

Sygn. akt VIII GC 165/12

WYROK

W I M I E N I U R Z E C Z Y P O S P O L I T E J P O L S K I E J

Dnia 16 lipca 2013 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Leon Miroszewski

Protokolant: apl. adw. S. K.

po rozpoznaniu w dniu 9 lipca 2013 roku na rozprawie

sprawy z powództwa A. P.

przeciwko R. R.

o zapłatę

I. umarza postępowanie w zakresie żądania kwoty 2.589,08 (dwa tysiące pięćset osiemdziesiąt dziewięć 8/100) złotych;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 96.034,20 (dziewięćdziesiąt sześć tysięcy trzydzieści cztery 20/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 11 maja 2012 roku;

III. oddala powództwo w pozostałej części;

IV. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.609,00 (osiem tysięcy sześćset dziewięć) złotych tytułem kosztów procesu.

Sygnatura akt VIII GC 165/12

UZASADNIENIE

Powód A. P. wniósł o zasądzenie od pozwanego R. R. kwoty 99.823,28 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 26 kwietnia 2012 roku. Podniósł, że zawarł z pozwanym umowę o roboty budowlane polegające na wykonaniu docieplenia i elewacji dwóch budynków koszarowych w S., gdzie strony ustaliły stawkę za 1 metr kwadratowy powierzchni. Umówiono się także co do robót dodatkowych. Powód stwierdził, że pozwany pod koniec prac zaczął unikać powoda i zwlekał z zapłatą kwot wynikających z wyceny wykonanych robót. Dodał, że wzywał pozwanego do odbioru prac jednak pozwany do odbioru nie przystąpił, co spowodowało dokonanie jednostronnego odbioru przez powoda w obecności przedstawiciela inwestora. Zaprzeczył, że zawinił opóźnieniu w zakończeniu robót, bowiem wynikało ono z tego, że pozwany opóźnił wymianę okienek piwnicznych do stycznia 2012 roku. Zaprzeczył więc istnieniu roszczeń pozwanego wskazywanych przez pozwanego w korespondencji przedprocesowej, zarówno co do żądania kary umownej za opóźnienie, jak i z tytułu kosztów dzierżawy oraz demontażu rusztowań. W tej ostatniej kwestii stwierdził, że zapewnił rusztowania dla swoich prac.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu. Przyznał, że zawarł z powodem umowę, na podstawie której powód wykonywał docieplenie budynków nr (...) w S. przy ulicy (...) za cenę jednostkową w kwocie 120 złotych netto a 1 m². Przyznał te, że strony rozszerzyły zakres robót o roboty dodatkowe

za wynagrodzeniem 9.275,54 złotych netto w zakresie budynku nr (...) i 5.329,48 złotych netto za prace związane z budynkiem nr (...). Odmowę zapłaty faktury na kwotę dochodzoną pozwem pozwany tłumaczył wadliwością robót powoda, opóźnieniem ich wykonania a także mniejszym zakresem wykonanych robót niż uwidocznił w fakturze. Jego zdaniem kwota z tej faktury powinna być obniżona do 59.823,28 złotych, a więc o 40.000 złotych, zgodnie z treścią protokołu odbioru z dnia 22 marca 2011 roku, dokonanego jednostronnie przez pozwanego. Pozwany stwierdził, że oprócz tego należy mu się kara umowna za opóźnienie w wykonaniu robót przez powoda w kwocie 27.000 złotych, przyjmując, że opóźnienie wyniosło 90 dni, a także kwota 39.389,73 złotych tytułem należnego pozwanemu zwrotu wydatków za najem i demontaż rusztowań niezbędnych do wykonania prac stanowiących przedmiot umowy z powodem.

Na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 roku powód cofnął pozew i zrzekł się roszczenia w zakresie kwoty 2.589,08 złotych.

Ustalenia faktyczne i wskazanie dowodów.

W dniu 7 października 2011 roku pozwany, jako zamawiający, zawarł z powodem, jako wykonawcą, umowę o roboty budowlane polegające na wykonaniu docieplenia dwóch budynków koszarowych położonych w S. przy ulicy (...). Zakres prac obejmował ustawienie rusztowań, odkucie zarysowań i spękań elewacji, zmycie i oczyszczenie elewacji oraz położenie docieplenia w uzgodnionej technologii z tynkiem mineralnym, a także jego pomalowanie. Na cokole miał być położony dekoracyjny tynk mozaikowy. W art. 2 umowy stwierdzono, że terminem zakończenia wykonywania robót jest podpisanie przez zamawiającego protokołu końcowego bez wad i usterek. Umowny termin zakończenia prac przez powoda ustalono na dzień 31 grudnia 2011 roku, przy czym miał on prawo do zmiany (przesunięcia) terminu rozpoczęcia bądź zakończenia robót o ilość dni, w których wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające ich wykonywanie. Stwierdzenia takich warunków miał dokonać kierownik budowy. Zgodnie z art. 3 pkt 5 umowy powód miał na piśmie powiadomić pozwanego o gotowości do odbioru. W art. 6 określono wynagrodzenie powoda na kwotę 120 złotych netto za 1 metr kwadratowy docieplonej elewacji, powiększone o VAT. Stwierdzono, że gdyby okazało się, że zachodzi konieczność wykonania prac dodatkowych, wykonawca miał pisemnie powiadomić zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych wraz ze wskazaniem wynagrodzenia i uzasadnieniem konieczności ich wykonania, zaś przed przystąpieniem do wykonywania prac dodatkowych strony miały spisać porozumienie zawierające co najmniej oznaczenie robót, które mają być wykonane, wysokość wynagrodzenia oraz termin wykonania.

W art. 7 umowy stwierdzono, że w toku wykonywania prac dokonywane będą odbiory częściowe. O gotowości do odbioru częściowego i końcowego powód miał powiadamiać faksem na wskazany numer, a pozwany miał przystąpić do odbioru nie później niż w ciągu 3 dni od otrzymania powiadomienia. W razie stwierdzenia wad w trakcie odbioru końcowego zamawiający miał prawo odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, zatrzymać z wynagrodzenia kwotę stanowiącą równowartość wad, odebrać przedmiot robót i wykonać uprawnienia z tytułu rękojmi lub gwarancji, usunąć wady na koszt i ryzyko wykonawcy w przypadku nieprzystąpienia przez niego do usunięcia usterek w wyznaczonym terminie.

W art. 8 umowy wskazano, że na kierownika budowy zostaje powołany J. R.. Podano jego numer telefonu jako telefonu kontaktowego. Wskazano też, że ciągle nadzór nad pracami na budowie z ramienia powoda będzie pełnił J. O.. Podano również jego numer telefonu jako telefonu kontaktowego.

Zgodnie z art. 11 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne: z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 300 złotych za każdy dzień opóźnienia, przy czym za opóźnienie przyjmuje się nie tylko niewykonanie ale też wadliwe wykonanie przedmiotu umowy; z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - 15.000 złotych.

W dniu 13 października 2011 roku powód i pozwany spisali pisemne uzgodnienie, że powód przedstawi do uzgodnienia wycenienie na roboty dodatkowe: skucie tynków na ścianach i ościeżach okiennych, skucie parapetów, montaż parapetów zewnętrznych, wykonanie wylewek pod parapety. Ustalono też, że powód dociepli styropianem grubości

2-3 cm gzyms oraz dokona reperacji przed dociepleniem. Powód przedstawił kosztorys robót dodatkowych w zakresie budynku I na kwotę 9.275,54 złotych i w zakresie budynku II na kwotę 5.329,48 złotych.

Dowody: - umowa o roboty budowlane z dnia 7 października 2011 (k. 17-26);

- notatka z dnia 13 października 2011 (k. 27)

- kosztorysy robót dodatkowych (k. 28-31).

Oprócz pozwanego, jako wykonawcy robót, i powoda jako podwykonawcy, roboty, na zlecenia pozwanego, jako jego podwykonawcy wykonywali też: D. M., który przejął na podstawie zlecenia pozwanego wykonanie docieplenia i elewacji dwóch ścian budynku nr (...), powierzonego wcześniej powodowi, i D. S., który wykonywał roboty dachowe. Pozwany wykonywał pozostałe prace obejmujące remont budynków nr (...), w tym wymianę stolarki okiennej.

Dowody: - zeznania świadków: E. B. (k. 208), D.

S. (k. 252), D. M. (od 13 do 19 minuty

rozprawy w dniu 14 czerwca 2013 roku – k. 273).

W dniu 15 listopada 2011 roku powód sporządził rozliczenie robót wykonanych do tego czasu w zakresie docieplenia obu budynków. Zweryfikował je kierownik budowy, reprezentujący pozwanego, J. R., i zaakceptował do kwoty 158.089,22 złotych netto. W związku z powyższym powód wystawił fakturę pozwanemu na kwotę 194.449,74 złotych brutto, jako fakturę częściową.

