

Sygn. akt VIII GC 333/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Marta Serwatka

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2015 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa H. G.

przeciwko E. M.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej E. M. na rzecz powoda H. G. kwotę 219280 zł (dwieście dziewiętnaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 7 października 2010 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda ustawowe odsetki liczone w stosunku rocznym w następujący sposób :

- od kwoty 639.280 zł (sześćset trzydzieści dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 21 stycznia 2010 r. do dnia 27 stycznia 2010 r.,

- od kwoty 539.280 zł (pięćset trzydzieści dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 28 stycznia 2010 r. do dnia 9 lutego 2010 r.,

- od kwoty 309.280 zł (trzysta dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych)

od dnia 2 marca 2010 r. do dnia 31 marca 2010 r.,

- od kwoty 279.280 zł (dwieście siedemdziesiąt dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 1 kwietnia 2010 r. do dnia 26 maja 2010 r.,

- od kwoty 259.280 zł (dwieście pięćdziesiąt dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 27 maja 2010 r. do dnia 26 lipca 2010 r.,

- od kwoty 239.280 zł (dwieście trzydzieści dziewięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych) od dnia 27 lipca 2010 r. do dnia 6 października 2010 r.,

III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 18.331 zł (osiemnaście tysięcy trzysta trzydzieści jeden złotych) tytułem kosztów procesu.

Sygn. akt VIII GC 333/12

UZASADNIENIE

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 za następujące okresy:

- 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.,
- od kwoty 239.280 zł od dnia 27 lipca 2010 r. do dnia 6 października 2010 r.

Powód wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego obliczonych zgodnie z właściwymi przepisami.

Dochodzona pozwem kwota stanowi wynagrodzenie za wykonane przez powoda roboty budowlane, realizowane przy wznoszeniu dwóch budynków mieszkalno-usługowych, położonych w D. na działkach o numerach (...). Powód wskazał, że pozwana uregulowała wszystkie wystawione w związku z realizacją tych prac faktury, z wyjątkiem ostatniej faktury VAT o numerze (...), wystawionej na kwotę 639.280 zł po dokonaniu w dniu 29 grudnia 2009 r. odbioru prac z udziałem kierownika budowy i inspektora nadzoru. Pozwana dokonała częściowych wpłat na poczet faktury nr (...), które w pierwszej kolejności zostały przez powoda zaliczone na należność główną, do zapłaty pozostała kwota 219.280 zł z odsetkami ustawowymi. Powód wskazał w pozwie, że pozwana zaczęła unikać płatności na rzecz powoda, zrezygnowała z dalszego powierzania mu prac budowlanych oraz zaczęła twierdzić, że powód wykonał prace wadliwie. Zdaniem powoda pozwana nie miała podstaw do kwestionowania prac, gdyż zostały one wykonane prawidłowo oraz odebrane.

Postanowieniem z dnia 8 czerwca 2012 r. Sąd sprawdził wartość przedmiotu sporu i ustalił ją na kwotę 222.262 zł.

W dniu 26 czerwca 2012 r. wydany został nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania. Pozwana przyznała, że strony zawarły 7 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.. Uzasadniając swoje stanowisko pozwana wywiodła, że mimo tego, iż w łączących strony umowach wskazano wynagrodzenie ryczałtowe, w istocie zgodny zamiar stron i cel umowy zmierzał do tego, aby strony rozliczały się za pomocą kosztorysów, w istocie ustalone przez strony wynagrodzenie - wbrew literalnym zapisom umowy - miało więc charakter kosztorysowy. Dalej pozwana wskazała, że faktura VAT numer (...) została wystawiona przez powoda przedwcześnie, bez wymaganego umową protokołu odbioru robót, pozwana przyjęła jednak tą fakturę i dokonała częściowych spłat, z których ostania została dokonana w październiku 2010 r., kiedy to pozwana uznała, że niezapłacona należność z faktury w wysokości 219.280 zł zostanie uregulowana po zakończeniu robót przez powoda i po bezusterkowym odbiorze.

Uzasadniając swoją wierzytelność z tytułu kar umownych pozwana wskazała, że powód nie wywiązał się w terminie z robót budowlanych objętych trzema umowami, z tego tytułu pozwana naliczyła kary umowne w wysokości 826.280

zł: za zwłokę wynoszącą 310 dni w wykonaniu robót objętych zmienioną aneksem umową z 6 lutego 2008 r. - 146.320 zł; za zwłokę wynoszącą 445 dni w wykonaniu robót na działce numer (...) objętych umową z 2 lipca 2009 r. - 299.040 zł, za zwłokę wynoszącą 445 dni w wykonaniu robót na działce numer (...) objętych umową z 2 lipca 2009 r. - 380.920 zł. W piśmie z dnia 27 lutego 2012 r., doręczonym przed procesem, pozwana poinformowała powoda o nieuznaniu należności wynikającej z faktury nr (...) w części wynoszącej 72.431,30 zł oraz dokonała na podstawie art. 498 § 1 k.c. potrącenia pozostałej części wierzytelności powoda w kwocie 146.848,70 zł z wierzytelnością pozwanej z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych, w wyniku czego wierzytelność powoda uległa umorzeniu w całości.

