

Sygn. akt VIII GC 16/12

## WYROK

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

Dnia 23 kwietnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Leon Miroszewski

Protokolant: stażysta Patrycja Predko

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2013 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa A. C.

przeciwko A. B.

o zapłatę

I oddała powództwo;

II zasądza od powódki na rzecz pozwanego kwotę 3.617,00 (trzy tysiące sześćset siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu;

III zasądza od powódki na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w Szczecinie kwotę 167,16 (sto sześćdziesiąt siedem 16/100) złotych tytułem wydatków związanych z przeprowadzeniem dowodu wnioskowanego przez powódkę.

Sygnatura akt VIII GC 16/12

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 23 grudnia 2011 roku (data nadania) A. C. wniosła o zasądzenie od A. B. kwoty 131.272 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 stycznia 2010 roku oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu. W uzasadnieniu powołała się na łączącą ją z pozwanym umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie obiektu handlowo – usługowego zlokalizowanego w M. przy ul. (...). Strony postanowiły, że pozwany będzie wypłacał w terminach tygodniowych częściowe zaliczki na poczet wynagrodzenia w wysokości proporcjonalnej do zaawansowania poszczególnych etapów robót. Ostateczne rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktury końcowej, wystawionej przez powódkę i na podstawie bezusterkowego odbioru robót. Powódka stwierdziła, że ostatecznie wartość prac budowlanych objętych umową została określona na kwotę 506.728,22 złotych netto, pomniejszoną o kwoty 30.813,50 złotych netto i 32.868 złotych netto oraz powiększoną o kwotę 17.906,90 złotych netto tytułem robót dodatkowych. Łączna wartość wszystkich wykonanych prac została określona przez nią na kwotę 702.634,22 złotych. Kwota dochodzona pozwem obejmuje kwotę wynagrodzenia za roboty budowlane z faktury Vat nr (...) pomniejszoną o kwoty 44,84 złotych oraz 4.045,85 złotych potrącone przez pozwanego. Z faktu potrącenia roszczeń powódka wyprowadziła wniosek, że pozwany uznał to roszczenie. Pomimo wezwania do zapłaty pozwany nie uregulował dochodzonej pozwem należności.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniosł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. Przyznał, że strony zawarły umowę, której przedmiotem miało być wykonanie obiektu handlowo –

usługowego w M. przy ul. (...). Zaprzeczył twierdzeniom powódki dotyczącym wartości prac określonych umowie. Podniósł, że rozliczenie wykonanych prac miało nastąpić jednorazowo na podstawie faktury końcowej, zaś wszystkie płatności dokonywane wcześniej miały mieć charakter zaliczkowy. Umowa zastrzegała, że dokonanie jakichkolwiek płatności zaliczkowych nie było tożsame z potwierdzeniem, czy akceptacją prac. Wskazał, że powódka w ogóle zaniechała zgłoszenia robót do jakiegokolwiek odbioru, nie zrealizowała zakresu prac objętych umową i opuściła plac budowy. Pozwany tytułem zaliczek przekazał jej kwotę 687.652,46 złotych. W jego ocenie kwota ta znacznie przekracza wartość robót możliwych do weryfikacji na podstawie przedłożonej przez powódkę „książki obmiarów”, przy przyjęciu uzgodnionych przez strony w umowie cen jednostkowych. Powódka nie wykazała podstaw do zmiany uzgodnionych cen jednostkowych. Pozwany wskazał, że realizował samodzielnie część prac, zwłaszcza tych związanych z konstrukcjami stalowymi. Wielokrotnie wyzwał powódkę do powrotu na plac budowy, rozliczenia robót oraz usunięcia stwierdzonych wad, czego powódka nie uczyniła. Wskutek powyższego pozwany zmuszony był do samodzielnego dokończenia realizacji inwestycji oraz usunięcia wad. Koszt ich usunięcia wyniósł 18.988,74 złotych, a koszt wad pozostałych do usunięcia wynosi 78.286,35 złotych. Pozwany podniósł też, że powódka nie sprecyzowała swojego roszczenia, bowiem w jego ocenie z treści pozwu nie wynika z jakiego tytułu powódka dochodzi kwoty żądanej pozwem kwoty, a także nie udowodniła jakiegokolwiek roszczenia, gdyż dowodem takim nie jest przedstawiona przez nią książka obmiarów. Pozwany podniósł zarzut obniżenia wynagrodzenia powódki o kwotę 78.286,25 złotych z uwagi na wady wykonanych prac, stanowiącą koszt ich usunięcia. Z ostrożności procesowej, w wypadku nieuwzględnienia zarzutu obniżenia wynagrodzenia, podniósł zarzut potrącenia kwoty 78.286,35 złotych tytułem odszkodowania za nienależyte zrealizowania robót przez powódkę. Pozwany podniósł również zarzut obniżenia wynagrodzenia o kwotę 18.988,74 złotych tytułem odszkodowania za nienależytą realizację umowy, a z ostrożności procesowej zarzut potrącenia tej kwoty. Wskazał, że kwota ta stanowi sumę kosztów dotychczas poniesionych przez niego w celu usunięcia wad robót wykonanych przez powódkę. W końcu podniósł zarzut obniżenia, a z ostrożności procesowej – potrącenia, kwoty 73.935,08 złotych tytułem kosztów zakupionych przez niego materiałów oraz wdzierzawionego sprzętu.

#### ***Stan faktyczny ze wskazaniem dowodów:***

Pozwany w dniu 18 czerwca 2009 roku zawarł z (...) S.A. z siedzibą w K. umowę najmu lokalu znajdującego się w budynku zlokalizowanym na działce położonej w M. przy ul. (...) oraz parkingu na około 35 miejsc parkingowych (§ 1.1 umowy w związku z § 1.3 umowy). Pozwany zobowiązał się do sporządzenia projektu budowlanego prac adaptacyjnych nieruchomości na potrzeby sklepu (...) na podstawie zaakceptowanej przez najemcę koncepcji architektonicznej, koncepcji zagospodarowania terenu, wytycznych technologicznych i (...) Sklepu (...) stanowiących załączniki do umowy (§ 1.5). Niezwłocznie po zaakceptowaniu przez Najemcę projektu, wynajmujący miał wystąpić z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę (§ 1.7). Przedmiot umowy miał zostać przekazany najemcy w stanie „pod klucz” zgodnie z zaakceptowanym projektem, a w punktach nie ujętych w projekcie zgodnie ze standardem, a także szczegółową dokumentacją powykonawczą, najpóźniej do dnia 20 lutego 2010 roku (§ 1.8).

#### ***Dowód: - umowa najmu pomiędzy pozwanym a (...) S.A.***

##### ***z wykazem załączników (k. 105–109),***

W dniu 10 września 2009 roku strony zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie przez powódkę obiektu handlowo – usługowego zlokalizowanego w M. przy ul. (...), z przeznaczeniem na wynajem w części dla J. M. na sklep (...), z zachowaniem standardów budowy obiektów J. M. i dla innych najemców, zgodnie z dokumentacją projektową, stanowiącą wskazaną w umowie jako załącznik nr 1. Prace budowlane miały obejmować budowę obiektu „pod klucz” bez instalacji centralnego ogrzewania i z częścią prac wodnokanalizacyjnych bez budowy parkingu (§ 1 ust. 1). Terminy rozpoczęcia i zakończenia oraz zakres poszczególnych zadań inwestycyjnych miał określać uzgodniony przez strony harmonogram realizacji inwestycji, mający stanowić integralną część umowy i jej załącznik nr 2 (§ 1 ust. 2).