W grudniu 2011 roku powód sporządził zestawienie łączne ilości i wartości robót w zakresie docieplenia budynków zgodnie z umową z pozwanym, na łączną kwotę 360.981,56 złotych netto. Uwzględniając zapłaconą kwotę 158.089,22 złotych netto stwierdził, że do zapłaty pozostała kwota 202.892,34 złotych netto. Mając na uwadze to zestawienie wystawił pozwanemu fakturę na kwotę 149.734,30 złotych (121.735,20 złotych netto) w dniu 20 grudnia 2011 roku. Pozwany potwierdził odbiór tej faktury tego samego dnia.

Dowody: - zestawienie łączne docieplenia budynków (k. 34);

- faktura z dnia 20 grudnia 2011 roku (k. 35).

Pozwany zapłacił powodowi kwotę z tej faktury.

Niesporne.

Inspektorem nadzoru robót z ramienia inwestora – (...) Zarządu (...) w S., był M. Ł., w okresie od dnia 4 października 2011 roku do dnia 4 listopada 2011 roku. Od dnia 4 listopada 2011 roku inspektorem nadzoru została E. N..

W czasie robót prowadzony był dziennik korespondencji, który zawierał adnotacje dotyczące przebiegu robót oraz uwagi w sprawie sposobu ich przeprowadzania. Zapisów w tym dzienniku dokonywali: J. R., jako kierownik budowy, oraz inspektorzy nadzoru – do 4 listopada 2011 roku M. Ł., a po tym czasie E. N..

Zapisy dotyczące postępu robót zawierają informacje o wykonaniu kolejnych czynności, począwszy od ustawienia rusztowań, poprzez skucie tynków zewnętrznych, przygotowanie powierzchni pod przyklejanie płyt, roboty ziemne w celu położenia izolacji pionowej ścian piwnicznych, kolejne czynności dociepleniowe i elewacyjne, wymianę stolarki okiennej, wymianę pokrycia dachu. W adnotacji z dnia 23 listopada 2011 roku inspektor nadzoru napisała, że trwają prace w zakresie montażu stolarki okiennej na obu budynkach. Z kolei w adnotacji z dnia 25 listopada 2011 roku inspektor nadzoru zaleciła zabezpieczyć dach przed zalaniem pomieszczeń, a w dniu 2 grudnia 2011 roku zaleciła poprawienie spadku rynien oraz poprawienie obrobienia wylotu z rynny do rury spustowej. W dniu 14 grudnia 2011

roku inspektor nadzoru stwierdziła, że nadal nie są spełnione zalecenia z dnia 2 grudnia 2011 roku dotyczące spadków rynien i elewacji przy desce okapowej.

W dniu 21 grudnia 2011 roku kierownik budowy J. R. wpisał do dziennika korespondencji, że przystąpiono do usuwania zacieków na elewacji budynku nr (...). Zgłosił do odbioru roboty malarskie na budynkach nr (...). W dniu 27 grudnia 2011 roku kierownik budowy J. R. wpisał, że zdemontowano rusztowania na budynku nr (...) i przystąpiono do porządkowania terenu, oraz to, że przystąpiono do odkopywania izolacji i wymiany pasa styropianu na twarde, zgodnie z poleceniem inspektora nadzoru. W dniu 2 stycznia 2012 roku kierownik budowy J. R. wpisał zakończenie robót przy wymianie pokrycia izolacji fundamentów styropianem twardym, co potwierdziła inspektor nadzoru E. N.. Z kolei w dniu 3 stycznia 2012 roku kierownik budowy wpisał zdemontowanie rusztowań na elewacji budynku nr (...) i przystąpienie do porządkowania terenu. Wpisem z dnia 4 stycznia 2012 roku kierownik budowy zgłosił do odbioru wykonanie robót budowlanych zgodnie z umową. Stwierdził, że teren został uporządkowany. W dniu 19 stycznia 2012 roku kierownik budowy zgłosił do odbioru docieplenie połączeń dachowych budynków nr (...) wełną mineralną, a wpisem z dnia 21 stycznia 2012 roku zgłosił zakończenie robót objętych zamówieniem. Wpisem z tego samego dnia wykonanie całości robót potwierdziła inspektor nadzoru E. N..

Dowody: - Dziennik korespondencji nr (...) (k. 159);

- zeznanie świadka J. R. (k. 214).

Powód usiłował skontaktować się telefonicznie z pozwanym w sprawie odbioru robót. Ponieważ pozwany nie odbierał telefonu, zwrócił się w dniu 6 lutego 2012 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej do pozwanego o wyznaczenie terminu odbioru wykonanych robót. Poinformował też, że nie mógł obrobić okienek piwnicznych ponieważ pozwany wymienił je dopiero w styczniu 2012, oświadczył, że dokona tego obrobienia gdy pozwolą na to warunki atmosferyczne. Pismo takiej samej treści wysłał też pocztą w dniu 8 lutego 2012 roku zaznaczając dopiskiem ręcznym, że nie mógł uzyskać połączenia z faxem pozwanego.

Pismem z dnia 15 lutego 2012 roku pełnomocnik pozwanego, odnosząc się do pisma powoda z dnia 8 lutego 2012 roku, stwierdził, że odmawia odbioru do czasu usunięcia wad stwierdzonych w notatce służbowej z dnia 13 lutego 2012 roku. Dodał, że do dokonania odbioru końcowego niezbędne jest spełnienie przez powoda warunków określonych w art. 7 ust. 11 umowy stron. Do pisma dołączył notatkę służbową z dnia 13 lutego 2012 roku, w której zapisano, że w budynku nr (...) cokół wykonany z tynku mineralnego posiada znaczne przebiccia i należy go poprawić w całości, zaś w ościeżach okiennych znajdują się pozostałości po tynku mineralnym i kleju stąd należy oczyścić wszystkie okna. Co do budynku nr (...) zapisano, że cokół wykonany z tynku mineralnego posiada wady i należy go poprawić w całości, ściana szczytowa od wejścia do jednostki posiada nierówności na całej elewacji, które należy zlikwidować, należy zlikwidować nierówności na ścianie zewnętrznej od strony ulicy, ościeżach okiennych stwierdzono pozostałości po materiałach z wykonanego docieplenia, szyby zewnętrzne są pochłapane unigruntem – niezbędne jest umycie okien i oczyszczenie ościeży. Notatkę podpisał M. Ł., który posłużył się pieczętą inspektora nadzoru.

W piśmie z dnia 22 lutego 2012 roku powód stwierdził, że wady wskazane w notatce z dnia 13 lutego 2012 roku wynikły z braku koordynacji prac przez pozwanego wykonywanych przez inne firmy. Stwierdził, że przeciągający się montaż stolarki okiennej wydłużał w czasie zakończenie robót dociepleniowych. Powód zaproponował pozwanemu zatrzymanie kwoty 25.000 złotych do czasu poprawienia wad, o których mowa w notatce służbowej z dnia 13 lutego 2012 roku, a przelanie na rachunek powoda kwoty stanowiącej różnicę, to jest 56.157,14 złotych netto. Na koniec stwierdził, że pismo przesyła pocztą, ponieważ telefon i fax podany w umowie „nie działa”.

Pismem z dnia 15 marca 2012 roku pełnomocnik pozwanego, w związku ze stwierdzeniem wykonania przez powoda robót polegających na usunięciu części usterek wskazanych we wcześniejszej korespondencji, wezwał powoda do niezwłocznego wyczyszczenia pozostałości po malowaniu elewacji z ościeży okiennych oraz usunięcia gruzu, styropianu i innych pozostałości po wykonanych robotach, a po wypełnieniu tego i spełnieniu warunków wynikających z art. 7 ust. 11 umowy stron do dokonania zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego.

Pismem z dnia 16 marca 2012 roku (wysłanym do pozwanego w dniu 19 marca 2012 roku) pełnomocnik powoda zawiadomił pozwanego o gotowości do odbioru końcowego. Zaznaczył, że uprzedzając argumentację pozwanego dotyczącą rzekomych wad załącza notatkę służbową z dnia 15 marca 2012 roku, sporządzoną przez Kierownika Sekcji (...) Infrastruktury S. P. M. Ł., w której potwierdzone zostało usunięcie wszelkich rzekomych usterek, wskazanych w piśmie pozwanego z dnia 15 lutego 2012 roku. Zaznaczył, że zgodnie z umową pozwany ma obowiązek przystąpienia do odbioru końcowego w terminie 3 dni od dnia otrzymania powiadomienia. Poinformował, że nawet wskazanie usterek bądź wad nie może być podstawą nieprzystąpienia do odbioru końcowego. Zastrzegł, że w przypadku nieprzystąpienia do odbioru w terminie umownym powód dokona jednostronnego odebrania robót, co stanowić będzie upoważnienie do wystawienia faktury końcowej.