Sposób obrony pozwanej opierał się na założeniu, że ustalone przez strony wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy. W toku procesu pełnomocnik powoda początkowo nie negował twierdzeń pozwanej dotyczących ustalenia wynagrodzenia jako kosztorysowego, podkreślając jednocześnie, że świadek J. G. oraz powód wyjaśnia, dlaczego strony w umowach wskazały konkretne kwoty, a mimo tego do rozliczenia budowy wykonywane były kosztorysy. Wobec takiego stanowiska stron pojawia się potrzeba zobowiązania pełnomocnika powoda do precyzyjnego określenia żądania pozwu poprzez wskazanie, z których konkretnie kosztorysów powód dochodzi objętej żądaniem kwoty 219.280 zł. Powód wyjaśnił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2013 r., 19 lutego 2014 r. oraz na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

H. G. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne w D..

fakt niesporny

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.

dowód: zeznania świadka M. M. (k. 650v-652v; 654)

przesłuchanie pozwanej E. M. (k. 726 v-727;728)

dziennik budowy nr (...) tom I (k. 339-376)

dziennik budowy nr (...) tom II (k. 377-414)

dziennik budowy nr (...) tom I (k. 415-452)

dziennik budowy nr (...) tom II (k. 453-490)

Ponadto E. M. udzieliła swojemu mężowi M. M. ustnego pełnomocnictwa do podpisywania faktur w jej imieniu.

dowód: przesłuchanie pozwanej E. M. (k. 726 v-727;728)

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..

dowód: zeznania świadka J. G. (k. 648-650; 654 oraz 790-790v; 792)

zeznania świadka M. M. (k. 650v-652v; 654)

W dzienniku budowy prowadzonym dla budowy na działce numer (...) pierwszy wpis został dokonany w dniu 9 lutego 2008 roku przez J. G. jako kierownika budowy, który stwierdził przystąpienie do robót ziemnych i wykonywania studni.

W dzienniku budowy prowadzonym dla budowy na działce numer (...) pierwszy wpis został dokonany w dniu 27 marca 2008 roku przez J. G. jako kierownika budowy, który stwierdził przystąpienie do robót ziemnych i wykonywania studni.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom I (k. 339-376)

dziennik budowy nr (...) tom I (k. 415-452)

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.

dowód: zeznania świadka H. W. (k. 795-v-796; 797)

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.

dowód: zeznania świadka A. K. (k. 652v-653; 654)

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 budowlanej 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).

dowód: umowa z dnia 6.02.2008 r. (k. 12-14 oraz 47-48)

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).

dowód: umowa z dnia 12.02.2008 r. (k. 50-51)

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).

dowód: umowa z dnia 2.06.2008 r. (k. 52-53)

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.

dowód: kosztorys z dnia 5.06.2008 r. branży budowlanej działka (...) (k. 60-66v)

kosztorys z dnia 5.06.2008 r. instalacji kanalizacji podposadzkowej działka (...) (k. 67-68)

kosztorys budowlany działka (...) (k. 69-69v)

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..

dowód: harmonogram rzeczowo-finansowy z dnia 5.12.2008 r. działka (...) (k. 72-72v)

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..

dowód: kosztorys scalony z dnia 16.01.2009 r. działka (...) (k. 70-70v)

kosztorys scalony z dnia 16.01.2009 r. działka (...) (k. 71-71v)

stan zaawansowania robót na dzień 16.01.2009 r. działka (...) (k. 73-76)

stan zaawansowania robót na dzień 16.01.2009 r. działka (...) (k. 77-78)

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).

dowód: umowa z dnia 20.02.2009 r. (k. 54-55)

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).

dowód: umowa z dnia 20.02.2009 r. (k. 56-57)

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 (...) (wersja 4.28 licencja: (...) dla W. oraz wersja 4.01

Marzec 2003r. licencja: (...) dla J.), 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).