W § 4 ust. 1 umowy strony postanowiły, że wynagrodzenie wykonawcy (powódki) będzie obliczane na podstawie wynegocjowanych, rynkowych, uzgodnionych i podpisanych kosztorysów zgodnie z zestawieniem planowanych prac

i przewidywanych kosztów stanowiących załącznik numer 4 do umowy. Uzgodniono, że inwestor (pozwany) może żądać wykonania, a wykonawca może żądać dodatkowego wynagrodzenia, jeżeli w toku realizacji inwestycji zajdzie konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych nie objętych postanowieniem, o którym mowa w punkcie 1 (§ 4 ust. 2), natomiast wykonawca nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia, jeżeli prace dodatkowe wykona bez uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego (§ 4 ust. 3). Pozwany miał wypłacać powódce w terminach tygodniowych częściowe zaliczki na poczet wynagrodzenia w wysokości proporcjonalnej do zaawansowania poszczególnych etapów inwestycji. Wynagrodzenie oraz zaliczki miały być płatne na podstawie faktur częściowych, w trakcie realizacji poszczególnych zadań inwestycyjnych. W umowie stwierdzono, że zapłaty częściowe nie są potwierdzeniem odbioru wykonanych prac. Ostateczne rozliczenie pomiędzy stronami miało nastąpić na podstawie faktury końcowej wystawionej przez wykonawcę i na podstawie bezusterkowego protokołu odbioru końcowego wykonanych prac. Termin płatności faktury końcowej strony ustaliły na 21 dni od daty jej złożenia wraz z uzyskanym pozwoleniem na użytkowanie i końcowym bezusterkowym protokołem odbioru u inwestora (§ 4 ust. 4). W paragrafie 5 ust. 3 umowy strony postanowiły, że dokumentami stwierdzającymi dokonanie odbioru będą protokoły zdawczo – odbiorcze podpisane przez strony uczestniczące w odbiorze. Stwierdzono, że protokoły odbiorów częściowych nie stanowią odbioru częściowego przedmiotu tej umowy, a jedynie są podstawą do rozliczeń pomiędzy stronami. Potwierdzeniem całości prac miał być protokół końcowy. W § 7 umowy strony przewidziały możliwość odstąpienia od umowy zarówno przez wykonawcę jak i przez zamawiającego. Jako jedną z przyczyn możliwego odstąpienia od umowy przez powódkę wskazano istnienie wad i usterek oraz ich nieusunięcie w ustalonych terminach.

W harmonogramie przebudowy pawilonu handlowego, wskazującym czas trwania i przebieg nie tylko robót powódki, lecz również prace wyłączone umową powódki z pozwanym z wykonawstwa powódki, termin rozpoczęcia prac określono na dzień 28 września 2009 roku. Prace miały być wykonane w ciągu 12 tygodni. Obejmowały: prace wyburzeniowe, rozbiórkę i montaż pokrycia dachu, roboty ziemne powierzchniowe i wykopy fundamentowe, stropy, ławy fundamentowe żelbetowe, ściany fundamentowe częściowe, słupy żelbetowe, izolację przeciwwilgociową i przeciwtermiczną, podbudowę posadzkową częściową, płytę żelbetową posadzkową częściową, ściany murowane nadziemne zewnętrzne i wewnętrzne, wieńce, nadproża i podciągi, montaż konstrukcji dachu, obróbki blacharskie, tynki wewnętrzne, sufity podwieszane, płytki podłogowe, płytki ściennie, ślusarkę drzwiową i okienną, wiatrołap aluminiowy, malowanie wewnętrzne, tynkowanie ścian zewnętrznych, płytki klinkierowe na elewacji oraz wykończenie, założenie instalacji kanalizacji podposadzkowej, instalację wody przeciwpożarowej, instalację centralnego ogrzewania grzejnikowego, instalację centralnego ogrzewania do nagrzewnic, biały montaż, instalacje wentylacji i automatykę, oświetlenie wewnętrzne, instalację siłową i gniazd wtykowych, odgromową i uziemiającą oraz oświetlenie parkingu, korytowanie pod drogi, wykonanie podbudowy pod nawierzchnie, krawężników, nawierzchni z kostki betonowej oraz terenów zielonych, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej. Wartość poszczególnych prac została określona w kosztorysie.

**Dowody: - umowa nr (...);**

**- harmonogram przebudowy pawilonu handlowego (k. 96),**

**- kosztorys (k. 97–99).**

Prace rozpoczęły się w dniu 26 września 2009 roku rozbiórką dachu oraz robotami ziemnymi pod stropy fundamentowe słupów w osi środkowej (...) – 8 sztuk i w osi dylatacyjnej (...) – 8 sztuk. Następnie wykonano kolejno fundamentowanie, roboty murowe i wieńce na istniejącym murku fundamentowym od strony ul. (...) oraz zbrojenie na całej długości ściany od strony W., murowanie ściany zewnętrznej od strony ul. (...) do poziomu +3,50, zbrojenie i szalunek słupów. Zmieniono sposób wykonania trzpieni słupa żelbetowego, co zostało odzwierciedlone wpisem i rysunkiem w dzienniku budowy. W toku wykonywania ściany pełnej projektant w zakresie konstrukcji J. T. określał warunki wykonania, w szczególności konieczność wykonania trzpieni żelbetowych w ścianach wewnętrznych lub na ich szczycie. Podczas kolejnej wizyty w dniu 29 października 2009 roku stwierdził nieprawidłowe zakotwienie słupów stalowych konstrukcji zadaszona do odpowiednich stóp. Kierownik budowy w dniu 6 listopada 2009 roku odebrał zbrojenie słupów i podciągu ściany zewnętrznej. Po zabetonowaniu trzpieni rozpoczęto montaż dźwigarów

dachowych. W kolejnych dniach dokończono szalunek i zbrojenie wieńca ściany zewnętrznej od strony szczytowej oraz trzpieni żelbetowych ściany szczytowej od strony południowo – wschodniej, a także zakończono roboty murowe ściany szczytowej od strony południowo – wschodniej i montaż kanalizacji podposadzkowej. W dniu 16.11.2009 roku zakończono murowanie ścian wewnętrznych a dwa dni później montaż płyt dachowych. W kolejnych dniach nastąpiły prace dotyczące instalacji elektrycznej, montaż pokrycia dachowego paneli systemowych, montaż stolarki zewnętrznej oraz tynkowanie ścian wewnętrznych. W dniu 30.11.2009 roku zakończono montaż konstrukcji sufitu podwieszanego i rozpoczęto układanie płytek gresowych na posadzce oraz montaż stolarki wewnętrznej, a w następnych dniach malowanie ścian tynkowanych, układanie glazury i terakoty oraz robót elewacyjnych. 7 grudnia 2009 kierownik budowy M. K. wpisał zakończenie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie dachu nad budynkiem głównym, dobudowie zadaszenia nad wejściem oraz prac instalacyjnych.

***Dowód: Dziennik budowy (k. 245).***

W toku prac J. T., konstruktor pełniący nadzór autorski, sprawdził na prośbę pozwanego wyciągnięcie zbrojenia ławy wewnętrznej ścian pomiędzy (...) a kompleksem usługowym z uwagi na zagrożenie błędnym wykonaniem. Zgłosił zalecenie zmierzające do uniknięcia błędnego wykonania. Zalecenie to nie zostało wpisane do dziennika budowy, ponieważ roboty te nie były jeszcze wykonywane. Już po wykonaniu ścian pozwany zgłosił J. T. pęknięcia ściany w tym miejscu. Stwierdzając to pęknięcie J. T. skojarzył je ze swoją opisaną wyżej uwagą i doszedł do wniosku, że jego zalecenie nie zostało wykonane. Nie wskazał doraźnych sposobów nieniszczącego zaradzenia tej sytuacji ponieważ uznał, że usunięcie tego pęknięcia wymaga rozebrania w tym miejscu posadzki, dostania się do ławy i wzmocnienia jej od wewnątrz.