Do tego pisma dołączono pełnomocnictwo udzielone przez powoda oraz notatkę służbową z dnia 15 marca 2012 roku, w której stwierdzono, że dokonano poprawienia szczytu budynku nr (...) przez ponowne nałożenie tynku mineralnego i wykonanie ponownego malowania, uzupełniono ubytki mozaiki oraz usunięto wykwyty na budynkach nr (...), uzupełniono ościeża okien piwnicznych w budynku nr (...) oraz wykonano poprawki wskazane w protokole odbioru z dnia 28 lutego 2012 roku. Notatkę podpisał M. Ł., posługując się pieczęcią Zastępcy Kierownika Sekcji (...) Infrastruktury S. (...) S.. O sprawdzenie tego stanu rzeczy poprosił M. Ł. pracownik powoda J. O., reprezentujący powoda w trakcie robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy z pozwanym.

Powołany w notatce służbowej z dnia 15 marca 2012 roku protokół odbioru z dnia 28 lutego 2012 roku został sporządzony pomiędzy inwestorem a pozwanym, jako generalnym wykonawcą. Podczas tego odbioru stwierdzono, że roboty w zakresie branży budowlanej są w jakości standard, podobnie jak w zakresie branży elektrycznej. W wykazie zauważonych wad i usterek stwierdzono następujące usterki dotyczące budynku nr (...) i wskazano następujące wymagane działania: zlikwidować przeciek rynny od strony ulicy, poprawić estetykę cokołu (występują odbarwienia, drobne ubytki, miejscowe wykwyty solne), uzupełnić obróbki okien piwnicznych na elewacji, poprawić zamocowanie rynny oraz odpływu wody od strony budynku nr (...), poprawić obróbki blacharskie przy lukarnach, umyć okna z ościeżnicami z regulacją skrzydeł, poprawić przemalowanie zalanych pomieszczeń wyszczególnionych w notatce z dnia 17 stycznia 2012 i 3 lutego 2012. Co do budynku nr (...) stwierdzono: udrożnić wentylację węzła ciepłego (zamontować kratkę – szt. 2) na elewacji, poprawić nierówności elewacji na ścianie szczytowej wartowni, wykonać regulacje drzwi wejściowych, poprawić spadki terenu wokół budynku, umyć okna z ościeżnicami z regulacją skrzydeł, poprawić przemalowanie zalanych pomieszczeń wyszczególnionych w notatce z dnia 17 stycznia 2012 i 3 lutego 2012. Wykonawca zobowiązał się usunąć stwierdzone wady i usterki do dnia 15 marca 2012 roku.

W piśmie z dnia 21 marca 2012 roku, skierowanym do pełnomocnika pozwanego, będącego autorem pism z dnia 15 lutego i 15 marca 2012 rok, odnosząc się do pisma z dnia 15 marca 2012 roku, powód stwierdził, że pełnomocnik pozwanego nie przedłożył ani nie wskazał miejsca, w którym można się zapoznać z pełnomocnictwem udzielonym przez pozwanego, tym samym nie jest znany powodowi zakres umocowania do działania w imieniu pozwanego. Stwierdził, że w związku z tym wszelka korespondencja jest kierowana do pozwanego, przy tym poinformował, że powód zgłosił pozwanemu gotowość do odbioru końcowego robót.

Pismem z dnia 20 marca 2012 roku pełnomocnik pozwanego, w związku ze zgłoszeniem powoda o gotowości przystąpienia do odbioru końcowego otrzymanym w dniu 19 marca 2012 roku, stwierdził, że powód nie usunął wszystkich usterek wskazanych w piśmie z dnia 15 marca 2012 roku i ponownie zażądał od powoda niezwłocznego wyczyszczenia pozostałości po malowaniu elewacji z ościeży okiennych. Wyznaczył termin do 28 marca 2012 roku. Powołując się na art. 5 ust. 2 umowy wezwał powoda do niezwłocznego przekazania pozwanemu kopii polisy, o której mowa w art. 5 ust. 1 umowy, pod rygorem zastosowania sankcji określonych w umowie. Pod warunkiem usunięcia wskazanych wad zaproponował termin odbioru na dzień 29 marca 2012 roku, godzina 11.

W dniu 22 marca 2012 roku, powód wraz ze swoim pracownikiem J. O., w obecności M. Ł., dokonali odbioru końcowego robót elewacyjno-dociepleniowych budynków koszarowych przy ulicy (...) w S.. W protokole stwierdzono, że do jednostronnego odbioru przystąpiono z tego względu, że pozwany, jako zamawiający, nie stawiał się choć powód poinformował go w dniu 19 marca 2012 zgodnie z zawartą umową. W protokole wskazano, że nie stwierdzono wad

i usterek, a prace wykonano zgodnie z umową z dnia 7 października 2011 roku. Protokół ten podpisał M. Ł., który posłużył się pieczętą Zastępcy Kierownika Sekcji (...) Infrastruktury S. (...) S..

Pismem z dnia 26 marca 2012 roku pełnomocnik powoda powiadomił pozwanego o dokonaniu przez powoda jednostronnego odbioru robót w dniu 22 marca 2012 roku. Jednocześnie wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 99.823,28 złotych w terminie wynikającym z umowy i załączył fakturę powoda na tą kwotę. Zagroził, że w razie braku zapłaty sprawa zostanie skierowana na drogę postępowania sądowego.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2012 roku pełnomocnik pozwanego odmówił zapłaty żądanej kwoty i oświadczył, że odsyła fakturę powoda nr (...). Powołał się na dołączony do tego pisma jednostronny protokół odbioru końcowego robót wraz z załącznikami, spisany w dniu 29 marca 2012 roku. Powołał się na stwierdzone w protokole zmniejszenie wartości wykonanych robót o następujące kwoty: 27.000 złotych tytułem kar umownej za opóźnienie w wykonaniu robót w ilości 90 dni, 39.389,73 złotych stanowiącą sumę kwot z faktur wystawionych przez (...) sp. z o.o. tytułem dzierżawy rusztowań i ich demontażu, 40.000 złotych „stanowiącą umniejszenie wartości wykonanych przez powoda robót zgodnie z ich wadliwością”. W związku z powyższym wezwał powoda do zapłaty na rzecz pozwanego kwoty 27.119,71 złotych najpóźniej do dnia 12 maja 2012 roku, pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową. Oprócz protokołu jednostronnego odbioru końcowego robót do tego pisma dołączono wykaz usterek zauważonych w trakcie odbioru, wyliczenie powierzchni do dociepleń budynków nr (...), zwracaną fakturą powoda nr (...), faktury za dzierżawę, montaż i demontaż rusztowań.

W wykazie usterek zauważonych w trakcie odbioru wymieniono: przebarwienia tynku i wypłukanie pigmentu na elewacji zachodniej budynku nr (...), przebarwienia tynku mozaikowego na cokołach budynków nr (...), brak listwy cokołowej na elewacji północnej budynku nr (...), brak wyprawy elewacyjnej pod deskami czołowymi w budynkach nr (...), pozostałości tynku w ramach okien przy okuciach budynków nr (...). Wykaz ten podpisał kierownik budowy J. R. oraz M. Ł., który posłużył się pieczętą Zastępcy Kierownika Sekcji (...) Infrastruktury S. (...) S.. W ten sam sposób M. Ł. podpisał również jednostronny protokół odbioru dokonany przez pozwanego, przy udziale kierownika budowy J. R..

Wyliczenie powierzchni do dociepleń budynku nr (...) stwierdzało powierzchnię: ścian – 773,45 m², ościeży – 92,37 m², cokołów – 90,31 m². Wyliczenie powierzchni do dociepleń budynku nr (...) stwierdzało powierzchnię: ścian – 1584,71 m², ościeży – 186,91 m², cokołów – 141,18 m².

W dniu przeprowadzenia przez pozwanego jednostronnego odbioru robót powoda kierownik budowy oraz M. Ł., który posłużył się pieczętą Zastępcy Kierownika Sekcji (...) Infrastruktury S. (...) S., podpisali notatkę służbową, w której stwierdzili, że powód nie stawiał się na odbiór końcowy. Wskazano też, „że przedstawiciel Sekcji (...) Infrastruktury S. P. M. Ł. nie dokonywał w dniu 22 marca 2012 roku obmiarów robót wykonanych przez powoda w zakresie usunięcia usterek zawartych w protokole odbioru końcowego z dnia 29 lutego 2012 roku, potwierdził jedynie fakt usunięcia usterek na ścianie szczytowej budynku nr (...) w zakresie wyrównania nierówności oraz poprawienia estetyki cokołu.