dowód: zestawienie kosztorysów J. G. (k. 332)

kosztorys branży budowlanej działka (...) (k. 548-560)

kosztorys branży budowlanej działka (...) (k. 561-572v)

kosztorys robót elewacyjnych działka (...) (k. 573-580v)

kosztorys robót elewacyjnych działka (...) (k. 581-588v)

kosztorys instalacji wodno-kanalizacyjnej działka (...) (k. 589-596v)

kosztorys instalacji wodno-kanalizacyjnej działka (...) (k. 597-603v)

kosztorys instalacji elektrycznej działka (...) (k. 609-618)

kosztorys instalacji elektrycznej działka (...) (k. 619-627v)

kosztorys instalacji elektrycznej – zasilania budynków działki (...) (k. 606-608v)

kosztorys deszczówki działki (...) (k. 604-605)

kosztorys renowacji nawierzchni chodnika działki (...) (k. 284-287)

zeznania świadka J. G. (k. 648-650; 654 oraz 790-790v; 792)

zeznania świadka M. W. (k. 650-650v; 654)

Kosztorysy wykonane przez J. G. oparte są na cenach i wskaźnikach narzutów zbliżonych do średnich stawek stosowanych zgodnie z archiwalnymi danymi statystycznymi opublikowanymi przez S. 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 (...).

dowód: opinia biegłego M. S. (k. 747-757)

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 przestawił 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.

dowód: zeznania świadka J. G. (k. 790-790v; 792)

kosztorys instalacji wodno-kanalizacyjnej działka (...) (k. 589-596v)

kosztorys instalacji wodno-kanalizacyjnej działka (...) (k. 597-603v)

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 piętra: 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 cerplasem; 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).

dowód: umowa z dnia 2.07.2009 r. (k. 628-630)

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 piętra: 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 cerplasem; 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).

dowód: umowa z dnia 2.07.2009 r. (k. 631-633)

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..

dowód: faktura VAT nr (...) (k. 517)

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).

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.

dowód: zestawienie kosztorysów J. G. (k. 332)

zeznania świadka J. G. (k. 648-650; 654 oraz 790-790v; 792)

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 (...), działającym pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne (...).

Podpis pod aneksem złożył M. M., posługując się pieczętką 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.

dowód: aneks nr (...) do umowy z dnia 6.02.2008 r. (k. 49)

zeznania świadka M. M. (k. 650v-652v; 654)

zeznania świadka J. G. (k. 648-650; 654 oraz 790-790v; 792)

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.

dowód: protokół odbioru z dnia 29.12.2009 r. działka (...) (k. 16-17)

protokół odbioru z dnia 29.12.2009 r. działka (...) (k. 18-19)

zeznania świadka A. K. (k. 652v-653; 654)

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:

- 1) roboty budowlane wg umowy na działce nr (...) na kwotę 308.000 zł (375.760 zł z podatkiem VAT),
- 2) 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.

dowód: faktura VAT nr (...) (k. 15)

zeznania świadka M. M. (k. 650v-652v; 654)

przesłuchanie pozwanej E. M. (k. 726 v-727;728)

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.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom II (k. 377-414)

dziennik budowy nr (...) tom II (k. 453-490)

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 (...), (...) D., 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 (...) (...)5 D..

dowód: decyzja z dnia 27.01.2010 r. działki (...) (k. 80-80v, 496-496v)

decyzja z dnia 27.01.2010 r. działka (...) (k. 81-81v, 495-495v)

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.

dowód: zeznania świadka J. G. (k. 648-650; 654)

przesłuchanie powoda H. G. (k. 726-726 v;728)

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.

fakty niesporne

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 (...) i nr (...) 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. ujednotocił 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 S.. 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 (...) 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 egzemplarzy zweryfikowanych kosztorysów.

dowód: zestawienie sporządzone przez R. G. (k. 79)

zeznanie świadka R. G. (k. 685- 687; 688)

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 bieć 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.

dowód: zeznania świadka R. G. (k. 685- 687; 688)

zeznania świadka M. M. (k. 650v-652v; 654)

przesłuchanie pozwanej E. M. (k. 726 v-727;728)

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 uchylania się od zgłoszenia robót do odbioru końcowego, inwestor dnia 21 marca 2011 r. o godzinie 10⁰⁰ przystąpi do dokonania jednostronnego odbioru robót.

dowód: pismo z dnia 7.03.2011 r. (k. 82-82v)

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.

dowód: dziennik budowy nr (...) tom II (k. 377-414)

dziennik budowy nr (...) tom II (k. 453-490)

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..

dowód: końcowy protokół odbioru robót z dnia 23.03.2011 r. (k. 83)

załącznik nr 2 do protokołu odbioru (k. 84-84v)

zeznania świadka R. G. (k. 685- 687; 688)

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.

dowód: pismo z dnia 15.08.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 85-85v)

pismo z dnia 15.08.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 86-86v)

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 uchyła 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.

dowód: pismo z dnia 25.08.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 20-22, 87)

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..

dowód: wezwanie z dnia 1.09.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 23-25)

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.

dowód: pismo z dnia 9.09.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 88-89)

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 zakreślono 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..

dowód: protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 27.09.2011 r. (k. 90-90v)