Jeszcze w trakcie wykonywania prac przez powódkę były jej zgłaszane zastrzeżenia w sprawie jakości prac. Dotyczyły one odpadających płytek, zamazanych płytek, pękających ścian, pękających i spadających kafli przy wjeździe od zewnątrz, niedokończonego fugowania kafelek. Reklamacje były zgłaszane telefonicznie i pisemnie. Zarówno w trakcie trwania robót powódki, jak i wówczas gdy pracownicy powódki opuścili miejsce robót. Dotyczyły: centrali sterującej ogrzewaniem, ułożenia kabla na wjeździe, napięcia elektrycznego na klamce drzwi wejściowych, zabrudzeń klinkieru, braku części klinkieru, braku instalacji odgromowej, styropianu oderwanego od ściany, nierówności styropianu, pęknięć ściany, nieprawidłowego ułożenia terakoty, braku izolacji w niektórych częściach fundamentów, elewacji, ocieplenia kanałów instalacji grzewczo-wentylacyjnej. Większości zgłaszanych usterek powódka nie usunęła, bowiem pełnomocnik powódki T. T., kierujący jej robotami, stwierdził, że ich przyczyną był ciekący dach, którego powódka nie wykonywała. W wiadomości nadesłanej pocztą elektroniczną z dnia 28 czerwca 2010 roku powódka poinformowała pozwanego, że do dnia 12 lipca 2010 przystąpi do naprawy zakresów które dotyczyły jej prac z branży budowlanej zgodnie z kosztorysem i zleceniem z 2009 roku. Powódka poprawiała jedynie roboty malarskie oraz usunęła uszkodzenie centrali sterującej ogrzewaniem, co miało miejsce już po oddaniu sklepu (...). Usunięcia wad w robotach powódki, których ona nie usunęła, dokonali inni wykonawcy.

***Dowody: - dokumentacja zdjęciowa (k. 53, 151–158);***

***- pisma pozwanego do powódki (k. 44-45, 49-52, 54, 57, 189-191);***

***- korespondencja e-mailowa (k. 46-48, 55-56);***

***- zeznania świadków: S. G. (k. 238), R. G.***

***(240-241), J. T. (k. 265–266), J. S. (1)***

***(k. 267), Z. C. (k.268), S. Ł.***

***(k. 290–292), I. S. (k. 292–293), L. W.***

***(k. 293–294), W. J. (k. 294 ), T. T.***

**(k. 239-240);**

**- przesłuchanie pozwanego A. B. (k. 327–329).**

Powódka opuściła plac robót w grudniu 2009 roku. Nie wykonała do końca wszystkich robót.

**Niesporne (k. 241).**

W dniu 17 grudnia 2009 roku pozwany wraz z przedstawicielem (...) Spółki Akcyjnej w K. R. F. sporządzili protokół z przeglądu stanu zaawansowania prac budowlanych sklepu (...) - (...) w M. przy ul (...). W sporządzonym protokole wskazano na istnienie usterek w pomieszczeniu socjalnym, pomieszczeniu gospodarczym, w toaletach żeńskich i męskich, w szatni, na korytarzu, w wiatrołapie, w sali sprzedaży, w wejściu do pomieszczeń socjalnych oraz w wejściu do magazynu, w strefie wejścia, w pokoju kierownika, w pomieszczeniach mycia wózków, w pomieszczeniach agregatu, w magazynie oraz w zakresie prac zewnętrznych. Wśród usterek wymienili między innymi: pęknięcia płytek, brak fug na części płytek, pęknięcia płyt sufitowych, braki cokolików, wykończeń silikonowych, daszka nad wejściem, niedokończenie elewacji.

W dniu 29 grudnia 2009 roku pozwany wraz z przedstawicielem (...) Spółki Akcyjnej w K. R. F. sporządzili protokół zdawczo – odbiorczy obiektu budowlanego położonego w M. przy ul (...). W załączniku do protokołu przekazania obiektu wskazane zostało, że na elewacji obiektu, w wiatrołapie, magazynie I i II oraz pomieszczeniu socjalnym nadal istnieją usterki.

**Dowody: - protokół przeglądu stanu zaawansowania prac budowlanych (k. 159 –**

**169),**

**- dokumentacja zdjęciowa (k. 53, 151–158)**

**- protokół zdawczo – odbiorczy z załącznikiem (k. 170–175),**

**- zeznanie świadka R. F. (k. 326-327),**

**- przesłuchanie pozwanego A. B. (k. 327 – 329).**

Wypłaty dla powódki były przez pozwanego dokonywane zaliczkowo. Powódka wystawiała też faktury zaliczkowe. Powódka za zakupione przez siebie materiały budowlane wystawiła pozwanemu faktury Vat: - w dniu 7 października 2009 roku o nr (...) na kwotę 8.135,62 złotych, w dniu 15 października 2009 roku o nr (...) na kwotę 3.234,07 złotych oraz o nr (...) na kwotę 5.277,72 złotych, w dniu 21 października 2009 roku o nr (...) na kwotę 12.780,55 złotych oraz o nr (...) na kwotę 10.491,31 złotych. W dniu 17 grudnia 2009 roku powódka wystawiła pozwanemu faktury Vat: - nr (...) na kwotę 36.600 złotych brutto tytułem wykonania instalacji elektrycznej w obiekcie M. ul (...), - nr (...) na kwotę 30.500 złotych brutto tytułem wykonania przyłączy wody oraz kanalizacji, - nr (...) na kwotę 97.600 złotych brutto tytułem wykonania systemu wentylacji w sklepie (...) w M. ul (...). W dniu 17 grudnia 2009 roku powódka wystawiła pozwanemu faktury Vat: - nr (...) na kwotę 36.600 złotych brutto tytułem wykonania instalacji elektrycznej w obiekcie M. ul (...), - nr (...) na kwotę 30.500 złotych brutto tytułem wykonania przyłączy wody oraz kanalizacji, - nr (...) na kwotę 97.600 złotych brutto tytułem wykonania systemu wentylacji w sklepie (...) w M. ul (...).

Pozwany dokonywał wpłat na konto powódki. W dniu 6.10.2009 roku wpłacił powódce kwotę 8.315,62 złotych tytułem płatności za fakturę (...), w dniu 23.10.2009 roku wpłacił powódce kwotę 23.271,86 złotych tytułem płatności za faktury o nr (...), w dniu 23.10.2009 roku wpłacił powódce kwotę 68.727,24 złotych tytułem płatności za fakturę nr (...), w dniu 26.10.2009 roku wpłacił powódce kwotę 8.511,79 złotych tytułem płatności za faktury o nr (...), w dniu 6.11.2009 roku pozwany wpłacił powódce kwotę 61.000 złotych tytułem płatności za fakturę nr (...), w dniu 18.11.2009 roku pozwany wpłacił powódce kwotę 61.000 złotych, a w dniu 24.11.2009 roku kwotę 61.000 złotych tytułem płatności za faktury nr (...), w dniu 1.12.2009 roku pozwany wpłacił powódce kwotę 60.000 złotych tytułem

faktury (...), w dniu 10.12.2009 roku pozwany wpłacił powódce kwotę 62.000 złotych tytułem płatności za fakturę nr (...) oraz kwotę 61.000 złotych tytułem płatności za fakturę nr (...), w dniu 17.12.2009 roku pozwany wpłacił na rzecz powódki kwotę 61.000 złotych tytułem płatności za fakturę nr (...), w dniu 22.12.2009 roku pozwany wpłacił na rzecz powódki kwotę 51.740 złotych tytułem płatności za faktury (...).

W dniach 11, 18, 26 września oraz 2 i 9 października 2009 roku K. S. odebrał w imieniu powódki od pozwanego kwoty w łącznej wysokości 65.000 złotych, a w kasie pozwanego odebrał w imieniu powódki kwotę 30.000 złotych tytułem zaliczek na poczet rozpoczętych robót budowlanych.