M. Ł., tym razem posługując się pieczęcią inspektora nadzoru, podpisał wraz z kierownikiem budowy J. R. notatkę służbową z dnia 23 stycznia 2012 roku, w której stwierdzono, że dokonano przeglądu wykonanych robót na budynkach nr (...) i wskazano następujące usterki: - nie zakończono tynków mineralnych na cokole budynku nr (...), nie zakończono częściowo elewacji na budynku nr (...), nie wyprawiono tynkiem mineralnym ościeży okien piwnicznych w budynku nr (...). Ponadto stwierdzono, że należy zlikwidować na ścianie szczytowej budynku nr (...) nierówności zgodnie z notatką służbową z dnia 17 stycznia 2012 roku sporządzoną przez komisję odbiorową, oraz zlikwidować prześwity na tynku mineralnym budynków nr (...) i zakończyć porządkowanie terenu budowy po zakończonych pracach.

Dowody: - wykaz połączeń telefonicznych (k. 37-41),

- pisma powoda do pozwanego i do pełnomocnika pozwanego, w tym

z załącznikami (k. 42-45, 49-50, 52-58, 60-63);

- pismo pozwanego do powoda, w tym z załącznikami (k. 46-48, 51, 82-98),

- część protokołu odbioru z dnia 28 lutego 2012 roku (k. 221),

- jednostronny protokół odbioru z dnia 22 marca 2012 roku (k. 59),

- faktura VAT nr (...) (k. 64)

- notatka służbowa z dnia 23 stycznia 2012 (k. 128);

- notatka służbowa z dnia 29 marca 2012 (k. 130),

- zeznanie świadka J. O. (51 minuta - 1 godzina 6

minuta rozprawy z dnia 14 czerwca 2013 roku – k. 273),

- przesłuchanie pozwanego (3:40-3:41 godzina rozprawy z dnia 14 czerwca 2013 roku – k. 273).

W styczniu 2012 roku powstała konieczność uzupełnienia tynku mozaikowego w obrębie 3 okien piwnicznych w budynku nr (...), które zostały wstawione w tym miesiącu przez pozwanego w miejsce istniejących kłap okiennych. Rozebrane zostały też wówczas dwie niewielkie przybudówki na poziomie przyziemia budynku nr (...), co spowodowało konieczność położenia docieplenia i tynku zewnętrznego w tych miejscach.

Dowody: - zeznania świadków: J. O. (k. 179-181), T.

D. (k. 189-190), E. B. (k. 208-209), M.

L. (20-22, 26-27 minuta rozprawy w dniu 9 lipca 2013 roku),

- Przesłuchanie powoda (2:28- 2:29 godzina rozprawy z dnia 14 czerwca 2013 – k. 273),

- dokumentacje zdjęciowe (k. 245-247, 283-290).

Na ścianie szczytowej budynku numer (...) w okolicach okien zawierających kraty powód wykonał ramkę (oklejenie taśmą) wokół okien z kratami z uwagi na brak decyzji co do pozostawienia bądź zdemontowania tych krat, natomiast po zakończeniu robót okazało się, że kraty pozostaną i powinny być zatopione w ociepleniu toteż tynk powinien być jednolity. Spowodowało to konieczność wyrównania całości tynku ściany szczytowej, co powód wykonał.

Dowody: - zeznania świadków: J. O. (k. 179-181), T.

D. (k. 189-190), E. B. (k. 208-209);

- Przesłuchanie powoda (2:25–2:27 godzina rozprawy w dniu

14 czerwca 2013, przesłuchanie pozwanego (godzina 3:50–4:05 rozprawy w dniu 14 06 2013),

- dokumentacja zdjęciowa (k. 283-290).

Podwykonawca pozwanego D. S. wykonywał na jego zlecenie w kwietniu 2012 roku prace malarskie dotyczące pomieszczeń w budynkach nr (...). Wystawił na tą okoliczność fakturę z dnia 25 maja 2012 na kwotę 24.600 złotych brutto. Jako usługę wpisał „roboty malarskie po zalaniu pomieszczeń w budynku nr (...) przez firmę (...) (...), S.”. To stwierdzenie wpisał dlatego, że pozwany powiedział mu, że lukarny, przy których nie zabezpieczono folią połączeń dachu z lukarną były wykonywane przez powoda i w tych miejscach woda przedostała się do pomieszczeń zalewając je.

Inny podwykonawca pozwanego D. M. wykonywał w kwietniu 2012 roku na zlecenie pozwanego prace polegające na odczyszczeniu okien oraz okolic wokół okien z tynku oraz usunięciu przebarwień tynku mozaikowego na cokołach obu budynków. Wystawił pozwanemu dwie faktury, każda na kwotę 10.675 złotych brutto. Pierwsza z daty 17 kwietnia 2012 roku a druga z daty 4 czerwca 2012 roku. Jako tytuł obu faktur wskazano: usługi budowlane. Na dole każdej z faktur D. M. wpisał adnotację, że faktury dotyczą prac usterkowych w budynku nr (...) nie wykonanych przez powoda. Adnotacje te D. M. wpisał na prośbę pozwanego.

Dowody: - zeznania świadków: D. S. (k. 253-254), D.

M. (29-35 minuta rozprawy w dniu 14 czerwca 2013 roku

– k. 273).

Inwestor – (...) Zarząd (...) w S. potrącił od pozwanego karę umowną za opóźnienie potrącając z jego ostatniej faktury kwotę około 140.000 złotych.

Dowód: przesłuchanie pozwanego (3:40–3:48 godzina rozprawy w dniu 14 czerwca

2013 roku – k. 273).

Przy budynkach nr (...) stały rusztowania ustawione zarówno przez powoda jak i pozwanego. Najpierw rozstawiono rusztowania przy budynku nr (...). Rusztowania stanęły w całości na obu budynkach i wówczas tempo prac wzrosło. Z tych rusztowań korzystali również inni podwykonawcy pozwanego – D. S. i D. M.. Strony nie zawierały umowy w zakresie rozliczeń kosztów dzierżawy, montażu i demontażu rusztowań.

Dowody: - zeznania świadków: D. S. (k. 253),

D. M. (40-42 minuta rozprawy w dniu 14 czerwca

2013 roku – k. 273), M. Ł. (9-17 minuta rozprawy w dniu

9 lipca 2013 roku).

Ocena dowodów.

Ustaień faktycznych w niniejszej sprawie dokonano zarówno na podstawie dowodów z dokumentów, innych dowodów pisemnych (korespondencji elektronicznej, wydruków zestawień połączeń telefonicznych), jak i na podstawie zeznań świadków i przesłuchania stron. Dodatkowo posłużono się dowodem z dokumentacji fotograficznej wykonanej w trakcie trwania prac powoda.

Dowody z dokumentów prywatnych służyły przede wszystkim ustaleniu treści umowy zawartej przez strony i treści uzgodnień w sprawie robót dodatkowych, przy czym w tej ostatniej kwestii strony nie toczyły sporu co do zakresu tych robót i ich wartości. W sprawie treści umowy istotny jest przede wszystkim spór co do jej interpretacji, w szczególności w sprawie warunków dokonania odbioru robót, natomiast będzie to przedmiotem rozważań na temat podstawy prawnej rozstrzygnięcia.

Umowa stron określała nie tylko przedmiot zamówienia, a więc zakres robót powoda, z uwzględnieniem jego rozszerzenia o roboty dodatkowe, oraz pomniejszeniem o zakres docieplenia części budynku nr (...) powierzony

innemu podwykonawcy pozwanego, ale też kryteria ustalenia wynagrodzenia, odpowiedzialność stron w zakresie kar umownych, tryb oddawania robót i ich odbiorów, uprawnienia w zakresie dochodzenia spełnienia świadczeń umownych, w tym w sprawie usunięcia wad i usterek oraz wypłaty wynagrodzenia, wskazywała również osoby upoważnione do reprezentowania stron w zakresie realizacji umowy.

W sprawie przebiegu robót, sposobu i czasu ich wykonywania, terminu ich zakończenia, istotnym elementem okazał się dziennik korespondencji nr (...), doręczony na rozprawę, zgodnie z wnioskiem dowodowym powoda, przez inwestora, a więc podmiot, który nie był stroną niniejszego procesu. Ów dziennik prowadzony był w sposób analogiczny jak dzienniki budowy, a więc mógł być uznany za miarodajny w zakresie ustalenia: kiedy rozpoczęły się prace budowlane, w tym powierzone powodowi, jakie były kolejne czynności, czy zachodziły komplikacje w czasie ich trwania, zwłaszcza dotyczące dochowania ustalonego terminu ich zakończenia, daty stwierdzenia zakończenia robót, poszczególnych odbiorów niektórych zakresów robót w trakcie ich wykonywania. Zapisów w nim dokonywał kierownik budowy zatrudniony przez pozwanego, jak też dokonywali inspektorzy nadzoru z ramienia inwestora.