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).

dowód: protokół usunięcia usterek (k. 126)

zeznania świadka R. G. (k. 685- 687; 688)

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.).

dowód: pismo z dnia 29.11.2011 r. (k. 91-91v)

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.

dowód: wezwanie z dnia 9.02.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 92-92v)

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.).

dowód: pismo z dnia 27.02.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 93-94)

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.

dowód: pismo z dnia 16.03.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 95-96)

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 (...), (...) 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.

dowód: decyzja z dnia 21.11.2013 r. działka (...) (k. 497-498)

decyzja z dnia 21.11.2013 r. działka (...) (k. 499-500)

Sąd zważył, co następuje:

Powód domaga się zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Podstawą prawną powództwa jest art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Niesporny jest fakt, że strony podpisały 7 pisemnych umów. Swoje roszczenie powód wywodzi z dwóch umów z dnia 2 lipca 2009 r. W każdej z tych umów wynagrodzenie za opisane w niej roboty budowlane zostało określone ryczałtowo.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana wywodziła, że istnieje potrzeba dokonania wykładni umów w oparciu o art. 65 § 2 k.c., ponieważ mimo zapisów w umowach wskazujących na konkretną wartość wynagrodzenia zgodny zamiar stron i cel umowy był taki, że kwota z umów będzie weryfikowana poprzez sporządzenie kosztorysów i w tym znaczeniu - zdaniem pozwanej - wynagrodzenie miało być wynagrodzeniem kosztorysowym. W oparciu o to założenie pozwana wywodziła, że powództwo powinno być oddalone w części obejmującej kwotę 72.431,30 zł, ponieważ do tej kwoty kosztorysy dotyczące prac wykonanych w 2009 roku zostały przez powoda zawyżone, co potwierdził podczas weryfikacji tych kosztorysów rzeczoznawca R. G., powołany przez stronę pozwaną jako świadek w sprawie.

W toku procesu reprezentujący powoda pełnomocnik początkowo zgodził się z twierdzeniem pozwanej o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia, wskazywał jednak równocześnie, że wyjaśnienia dotyczące tego, jak strony się umówiły, zostaną przedstawione przez świadka J. G. - brata powoda oraz przez samego powoda. Ostatecznie powód wyjaśnił jednak, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy (por. przesłuchanie powoda - rozprawa z dnia 24 lutego 2015 r.), tak samo zeznał świadek J. G..

W oparciu o cały zebrany materiał dowodowy - w tym dowody z dokumentów oraz z zeznań świadków (M. M., J. G.) i stron - ustalono, 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. Taki sposób rozliczania należy przyjąć za wiążący strony.

Materiał dowodowy nie potwierdził przyjętej przez pozwaną linii obrony co do tego, że zapisy umowy należy rozumieć w ten sposób, że wynagrodzenie miałyby być kosztorysowe, a nie ryczałtowe, co strona pozwana rozumiała w ten sposób, że finalna wysokość należnego powodowi wynagrodzenia będzie odpowiadała kwocie ustalonej w kosztorysie wykonawczym, sporządzanym po ukończeniu danego etapu robót.

Niesporny jest wprawdzie fakt, 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. Przeczą temu w pierwszym rzędzie literalne zapisy umów oraz zeznania J. G. i samego powoda.

Przede wszystkim zwrócić należy jednak uwagę na fakt, że kosztorysy wykonawcze w ogóle nie zostały przez J. G. wykonane, można mówić jedynie o wykonaniu kosztorysów ofertowych. 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". Przyjąć więc trzeba, że kosztorysy wykonane przez J. G. miały taki właśnie charakter.

Autorem kosztorysów wykonawczych nie był również R. G.. 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. W związku z tym, że strony planowały, iż dalsze roboty wykończeniowe również zostaną zlecone powodowi H. G., zdecydowały się w tych okolicznościach, aby wykonane do tej pory przez J. G. kosztorysy zweryfikował pod kątem tego, czy zostały uczciwie przygotowane, niezależny rzeczoznawca - R. G.. Jak wynika z zeznań świadka J. G. R. G. miał sprawdzić na przykład to, czy ceny z kosztorysów J. G. są adekwatne do cen zakupu. Czynności wykonane przez R. G. w takich okolicznościach nie przemawiają za tym, że wynagrodzenie łączące strony miałyby mieć charakter kosztorysowy.

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. Stanowisko pozwanej prezentowane w niniejszym procesie jest więc niekonsekwentne - pozwana z jednej strony twierdzi, że wynagrodzenie miało mieć charakter kosztorysowy (ustalany kosztorysami wykonawczymi), z drugiej strony naliczyła kary umowne od "wynagrodzenia umownego" rozumianego jako wynagrodzenie ryczałtowe.