W grudniu 2009 roku działający w imieniu powódki T. T. przedłożył już po zejściu z budowy pozwanemu kosztorys powykonawczy na kwotę 506.728,22 złotych. Kosztorys zawierał informację na temat rodzaju wykonywanych prac oraz zawierał wskazanie wartości każdej z nich. T. T. dyktował pozwanemu kwoty składające się na tą wskazaną sumę oraz ustalone przez siebie rozliczenie. T. T. dokonał adnotacji na dole podsumowania gdzie wskazał kwoty odpowiadające refakturom i odliczeniom. Ponieważ kosztorys zawierał pozycje i stawki, które pozwany uznał za wątpliwe i zawyżone, wezwano powódkę do przedstawienia obmiarów. T. T. przedstawił obmiary, wskazane zostały poszczególne prace wymienione w kosztorysie powykonawczym, ich ilość oraz wartość każdej z nich. Pozwany poddał je weryfikacji. Dokonał jej pracownik pozwanego S. Ł. wraz z technologiem. S. Ł. zaznaczył czerwonym znacznikiem i opisał czerwonym długopisem pozycje, których nie można było zweryfikować z uwagi na to, że prace te nie były widoczne. Tych pozycji była większość spośród wymienionych. Przy pozycjach obmiarów dotyczących prac określonych jako: „1. Obsypanie fundamentów piaskiem z ubiciem”, „2. Mechaniczna rozbiórka elementów konstrukcji betonowych niezbrojonych o grubości ponad 5 cm” dopisano kolorem czerwonym „nie zobaczymy”, przy pozycjach „3. Ręczne wykopy wąskoprzestrzenne ze skarpami o szerokości dna do 1,5 metra i grubości 1,5 m” oraz „4. Podkłady betonowe na podłożu gruntowym B-10” umieszczono adnotacje „już są kafelki, nie zobaczymy”, przy pozycji „ 5. ławy fundamentowe prostokątne” umieszczono adnotację „w fundamentach nie zobaczymy”, przy pozycji „6. Stopy fundamentowe prostokątne żelbetowe o obj. do 1,5 m<sup>(3)</sup>” umieszczono adnotację „tynki i styropian, nie zobaczymy”, przy pozycjach „7. Ściany fundamentowe żelbetowe – nadlewką” i „8. Fundamenty z bloczków betonowych na zaprawie cementowej” umieszczono adnotację „nie ma możliwości”, przy pozycji „9. Izolacje przeciwwilgociowe bitumiczne pionowe z lepikiem na zimno” umieszczono adnotację „leży klinka siatka styropianu nie zobaczymy”, przy pozycjach „12. przygotowanie i montaż zbrojenie – pręty gładkie”, „13. Osadzenie w stopach kotew dla słupków” umieszczono adnotacje „zalane”, przy pozycji „14. Obsypanie fundamentów piaskiem z ubiciem – stopy fundamentowe” umieszczono adnotację „zasypane”. przy pozycji „15. Uzupełnienie posadzki przy fundamentach” umieszczono adnotację „płytki nie ma możliwości”, przy pozycji „przesunięcie ściany” umieszczono adnotację „nie zobaczymy”, przy pozycji „II. 4. Słupy żelbetowe w ścianach murowanych o gr do 0,3 m dwustronnie deskowane” umieszczono adnotację „nie ma możliwości w ścianach”, przy pozycjach „II 7. belki i podciągi o stosunku deskowania obwodu do przekroju do 10”, oraz „II 8. przygotowanie i montaż zbrojenia” umieszczono adnotację „nie ma możliwości zalane”, przy pozycji „III. 10. wykonanie ścianek działowych G-K grubości 5 cm z wełną mineralną umieszczono adnotację „zabudowane płytkami”, przy pozycjach „III 14. wykonanie szkielety pod posadzki gr 20 cm” oraz „III 15) w pogrubienie o 10 m” umieszczono adnotacje „zalane nie zobaczymy”, przy adnotacji „III 18. stawka godzinowa – praca przy kruszarce” umieszczono adnotację „nie określe”, przy pozycji Ochrona narożników kątownikiem z siatką” umieszczono adnotację „nie widać”, przy pozycji „dodatek za drugą siatkę zbrojeniową elewacji pod klinkier” umieszczono adnotację „nie widać”. Pozwany zakwestionował wartość poszczególnych prac wskazanych w tym kosztorysie stwierdzając, że odbiegała od wartości poszczególnych prac wskazanych w kosztorysie stanowiącym załącznik do umowy z dnia 10 września 2009 roku. Stwierdził też, że w kosztorysie zostały ujęte prace, które nie zostały wykonane przez powódkę.

***Dowody: - faktury Vat wystawione przez powódkę (k. 32–34, 146–150);***

***- wyciąg z rachunku bankowego powódki z dnia 23.12.2009 roku (k. 31),***

***- pokwitowania i dowody wpłat(k. 110–118, 120–126),***

**- oświadczenie powódki z dnia 22.01.2010 roku (k. 119),**

**- kosztorys powykonawczy (29, 198–200),**

**- zestawienie obmiarów (k. 19-28, 201),**

**- zeznanie świadka S. Ł. (k. 290–292),**

**- przesłuchanie pozwanego A. B. (k. 327–329),**

W dniu 31 grudnia 2009 roku powódka wystawiła pozwanemu fakturę Vat nr (...). W fakturze w pozycji pierwszej wskazano: prace budowlane, rozliczenie końcowe zgodnie z kosztorysem powykonawczym o wartości 562.363,42 złotych brutto. W pozycji 2 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 61.000 złotych, w pozycji 3 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 61.000 złotych, w pozycji 4 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 61.000 złotych, w pozycji 5 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 60.000 złotych, w pozycji 6 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 61.000 złotych, w pozycji 7 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 62.000 złotych, pozycji 2 wskazano zaliczkę za prace budowlane – 61.000 złotych. Jako kwotę do zapłacenia wskazano 135.363,42 złotych. Faktura ta została wystawiona jako faktura końcowa.

Pozwany początkowo zarejestrował tą fakturę w ewidencji księgowej i odliczył zapłacony podatek od towarów i usług. W piśmie z dnia 26 lutego 2010 roku, podpisanym przez księgową pozwanego J. S. (2), poinformowano powódkę, że pozwany dokonał kompensaty zobowiązań z faktury Vat o nr (...) na kwotę 135.363,42 złotych z należnościami w kwocie 4.091,69 złotych wynikającymi z wystawionych przez niego faktur o nr (...) na kwotę 45,84 oraz z faktury nr (...) na kwotę 4045,85 złotych.

**Dowody: - faktura Vat nr (...) (k. 35),**

**- oświadczenie pozwanego z dnia 26.02.2010 roku (k. 36),**

**- zeznania świadków T. T. (k. 239-240), R. G.**

**(k. 240–242),**

**- przesłuchanie pozwanego A. B. (k. 327–329)**

W dniu 22 stycznia 2010 roku pozwany wystawił powódce fakturę Vat o nr (...) na kwotę 45,84 złotych tytułem naprawy sprzętu wypożyczonego z firmy (...) według protokołu (...), natomiast w dniu 31 stycznia 2010 roku pozwany wystawił powódce fakturę Vat o nr (...) na kwotę 4.045,85 złotych tytułem naprawy sprzętu wypożyczonego z firmy (...) według protokołu (...).

**Dowody: - faktury wystawione przez pozwanego (k. 37–38).**

Pismem z dnia 21 stycznia 2010 roku pozwany zwrócił się do powódki o przysłanie listy wszystkich podwykonawców związanych z wykonaniem umowy łączącej strony o wskazanie firm, telefonu kontaktowego oraz kwoty całkowitego zobowiązania (płatności wymagalnych i przyszłych) wynikających z umowy.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 25 stycznia 2010 roku powódka wskazała, że w związku z przedłużającymi się negocjacjami kosztorysu powykonawczego zgodnie z obmiarami wykonanymi przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, a uzgodnionymi cenami, które na spotkaniu w dniu 17 grudnia 2009 roku z powodem nie były kwestionowane, doszło do sytuacji, gdzie podwykonawcy wykonali usługę, a nie zostali rozliczeni. Wskazała, że zestawienie na podstawie dokumentów księgowości pozwanego z dnia 15.01.2010 roku uzupełnione fakturą końcową, fakturą zaliczkową do faktury pro formy, dostarczone w dniu 22 stycznia 2010 roku, również potwierdza saldo rozliczeń, które w pełni pokrywają zobowiązania podwykonawców powódki. Do pisma załączyła dokument w

postaci raportu zaległości płatniczych na łączną kwotę 158.526 złotych, rejestr kontrahentów oraz listę wpisanych faktur zakupu wraz z zawartością.