Dokument ten nie stanowi szczegółowej relacji w sprawie poszczególnych kolejnych czynności, natomiast można było na jego podstawie ustalić przybliżone momenty wykonywania poszczególnych prac, jak na przykład wstawiania i wymiany okien, wykonywania docieplenia, prac dachowych i blacharskich. Co do wymiany okien istotna była wzmianka o ich wykonywaniu, trwającym jeszcze w dniu 23 listopada 2011 roku, w kontekście twierdzenia pozwanego, że wymianę okien zakończył do dnia 15 listopada 2011 roku (przesłuchanie na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 roku), oraz zeznań świadków: J. O., T. D., E. B. i samego powoda, którzy twierdzili, że część okien piwnicznych zostało wymienionych w styczniu 2012 roku, co spowodowało konieczność otynkowania i docieplenia ich ościeży.

Ocena w tej kwestii musiała też uwzględniać stanowisko powoda przedstawione pozwanemu w pismach z dnia 6 i 8 lutego 2012 roku (k. 42-44), w których wyjaśnił on, że obrobienie okienek piwnicznych stało się możliwe dopiero po ich wstawieniu w styczniu 2012 roku. Oczywiście to oświadczenie powoda nie mogło być samo przez się uznane za miarodajne dla ustalenia, czy pozwany istotnie dokonał wymiany tych okienek dopiero w styczniu 2012 roku, czy jeszcze w roku 2011. Trzeba jednak stwierdzić, że pozwany nie odniósł się do tej kwestii w korespondencji z powodem. Nadto, z powołanego już dziennika korespondencji wynika, że w dniu 4 stycznia 2012 roku zakończone były prace objęte umową pomiędzy pozwanym a inwestorem (...) Zarządem (...) w S., w tym w szczególności prace powierzone powodowi (co do prac w zakresie połączeń dachowych, nie dotyczących powoda, zapisy dziennika korespondencji wskazujące na ich zakończenie, pochodzą z dat 19 i 21 stycznia 2012). Wyraźnie też wskazują na to zapisy poprzedzające wpis z dnia 4 stycznia 2012 roku, mówiące o demontażu rusztowań z budynków nr (...) (wpisy z dnia 27 grudnia 2011 roku i z dnia 2 stycznia 2012 roku). Potwierdził to świadek J. R., będący kierownikiem budowy na zlecenie pozwanego, który przyznał, że zapisu dokonał na podstawie własnego stwierdzenia (k. 214). J. R. został wskazany w umowie stron jako kierownik budowy, podany też został jego numer kontaktowy, a pozwany powoływał się, również podczas niniejszego postępowania, na jego uprawnienia do reprezentowania pozwanego w czasie robót (vide np. pytania pełnomocnika pozwanego do powoda podczas przeprowadzania dowodu z przesłuchania powoda na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 roku).

Powyższe wskazuje, że nie miało miejsce niewykonanie jakiegokolwiek elementu z zakresu powierzonego powodowi, natomiast w późniejszym czasie okazało się, że zachodzi konieczność ponownego ich wykonania z uwagi na zmiany dotyczące powierzchni, które obejmowały docieplenia i elewacja, dostosowującego wykończenia docieplenia i elewacji do dokonanych zmian. To wnioskowanie uwzględnia zasady logiki oraz reguły wynikające z doświadczenia życiowego. Nie byłoby wpisu do dziennika dokumentującego przebieg robót oraz postęp prac w stosunku do powierzonego zakresu, potwierdzającego zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie ich do odbioru, gdyby po stronie powoda pozostały niewykonane jakiegokolwiek prace w zakresie powierzonej mu powierzchni w tym jej kształcie, który istniał na dzień 4 stycznia 2013 roku. Gdyby prace nie były w tym dniu wykonane co do jakiegokolwiek elementu powierzchni, to kierownik budowy, zatrudniony przez pozwanego, nie wpisałby do dziennika korespondencji stwierdzenia, że roboty zostały zakończone i podlegają zgłoszeniu do odbioru. Będzie jeszcze o tym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Uzasadnione więc było uznanie za wiarygodnych zeznań świadków J. O., T. D. i E. B., w których stwierdzili oni, że niektóre okienka piwniczne zostały zamontowane przez pozwanego już po zakończeniu 2011 roku. Trzeba zauważyć, że nie zaprzeczył tym twierdzeniom świadek J. R., zarówno podczas pierwszego jak i podczas drugiego przesłuchania. Ponieważ do obowiązków powoda należało wykonanie docieplenia i otynkowania ościeży, to nie trzeba wiedzy specjalnej żeby stwierdzić, choćby w oparciu o przeciętne doświadczenie życiowe, że te prace mogą być zwieńczone dopiero w chwili ostatecznego wstawienia stolarki okiennej. Podobnie rzecz się miała z dobudówkami, które były, jak się okazało, elementami o niewielkich rozmiarach (k. 284-285), jednak ich usunięcie (które można stwierdzić na podstawie zdjęć na kartach 245-247) musiało spowodować konieczność uzupełnienia docieplenia i tynku w tych miejscach. Również tutaj trzeba stwierdzić, że dziennik korespondencji nr (...) nie zawiera zapisu o pozostawianiu niewykonanych jakichkolwiek robót powoda po dniu 4 stycznia 2012 roku, toteż również prace w tym zakresie polegały na dostosowaniu zadania powoda do zmienionego kształtu powierzchni objętej robotami zleconymi powodowi. W tej sytuacji nie da się przypisać wiarygodności zeznaniu pozwanego, który twierdził, że wszystkie okna wstawił do dnia 15 listopada 2011 roku.

Odrębnej oceny wymagają dokumenty, które zostały sporządzone osobno przez każdą ze stron, a dotyczące ich twierdzeń w sprawie zakresu i jakości wykonanych robót w przedmiocie powierzonym powodowi przez pozwanego. Można je traktować, oprócz zgłoszenia powoda z dnia 8 lutego 2012 roku prac do odbioru, jako stanowiska stron w sprawie terminu i warunków odbioru. W niniejszej sprawie nie nastąpił odbiór prac powoda w obecności obu stron. Konsekwencje prawne tego stanu rzeczy, zarówno w sprawie skutków braku odbioru i odpowiedzialności za tą sytuację, jak i dopuszczalności dokonywania odbiorów jednostronnych, zostaną wskazane niżej.

Braku współdziałania stron w zakresie odbioru robót powoda nie może zrekompensować udział w poszczególnych czynnościach mających na względzie ustalenie jakości robót powoda, stwierdzenia ich wad oraz zaleceń co do ich usunięcia, M. Ł.. Był on wprawdzie inspektorem nadzoru, jednak jego upoważnienie w tym zakresie utraciło moc w dniu 4 listopada 2011 roku, zaś czynności, w których brał udział na prośbę każdej ze stron miały miejsce w lutym i w marcu 2012 roku. Nie został przedstawiony żaden dowód świadczący o tym, że M. Ł. miał jakiegokolwiek uprawnienia do sprawdzania jakości robót, czy ustalania i wskazywania sposobu usuwania wad i usterek, w sposób wiążący strony. Zważywszy na częsty udział M. Ł. w czynnościach podejmowanych przez obie strony - obok powoda w celu wykazania, że roboty powoda są zakończone i nie są dotknięte wadami, obok pozwanego w celu wykazania, że roboty powoda są dotknięte wadami i wymagają naprawy - jego postępowanie jawi się jak pozostawianie do swobodnego wynajęcia w celu potwierdzenia tego, co każda ze stron chciała wykazać. M. Ł. zresztą przyznał, że poszczególne notatki inspirowane przez strony podpisywał na ich prośbę. Nie sposób w takich okolicznościach przyjąć wiarygodność stwierdzeń i zeznań M. Ł. w zakresie ocen co do jakości robót powoda, w tym ustalenia, czy można powodowi przypisać dopuszczanie się wadliwego wykonania robót.

Powód niewątpliwie wykonywał prace również po 4 stycznia 2012 roku, a więc po dniu wskazanym przez kierownika budowy z ramienia pozwanego jako dacie zakończenia robót budowlanych, natomiast nie można powiedzieć, że te prace świadczą o tym, że powód nie wykonał umowy przed dniem 4 stycznia 2012 roku. Były to prace uzupełniające docieplenie i elewację w związku ze zmianami powierzchni podlegającej robotom powoda (wstawienie niektórych okien piwnicznych, decyzja w sprawie krat ściany szczytowej budynku nr (...), wyburzenie kilku przybudówek) lub prace poprawkowe, zwłaszcza w zakresie wyrównania powierzchni ściany szczytowej budynku nr (...) gdy okazało się, że należy uwzględnić pozostawienie w niezmienionym kształcie krat na tej ścianie. Kwestia znaczenia wykonywania prac uzupełniających i poprawkowych dla ustalenia, czy powód nabył prawo do dochodzonego wynagrodzenia, będzie przedmiotem rozważań w dalszej części uzasadnienia.