Sposób wykonywania umowy przez strony, który należy mieć na względzie przy dokonywaniu wykładni umowy w świetle art. 65 § 2 k.c., przemawia więc za tym, że wynagrodzenie, jakie ustaliły strony niniejszego procesu, miało charakter ryczałtowy.

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,

- 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.

Tym samym bezzasadny jest zarzut pozwanej podniesiony w sprzeciwie, który odnosi się do tego, że kosztorysy (sporządzone przed wykonywaniem robót i mające charakter kosztorysów ofertowych) zostały zawyżone o kwotę ustaloną przez świadka R. G.. Nawet jeżeli rzeczywiście wartości robót w tych kosztorysach zostały zawyżone, to pozwana mogła tą okoliczność wziąć pod uwagę przy podpisywaniu umowy i wówczas negocjować wysokość wynagrodzenia, tymczasem pozwana tego nie uczyniła, obie umowy z dnia 2 lipca 2009 r. zostały podpisane i tym samym należy je uznać za wiążące dla stron. Co więcej 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 pozewem wynagrodzenia o ustaloną przez świadka R. G. kwotę 72.431,30 zł, może być więc jedynie potraktowany jako zarzut zawyżenia wynagrodzenia ryczałtowego.

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 rażąco strata, 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 rażąco strata z powodu wykonania robót w razie utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego na uzgodnionym poziomie oraz wystąpienie związku przyczynowego między zmianą stosunków a zagrożeniem powstania rażącej straty.

Abstrahując od tego, że pozwana tak określonych przesłanek nie udowodniła wskazać trzeba, że na gruncie niniejszej sprawy zastosowanie omawianej klauzuli jest wyłączone, dotyczy ona bowiem sytuacji, gdy niezmiennosc ryczałtu grozi rażąco strata przyjmującemu zamówienie (wykonawcy robót budowlanych), a nie zamawiającemu (inwestorowi).

Co więcej pozwana nie udowodniła również twierdzenia, na którym opierała swój zarzut, a więc tego, 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 (ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na stronie pozwanej). Tym samym nie można stwierdzić, w jakim zakresie pozwana wywodzi, że doszło do zawyżenia kosztorysów. 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.. W toku postępowania podjęte zostały czynności zmierzające do uzyskania tych dokumentów (kosztorysów z poprawkami świadka), co pozwoliłoby ustalić, jakiego zakresu robót dotyczy zarzut pozwanej odnoszący się do zawyżenia wynagrodzenia. Świadek R. G. zeznał, że kosztorysy z poprawkami wręczył M. M., zeznał również, iż domyśla się, że były one również w posiadaniu J. G.. Na rozprawie w dniu 23 września 2014 r. Sąd zobowiązał na podstawie art. 248 § 1 k.p.c. J. G. do złożenia kosztorysów z poprawkami R. G., takie same zobowiązanie - pod rygorem skutków z art. 233 § 2 k.p.c. - zostało skierowane do obu stron procesu. Mimo tych czynności kosztorysy z poprawkami świadka R. G. do akt sprawy nie zostały złożone (por. pisma: karta 694, 697-698, 701).

W piśmie procesowym z dnia 9 marca 2015 r. pozwana podtrzymała wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, który poddałby ocenie te kosztorysy, które znajdują się w aktach sprawy i które zostały wykonane przez J. G., pod kątem ustalenia ich poprawności, zgodności zastosowanych podstaw wyceny, rodzajów materiału i sprzętu,

zastosowanych współczynników do robocizny, materiału i sprzętu ze stawkami wynikającymi z cenników S. w 2009 roku.

Opinia została wykonana przez biegłego sądowego M. S.. Biegły stwierdził, że 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. Zwrócił uwagę, że 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 (...). Powyższe nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ jak już wyjaśniano powyżej kosztorysy miały charakter ofertowy, a nie wykonawczy, tym samym odgrywały rolę jedynie na etapie negocjowania kwoty wynagrodzenia ryczałtowego. 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 S. 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. Również ta okoliczność nie ma wpływu na rozstrzygnięcie z przyczyn opisanych powyżej.

Biegły sądowy podkreślał w swojej opinii, 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. Powyższe stwierdzenie, odwołujące się do obowiązującej w porządku prawnym zasady swobody umów, było dla biegłego punktem wyjścia do sformułowania tezy, że określone w KRN nakłady robocizny, pracy sprzętu jak i zużycia materiałów mają charakter de facto pomocniczy, mogą stanowić pomoc w szacowaniu kosztów realizacji robót budowlanych, a jedynie w przypadku zastosowania przez strony odpowiednich zapisów umownych podstawę do dokonania rozliczenia robót budowlanych. 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.