W wiadomości nadesłanej R. G. pocztą elektroniczną w dniu 1 lutego 2010 roku T. T. przedstawiający się jako pełnomocnik powódki zwrócił się o wyznaczenie terminu spotkania w sprawie rozliczeń umowy.

W odpowiedzi na powyższe R. G. stwierdził, że umowa nie została zrealizowana zgodnie z jej zapisami. Wskazał, że to powódka powinna zadbać o stosowne protokoły odbioru poszczególnych etapów wykonania prac zakrytych i prac dodatkowych oraz o protokół końcowy z ustosunkowaniem się do ilości i jakości wykonanych prac. Wskazał, że powódka nie przedłożyła żadnych dokumentów poza zestawieniem sporządzonym na jego żądanie. Podkreślił, że na spotkaniu w dniu 17 grudnia 2009 roku powódka nie uzyskała akceptacji cen. Nadto podniósł, że powódka położyła klinkier na mniejszej powierzchni niż przez nią wskazana, że nie wykończyła zachodniej części elewacji, na części klinkieru nie ma fug, a tam gdzie występują fugi występują również poważne wady lub klinkier o różnych odcieniach zabrudzony zaprawą.

***Dowody: - korespondencja pomiędzy stronami (k. 39–52, 176–191).***

W dniu 12 marca 2010 roku pozwany przedstawił powódce propozycję końcowego rozliczenia na podstawie przedstawionego przez powódkę kosztorysu powykonawczego, skorygowanego o ceny uzgodnione i ilość. Wskazał, że propozycja jest aktualna pod warunkiem dokończenia przez powódkę wykończenia klinkierem od strony zachodniej, uzupełnienie fug, oczyszczenie klinkieru z zabrudzeń i plam, dostarczenie dokumentacji elektrycznej powykonawczej, ułożenie w prawidłowy sposób kabla na wjeździe od strony ul (...) i usunięcie wszystkich usterek oraz uregulowanie zobowiązań wobec zatrudnionych podwykonawców. Pozwany wskazał, że niektóre pozycje przedstawionego przez powódkę kosztorysu powinny być pomniejszone lub z niego usunięte. Przedstawione ceny zgodnie z umową powinny być takie jak uzgodniono w październiku i rynkowe, a szereg pozycji w ostatnim kosztorysie nie spełniają tego warunku, transport Inwestora to transport tylko głównych materiałów i całotransportowych, koszty za certyfikat i pomiary to koszty powódki, a narzut za zakup wyposażenia w pozycji w kosztorysie II meble i fundament, narzut łączny prawie 30%. Pozwany zaproponował ryczałtowe rozliczenie wykonanych prac na łączną kwotę netto 575.744 złotych.

***Dowód: - pismo pozwanego do powódki z dnia 12.03.2010 roku (k. 57).***

W dniu 23 kwietnia 2010 roku powódka sporządziła dokument zatytułowany: wyjaśnienie do faktury (...), w którym wskazała, że zgodnie z pozycją nr 1 tej faktury kwota kosztorysu w kwocie 506.728,22 złotych została pomniejszona o kwotę 30.813,50 złotych z tytułu częściowo wykonanych prac zawartych w kosztorysie w pozycji 1.1, 20.2, 56.6, 19.2 oraz o kwotę 32.868 złotych netto z tytułu wcześniej wystawionych i zapłaconych faktur za materiały budowlane w 2009 roku oraz powiększona o kwotę 17.906,90 złotych netto wynikającą z wykonania dodatkowych prac.

***Dowody: - pisemne wyjaśnienie powódki do faktury (...) (k. 30),***

***- zeznanie świadka T. T. (k. 239–240)***

Pismem z dnia 13 sierpnia 2010 roku powódka wezwała pozwanego do zapłaty 135.363,42 złotych. W kolejnym piśmie skierowanym do pozwanego wezwała go do zapłaty 131.271,73 złotych wskazując, że prostuje błąd rachunkowy poprzednio wysłanego wezwania polegający na nieuwzględnieniu kwoty 4.091,69 tytułem kompensaty wzajemnych zobowiązań.

***Dowody: - wezwanie do zapłaty z dnia 13.08.2010 roku (k. 58-59)***

***- pismo powódki z dnia 8.09.2010 roku (k. 59).***

W dniu 2 sierpnia 2011 roku pozwany zawarł z E. K. umowę, której przedmiotem było sporządzenie kosztorysu wykonawczego dotyczącego wartości naprawy budynku handlowego (...) położonego w M. przy ul (...). W dniu 7 sierpnia E. K. sporządziła kosztorys, w którym wartość kosztorysową robót ustaliła na łączną kwotę 78.286,35



złotych na podstawie poziomu cen z II kwartału (...) z 2011 roku oraz cen lokalnych. Kosztorys został sporządzony na podstawie oględzin. E. K. kontaktowała się również z J. S. (3) i zapoznała się ze sporządzoną przez niego opinią.

***Dowód: - umowa pozwanego z E. K. wraz z protokołem i***

***rachunkiem (k. 192),***

***- kosztorys wykonawczy (k. 202),***

***- zeznanie świadka E. K. (k. 309 - 310 )***

J. S. (3) wykonał na zlecenie pozwanego ekspertyzę techniczną dotyczącą oceny budynku handlowego (...) w M. przy ul. (...). W jej treści wskazał, że w części od strony granicy działki występuje wiele istotnych nieprawidłowości wykonawczych, a niezależnie od nich powstały uszkodzenia ścian będące następstwem nierównomiernych osiadań fundamentów. Uszkodzenia te obniżają walory estetyczne, użytkowe oraz techniczne budynku. Do nieprawidłowości estetycznych zaliczył niestaranne wykonanie elewacji oraz zabrudzenia płytek klinkierowych, brak okapników w podokiennikach, nierówna szerokość spoin, niestaranne ułożenie płytek oraz odpadanie tych płytek. Do nieprawidłowości obniżających właściwości użytkowe zaliczył nieprawidłowości wykonania styku polbruki ze ścianą, brak progu w styku drzwi z polbrukiem, korozję tynków wewnętrznych, rysy poziome w tynku na ścianach. Do uszkodzeń obniżających walory techniczne budynku zaliczył zarysowania ścian zewnętrznych i wewnętrznych oraz zbyt małe oparcie nadproża.

***Dowody: - faktura Vat (k. 193),***

***- ekspertyza techniczna na zamówienie pozwanego (k. 203),***

***- zeznanie świadka J. S. (3) (k. 325).***

W dniu 21 grudnia 2010 roku pozwany sporządził protokół rozliczenia kosztów inwestycji i korekty tych kosztów po przyjęciu środka trwałego. W jego treści wskazał, że w wyniku prac inwentaryzacyjnych i ujawnienia wad ukrytych ponownie wyceniono inwestycję (...) i ustalono, że powódka nie wykonała wszystkich prac, które zostały zafakturowane, a wykonując prace zawyżyła ich wartość w wystawionych fakturach. W piśmie wskazano również, że w wyniku tych ustaleń podjęto decyzję o wycofaniu z rejestrów Vat i ksiąg handlowych faktur wystawionych przez powódkę o numerach FV (...) na kwotę 110.953,62 złotych i o nr FV (...) na kwotę 61.000 złotych. Razem zmniejszenie objęło 160.953,62 złotych. W wyniku korekty w wartości inwestycji, podjęto decyzję o skorygowaniu wartości początkowej środka trwałego i proporcjonalnym zmniejszeniu odpisów amortyzacyjnych za 2010 rok.