Nie było dowodów pozwalających na inne ustalenia, przede wszystkim zaś pozwany nie przystąpił, w obecności powoda, do obioru jego prac, a więc ich weryfikacji pod kątem zupełności, jakości i terminowości. Protokół obioru, którym się posłużył, został sporządzony jednostronnie, a przez to może być traktowany jedynie jako stanowisko strony, a nie protokolarne, w sposób przyjęty przy robotach budowlanych, ustalenie jakie wady obciążają wykonawcę i w jaki

sposób oraz w jakim terminie należy te wady usunąć. Innymi słowy, nie może być uznany za dowód potwierdzający istnienie wad robót powoda, za które powód odpowiada. Będzie jeszcze o tym mowa niżej.

Pozwany powoływał się w trakcie przesłuchania na protokół odbioru pomiędzy nim a inwestorem, a mimo to nie przedstawił tego protokołu. Powód przedstawił jego część, którą dysponował. Z niej wynika zestawienie wad, natomiast nie można przyjąć, w sytuacji gdy stanowi ono wskazanie wad w zakresie objętym wykonawstwem pozwanego na podstawie umowy zawartej pomiędzy nim a inwestorem, że dotyczy ono robót powoda, a co ważniejsze, że stanowi wskazanie powodowi tych wad w procesie odbioru pomiędzy nim a pozwanym.

Dowodami pozwalającymi na inne ustalenia co do terminu wykonania prac powoda i ich jakości nie były zeznania świadków D. M. i D. S., którzy według pozwanego wykonali poprawki po pracach powoda, bądź usunęli zawinione jakoby przez niego uszkodzenia. Zeznali oni, że usuwali usterki dotyczące prac w budynkach nr (...), jednak ich zeznania nie mogą stanowić dowodu na to, że powód doprowadził do tych usterek. Znamienne jest to, że adnotacji na fakturach wystawianych pozwanemu, stwierdzających wadliwość prac powoda, dokonali na prośbę pozwanego.

Trzeba dodać, że w sprawie odpowiedzialności majątkowej powoda za wady w jego robotach, mającej polegać na pokryciu kosztów usunięcia tych wad, istotne jest czy powód został wezwany do tego usunięcia. Takiego wezwania nie było, co więcej, pozwany, odmawiając powodowi zapłaty wynagrodzenia, również z uwagi na konieczność poniesienia kosztów usunięcia wad, nie przedstawił powodowi dowodów na wykazanie tych kosztów. Będzie jeszcze o tym mowa niżej.

Jeśli mowa o wadach prac powoda, zarzucanych przez pozwanego, a szerzej – w kontekście twierdzeń wynikających z protokołu jednostronnego odbioru prac przez pozwanego w dniu 29 marca 2012 roku i załączników do tego protokołu, to należy odnieść się do wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. W odpowiedzi na pozew wskazano, że dowód ten ma być przeprowadzony „na okoliczność określenia zakresu oraz oszacowania wartości robót faktycznie przez powoda na rzecz pozwanego wykonanych”. Takie sformułowanie tezy dowodowej wskazywało, że biegły ma sprawdzić rozmiar prac wykonanych przez powoda. W kontekście treści umowy stron to sprawdzenie musiałoby polegać na ustaleniu powierzchni wykonanego docieplenia i przemnożeniu ustalonej ilości przez umówioną stawkę za 1 metr kwadratowy. Na ten temat pozwany powołał się na załącznik do protokołu jednostronnego odbioru dokonanego przez pozwanego w dniu 29 marca 2012 roku zawierający obliczenie powierzchni wykonanego docieplenia przez powoda. Powód przyznał tę powierzchnię i ostatecznie cofnął pozew w zakresie przewyższającym wynik obliczenia, na które powołał się pozwany. W związku z powyższym, ponieważ mimo to pozwany podtrzymał wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, podczas rozprawy w dniu 14 czerwca 2013 roku podjęto próbę uzyskania od pozwanego sprecyzowania tezy dowodowej wniosku pozwanego jak i materiału, z którego miałby korzystać biegły sporządzając opinię. Odpowiadając na to pełnomocnik pozwanej wskazywał na ustalenia jednostronnego odbioru dokonanego przez pozwanego w dniu 29 marca 2012 roku wraz z załącznikami. Z jego wypowiedzi można było wnosić, że biegły miałby zweryfikować te ustalenia.

Odnosząc się do tego trzeba stwierdzić, że weryfikacja stwierdzeń tego protokołu i załączników do niego nie może nastąpić z wykorzystaniem wiedzy specjalnej gdy biegłemu nie przedstawi się materiału niezbędnego do przeprowadzenia badania. Ocena wiarygodności załączników do protokołu z dnia 29 marca 2012 stanowiłaby w istocie ocenę dowodów z tych dokumentów, a do tego biegli nie są powołani, jest to bowiem wyłączna kompetencja sądu. Skoro zatem pozwany nie przedstawił materiału, na którym biegły mógłby się oprzeć dokonując badania w kierunku ustalenia wynagrodzenia należnego powodowi, to wnioskowana przez niego opinia biegłego nie była przydatna dla dokonania ustaleń faktycznych.

W tej sytuacji przeprowadzenie wnioskowanego dowodu powodowałoby jedynie nieuzasadnioną zwłokę w rozpoznaniu sprawy. Niezależnie od powyższego, o ile opinia biegłego miałaby służyć ustaleniu wysokości nakładów jakie pozwany musiał ponieść w celu usunięcia wad zarzucanych powodowi, to najpierw wymagało to ustalenia, kolejno, czy powód był odpowiedzialny za te wady, a następnie czy pozwany wzywał powoda do ich usunięcia. Tylko

wystąpienie obu tych przesłanek (jednej po drugiej) uzasadniałoby konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, w przeciwnym razie dowód ten musiał być uznany za zbędny.

Spośród dowodów z dokumentacji zdjęciowej złożonych przez strony za bardziej wiarygodną należy uznać dokumentację pochodzącą z okresu trwania inwestycji, której dotyczyła umowa stron (k. 282-290). Pozwany zaprzeczył wskazanym przez powoda datom wykonania tych zdjęć, jednak nie zaprzeczył, że zdjęcia te były wykonywane w trakcie trwania prac. Z nich więc wynika wygląd ścian podlegających pracom dociepleniowym i elewacyjnym, już w trakcie prac, ustawienie rusztowań, a także istnienie kilku dobudówek na poziomie piwnicznym.

Inaczej rzecz się ma z dokumentacją mającą jakoby pochodzić z dnia 26 stycznia 2012 (k. 245-247). Powód zaprzeczył tej dacie pochodzenia zdjęć natomiast nie ma możliwości ustalenia rzeczywistego czasu ich powstania, ponieważ stan widoczny na nich jest stanem rzeczy po zakończeniu prac, a więc nie podlegającym istotnym zmianom. Powód uważał, że data ta jest późniejsza niż wskazana na zdjęciach, czego nie sposób zweryfikować, podobnie jak daty wskazanej na zdjęciach. Mimo tych uwag trzeba stwierdzić, że z tych zdjęć wynika usunięcie przybudówek widocznych na zdjęciach na karcie 285, a więc konieczne było wykonanie docieplenia i elewacji w miejscach tych przybudówek.

Faktury przedstawione przez pozwanego, a dotyczące rusztowań, nie budzą wątpliwości co do tytułów ich wystawienia i kwot, które z nich wynikają. Inną sprawą jest ustalenie, czy dotyczą one inwestycji objętej umową stron. Ta okoliczność z tych faktur nie wynika. Podczas wystąpienia końcowego pełnomocnik pozwanego przyznał, że pozwany w tym czasie prowadził wiele budów a więc zawarł umowę najmu rusztowań zanim zawarł umowę o roboty budowlane z powodem. Zeznaniami świadków D. S. i D. M. w sprawie tego, że korzystali oni z rusztowań ustawionych przy budynkach nr (...) nie zaprzeczyły zeznania świadka J. R.. Nadto, istotne jest, czy zachodzą przesłanki do obciążenia powoda kwotami z tych faktur. Zagadnienie to będzie przedmiotem oceny prawnej.

Ocena prawna .

Strony łączyła umowa o roboty budowlane. Choć nie powołano się w niej na konkretną dokumentację projektową, to wskazano na technologię wykonania zamówionego przez pozwanego u powoda docieplenia ścian zewnętrznych i elewacji, a więc swego rodzaju przepis na prowadzenie prac dociepleniowych według określonych zasad i określonego sposobu.