Mając na uwadze fakt, że strony niniejszego procesu nie ustaliły między sobą żadnych wskaźników cenotwórczych będących podstawą do wykonania kosztorysów, natomiast umowa stron zakładała wynagrodzenie ryczałtowe, nie było 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. Niezależnie od tego dowód ten w zakresie opisanym w omawianym piśmie procesowym należy uznać 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 bieć 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 (...).

Co więcej fakt przyjęcia faktury VAT nr (...) przez pełnomocnika pozwanej oraz fakt jej częściowego spłacania w 2010 r. (a dokładniej w okresie od stycznia do października 2010 r.) świadczy o tym, że w dacie podpisania faktury (30 grudnia 2009 r.) pozwana oraz jej mąż nie mieli wątpliwości co do tego, że faktura została wystawiona prawidłowo i może być podstawą do dokonywania płatności.

Mając na uwadze powyższe rozważania przyjąć należało, że roszczenie powoda z faktury VAT nr (...), wystawionej w dniu 30 grudnia 2009 r., jest uzasadnione co do zasady i co do wysokości, w tym także co do spornej kwoty 72.431,39 zł. Kwota na jaką została wystawiona faktura jest zgodna z treścią łączących strony umów, przewidujących wynagrodzenie ryczałtowe, strona pozwana podpisała fakturę, a nawet przystąpiła do jej ratalnego spłacania, akceptując w ten sposób wysokość wskazanego w fakturze wynagrodzenia (pierwsza wpłata miała miejsce już dnia 27 stycznia 2010 r.).

Roszczenie o zapłatę odsetek za opóźnienie powód wywodzi z art. 481 k.c. Warunki płatności zostały ustalone w umowach z dnia 2 lipca 2009 r. w ten sposób, że podstawą do wystawienia faktury miał być protokół odbioru podpisany przez inspektora nadzoru (§ 4 ust. 2), tak też było w tej sprawie. Termin płatności strony ustaliły w umowie jako 14 dni od daty otrzymania faktury. Faktura z dnia 30 grudnia 2009 r. o numerze (...) została wystawiona z terminem zapłaty wynoszącym 21 dni (który upłynął w dniu 20 stycznia 2010 r.), a więc nawet dłuższym niż przewidywała umowa. Faktura została podpisana przez M. M., który - jak zeznała pozwana - miał od niej umocowanie do dokonania tej czynności.

W tym stanie rzeczy roszczenie powoda o zapłatę odsetek za opóźnienie od dnia 21 stycznia 2010 r. należy uznać za uzasadnione. Powód dochodzi odsetek od kwoty faktury wynoszącej 639,280 zł od dnia 21 stycznia 2010 r. do dnia zapłaty pierwszej raty, a następnie kolejno od kwot pomniejszych o dokonywane wpłaty od dnia następnego po dokonanej wpłacie do dnia wpłaty kolejnej raty. Od niezapłaconej kwoty 219.280 zł powód dochodzi odsetek od dnia następnego po zapłacie ostatniej raty. Tak określone żądanie pozwu jest uzasadnione.

Kolejny podniesiony w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzut wobec roszczenia powoda w wysokości 219.280 zł z tytułu faktury VAT nr (...) - poza zarzutem zawyżenia wynagrodzenia o kwotę 72.431,30 zł - to zarzut 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.

Zarzut ten jest nieuzasadniony, ponieważ w wyniku oświadczenia złożonego w piśmie z dnia 27 lutego 2012 r. nie doszło do umorzenia części wierzytelności powoda z faktury VAT nr (...) (w wysokości 146.848,70 zł).

Potrącenie ustawowe dokonywane jest przez oświadczenie woli złożone drugiej stronie (art. 499 k.c.). Oświadczenie o potrąceniu wywołuje skutek określony w art. 498 § 2 k.c. w postaci umorzenia dwóch przeciwstawnych wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej, o ile spełnione są przesłanki z art. 498 § 1 k.c., tworzące tzw. „stan potrącalności”. Skutek w postaci umorzenia wierzytelności nie powstaje w odniesieniu do sumy wierzytelności potrącającego (w rozpoznawanej sprawie potrącającym jest pozwana). Aby doszło do potrącenia ustawowego konieczne jest określenie (zindywidualizowanie) tych wierzytelności potrącającego, które miałyby zostać umorzone wskutek potrącenia. Nie wystarczy stwierdzenie, że dokonujący potrącenia posiada wierzytelności, których suma przewyższa sumę wierzytelności wzajemnych. W sytuacji gdy potrącający ma kilka wierzytelności potrącalnych z jedną lub kilkoma wierzytelnościami drugiej strony, musi w swoim oświadczeniu wskazać swoje wierzytelności, których