***Dowody: - protokół pozwanego z dnia 21.12.2010 roku (k. 127),***

***- zeznanie świadka R. G. (k. 240–242).***

### **Ocena dowodów:**

Postępowanie w niniejszej sprawie było prowadzone z uwzględnieniem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych, zgodnie z ich brzmieniem obowiązującym do dnia 2 maja 2012 roku (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 roku o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw).

Ustaień faktycznych dokonano w oparciu o dowody pisemne, w tym dowód z dokumentu urzędowego w postaci dziennika budowy, dowody dokumentów prywatnych oraz korespondencji elektronicznej, a nadto w oparciu o zeznanie świadków zawnioskowanych przez strony oraz z przesłuchania pozwanego. Dowody z dokumentów prywatnych w postaci umów, faktur powódki i pozwanego, dowodów wpłat, korespondencji pomiędzy stronami, nie były przez strony kwestionowane w zakresie ich treści, a co do korespondencji stron – w zakresie składanych oświadczeń. W związku z powyższym dowody te podlegały ocenie na podstawie art. 230 k.p.c., to zaś, wzięwszy pod uwagę wyniki całej rozprawy, pozwoliło ustalić treści umów (przy czym w części ich przedłożonych dokumentacji),

faktur i oświadczeń stron. Trzeba zastrzec, że niektóre z oświadczeń miały znaczenie w sprawie rozliczenia umowy, określenia wysokości wynagrodzenia powódki oraz jej odpowiedzialności na podstawie przepisów o rękojmi za wady, toteż niezbędne będzie przyporządkowanie tych treści do mających w sprawie zastosowanie przepisów prawa materialnego, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części uzasadnienia.

Należy w tym miejscu zauważyć, że powódka nie odniosła się do treści odpowiedzi na pozew, ani do złożonych przy tej odpowiedzi dowodów. Okoliczność ta jest tym bardziej doniosła, że powódka w pozwie zastrzegła możliwość złożenia wniosków dowodowych po przedstawieniu stanowiska przez pozwanego (k. 7). W związku z powyższym zachodzi podstawa do wnioskowania, że nie korzystając z tego zastrzeżenia powódka nie tylko wyraźnie przyznała, że nie wykonała wszystkich robót wynikających z umowy (co nastąpiło na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 roku - k. 241), ale też nie zaprzeczyła, że wykonała swoje prace z wadami, których w znacznej mierze nie usunęła.

Trzeba zauważyć, że przemawia też za tym zeznanie świadka T. T., pełnomocnika powódki wskazanego w umowie stron, pełniącego faktyczne kierownictwo robót wykonywanych siłami przedsiębiorstwa powódki, który zeznał, że większości zgłoszonych usterek powódka nie uwzględniła „ponieważ ich przyczyną był ciekący dach, który był wykonywany przez pozwanego” (k. 240). Pozostając przy tym zeznaniu należy stwierdzić, że wskazanie świadka T. T. o przyczynach usterek zgłoszonych przez pozwanego nie może być uwzględnione z dwóch niezależnych od siebie powodów. Po pierwsze, z umowy stron wcale nie wynika, że powódka nie wykonywała robót dachowych. Po drugie, większość zgłaszanych usterek nie ma związku z robotami dachowymi. Ustalenie to nie wymaga wiedzy specjalnej a jedynie doświadczenia życiowego. Jest oczywiste, że braki klinkieru, złe ułożenie kabla przy wjeździe, nierówne i nietrwałe ułożenie styropianu, konieczność uzupełnienia fug, czy wymiana popękanych bądź oderwanych płytek, nie może mieć związku z przeciekaniem dachu.

Nieusunięcie usterek przez powódkę implikuje ustalenie, że usunięcie tych wad wymagało działania pozwanego i poniesienia przez niego kosztów. Wprawdzie można było ustalić koszty, które pozwany musiałby ponieść, by wady robót powódki usunąć, a to z tego względu, że powódka w żaden sposób nie odniosła się do wyliczenia pozwanego opartego na kosztorysie sporządzonym przez E. K., przedstawionym przez pozwanego wraz z odpowiedzią na pozew, ani z ekspertyzą rzeczoznawcy J. S. (3), jednak nie można było stwierdzić, że pozwany je poniósł. Co prawda pozwany przedstawił faktury wystawione mu przez podmioty trzecie za materiały i roboty budowlane, jednak nie można uznać, że dotyczą one z całą pewnością robót w pawilonie handlowym należącym do pozwanego, a tym samym usunięcia wad robót powódki. Badanie na podstawie art. 230 k.p.c. nie pozwala na przyznanie faktów wiązanych przez pozwanego z wzmiankowanymi fakturami, choć powódka i to tych faktur się nie odniosła.

Dowody te nie mogły być więc podstawą uznania, że pozwany posiada wierzytelności, które przedstawił do potrącenia. Zgodnie z art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. do potrącenia w sprawie gospodarczej można przedstawić wyłącznie wierzytelności udowodnione dokumentami. Nie sposób uznać, że pozwany sprostał temu obowiązkowi udowodnienia.

Przechodząc do dowodów z dokumentów w postaci kosztorysu powykonawczego, obmiarów oraz faktury Vat nr (...), pozwany nie tyle kwestionował ich prawdziwość, co przeczył twierdzeniom, które powódka zamierzała udowodnić za pomocą tych dokumentów oraz podnosił przeszkody przeciwko uznaniu kwoty żądanej przez powódkę. Ponownie należy podkreślić, że powódka nie ustosunkowała się twierdzeń pozwanego zawartych w odpowiedzi na pozew. Co więcej, powódka nie przedłożyła dowodów, które pozwalałyby zweryfikować jej twierdzenia o wysokości należnego wynagrodzenia.

Dochodząc zapłaty z faktury powołanej w pozwie to powódka miała obowiązek wykazania, że zapłata się jej należy (art. 6 k.c.). Powinna więc przedstawić dowody istnienia stosunku prawnego, z którego wynika zobowiązanie stanowiące zapłatę dochodzonej kwoty (z przedstawionej przez powódkę dokumentacji umowy nie wynika wysokość umówionego wynagrodzenia), jak również dowody spełnienia świadczenia wzajemnego, którego ekwiwalentem ma być dochodzona kwota. Powódka nie sprostała temu w żadnym z tych zakresów.

Zwraca tutaj uwagę to, że powódka w ogóle zaniechała przedłożenia całości dokumentacji umowy stron, a więc tych jej załączników, które pozwoliłyby szczegółowo ustalić zakres jej świadczenia umownego oraz podstawy ustalenia wynagrodzenia. Powódka nie przedstawiła również wyliczenia kosztorysowego, które miałyby dokumentować sposób obliczenia. Powódki nie może chronić uzupełnienie dowodowe ze strony pozwanego, bowiem przy jej procesowym obowiązku dowodzenia (art. 232 k.p.c.) obowiązkiem sądu jest ustalenie, czy strona inicjująca proces wykazała okoliczności faktyczne, których istnienie determinuje możliwość ich skutecznego wpisania (subsumcji) w odpowiednią podstawę prawną. Jeżeli ustalenia takiego dokonać nie można, to fakt ten niweczy samoistnie zasadność powództwa i to niezależnie od tego czy pozwany udowodnił podstawy faktyczne przyjętej obrony (tak Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 września 2012 roku, I ACa 568/12).