Powód nie wykonywał całości robót dotyczących inwestycji w której pozwany był generalnym wykonawcą, mimo to umowa pomiędzy powodem a pozwanym nie stanowi umowy o dzieło. Choć dotyczyła elementu inwestycji, wyodrębnionego z całości, to jednak takiego, bez którego nie można byłoby mówić o danym obiekcie. Wprawdzie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 maja 2007 roku (I CSK 51/07) wskazał, że umowa o roboty budowlane, w odróżnieniu od umowy o dzieło, dotyczy przedsięwzięcia większych rozmiarów, jednakże pojęcie większych rozmiarów nie może być rozumiane wyłącznie ilościowo. Kryterium zakresu obowiązków wykonawcy określonych w art. 647 k.c. może być spełnione również wówczas, gdy przedmiotem robót budowlanych jest wykonawstwo stanowiące istotny element całego przedsięwzięcia inwestycyjnego, bez którego obiekt budowlany nie mógłby być użytkowany zgodnie z jego przeznaczeniem. Należy podkreślić, że w art. 647 k.c. ustawodawca odsyła do „właściwych przepisów” mających zastosowanie w tego rodzaju procesie inwestycyjnym, a zgodnie ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie, zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest nie wielkość zamówienia, a ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań prawa budowlanego (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 marca 1998 roku, II CKN 653/97, i w wyroku z dnia 7 grudnia 2005 roku, V CK 423/05).

W świetle treści art. 647 k.c., i uwzględniając powyższe uwagi, umowa o roboty budowlane to również taka, przez którą wykonawca zobowiązuje się do oddania określonego, istotnego z punktu widzenia wielkości i przedmiotu inwestycji, zakresu robót budowlanych, wykonanych zgodnie z określonymi założeniami projektowymi (tutaj – w określonej technologii) oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, a zamawiający do przekazania terenu budowy, dostarczenia projektu, a wreszcie – do odebrania robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Trzeba dodać, że same strony nazwały umowę zawartą w dniu 7 października 2011 roku umową o roboty budowlane.

Spór pomiędzy stronami dotyczył tego, czy powodowi należało się umówione wynagrodzenie, a jeżeli tak to w jakiej wysokości, uwzględniając kwoty, które pozwany przedstawił do potrącenia. Zważywszy na kontrowersje pomiędzy stronami co do tego, kiedy powód wykonał powierzone mu roboty i czy nastąpiło to w terminie ustalonym w umowie (to w kontekście potrącenia przez pozwanego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót), oraz czy wykonał je w sposób wolny od wad i usterek, istotne znaczenie ma ocena, czy pozwany wywiązał się z wskazanego wyżej, a wyartykułowanego w art. 647 k.c. obowiązku odebrania robót, uwzględniając przy tym zapis umowy, że odbiory miały obejmować części i całość wykonanych robót.

Rozważając to zagadnienie trzeba odnieść się do przekonania pozwanego, że mógł wstrzymać się z odbiorem robót do czasu usunięcia usterek, na które wskazał. Pozwany wyraźnie oświadczył to na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 roku, powołując się na art. 7 umowy stron z dnia 7 października 2011 roku. Takie stanowisko wynikało też z korespondencji kierowanej przez pełnomocnika pozwanego do powoda przed wszczęciem postępowania sądowego.

Nawet wzięwszy pod uwagę tylko tą regulację umowną nie można się zgodzić z twierdzeniem (podnoszonym w pismach pełnomocnika pozwanego do powoda w okresie poprzedzającym wszczęcie niniejszego procesu, jak i przez samego pozwanego podczas rozprawy), że pozwany mógł odmówić przystąpienia do odbioru zgłoszonych robót. W art. 7 ust. 4 pkt 1 i ust. 7 pkt 1 umowy z dnia 7 października 2011 roku mowa jest o tym, że pozwany może odmówić odebrania robót tylko w razie stwierdzenia wad w trakcie odbioru, częściowego czy końcowego. Tym samym pozwany miał obowiązek przystąpić do odbioru, rzecz jasna w obecności powoda, i dopiero w razie stwierdzenia w trakcie odbioru wad robót, mógł odmówić ich odebrania.

Jak widać, pozwany pozostawał w błędzie co do interpretacji przepisów, na które się powołał. Niezależnie od tego trzeba stwierdzić, że nawet hipotetyczne uregulowanie prawa zamawiającego w umowie stron do odmowy odbioru robót po ich zgłoszeniu na skutek jednostronnego stwierdzenia wad, byłoby sprzeczne z ustawą, a przez to nieważne (art. 58 § 1 k.c.). Nie można też uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku, V CSK 99/07)

Trzeba dodać, że obowiązek dokonania odbioru powstaje najpóźniej po oficjalnym zgłoszeniu robót (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 lipca 2012 roku, I ACa 276/12). Nie ma wątpliwości, że takie zgłoszenie nastąpiło w korespondencji elektronicznej powoda do pozwanego w dniu 6 lutego 2012. Warto zauważyć, że pozwany znacznie wcześniej wiedział o zakończeniu robót przez powoda, bowiem zatrudniony przez niego kierownik budowy wpisał do dziennika korespondencji, zawierającego przedstawienie przebiegu robót, informację w dniu 4 stycznia 2012 roku o zakończeniu robót, a więc również robót powoda. Zgłoszenia późniejsze, z dnia 19 i 23 stycznia 2012 roku, dotyczyły innych robót.

Dopiero w trakcie odbioru przeprowadzonego na skutek zgłoszenia zakończenia robót, bądź jej wyodrębnionej części, według kryteriów wskazanych w umowie, w protokole z tej czynności należało zawrzeć ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad i wskazać termin ich usunięcia albo zawrzeć oświadczenie inwestora (zamawiającego) o skorzystaniu przez niego z innych uprawnień w związku ze stwierdzonymi wadami (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 roku, II CKN 28/97). Wcześniejsze obiekcje zamawiającego co do istnienia wad nie zwalniają go z obowiązku przystąpienia do odbioru (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 roku, V ACa 198/12).

Jak widać, działanie pozwanego polegające na uchylaniu się od przystąpienia do odbioru prac powoda nie zasługuje na ochronę. Nie daje także pozwanemu podstaw do skutecznego zgłoszenia wad i wykazania obowiązku ich usunięcia przez powoda. Powód zaprzeczył, że zawinił wadom. Pozwany dokonał ich stwierdzenia bez udziału powoda. Jak już była mowa, nie może temu zaprzeczać, ani tego naprawiać, uczestnictwo osoby z zewnątrz – M. Ł., który w tym czasie nie pełnił żadnej roli podczas inwestycji, której dotyczyła umowa stron, a nadto – o czym już była mowa – jego postępowanie, polegające na potwierdzaniu obu stronom tego, co te strony chciały wykazać, nie przydaje jego ocenom wiarygodności.

Warto zauważyć, że nawet przyjmując, że wady, których istnienie pozwany zarzucał powodowi rzeczywiście miały miejsce, i – co ważniejsze – powód był odpowiedzialny za ich powstanie, nie ma podstaw do stwierdzenia, że były one istotne. Tylko zaś wtedy pozwany mógłby bronić się przed obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia należnego powodowi (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009, V ACa 88/09).

Reasumując, powód wykonał roboty w sposób wymagający od pozwanego dokonania odbioru. Skoro pozwany tego odbioru nie dokonał, a miał na tą czynność termin 3 dni (art. 7 ust. 2 umowy stron z dnia 7 10 2011), to powód miał prawo, po uprzednim zastrzeżeniu takiego rygoru, do odbioru jednostronnego, a po nim do dochodzenia zapłaty wynagrodzenia należnego mu zgodnie z umową. Pozwany ostatecznie nie zaprzeczył, że powodowi należało się wynagrodzenie w kwocie odpowiadającej ustalonej przez pozwanego powierzchni wykonanego przez powoda docieplenia budynków koszarowych i wykonania ich elewacji, twierdził natomiast, że powinno być ono obniżone o koszt usunięcia wad i usterek oraz o kwoty wierzytelności pozwanego.

Przechodząc do omawiania potrąceń przedstawionych przez pozwanego, jako mających powodować, że roszczenie powoda o wypłatę wynagrodzenia wygasło, należy stwierdzić, że zasadne, choć jedynie w niewielkim zakresie okazało się tylko potrącenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. Zgodnie z umową stron pozwany miał prawo domagać się kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu robót w wysokości 300 złotych za każdy dzień opóźnienia (art. 11 ust. 1 pkt 1 umowy). Termin wykonania robót ustalono na dzień 31 grudnia 2011 roku. Skoro przedstawiciel pozwanego, wskazany w umowie stron, kierownik budowy J. R., stwierdził w dzienniku korespondencji, o czym już była mowa wyżej, że w dniu 4 stycznia zakończone zostały roboty budowlane na podstawie umowy pomiędzy pozwanym a inwestorem a więc również roboty powierzone powodowi, to czas opóźnienia powoda wyniósł 3 dni. Skuteczne więc okazało się potrącenie z wierzytelności powoda kwoty 1.200 złotych.