potrącenie ma dotyczyć. W przeciwnym razie jego potrącenie jest bezskuteczne z powodu niedostatecznego wyrażenia zamiaru wywołania skutków prawnych. Nie jest bowiem wiadomym, które wierzytelności potrącającego miałyby ulec umorzeniu wskutek potrącenia. Inaczej jest w sytuacji, gdy potrącający ma jedną wierzytelność potrącalną z kilkoma wierzytelnościami drugiej strony i nie wskazał, z którymi chce dokonać potrącenia. Zastosowanie znajduje wówczas art. 503 k.c., zgodnie z którym „przepisy o zaliczeniu zapłaty stosuje się odpowiednio do potrącenia”. Zgodnie z art. 451 § 3 k.c. dochodzi wówczas do potrącenia wierzytelności potrącającego z tymi wierzytelnościami drugiej strony, które są najdawniej wymagalne (por. Kodeks cywilny, Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, CH BECK, Warszawa 2005, tom II).

Pogląd ten został przyjęty w orzecznictwie - w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2006 roku (III CSK 256/2006; OSNC 2007/7-8/11) Sąd Najwyższy wskazał, że oświadczenie woli potrącenia powinno być takim zachowaniem się, które ujawnia wolę osoby korzystającej z potrącenia w sposób dostateczny. Nie ulega zatem wątpliwości, że w sytuacji, w której potrącający ma kilka wierzytelności nadających się do potrącenia z jedną lub kilkoma wierzytelnościami drugiej strony, powinien w swoim oświadczeniu wskazać wierzytelności, których potrącenie ma dotyczyć.

Myśl tą rozwinął Sąd Apelacyjny w Szczecinie wyroku z dnia 15 lutego 2013 r. (I ACa 813/12), gdzie wskazano, że: "Wyboru wierzytelności zgłoszonej do potrącenia winna dokonać osoba, która korzysta z prawa potrącenia. W sytuacji bowiem kiedy do potrącenia zgłasza kwotę przewyższającą wierzytelność drugiej strony, a kwota ta stanowi sumę kilku należności, to strona powołująca się na potrącenia, a nie sąd, winna decydować, która ze zgłoszonych wierzytelności - w razie stwierdzenia ich zasadności - winna ulec umorzeniu".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy poddać analizie oświadczenie o potrąceniu złożone przez pełnomocnika pozwanej w piśmie z dnia 27 lutego 2012 r., na które pozwana powołuje się w sprzeciwie od nakazu zapłaty. Pismo to zostało sporządzone w sytuacji, kiedy faktura nr (...) pozostawała nieuregulowana do kwoty 219.280 zł (będącej przedmiotem żądania pozwu w niniejszej sprawie). W piśmie z dnia 27 lutego 2012 r. pełnomocnik pozwanej wskazał, że pozwana nie uznaje należności z faktury nr (...) w części dotyczącej kwoty 72.431,30 zł. Dalej 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..

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). 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. Tym samym złożone przez nią oświadczenie nie wywołało skutków w postaci umorzenia dwóch przeciwstawnych wierzytelności z uwagi na brak skonkretyzowania wierzytelności potrącającego zgłoszonych do potrącenia.

Powyższe rozważania uzasadniają bezzasadność podniesionego przez pozwaną zarzutu dotyczącego umorzenia wierzytelności w wyniku potrącenia.

Niezależnie od powyższych rozważań wskazać trzeba dodatkowo, że analiza materiału dowodowego nie potwierdza, że wymienione wyżej trzy wierzytelności, mające przysługiwać pozwanej z tytułu kar umownych, w ogóle po jej stronie powstały.

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 "zbioreczy" 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 zwłoce 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.

Z powyższego wynika, że bezpodstawnie pozwana przyjmuje, 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.

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 zwłoki = 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 wierzytelność z tytułu kary umownej, wynikająca z aneksu nr (...), pozwana nie mogła więc skutecznie potrącić nieistniejącej wierzytelności.

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 zwłoce z wykonaniem robót objętych przedmiotem umowy opisanym w aneksie.

Zarzut umorzenia wierzytelności powoda z faktury VAT nr (...) w kwocie 146.848,70 zł w następstwie potrącenia dokonanego przez pozwaną w piśmie z dnia 27 lutego 2012 r. okazał się więc nieuzasadniony.

Mając na uwadze powyższe rozważania powództwo należało uwzględnić w całości.

Stan faktyczny sprawy ustalony został w oparciu o dowody z dokumentów, z zeznań świadków, z przesłuchania stron oraz z powołanego przez stronę pozwaną dowodu z opinii biegłego.