To, że nie było sporu na temat tego, że strony zawarły umowę o treści przedstawionej przez powódkę i że powódka przedstawiła obmiary, których część załączyła do pozwu, oraz faktury, w tym fakturę z której dochodziła roszczenia, powołała się na kosztorys i jego domniemaną akceptację przez pozwanego, nie stanowi o wykazaniu okoliczności faktycznych powództwa. Ponieważ umowa nie zawierała oznaczenia wysokości wynagrodzenia wyrażonego kwotą, powódka winna była przedstawić podstawę ustalenia wysokości dochodzonej kwoty tytułem wynagrodzenia. Będzie jeszcze o tym mowa niżej.

Trzeba dodać, że nie można było ustalić faktu uznania przez pozwanego roszczenia powódki. Pierwsza część kosztorysu powódki, załączona do pozwu, nie zawiera stwierdzenia uzgodnienia wynagrodzenia. Pozwany nie podpisał podsumowania zawartego w zestawieniu kwot sporządzonym pismem ręcznym. Jeśli chodzi, o oświadczenie z dnia 26 lutego 2010 roku, to powódka nie wykazała, że oświadczenie to zostało złożone przez osobę upoważnioną do składania oświadczeń na rachunek pozwanego. Zważywszy na to, że pozwany prowadzi działalność indywidualną, a jedyną osobą wskazaną powódce jako upoważniona do składania oświadczeń w jego imieniu był R. G., nie można przyjąć, przy zaprzeczeniu pozwanego, że osoba, która podpisała wzmiankowane została do tego upoważniona przez pozwanego lub R. G.. Inną kwestią jest wymowa i skutek prawny takiego oświadczenia, choćby przyjąć, że osoba, która je podpisała mogła je złożyć na rachunek pozwanego. Będzie o tym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Wracając do umowy stron, również z kontekście umowy pozwanego z (...) spółką akcyjną, możliwe było jedynie ogólne ustalenie zakresu prac obowiązujących powódkę. Co do wynagrodzenia, to – jak już była mowa – umowa określiła jedynie zasady na jakich strony miały ustalić wynagrodzenie za wykonane prace. Powołano się na załączniki, których w niniejszym postępowaniu nie przedstawiono.

Dziennik budowy posłużył ustaleniu przebiegu robót dotyczących inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Ustalenia te zostały uzupełnione zeznaniami świadków w osobach S. G., J. T., J. S. (1), Z. C., S. Ł., I. S., L. W. i W. J. oraz zeznaniami pozwanego A. B.. Rzecz jasna zeznania te miały w tym względzie charakter jedynie uzupełniający, a niektóre z nich (np. Z. C.) nie miały znaczenia dla istotnych w sprawie ustaleń faktycznych. Uzupełnienie faktów wynikających z dziennika budowy polegało na wskazaniu czasu opuszczenia budowy przez powódkę i trwania robót w tym czasie oraz później.

Porównując treść dokumentów w postaci kosztorysu przedłożonego przez pozwanego wraz z umową stron, dokumentu obmiarów oraz kosztorysu sporządzonego przez powódkę, można było ustalić, że wartość poszczególnych prac wskazanych kosztorysie powódki odbiegała od wartości poszczególnych prac wskazanych w kosztorysie sporządzonym przed rozpoczęciem jej prac. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że samo to nie niweczy możliwości istnienia legitymacji powódki do dochodzenia wynagrodzenia wynikającego z faktury powołanej w pozwie, natomiast powódka musiałaby wykazać podstawy wskazania poszczególnych pozycji dokumentu kosztorysowego, a nadto wykazać, że mogła ująć w nim poszczególne prace. Taka weryfikacja wymaga wiadomości specjalnych, natomiast powódka cofnęła własny wniosek o dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na tą okoliczność. Choć bez tego dowodu nie można dokonać sprawdzenia, czy kosztorys i obmiary przedstawione przez powódkę odpowiadają wartości jej świadczenia wobec pozwanego, za które dotychczas nie otrzymała wynagrodzenia, to bez naruszenia zasady równości stron nie można było dopuścić dowodu z opinii biegłego z urzędu. Na marginesie warto zauważyć, że szczątkowość dokumentacji,

na którą powołała się powódka, w tym brak protokołów odbiorów jej robót, czyniłyby problematyczną możliwość przedstawienia przez biegłego wiążących ocen.

Dokumentacja zdjęciowa, protokół z przeglądu stanu zaawansowania prac, protokół zdawczo – odbiorczy spisany pomiędzy pozwanym, a (...) S. A. w K. wraz z uzupełniającymi zeznaniami świadków i pozwanego, pozwoliły na ustalenie, że prace wykonane przez powódkę w ramach realizacji umowy dotknięte były wadami. Tych okoliczności dotyczyła też korespondencja stron, która stanowiła dowód na to, że pozwany, wbrew twierdzeniom powódki, kwestionował jakość wykonanych przez nią robót. Powyższe okoliczności mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności roszczeń pozwanego z tytułu rękojmi, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

### **Ocena prawna.**

Roszczenie powódki powinno być kwalifikowane jako dochodzenie wynagrodzenia za roboty budowlane (art. 647 k.c.). Nie powinno być wątpliwości, że taki charakter miała umowa stron. Powódka miała wykonać obiekt budowlany, zgodnie z dokumentacją projektową, za wynagrodzeniem od pozwanego.

Jak już była mowa, strony nie przedstawiły żadnego dokumentu odnoszącego się do umowy, z którego wynikałaby wysokość umówionego wynagrodzenia powódki. W umowie stwierdzono, że wynagrodzenie ma być obliczane „na podstawie wynegocjowanych, rynkowych, uzgodnionych i podpisanych kosztorysów z zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów, stanowiących załącznik nr 4 do umowy”. Powódka nie przedstawiła załącznika nr 4, toteż można co najwyżej przyjąć, że strony uzgodniły zasadę kosztorysowego wynagrodzenia, natomiast ustalenie jego wysokości pozostawiły późniejszym uzgodnieniom. Nie ma podstaw do przyjęcia, że – jak stwierdziła w pozwie powódka - najpierw strony zgodziły się na kwotę 890.000 złotych, a następnie na kwotę 506.728,22 złotych (w kontekście tego twierdzenia powódki warto zauważyć, że pozwany już zapłacił przed procesem powódce wyższą kwotę, nawet przyjmując odliczenie od zapłaconej kwoty 682.566,51 złotych równowartości podatku VAT). Jedynie w zakresie materiałów dostarczonych przez powódkę ustalono, że będą one rozliczane na podstawie cen jednostkowych uzgodnionych z pozwanym, przedstawionych faktur zakupowych i po wystawieniu refaktury (§ 4 ust. 5 umowy stron).

Sprawę ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego powódce skomplikowało jej odejście z budowy przed zakończeniem powierzonych jej robót. Choćby więc można było ustalić założone wynagrodzenie na podstawie kosztorysów lub uzgodnień dokonanych przed zakończeniem prac, to i tak należałoby uwzględnić wartość prac, których powódka nie wykonała.

Była już mowa o tym, że powódka na wykazała podstawy dochodzonego wynagrodzenia. Co więcej nie przedstawiła nawet dowodów, które mogłyby być przedmiotem weryfikacji jej żądania w kontekście zakresu wykonanych robót. W związku z ostatnią kwestią trzeba dodać, że umowa przewidywała odbiory częściowe i końcowy. Często dokumenty odbiorów stanowią podstawę ustaleń w sprawie wynagrodzenia odebranych prac. Powódka nie przedstawiła żadnego protokołu odbioru, tym samym nie sposób dokładnie ustalić za jakie prace otrzymała dotychczas wynagrodzenie, a jakich dokładnie prac dotyczy wynagrodzenie dochodzone w niniejszej sprawie.

