decyzja o pozwoleniu na użytkowanie były przewidziane w projekcie, a zatem były objęte umową i nie były pracami dodatkowymi”. Taki wniosek w istocie więc uznać należy za nowy i zgodnie z treścią art. 383 k.p.c. podlegający pominięciu. Dodać przy tym należy, iż istotna część dokumentacji budowlanej to projekt budowlany, który jest własnością pozwanej, co eliminuje konieczność inicjatywy sądu w jego pozyskiwanie.

R. G. sporządził załącznik nr 2 do protokołu odbioru końcowego w dniu 23 marca 2011 r., zatytułowany „Wykaz wad i usterek stwierdzonych na budynku mieszkalno-usługowym w D. przy ulicy (...)”, gdzie osobno wymienił wady w budynku na działce numer (...) (6 wad: zawilgocone ściany klatki schodowej w części obniżonej – wstawić kratkę wentylacyjną (zalecenie), przemaalować część klatki schodowej farbą olejną (po szpachlowaniu), wyspoinować cokoliki na klatce schodowej z terakoty, balustradę klatki schodowej zamontować .., w pomieszczeniach Sali sprzedaży I p. zlikwidować przeciek na stropie, do obrobienia ościeża drzwi z klatki schodowej i na działce numer (...) (na poddaszu w wc pomalować ścianę, zlikwidować odpryski szpachli nad oknem na klatce schodkowej oraz zawilgocenie na ścianach zewnętrznych, zlikwidować rysy na ścianie działkowej przy klatce schodkowej) k. 84.

Pismo pozwanej z dnia 15 sierpnia 2011 r. k. 85 – 86 „zgłoszenie wad w ramach udzielonej gwarancji” zawierające opis w sześciu punktach wad wskazuje na to, że jedynie w pkt 5 w części dotyczącej zawilgocenia ścian klatki schodowej + łuszcząca się farba olejna odchodząca od ściany może on się pokrywać z wezwaniem do ich usunięcia z pismem z k. 83. Tym niemniej nie sposób nie dostrzec tego, że w piśmie powoda z dnia 25 sierpnia 2011 r. k. 87 powód wskazuje, że inwestor nie dokończył prac elewacyjnych, więc obecna powłoka nie jest odporna na warunki atmosferyczne, że inwestor nie zaprojektował i nie wykonał zadania nad obniżonym wejściem do klatki schodowej od strony zachodniej, jak również nie wykonał projektu instalacji deszczowej.

Protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 27 września 2011 r. (k. 90) wskazuje na to, że powód miał usunąć usterki do końca października 2011 r. zaś usterki co do przecieków i zawilgocenia do 30 listopada 2011 r. Powód miał usunąć część usterek o czym świadczy protokół bez daty na k. 126 - „zgłoszone usterki zostały usunięte, za wyjątkiem pkt 2. Wykonawca zobowiązał się do 17 grudnia 2011 r. ustalić przyczynę zawilgoceń i przecieków.

Już tylko powyżej wskazana wymiana pism między stronami i treści protokołów usuwania wad wskazują na to, iż między nimi istnieje spór co do tego czy istniejące na klatce schodowej zawilgocenie i zacieki, których istnienie powód nie zaprzecza, były wyrazem wadliwości prac przez niego wykonanych, czy też były związane z przyczynami leżącymi poza jego osobą. Takich kwestii postępowanie dowodowe nie wyjaśniło, mimo tezy pozwanej wygłoszonej w uzasadnieniu apelacji, że wszyscy świadkowie i strony potwierdzały liczne wezwania do usuwania wad i fakt istnienia wad. Zeznania świadków w tej mierze, w tym i również zeznania R. G. nie prowadzą do stanowczych wniosków. Marginalnie dostrzec należy, że z zeznań tego ostatniego wynikało wprost, iż świadek nie widział umów z dnia 2 lipca 2009 r. nie wiedział w jakiej dacie miały być zakończone prace. W czasie jego oględzin prace wykonane na podstawie umów które posiadał były wykonane, ale było sporo usterek które były usuwane, zaś protokół końcowy z 23 marca 2011 r. został sporządzony jedynie po to aby umożliwić zgłoszenie do użytkowania.

Sąd nie jest w stanie ocenić wartości twierdzeń, że prace wskazane chociażby w protokołach sporządzonych przez strony są dotknięte wadliwością związaną z ich niewłaściwego wykonania. Jest to element wiedzy specjalistycznej, zaś spór niniejszy wiedziony w warunkach sprawy gospodarczej powinien eliminować pokusę prowadzenia postępowania dowodowego przez sąd z urzędu.

Wbrew zarzutom apelacyjnym nie istniała potrzeba wyjaśniania „sprzeczności polegającej na ustaleniu, że zgłoszenie do odbioru z dnia 26.01.2010 r. przypadła po dokonaniu odbioru z 29.12.2009 r.”, okoliczność ta bowiem była niezależna od woli stron, zgodę na użytkowanie obiektu przed zakończeniem budowy udzielał administracyjny organ nadzoru budowlanego.

Powyższe okoliczności wskazują na to, że pozwana nie dowiodła zaistnienia warunków umożliwiających potrącenie jej wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnościami powoda, co w efekcie nie mogło stanowić o zasadności naruszenia przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego opisanych w pkt II ppkt 1, 2 i 3. Apelację zatem pozwanej należało w trybie art. 385 k.p.c. oddalić.

Marginalnie tylko dostrzec należy, iż Sąd I instancji nie rozstrzygał co do losów nadpłaconej przez pozwaną zaliczki na czynności biegłego, chociaż miał stosownie do treści art. 84 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych taki obowiązek. Tym niemniej skoro pozwana złożyła wniosek o zwrot nadpłaconych kwot, to taki zwrot winien nastąpić bez konieczności uruchamiania postępowania zażaleniowego przez stronę, która jest reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego był natomiast art. 98 § 1 k.p.c. Pozwana, która przegrała postępowanie odwoławcze zobowiązana będzie zwrócić powodowi kwotę 10 800 złotych stanowiącą wynagrodzenie reprezentującego go adwokata ustalone stosownie do treści § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt. 7 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.

SSO del. Z. Ciechanowicz SSA K. Górski SSA A. Sołtyka