Nie można mówić o dalszym opóźnieniu w związku z pracami, które powód wykonywał po tej dacie. Choćby uznać, że wykonanie przedmiotu umowy to oddanie robót bez jakichkolwiek usterek, jak na to wskazuje treść art. 11 ust. 1 pkt 1 umowy z dnia 7 10 2011 roku, to nie można przyjąć, że powód zawinił powstaniu jakichkolwiek usterek, które powodowałyby przedłużenia wykonania przez niego umowy. Również co do tego decydujące znaczenie mają stwierdzenia zawarte w dzienniku korespondencji, oraz to, że stwierdzenie usterek zostało przez pozwanego dokonane bez udziału powoda, a przy tym pozwany nie odniósł się do przyczyn powstania konieczności uzupełnienia czy wymiany docieplenia i elewacji. Powód wykazał – o czym już była mowa - że prace, które wykonywał po dniu 4 stycznia 2012 roku nie stanowiły usuwania zawinionych przez niego usterek.

W tym kontekście należy stwierdzić, że zgodnie z umową stron kara umowna należała się pozwanemu za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie powoda. Nie ma podstaw do stwierdzenia, że istniały takie przyczyny w zakresie prac wykonanych przez powoda po dniu 4 stycznia 2012 roku.

Powyższe przesądza również o braku podstaw do obniżenia wynagrodzenia o kwotę stanowiącą koszty prac zleconych przez pozwanego D. M. i D. S. w kwietniu i maju 2012 roku. Oczywiście faktury wystawione przez te osoby nie mogą stanowić dowodu na okoliczność wadliwości robót powoda w sytuacji gdy ich treść, o czym również była już mowa, jest w rzeczywistości autorstwa pozwanego.

Niezależnie od tego, ponieważ twierdzenia pozwanego wskazują na żądanie zmniejszenia wynagrodzenia (s. 7 odpowiedzi na pozew – k. 123), trzeba zauważyć, że uprawnienie do zmniejszenia wynagrodzenia jest objęte zakresem procedury wynikającej z przepisów o rękojmi za wady. Zgodnie z art. 656 k.c. w zw. z art. 636 i 637 k.c. warunkiem skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi za wady jest zawiadomienie wykonawcy o istnieniu wad i wezwanie do ich usunięcia, chyba, że wady nie dadzą się usunąć, albo gdy z okoliczności wynika, że wykonawca nie zdoła ich usunąć w odpowiednim czasie (art. 637 § 2 k.c.).

Biorąc pod uwagę zakres prac wykonywanych przez D. S. i D. M., jako mających stanowić usunięcie usterek robót powoda, nie można stwierdzić, że wady te nie dały się usunąć, bądź że powód nie usunąłby ich w odpowiednim czasie. Świadczy o tym chociażby to, że wykonawcy ci wykonali w niedługim czasie prace wskazane im przez pozwanego.

Właściwie samo to już niweczy żądanie pozwanego o zmniejszenie wynagrodzenia, bowiem uprawnienie to jest przewidziane tylko w razie wad, których wykonawca nie zdoła usunąć, bądź nie usunie ich w odpowiednim czasie.

Pozwanemu nie służy także roszczenie odszkodowawcze z tytułu usunięcia wad, których istnienie przypisuje on powodowi. D. S. wykonywał prace polegające na malowaniu pomieszczeń, a więc w zakresie, który nie należał do przedmiotu wykonawstwa powoda. Co prawda pozwany twierdził, że powód doprowadził do zalania pomieszczeń, które malował D. S., jednak twierdzenia tego nie wykazał, a ponadto nie wzywał powoda do usunięcia skutków tego zalania.

Jeśli chodzi o prace wykonywane przez D. M., to polegały one na odczyszczeniu okien oraz okolic wokół okien z tynku oraz usunięciu przebarwień tynku mozaikowego na cokołach obu budynków. Pozwany co prawda powiadomił powoda, że stwierdził podczas jednostronnego odbioru robót przeprowadzonego w dniu 29 marca 2012 roku przebarwienia tynku na cokołach budynków nr (...), jednak nie wzywał powoda do usunięcia tych wad w piśmie z dnia 26 kwietnia 2012 roku. Trzeba przy tym zwrócić uwagę, że pismo to zostało wystosowane do powoda prawie miesiąc po dokonaniu jednostronnego odbioru przez pozwanego, nadto – jak można wnioskować z zeznania D. M. – już po wykonaniu przez niego prac, które pozwany wskazał w niniejszym procesie jako poprawkowe po robotach powoda. Tym samym pozwany nie mógł skutecznie zlecić usunięcia wad przypisanych powodowi innym osobom na koszt i niebezpieczeństwo powoda (art. 636 § 1 k.c.). Nie wykazał też roszczenia o naprawienie szkody na podstawie art. 471 k.c.

Pozwany nie wykazał również wierzytelności w stosunku do powoda w kwocie 39.389,73 złotych z tytułu kosztów dzierżawy i demontażu. Pierwszy raz o tej wierzytelności zawiadomił powoda pełnomocnik pozwanego z powołanym już piśmie z dnia 26 kwietnia 2012 roku, przy czym nie powołał się na żadną podstawę żądania wskazanej kwoty. Powód zaprzeczył jakoby dokonywał uzgodnień z pozwanym w sprawie pokrycia ponoszonych przez pozwanego kosztów najmu i demontażu rusztowań. Sam pozwany przyznał, że rusztowania zostały ustawione tylko na niektórych ścianach, tym samym nie zaprzeczył, że powód posiadał swoje rusztowania. Nie można też twierdzić, że powód nie był w stanie wykonać powierzonych mu prac przy użyciu własnych rusztowań. W umowie stron przewidziano obowiązek powoda ustawienia rusztowań, natomiast nie było w niej wymagania jednoczesnego ich ustawienia na wszystkich ścianach.

Niczego nie zmienia to, że dołożenie rusztowań przez pozwanego przyspieszyło prace. To do powoda należała decyzja, czy dla swoich prac użyje rusztowań, które będzie przestawiać na kolejne ściany po wykonaniu poprzednich, czy ustawi je jednocześnie przy wszystkich ścianach. Powód byłby zobowiązany do pokrycia, w ustalonej części, kosztów najmu i demontażu rusztowań pozwanego, gdyby się co do tego umówił z pozwanym.

Niezależnie od powyższego trzeba stwierdzić, że z rusztowań korzystał nie tylko powód. W tym samym czasie prace wykonywali inni wykonawcy. Świadkowie D. M. i D. S. przyznali, że korzystali z rusztowań zaś pozwany nie dokonał ograniczenia zakresu korzystania z rusztowań przez tych świadków i przez powoda. Nie ma więc nawet podstaw do przyjęcia, że powód korzystał z wszystkich rusztowań, których dotyczą faktury przedstawione przez pozwanego, ani do ustalenia, w jakim zakresie to korzystanie miało miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe, po umorzeniu postępowania w zakresie cofnięcia pozwu co do kwoty 2.589,08 złotych, oraz po uwzględnieniu potrącenia kary umownej należnej pozwanemu od powoda za 4 dni opóźnienia w wykonaniu robót, w wysokości 1.200 złotych, należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 96.034,20 złotych, stanowiącą należne mu wynagrodzenie za wykonanie umowy z dnia 7 października 2011 roku, na podstawie art. 647 k.c. Odsetki od tej kwoty należało ustalić uwzględniając, że powód wystosował wezwanie do pozwanego o zapłatę w dniu 26 marca 2012 roku, do którego dołączył fakturę z tej daty, wskazując termin zapłaty wynikający z umowy stron. W art. 7 ust. 11 umowy z dnia 7 października 2011 roku wskazano 30 dniowy termin zapłaty od dnia otrzymania faktury. Powód nie przedstawił dowodu zawierającego datę doręczenia faktury pozwanemu, toteż należało, uwzględniając obrót pocztowy w wymiarze 14 dni, przyjąć, że pozwany otrzymał to wezwanie w dniu 10 kwietnia 2012 roku (9 kwietnia 2012 był dniem wolnym od pracy). W związku z powyższym termin spełnienia świadczenia przez pozwanego

upłynął w dniu 10 maja 2012 roku, co uzasadniało zasądzenie odsetek od dnia następnego. Dalej idące żądanie, w zakresie należności głównej, jak i odsetek, należało oddalić.

Powód wygrał proces niemal w całości (uległ w zakresie kwoty 3.789,08 złotych, co stanowi niecałe 4% żądanej kwoty), toteż na podstawie art. 100 k.p.c. i uwzględniając zasadę odpowiedzialności za wynik procesu w zakresie kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw (art. 98 § 1 k.p.c.) uzasadnione było obciążenie pozwanego całością kosztów poniesionych przez powoda. Rozstrzygając o kosztach na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. należało uwzględnić koszty opłaty sądowej od pozwu (4.992 zł), a biorąc pod uwagę normę z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 98 § 3 i przy uwzględnieniu stawek wynagrodzenia radcowskiego na podstawie § 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, koszty udzielonej powodowi pomocy prawnej w kwocie 3.617 złotych, a w rezultacie zasądzić od pozwanego na rzecz powoda tytułem kosztów procesu kwotę 8.609 złotych.