Nie może uzasadniać roszczenia powódki twierdzenie, że pozwany uznał jej roszczenie z faktury wskazanej w pozwie. Była już mowa na temat znaczenia podpisu pracownika pozwanego, nie wskazanego w umowie stron jako jego pełnomocnik. Niezależnie od tego, podpisu tego pracownika nie można byłoby traktować jako oświadczenia woli z tego względu, że uznanie, którego istnienia dowodzi powódka nie mogłoby być uznane za uznanie właściwe, a więc zawarcie odrębnej umowy ustalającej, co do zasady i zakresu, istnienie lub nieistnienie jakiegoś stosunku prawnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2004 roku, V CK 346/03). Tym samym nie stanowiłoby, jako uznanie niewłaściwe, podstawy związania pozwanego obowiązkiem zapłacenia dochodzonego wynagrodzenia, a więc dla odmowy tego wynagrodzenia nie byłoby wymagane uchylenie się od skutków oświadczenia.

Kontynuując prowadzone rozważania należy odnieść się też do pisma pozwanego do powódki z dnia 12 marca 2010 roku. W tym piśmie pozwany, działając przez upoważnioną osobę, złożył powódce propozycję końcowego rozliczenia na podstawie przedstawionego przez powódkę kosztorysu powykonawczego, ale skorygowanego o ceny i

ilość zgodnie ze wspólnym sprawdzeniem. zaproponował ryczałtowe rozliczenie wykonanych prac na łączną kwotę netto 575.744,00 złotych (a więc niewiele wyższą niż już wypłacona), jednak pod warunkiem usunięcia wszystkich usterek oraz uregulowania zobowiązań powódki wobec jej podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że powódka usterek nie usunęła, toteż nie doszło do zawarcia umowy zawierającej uznanie właściwe.

Biorąc pod uwagę tylko powyższe ustalenia i oceny powództwo podlegało oddaleniu. Powódka nie wykazała swojego prawa do wynagrodzenia w kwocie dochodzonej pozwem, a tym samym nie wykazała, że należy się jej jeszcze jakakolwiek kwota ponad wynagrodzenie już otrzymane.

Niezależnie od powyższego należy odnieść się do twierdzeń pozwanego w sprawie istnienia jego roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z art. 656 § 1 k.c. do rękojmi za wady wykonanego obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Z kolei zgodnie z art. 637 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. w razie stwierdzenia wad robót zamawiający może żądać ich usunięcia wyznaczając odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy. Wezwania pozwanego wprawdzie nie wskazują terminów usunięcia zgłoszonych wad wskazaniami dat, natomiast wskazują na obowiązek pilnej reakcji lub niezwłoczności. W takiej sytuacji nie może powódkę chronić nieusunięcie wad mimo upływu wielu miesięcy od wezwania o pilne lub niezwłoczne ich usunięcie. W piśmie z dnia 23 czerwca 2010 roku pozwany, odwołując się do dotychczasowych reklamacji, zagroził powódce podjęciem działań zgodnie z umową. W § 7 umowy stron przewidziano możliwość odstąpienia od umowy między innymi w sytuacji zaniechania usunięcia wad i usterek w określonym terminie. Skutek sięgnięcia do tych uprawnień obejmuje odmowę przyjęcia napraw dokonanych w późniejszym terminie. Należy dodać, że powódka w istocie odmówiła usunięcia wad.

Zgodnie z art. 637 § 2 k.c. jeżeli wady nie są istotne (a do takich należy zaliczyć usterek, do których usunięcia wzywał pozwany) to zamawiający może domagać się obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Ta druga sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe przepisy powódka mogła domagać się obniżenia ceny w odpowiednim stosunku, przy czym trzeba zaznaczyć, że z odesłania na podstawie art. 638 k.c. do przepisów o rękojmi przy sprzedaży niezbędne było dochowanie aktów staranności, o których mowa w art. 563 k.c. Na podstawie art. 563 § 2 k.c. przez odesłanie z art. 637 § 2 k.c. a następnie odesłanie na podstawie art. 656 § 1 k.c., w stosunkach pomiędzy osobami prowadzącymi działalność gospodarczą (taka sytuacja istniała w niniejszej sprawie), utrata uprawnień z rękojmi następuje, gdy zamawiający nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie o stwierdzonych wadach. Nie ma podstaw do zaprzeczenia, że pozwany spełnił obowiązek zbadania robót powódki (świadczą o tym przeglądy dokonane przy udziale inwestora) i niezwłocznie powiadomił powódkę o wadach. Zawiadomienia o wadach następowały też niezwłocznie po stwierdzeniu kolejnych usterek w robotach powódki.

Niezależnie od tego trzeba zauważyć, że w sytuacji robót budowlanych „zbadać rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach danego rodzaju” (art. 563 § 2 k.c.) należy rozumieć jako przystąpienie do odbioru robót w odpowiednim czasie oraz stwierdzenie w protokole odbioru, że roboty nie doprowadziły do pożądanego rezultatu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 roku, VI CKN 1474/00). Powódka nie dokonała zgłoszenia swoich robót do odbioru przed opuszczeniem placu budowy, toteż nie można uznać, że powstał obowiązek dokonania odbioru przez pozwanego w określonym czasie.

Z powyższego wynika, że pozwany nabył uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia w związku z wadami robót powódki, których ona nie usunęła. Jak już wyżej stwierdzono, wady robót powódki należy kwalifikować jako takie, które nie są istotne, bowiem wskutek ich wystąpienia nie nastąpił stan nieprzydatności obiektu do określonego użytku. Jeśli chodzi o wysokość obniżenia, to kodeksowe stwierdzenie „w odpowiednim stosunku” (art. 637 § 2 k.c.) rozumiane jest w orzecznictwie jako nie obejmujące ewentualnego roszczenia odszkodowawczego przysługującego zamawiającemu, bowiem uprawnienia z rękojmi za wady służą zaspokojeniu innych interesów uprawnionego niż roszczenie odszkodowawcze i roszczenia z tytułu kar umownych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 roku, I CK 247/05). Mimo to słusznie podnosi się w piśmiennictwie, że żądanie obniżenia wynagrodzenia

ma służyć przywróceniu równowagi pomiędzy stronami zobowiązaniowego stosunku prawnego, a więc zachowaniu ekwiwalentności świadczeń, która została zakłócona wskutek wad robót (por. P. Ochman, Glosa do wyroku SN z dnia 25 stycznia 2006 roku, I CK 247/05, Glosa, Prawo Gospodarcze, nr 4/2012, s. 40-44). Trudno tedy wyliczyć „odpowiednie obniżenie” wynagrodzenia za roboty wykonane z wadami w inny sposób niż przez odwołanie się do choćby szacunkowego ujęcia kosztów ich usunięcia. W związku z powyższym pozwany miał prawo w niniejszym procesie żądać obniżenia wynagrodzenia o kwotę 78.286,35 złotych jako zmniejszającej wartość ekwiwalentnego świadczenia powódki, niezależnie od wysokości wykazanego przez nią wynagrodzenia umownego (była o nim mowa wyżej, jak i o tym, że powódka nie wykazała, że wysokość ta jest wyższa niż wynagrodzenie dotychczas jej wypłacone), co wykazał powołanym i dołączonym kosztorysem na tą kwotę (k. 202). Nie ma natomiast podstaw by to obniżenie nastąpiło o kwotę wyższą. Nie odpowiada to przedstawionym w sprawie dowodom, wobec niewykazania wykazywanych nimi kosztów z wadami zgłoszonymi powódce w trybie przepisów o rękojmi za wady, ani wskazaniom w sprawie wad robót powódki podnoszonym przez pozwanego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i rozważania należało oddalić powództwo. Ponieważ pozwany wygrał sprawę w całości, należało na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. zasądzić od powódki na jego rzecz zwrot kosztów procesu, na które złożyły się: wynagrodzenie radcy prawnego w kwocie 3600 złotych (zgodnie ze stawkami wynikającymi z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych. Ponieważ wyłożył kwotę 167,16 złotych na pokrycie zażądanych kosztów stawienia świadka wnioskowanego przez powódkę, należało kwotę tą zasądzić od powódki na rzecz Skarbu Państwa na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.