Dowody z dokumentów prywatnych stanowią dowód tego, iż podpisana osoba złożyła oświadczenie określonej treści (art. 245 k.p.c.). Z uwagi na sposób obrony pozwanej istotne dla sprawy były dowody z kosztorysów. Strona pozwana złożyła do akt kosztorysy podpisane przez J. G., z kolei powód złożył wydruki kosztorysów, które po części różniły się końcowym wynikiem od kosztorysów przedłożonych przez pozwaną, jednak definitywnie świadek J. G. oraz powód potwierdzili, że kosztorysy złożone przez pozwaną, podpisane przez J. G., stanowią ostateczną wersję kosztorysów przygotowanych przez tego świadka, natomiast wydruki złożone przez powoda obejmowały wersję wcześniejszą. Dlatego przy ustalaniu okoliczności faktycznych sprawy przyjęte zostały jako wiarygodne dowody kosztorysy złożone przez pozwaną, a także kosztorys renowacji nawierzchni chodnika dla obu działek złożony przez powoda, ponieważ pozwana kosztorysu takiego nie złożyła, ale kwota tego kosztorysu odpowiada kwocie wymienionej zarówno w zestawieniu kosztorysów sporządzonym przez J. G. jak i przez R. G.. Jak już wyjaśniono powyżej mimo zobowiązania żadna ze stron ani świadek J. G. nie złożyli do akt kosztorysów z poprawkami R. G..

Pozostałe dowody z dokumentów okazały się wiarygodne, żadna ze stron nie kwestionowała ich prawdziwości.

Przeprowadzony został dowód przesłuchania świadków : J. G., M. M., R. G., A. K., H. W. i M. W..

J. G. oraz M. M. byli bezpośrednio zainteresowani rozstrzygnięciem niniejszego procesu z uwagi na powiązania rodzinne ze stronami. Obaj czynnie uczestniczyli w procesie budowlanym, w ustaleniach i rozmowach stron. M. M. - jak zeznała pozwana - posiadał od niej pełnomocnictwo, między innymi do podpisywania faktur VAT. W oparciu o dowód z zeznań tych świadków, a także w oparciu o dowód z przesłuchania stron, ustalono przebieg współpracy między stronami, okoliczności w jakich powierzono sprawdzenie kosztorysów R. G. oraz okoliczności sporządzenia końcowego protokołu odbioru z 21 marca 2011 r. Zeznania tych świadków oraz relacje stron (powoda i pozwanej) zostały uznane za wiarygodne w takim zakresie, w jakim wykazywały zbieżności pozostałym materiałem dowodowym, w szczególności z dowodami z dokumentów.

Wiarygodne okazały się zeznania R. G. i A. K.. Osoby te były obce dla stron, w ich zeznaniach nie było sprzeczności, które pozwoliłyby uznać któregokolwiek z przesłuchiwanym za niewiarygodnego. Zeznania R. G. przyczyniły się wręcz do wyjaśnienia okoliczności w jaki doszło do dokonanej przez świadka weryfikacji protokołów oraz sporządzenia protokołu odbioru końcowego. Dowody z zeznań omawianych świadków wraz z dowodami z dokumentów wzajemnie się uzupełniały tworząc koherentną całość.

Zeznania świadków H. W. i M. W. w niewielkim stopniu przyczyniły się do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, świadkowie nie posiadali wiedzy na temat wzajemnych rozliczeń stron niniejszego procesu, potwierdzili jedynie, że wykonane zostały kosztorysy, ale żaden ze świadków nie znał przyczyn, dla których strony procesu budowlanego podjęły się wykonania kosztorysów

Wiarygodny okazał się dowód z opinii biegłego. Biegły sądowy z zakresu budownictwa mgr inż. M. S. wykorzystując swoją wiedzę specjalną dokonał analizy kosztorysów w takim zakresie, w jakim pozwał na to dostępny materiał dowodowy. Nie było potrzeby dopuszczania dowodu z opinii uzupełniającej, co wyjaśniono już we wcześniejszej części rozważań. Wykonana przez biegłego opinia jest wiarygodnym dowodem w sprawie, nie ma żadnych podstaw aby zanegować przedstawione przez biegłego wnioski, tym bardziej, że trzeba mieć na względzie, iż Sąd może oceniać opinię biegłego wyłącznie pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności, może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe, nie może jednak nie podzielać poglądów biegłego, czy w ich miejsce wprowadzać własnych stwierdzeń (por. wyrok S.N. z dnia 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90, OSP 1991/11/300).

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu).

Powód wygrał sprawę w całości, na jego rzecz zasądzono koszty postępowania, na które składają się: opłata sądowa od pozwu - 11.114 zł, wynagrodzenie pełnomocnika powódki - 7200 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł. Wynagrodzenie pełnomocnika powoda zostało ustalone w oparciu o stawki określone w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu z dnia 28 września 2002 r. (§ 6 pkt 7 tego rozporządzenia), które znajduje zastosowanie do czasu zakończenia postępowania w instancji, zgodnie z § 21 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r.